

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Professor na Faculdade de Direito
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça
do Estado do Rio de Janeiro

TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL

(Sexta Série)

16.05.2003

Ministério Público - SP
14731
Biblioteca "César Salgado"

1997

 **Editora
Saraiva**

ASPECTOS DA “EXECUÇÃO” EM MATÉRIA DE OBRIGAÇÃO DE EMITIR DECLARAÇÃO DE VONTADE*

1. *O problema* — O descumprimento das obrigações de fazer gera para o ordenamento, empenhado em promover a satisfação do credor apesar da omissão do devedor, problema obviamente mais complexo que o gerado pelo descumprimento das obrigações de dar. Nestas últimas, formado o título executivo, abre-se a possibilidade de fazer apreender em mãos do devedor, por um agente público, a coisa devida e não entregue, ou a quantidade de bens necessária para produzir, mediante alienação forçada, a importância com que se reembolsará o credor. Em qualquer caso, é evidente, podem surgir, e não raro surgem, dificuldades de ordem prática; mas não se depara, no plano dos princípios, óbice jurídico de alcance geral, que justifique perplexidade quanto à escolha do caminho.

Se, todavia, a prestação consiste num *facere*, o fim alvejado inevitavelmente se torna mais difícil de atingir. Uma coisa é retirar ao devedor algo que está em seu poder; outra, bem diversa, é constrangê-lo a praticar determinado ato. À nossa mentalidade jurídica repugnaria a idéia de compelir o devedor, *manu militari* — ainda que isso fosse sempre possível, e não o é —, a observar o comportamento a que se obrigou para com o credor: por exemplo, erguer ou demolir construção, conservar aparelho, transportar mercadoria, produzir obra de arte, e assim por diante. Aparentemente, esbarra-se aqui em obstáculo intransponível: se não se consegue dobrar a resistência do devedor, e sem a colaboração deste não há como proporcionar ao credor a prestação a que faz jus, teríamos de reconhecer a impotência da ordem jurídica para desatar o nó. Quando muito, buscaríamos compensar do prejuízo o credor por meios pecuniários, isto é, mediante a entrega de soma em dinheiro obtida à

* Publicado no volume coletivo *Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães*, Rio de Janeiro, 1997.

custa do patrimônio do devedor e correspondente ao valor da lesão — expediente que, bem se compreende, com alguma frequência se revelará melancolicamente insatisfatório.

Procurando outras vias, o direito moderno vale-se de uma distinção importante entre duas classes de hipóteses: (a) aquelas em que o credor realmente está interessado no cumprimento da obrigação *pelo devedor, e só por ele* (v. g., se encomendou quadro a pintor de sua predileção, em razão das qualidades pessoais do artista, e portanto não se conformaria em aceitar obra de outrem); e (b) aquelas outras em que, ao contrário, o interesse do credor fica perfeitamente satisfeito desde que se lhe proporcione o resultado de certo comportamento, pouco importando, em última análise, *quem atue* (v. g., se se cuida de capinar terreno, ou cair muro, ou pôr a funcionar o motor de veículo). Fala-se, ao propósito, de prestações fungíveis (as da segunda classe) e infungíveis (as da primeira)¹. E recorre-se, quanto às prestações fungíveis, à técnica da substituição de pessoa, confiando-se a terceiro a realização da obra ou serviço, a expensas do devedor². O problema fica assim reduzido ao âmbito das prestações infungíveis: aí, por ser imprescindível que o devedor colabore, ou se renuncia à satisfação *in natura*, ou nada mais resta, em linha de princípio, senão tentar obter aquela colaboração exercendo pressão sobre a vontade do devedor, pela ameaça de um mal (imposição de multa ou de prisão) se ele permanecer omissos.

A obrigação de emitir declaração de vontade é espécie do gênero obrigações de fazer. Não se trata aqui de um fazer *material*, mas de um fazer *jurídico*. À primeira vista, o caso seria de manifesta infungibilidade.

1. Comumente se alude a “obrigações fungíveis” e “obrigações infungíveis”: assim, v. g., na mais moderna doutrina brasileira, ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 2, 3ª ed., S. Paulo, 1993, p. 111 e s. Embora correntia, não se afigura própria essa maneira de dizer. A fungibilidade (ou infungibilidade) não é da obrigação: a rigor, não será sequer *da prestação*, senão apenas *da pessoa que a realiza*. Há substituição do ponto de vista *subjeto*, não do *objeto*.

2. Vide os arts. 634 e s. do nosso vigente Código de Processo Civil. Com o advento da Lei nº 8.952, de 13-12-1994, que deu nova redação ao art. 461 do estatuto processual, ficou clara a possibilidade de tornar-se desnecessário, pelo menos em alguns casos, o processo de execução regulado no Capítulo III do Título II do Livro II, na medida em que baste para a “efetivação da tutela específica” ou para a consecução de “resultado prático equivalente ao do adimplemento” o uso de providências do gênero das arroladas no § 5ª daquele dispositivo.

Com efeito, mal se concebe que uma vontade possa ser declarada senão por aquela mesma e única pessoa que tenha a obrigação de declará-la. Veremos adiante de que modo a evolução das concepções jurídicas chegou a contornar semelhante barreira.

2. *Dados históricos e de direito comparado* — O direito romano só conheceu uma forma de compensar o credor prejudicado pela recusa do devedor de obrigação do tipo de que estamos cogitando: substituir a prestação devida por seu equivalente pecuniário³. Cita-se ao propósito um texto de CELSO, D., 42, 1, 13, 1: “*quia non fecit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus*”.

Tal forma de pensar resistiu teimosamente à passagem do tempo. Já na chamada Idade Moderna⁴, caberia a FAVRE expressar em fórmula muito repetida a idéia da impossibilidade de compelir o devedor ao cumprimento *in natura* da obrigação de fazer: “*Nemo praecise potest cogi ad factum*”. O princípio inspirou disposições legais como a do art. 1.142 do *Code Napoléon*, *verbis* “*Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d’inexécution de la part du débiteur*”.

A posição clássica, à evidência, não satisfazia. Percebe-se com facilidade que talvez cause grave injustiça ao credor admitir que o devedor, obrigado a prestar declaração de vontade, se libere pura e simplesmente por meio da entrega de importância em dinheiro. De qualquer sorte, as obrigações destinam-se obviamente a ser cumpridas nos precisos termos pactuadas. O dogma da autonomia da vontade dava a impressão, no entanto, de exigir a renúncia da lei à procura de solução melhor.

Demorou-se a perceber que na verdade se estava diante de um pseudo-problema. É claro que, do ponto de vista material, nada é capaz de substituir a declaração de vontade que o devedor se recusa a emitir. Contudo, o que realmente interessa ao credor é ver-se posto na situação jurídica resultante da emissão da declaração de vontade; é fruir o resulta-

3. Convém notar que, segundo ensinamento de grande autoridade, ao menos no período formular inexistia condenação que não fosse pecuniária: WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. de ORESTANO, Milão, 1938, p. 137.

4. LIEBMAN, *Processo de execução*, 4ª ed., S. Paulo, 1980, p. 238, indicava obra publicada em 1626. RESTAINO, *L'esecuzione coattiva in forma specifica*, Roma, 1948, p. 5/6, fazia remontar ao fim do século XVI a enunciação do princípio pelo citado jurista.

do desta, os efeitos que ela é capaz de surtir no plano do direito. Ora, esse objetivo mostra-se suscetível de ser alcançado independentemente da colaboração do devedor recalcitrante, e sem violência à sua liberdade pessoal: basta que se atribua a outro ato, praticado por terceiro — designadamente pelo juiz —, eficácia igual à que teria a declaração de vontade recusada. Isso, porém, nada impede que o faça a lei, onipotente que é em matéria de equiparação de efeitos jurídicos.

Os países germânicos parecem ter-se antecipado à maioria dos europeus na adoção dessa diretriz. No dispositivo que hoje constitui o § 894, 1, I, estabeleceu a *Zivilprozessordnung* alemã de 1877: “*Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, so gilt der Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat*” (“Se o devedor é condenado à emissão de uma declaração de vontade, esta vale por emitida, tão logo transita em julgado a sentença”). Seguiu-lhe o exemplo, na Áustria, o art. 367, 1, da *Exekutionsordnung* de 1896. Ambos os diplomas, como se vê, recorreram à técnica da ficção jurídica⁵, não raro empregada pela lei, quando pretende equiparar nos efeitos dois fatos diversos: o trânsito em julgado da sentença faz que se “tenha por emitida” (conquanto na realidade não o haja sido) a declaração de vontade; isto é — e mais exatamente —, a sentença, ao transitar em julgado, produz efeitos iguais aos que produziria a própria declaração.

A evolução foi mais lenta na Itália. No início do século, a melhor doutrina já reputava possível que o credor conseguisse, mediante pronunciamento do juiz, situação equivalente à que resultaria do cumprimento da obrigação de contratar, assumida pelo devedor⁶. Mas a lição não repercutiu de imediato na jurisprudência prevalecente, e menos ainda na legislação. O malogrado projeto franco-italiano de Código das Obrigações, de 1928, preceituava, na hipótese, a fixação, pelo órgão judicial, de prazo para a conclusão do contrato definitivo, valendo por este

5. Assim também, já em nosso tempo, a Lei da Execução Civil japonesa de 1979, art. 173, nº 1: vide TANIGUCHI, relatório regional para o Colóquio Internacional de Lund (1985), sobre o tema *Trends in the Enforcement of Non-Money Judgments and Orders*, no volume editado, com esse título, por Jacobson e Jacob, Deventer, 1988, p. 150/1.

6. É obrigatória, a esse respeito, a referência ao estudo de CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, publicado em 1911 na *Rivista di diritto commerciale* e incorporado aos *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, v. I, p. 101 e s.

a sentença, se o prazo corresse *in albis*⁷. Foi preciso esperar até 1942 para que o novo *Codice civile* consagrasse a possibilidade pura e simples de suprimimento da declaração por obra do juiz. Nele reza, com efeito, o art. 2.932, 1ª alínea: “*Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso*”. Esse texto, vê-se logo, viria a servir de modelo ao art. 639 do nosso atual Código de Processo Civil.

3. Direito português e brasileiro — Na matéria, todavia, coube ao direito português a primazia histórica. A disposição do Livro IV, Título XIX, § 2º, das Ordenações Filipinas falava de ser a parte, que a tanto se obrigara, “constrangida a fazer (...) escritura”, quer dizer, a celebrar o negócio definitivo. Entretanto, na prática judicial, já se adotava o expediente de valer a sentença pelo contrato, se o devedor permanecia omissos⁸.

Em nosso país, o Código de Processo Civil de 1939 veio a recolher tal solução, mas estabeleceu dois regimes distintos: um genérico, outro específico para as “promessas de contratar”. No tocante a estas, dispunha o art. 1.006, § 2º, que o juiz assinaria prazo ao devedor para cumprir a obrigação, desde que o contrato preliminar preenchesse “as condições de validade do definitivo”. O *caput*, optando pela fórmula alemã, rezava com maior simplicidade: “Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, esta será havida por enunciada, tanto que passe em julgado a sentença”.

7. Eis o texto italiano, na transcrição de RESTAINO, ob. cit. (nota 4), p. 97/8: “*Se qualcuno, avendo promesso di concludere un contratto, rifiuti di adempiere la promessa, il giudice può, quando esistano le condizioni richieste per la validità del contratto, assegnarli, su domanda dell'altra parte, un termine per l'esecuzione delle sue obbligazioni, trascorso il quale la sentenza del giudice terrà luogo della stipulazione del contratto*”.

8. Com razão nega BUENO VIDIGAL, *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*, in *Direito Processual Civil*, S. Paulo, 1965, p. 167, que a substituição da declaração de vontade pela sentença fosse “expressamente facultada pela Ordenação do Livro 4º, título 19, e § 2º”. Autorização *expressa*, com efeito, não havia no texto; mas foi à margem dele que se criou, no foro, a prática referida. Vide a nota 2 ao dispositivo, constante da edição do Código Filipino organizada por Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870, p. 804. Cf. LEITE VELHO, *Execuções de sentenças*, Rio de Janeiro, 1885, p. 216, art. 334: “Se a sentença manda que o executado assine uma escritura ou outro título semelhante, e a não assinar no prazo que se lhe marcar, e lançado que seja, a sentença do juiz supre a falta da escritura e serve de título ao exequente”.

O estatuto processual de 1973 abandonou a técnica da assinatura de prazo pelo juiz⁹, prescindindo da colaboração do devedor e preferindo a disciplina mais singela, consistente em atribuir à sentença, com o trânsito em julgado, os efeitos da declaração de vontade não emitida¹⁰. Passamos a analisar o sistema vigente, em seus pontos capitais.

4. *Análise do sistema em vigor* — À semelhança do seu predecessor, o Código de 1973 tem duas disposições: uma genérica para a condenação a “emitir declaração de vontade” (art. 641), seja qual for a fonte da obrigação (negócio jurídico unilateral ou bilateral, ou qualquer outro ato ou fato a que alguma norma jurídica reconheça tal virtude); outra específica para a obrigação de “concluir um contrato” (art. 639), assumida em pré-contrato ou decorrente de outro ato ou fato previsto em lei. Ao contrário, porém, do que fazia — com melhor lógica — o diploma anterior, a regra especial foi colocada *antes* da geral; e nem sequer esta se segue de imediato àquela: há de permeio o art. 640, relativo a hipótese particular.

Os arts. 639 e 640 foram mutuados do *Codice civile* italiano, respectivamente de 1ª e da 2ª alíneas do art. 2.932¹¹. Por sua vez, o art. 641 é de clara inspiração alemã, embora tecnicamente superior ao § 894, 1, I, da *ZPO* por abster-se de recorrer ao expediente da ficção. Nele não se diz que a declaração de vontade “valerá por emitida”, ou — na versão do Código de 1939, art. 1.006, *caput* — “será havida por enunciada”: diz-

9. Adotada ainda em leis processuais contemporâneas, como o *Código General del Proceso* uruguaio, de 1988, art. 398.4 (consoante o qual, “*vencido el plazo, el tribunal otorgará de oficio la escritura*”), o *Código Procesal Civil* costa-riquenho de 1989, art. 698, e o peruano de 1992, art. 709. Os dois últimos referem-se à outorga da escritura, pelo juiz, “em nome” do devedor — fórmula onde ecoa a idéia, supérflua e artificial, da “representação” deste por aquele (*vide, infra*, o item 4 do presente trabalho).

10. Igual orientação, depois da entrada em vigor do Código de Processo Civil, viria a consagrar em termos expressos a Lei nº 6.404, de 15-12-1976, acerca dos acordos de acionistas “sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, ou exercício do direito de voto”. Lê-se no art. 118, § 3º: “Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas” — texto onde “promover a execução específica” equivale a “obter sentença que produza o mesmo efeito da declaração de vontade contemplada no acordo”. *Vide*, ao propósito, MODESTO CARVALHOSA, *Acordo de acionistas*, S. Paulo, 1984, p. 262/5, 268/9.

11. A 1ª alínea está transcrita no item 2, *supra*. A 2ª tem este teor: “*Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l’ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile*”.

se, em termos mais simples e menos fantasiosos, que a sentença, uma vez passada em julgado, terá eficácia igual à da declaração. Arredado o inoportuno biombo da ficção, põe-se a nu a verdadeira natureza do fenômeno: pura equiparação de efeitos entre os dois atos, o que o devedor se recusa a praticar e o que pratica o juiz. Não há lugar, em absoluto, para supor-se que este “represente” aquele; não é “em nome do devedor” que o órgão judicial se pronuncia, posto que o seu pronunciamento “faça as vezes” (no sentido de ter as mesmas conseqüências jurídicas) da declaração que ao devedor incumbia emitir.

Proferida a sentença de procedência, dela tomarão ciência as partes pela forma normal. Não há necessidade de promover-se a citação do réu, com fixação de prazo para cumprimento¹². Uma de duas: ou aquele se dispõe a cumprir voluntariamente a decisão, e o faz antes do trânsito em julgado, ou mantém-se inerte. Na primeira hipótese, *tollitur quaestio*: os efeitos serão os da declaração, agora emitida. Na segunda, ao passar em julgado a sentença, iguais efeitos se produzem, exatamente do mesmo modo que se produziriam caso nesse momento se emitisse a declaração, com todos os requisitos de validade, inclusive formais¹³. Daí em diante, é inútil e despida de significação a eventual declaração que o devedor queira porventura emitir: seria autêntico *bis in idem*.

Poderia supor-se que, suprimindo a sentença unicamente a falta da declaração *do devedor*, precisasse ainda o credor, se bilateral o ato, declarar a sua própria vontade — no caso de escritura pública, perante o oficial competente¹⁴. Assim é, de fato, no direito alemão¹⁵; isso se expli-

12. De acordo: ARAKEN DE ASSIS, *Manual do processo de execução*, 2ª ed., S. Paulo, 1995, p. 398; SYDNEY SANCHES, *Execução específica*, S. Paulo, 1978, p. 33/4. *Aliter*: AMÍLCAR DE CASTRO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, S. Paulo, 1974, p. 181; MENDONÇA LIMA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VI, 7ª ed., Rio de Janeiro, 1991, p. 679; SÉRGIO BERMUDEZ, *Notas sobre a execução no CPC, in Direito Processual Civil*, S. Paulo, 1983, p. 147.

13. Cf., na doutrina alemã: BAUR-STÜRNER, *Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht*, 11ª ed., Heidelberg, 1983, p. 281; JAUERNIG, *Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht*, 19ª ed., Munique, 1990, p. 123; BROX-WALKER, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 4ª ed., Colônia-Berlim-Bonn-Munique, 1993, p. 624.

14. Nesse sentido: MENDONÇA LIMA, ob. e v. cit. (nota 12), p. 679/80, 683. Ao nosso oposto entendimento adere SYDNEY SANCHES, ob. cit. (nota 12), p. 35/6; cf., na jurisprudência, o acórdão do TJSP, de 12-8-1987, Apel. nº 118.370, in *Rev. de Jur. do Trib. de Just. do Est. de S. Paulo*, v. 110, p. 66.

15. BAUR-STÜRNER, ob. cit. (nota 13), p. 282; JAUERNIG, ob. cit. (nota 13), p. 124.

ca, entretanto, pela circunstância de que na *ZPO* só existe regra correspondente à do nosso art. 641, não à do art. 639, que atribui à sentença “o mesmo efeito *do contrato* a ser firmado” — do contrato em sua inteireza, com *ambas* as declarações imprescindíveis para perfazê-lo. De resto, o credor já terá manifestado sua vontade quando, ao propor a ação, formulou o pedido; não se havendo retratado no curso do processo, entende-se que a manifestação subsiste.

Se é necessária alguma formalidade complementar (por exemplo, registro), serve-lhe de título a própria sentença. Na ausência de disposição legal específica, a providência pode ter por instrumento certidão do julgado ou mandado do juiz.

5. Questões particulares

a) *Cominação de multa?* — Os arts. 644 e 645 do Código de Processo Civil cuidam de medida coercitiva consistente em aplicar-se ao devedor multa diária pelo atraso no cumprimento da obrigação. O primeiro desses dispositivos respeita à execução de título judicial, o segundo à de título extrajudicial. Só o primeiro interessa aqui: por motivos que esperamos fiquem claros, não há espaço, na matéria, para a incidência do art. 585, nº II, mesmo na redação dada pela Lei nº 8.953, de 13-12-1994.

Nos termos da cláusula inicial do art. 644, cabe a medida de coerção sempre que se tratar do “cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, determinada em título judicial”. Ora, sendo a obrigação de declarar vontade espécie do gênero obrigações de fazer, daí se extrairia a aplicabilidade da multa nas hipóteses regidas pelos arts. 639 a 641.

A despeito da dicção ampla do texto, contudo, parece-nos que em princípio se devem excluir essas hipóteses¹⁶. É que nelas se mostra abso-

16. De acordo: ARAKEN DE ASSIS, ob. cit. (nota 12), p. 398; FLÁVIO LUIZ YARSELL, *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*, S. Paulo, 1993, p. 77 e s. Dúbio, AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, 3ª vol., 14ª ed., 1994, p. 397, o qual, após negar que pareça razoável, aqui, a utilização do meio coercitivo, admite que a cominação da “pena pecuniária” seja capaz de “produzir bons resultados, apressando o cumprimento da prestação tal qual o devedor se obrigara”. Na jurisprudência, veja-se por exemplo, no sentido do nosso texto, o acórdão do TJRS, de 18-11-1986, Apelação nº 586.033.375, da lavra do ilustre processualista Desembargador ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, in *Rev. de Jur. do Trib. de Just. do R. G. do Sul*, v. 123, p. 280.

lutamente desnecessário pressionar a vontade do devedor para que se resolva a cumprir a obrigação — função precípua da medida coercitiva¹⁷. Consoante exposto, o trânsito em julgado da sentença que houver acolhido o pedido, por si só, basta para a satisfação integral do credor; nada subsiste que se haja ainda de exigir do devedor, nem, pois, razão para que se lhe imponha multa pelo “atraso no cumprimento” do julgado. Que “atraso” é concebível, se nem sequer se assina prazo ao vencido? Só quando não for possível, de acordo com o art. 639, a obtenção de sentença que surta efeito idêntico ao da declaração de vontade não emitida (v., *infra*, letra *b*) é que nascerá para o credor o interesse em valer-se dos meios de coerção para induzir o devedor ao adimplemento; então, sim, serão eles utilizáveis.

b) *Restrições à possibilidade de obter sentença que produza o efeito do contrato* — Aparecem no texto do art. 639 duas cláusulas restritivas, que condicionam o acolhimento do pedido do credor nos seguintes termos: “sendo isso possível e não excluído pelo título”.

A possibilidade de que fala a primeira cláusula tem de ser apreciada, caso a caso, pelo órgão judicial. Ainda não se encontrou fórmula genérica que englobe todas as hipóteses de impossibilidade: esta pode originar-se de variadas circunstâncias, como, por exemplo, a de não depender exclusivamente do devedor a conclusão do contrato: a sentença poderia suprir a falta da sua declaração de vontade, não a de terceiro(s) que precisasse(m) assentir ou intervir no ato. Tratando-se de obrigação fundada em contrato preliminar, é indispensável, para acolher-se a pretensão do credor, que aquele negócio jurídico contenha todos os elementos do definitivo: ao juiz não é dado estipular cláusulas e condições, mas apenas fazer desnecessária, por meio da sentença, a declaração de vontade que, incidindo sobre cláusulas e condições já estipuladas, daria corpo ao negócio definitivo. Em outras palavras: a sentença não tem a virtude de criar, sequer em parte, o objeto ou o conteúdo do contrato que se

17. Conserva integral validade a observação feita, sob o Código de 1939, pelo Mestre a quem se dedicam estas páginas: “...se o credor pode obter, *in natura*, prescindindo da atividade do devedor, a mesma prestação a que este se obrigara, dificilmente se compreenderá qual o interesse, que ele poderá alegar, para obter *personalmente* do devedor, com a cominação de pena pecuniária compulsiva, essa mesma prestação” (MACHADO GUIMARÃES, comentário a acórdão, in *Rev. de Dir. Proc. Civ.*, 2ª v., p. 174).

deveria concluir; o que pode faltar, e ela torna supérflua, é a mera declaração de vontade, não emitida pelo devedor¹⁸.

Em segundo lugar, cumpre que o próprio título da obrigação de contratar não exclua a via conducente à satisfação específica do credor. A exclusão será *expressa*, quando assim se tenha pactuado em alguma cláusula do negócio. Será *tácita*, quando ele contenha outra estipulação incompatível com a exigibilidade compulsória do contrato a ser firmado: *v. g.*, se se reservou ao devedor o direito de arrependimento, a menos que por qualquer motivo já não seja este exercitável.

c) Necessidade de contraprestação — Cogita o art. 640 de hipótese particular em que, se não é impossível ao credor obter sentença que produza o efeito do contrato não celebrado, tal possibilidade fica todavia subordinada à satisfação de pressuposto específico, aliás dependente do credor mesmo. Contempla-se aí a eventualidade de estar uma das partes obrigada a concluir contrato “que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito”, sem que o credor de semelhante obrigação, por sua vez, haja realizado a contraprestação, *já exigível*, que lhe incumbe. Segundo reza o texto, “a ação não será acolhida se a parte, que a intentou, não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais”.

A hipótese do art. 640 não se equipara à prevista no art. 615, nº IV, onde se pressupõe, na execução de título judicial, pedido condenatório *judgado procedente* (caso de execução *diferida*). Diversamente do que na segunda ocorre, alude-se na primeira hipótese ao processo *de conhecimento*: neste é que se examina a questão da contraprestação a cargo do credor e se tira da respectiva falta a consequência indicada na lei.

O confronto entre as duas regras mostra que nem sempre é incompatível com o acolhimento do pedido o fato de ainda haver contraprestação devida pelo autor. Tal circunstância pode não impedir que se profira sentença a este favorável; a execução é que terá de aguardar o cumprimento

18. Cf., na literatura italiana, MICHELI, in *Commentario del Codice Civile de Scialoja e Branca*, L. VI, *Tutela dei diritti*, Bolonha-Roma, 1953, p. 534; MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981, p. 102; entre nós, AMARAL SANTOS, *ob. e v. cit.* (nota 16), p. 393/4. Merece leitura o importante Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 11-9-1979, no R.E. nº 88.716, relatado pelo Ministro MOREIRA ALVES, in *Rev. Trim. de Jur.*, v. 92, p. 250 e s.

da contraprestação. No caso do art. 640, porém, compreende-se que o Código adote solução mais radical, visto que a sentença de procedência, por si mesma, já surtiria efeito igual ao do adimplemento da obrigação (de contratar), de modo que não haveria oportunidade posterior para o controle do ponto. Não se abre ensejo, destarte, para a aplicação do art. 615, nº IV, nem para a do art. 582.

d) Alcance da equiparação de efeitos — Trânsita em julgado a sentença que acolhe o pedido do credor, fica este na mesma situação jurídica em que o poria a emissão, pelo devedor, da declaração de vontade — na hipótese de obrigação de contratar, a celebração do contrato. Quer isso dizer que, agora, cada uma das partes tem de cumprir as obrigações (de qualquer natureza) acaso oriundas do negócio. Não quer dizer que o cumprimento de semelhantes obrigações possa ser, por força e desde logo, *executivamente* exigido. As prestações a elas correspondentes, se não realizadas, serão exigíveis pela via processual normal.

Por si só, a sentença do art. 639 não constitui necessariamente, em favor do credor, título executivo com relação às obrigações decorrentes do contrato que o devedor se recusara a concluir e cujos efeitos, agora, são por ela produzidos¹⁹. Se não era lícito ao credor, com base no próprio contrato, promover a execução do devedor, continua a não lhe ser lícito promovê-la com base na sentença, cuja eficácia é *tão intensa* quanto a do contrato, por ela substituído, mas de nenhum modo é *mais intensa* que a dele. Assim, por exemplo, se nasce do contrato, para o devedor, a obrigação de dar alguma coisa ao credor, em vão pretenderá este valer-se da sentença como de título judicial em execução para a entrega dessa coisa. Caso queira munir-se de semelhante título, precisa ainda o credor obter a regular condenação do devedor à entrega.

A fim de evitar uma incômoda duplicidade de feitos, pode no entanto o credor, desde que satisfeitos os pressupostos (art. 292 e seus parágrafos), formular em cumulação sucessiva, no processo de conhecimento, ambos os pedidos: (a) o de suprimento da declaração de vontade não emitida pelo réu e (b) o de condenação deste ao cumprimento da

19. De acordo, ARAKEN DE ASSIS, *ob. cit.* (nota 12), p. 397; diversamente, PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), t. X, Rio de Janeiro, 1976, p. 117, seguido por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, v. II, 15ª ed., Rio de Janeiro, 1995, p. 167.

obrigação que o contrato não firmado porventura houvesse de fazer surgir²⁰. Em tal caso, uma vez acolhidos os dois pedidos, a sentença, na parte em que tiver julgado procedente o segundo, servirá de título para a eventual execução.

6. Observações conclusivas — De tudo que se acaba de dizer emerge, com clareza ofuscante, uma conclusão: na verdade, apesar da localização no texto do Código, o assunto de que tratam os arts. 639 a 641 nada tem que ver com o processo de execução, que, por supérfluo, nem sequer chega a formar-se²¹. Aqueles dispositivos regulam questões pertinentes à atividade *cognitiva* do órgão judicial. O lugar apropriado seria o capítulo referente aos efeitos da sentença.

Acerca da natureza desta muito se tem discutido. A tradicional classificação das sentenças em três categorias (meramente declaratórias, constitutivas, condenatórias) não permite solução fácil para o problema. A peculiaridade de não comportar execução, no sentido técnico, e de criar, por sua própria força, nova situação jurídica para as partes militaria a favor da qualificação da sentença como constitutiva²². Não se cogi-

20. PONTES DE MIRANDA, ob. e lug. cit. (nota 19), parecia admitir uma cumulação implícita (“A sentença na ação do art. 639 é em duas ações que se cumularam”). Todavia, se o autor, por hipótese, não formulou ambos os pedidos, não se pode tratar a espécie como se tivesse havido cumulação, sob pena de infringir-se a proibição do julgamento *ultra petita*. Por outro lado, dar interpretação *ampliativa* ao único pedido formulado, para fazê-lo abranger o outro, seria violar às escâncaras a norma do art. 293, *principio*.

21. Daí as aspas no título do presente escrito. É evidente que nem há cogitar de execução *provisória* (cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Manual de Direito Processual Civil*, v. IV, 4ª ed., S. Paulo, 1981, p. 132): excluído o gênero, excluída fica, *ipso facto*, a espécie! Ocioso, por outro lado, ressaltar a possibilidade de execução — provisória ou definitiva, conforme o caso — com fundamento em condenações acessórias (custas processuais, honorários advocatícios).

22. É a opinião, entre outros, de CHIOVENDA, ob. cit. (nota 6), p. 110; RESTAINO, ob. cit. (nota 4), p. 100; REDENTI, *Diritto processuale civile*, 3ª ed. (atualizada e reelaborada por CARNACINI e VELLANI), v. I, Milão, 1980, p. 25; MANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milão, 1953, p. 70; SATTA, *L'esecuzione forzata*, 4ª ed., Turim, 1963, p. 285; MICHELI, ob. e lug. cit. (nota 18); MONTESANO, ob. cit. (nota 18), p. 102/3; CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, 2ª ed., Pádua, 1984, p. 1.931; MENDONÇA LIMA, ob. e v. cit. (nota 12), p. 682; AMARAL SANTOS, ob. e v. cit. (nota 16), p. 392; ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, ob. e v. cit. (nota 1), p. 122 (embora use, na p. 121, a expressão “sentença condenatória”); FLÁVIO LUIZ YARSELL, ob. cit. (nota 16), p. 52, 85.

ta aqui, contudo, de direito potestativo — classe com que habitualmente se põe em correlação a das sentenças constitutivas —, mas de direito a uma prestação, cujo reconhecimento como exigível geraria condenação do devedor; aliás, os textos costumam usar a palavra “condenado” (art. 641; cf. “*verurteilt*” no art. 894, 1, I, da ZPO alemã). Não sofre dúvida, ademais, a possibilidade — totalmente estranha às sentenças constitutivas — de que o réu vencido cumpra a decisão, emitindo a declaração de vontade antes do trânsito em julgado (*supra*, nº 4). Daí haver quem rotule de *condenatória* a sentença²³, precisando-se às vezes que o suprimento da declaração não emitida representa um “efeito secundário” daquela²⁴.

Para os que admitem como autônoma a classe das sentenças “executivas”, aqui se deparará exemplo característico²⁵. Na realidade, a sentença de que se está cuidando é, por assim dizer, *auto-executável*: reconhece o direito do autor a determinada prestação e, passada em julgado, desde logo o satisfaz, proporcionando-lhe, independentemente de qualquer ato do réu vencido ou do órgão judicial (*rectius*: de qualquer formalidade subsequente), situação jurídica idêntica àquela em que o credor se colocaria caso o devedor cumprisse a obrigação. Parece-nos, aliás, que a denominação de “executiva” quadra bem melhor a tal sentença do que a outras às vezes assim rotuladas, a despeito de ainda exigirem, para a satisfação do vencedor, quando não cumpridas espontaneamente pelo vencido, esta ou aquela forma de atuação do mecanismo judicial, diversa embora da execução nos moldes do Livro

23. Tal o entendimento dominante na Alemanha: *vide*, por todos, ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 15ª ed., Munique, 1993, p. 527. Cf., entre nós, JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. e v. cit. (nota 21), p. 131/2. Oscilante HUMBERTO THEODORO JÚNIOR., ob. e v. cit. (nota 19), p. 169, que escreve: “Trata-se, portanto, de sentença *condenatória*” (grifado no original), mas acrescenta, linhas abaixo, que “a sentença (...) deve ser classificada como executiva *lato sensu*”.

24. LIEBMAN, ob. cit. (nota 4), p. 238.

25. Assim, PONTES DE MIRANDA, ob. e t. cit. (nota 19), p. 143; OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso de processo civil*, v. II, Porto Alegre, 1990, p. 96/7; ARAKEN DE ASSIS, ob. e v. cit. (nota 12), p. 309. É oportuno recordar que há mais de sessenta anos apon-tava CALAMANDREI na decisão em foco um “ato de execução forçada” (*La sentenza come atto di esecuzione forzata*, ensaio publicado em 1931 e agora incluído no v. IX das *Opere Giuridiche*, Nápoles, s/d, p. 344 e s.); seguiu-o, na doutrina pátria, BUENO VIDIGAL, ob. cit. (nota 8), p. 176.

II do estatuto processual civil: é o caso, por exemplo, da sentença que decreta o despejo²⁶.

Terminaremos por dizer que a disciplina exposta não pode deixar de ser considerada excelente em substância, no plano da política legislativa, e de maneira particular pelo ângulo da *efetividade do processo* — do qual, muito justamente, se costuma hoje em dia ressaltar a importância. Sem embargo de imperfeições de caráter formal, como a inadequada colocação dos arts. 639 a 641 no Livro II e a inversão da ordem lógica dos dispositivos (o art. 641, regra geral, deveria preceder o art. 639, regra especial), é de justiça reconhecer ao sistema jurídico brasileiro, na matéria, posição de singular relevo no panorama do direito comparado.

Novembro de 1995.

26. Cf. o art. 65 da Lei nº 8.245, de 18-10-1991. Fere o ponto com acuidade, na literatura recente, FLÁVIO LUIZ YARSHHELL, *Reflexões em torno da execução para entrega de coisa no direito brasileiro*, no volume coletivo *Processo civil* (coord. por José ROGÉRIO CRUZ E TUCCI), S. Paulo, 1995, p. 129/30, sem prejuízo de alguma ressalva cabível (será exata a equiparação da sentença concessiva da segurança às que julgam procedentes pedidos de reintegração de posse, de despejo, de reivindicação?).