

AÇÃO COMINATÓRIA E AÇÃO DE COBRANÇA

Ação cominatória. Artigo 302, XII do Código de Processo Civil. Suas aplicações clássicas, segundo Pontes de Miranda. Suas limitações. A ação cominatória só tem aplicação à luz do texto invocado quando se tratar de obrigação de dar, de fazer ou de não fazer (Código Civil, artigo 863 e seguintes). Não se pode confundir a prestação objeto do contrato com o seu custo. Para obtenção daquela é de se recorrer à ação cominatória; para lograr o pagamento daquele, a via indicada seria a da ação de cobrança, revista ela o rito ordinário ou o executivo. Outra diferença, marcante, na ação cominatória: levar-se-á em conta a pena contratual ou a que fôr pedida pelo autor; na ação de cobrança, somente os juros moratórios serão de exigir-se. Inaplicabilidade, in casu, do disposto no artigo 276 do Código de Processo Civil. No que toca à ação em apenso, referente ao pedido de prestação de contas, de toda a procedência a preliminar levantada de intempestividade da contestação oferecida. Aplicabilidade do que preceitua a artigo 308, § 1.º do Código de Processo Civil. Reforma da sentença recorrida.

Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara (3.ª Câmara Cível)

Apelação Cível n.º 55.884

Mozart da Silva Pereira "versus"
Ernesto Fehberg Engenharia e Construções.

Relator: Des. Maurício Eduardo Rabello.

ACÓRDÃO

Vistos, examinados e discutidos êstes autos de Apelação Cível número 53.884, em que é apelante Mozart da Silva Pereira e apelado Ernesto Fehberg Engenharia e Construções, acordam os Juizes da 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça por maioria, em dar provimento ao recurso, para reformando a decisão recorrida julgar-se a apelada carecedora de ação, ressalvado, porém, o direito que lhe assiste de pelos meios próprios cobrar do Apelante aquêle saldo a que se julga com direito.

No que toca à ação em apenso, de pedido de prestação de contas, dá-se também provimento no sentido de acolher-se a preliminar levantada de que a contestação da Apelada foi oferecida fora do prazo legal, o que leva a determinar o seu desentranhamento, para o fim de considerando-se a Apelada sem defesa, assinar-se à mesma o prazo de 48 horas para oferecer suas contas, sob pena de admitir-se aquelas que forem apresentadas pelo Apelante, conforme o prescrito no art. 308, § 1.º do Código de Processo Civil, condenando em honorários na base de 20% sobre o valor da causa, vencido o Desembargador Revisor, negava provimento aos agravos no auto do processo, e aos recursos.

Custas na forma da lei.

Assim procedem face aos seguintes fundamentos:

Como se verifica do pedido inicial, o Apelante contratou com a Apelada, mediante o regime de administração, obras que deveriam ser executadas no prédio sito na rua Barão do Bom Retiro n.º 2.518, as quais, uma vez concluídas, de seu custo, o Apelante apenas pagou a quantia de Cr\$. . . 3.800.000, que não teria dado para cobrir as despesas realmente efetuadas pela empresa construtora, a exigir, portanto, um acerto de contas.

Não chegando as partes a um acôrdo, a Apelada propôs contra o Apelante uma vistoria *ad perpetuam rei memoriam* com arbitramento, por via da qual se apurou a realização de obras no montante de Cr\$. . . 11.636.866,00. Já tendo sido paga, como se disse, a quantia de Cr\$. . . 3.800.000, teria restado o saldo devedor de Cr\$ 7.836.866.

Para sua cobrança, propôs, então, a Apelada a ação cominatória de que trata os autos, com fundamento no art. 302, inc. XII, do Código de Processo Civil, com a cominação da multa diária de Cr\$ 20.000,00, enquanto não fôsse efetuado o pagamento em questão.

Por seu turno, o Apelante propôs, em apenso, outra ação cominatória, com base no inc. V do art. 302, do citado Código, visando a compelir a Apelada, a prestar contas.

Ambos os feitos foram processados conjuntamente, sendo certo que o Apelante, na primeira ação agravou no auto do processo do despacho saneador, que não acolheu a preliminar levantada da impropriedade da ação.

O eminente Dr. Juiz *in quo* deu pela procedência da primeira ação cominatória e, conseqüentemente, pela improcedência da ação cominatória de prestação de contas, e, arrazoadando o recurso interposto, o Apelante reiterou a preliminar levantada em réplica, de que a contestação articulada pela Apelada na ação de prestação de contas, fôra manifestada fóra do prazo legal.

A ação cominatória, especificada no art. 302, do Código de Processo Civil, estabelece em seus incisos de I a XI, aquêles casos em que ela

cabe tipicamente, para por último, admiti-la no item XII

“em geral, a quem, por lei ou convenção tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo”

Como se deverá entender êsse ato ou fato? Pontes de Miranda estudando o dispositivo, adverte:

“Algumas das aplicações do artigo 302, XII, que poderíamos chamar clássicas, são as seguintes: a) se alguém prometeu fazer certa obra, ou praticar certo ato, dentro de determinado prazo (Ordenação do Livro IV, Título 70, pr.), ou se a execução fôr incompleta e defeituosa; b) se se quer que usufrutuário (Código Civil, artigos 729 e 730) *caucione de bene utendo*, porém não o doador que reservou para si o usufruto, nem o pai, usufrutuário dos bens dos filhos menores (Código Civil, art. 731); c) para que o legatário eleja a coisa de que lhe foi deixada à escolha; d) para que o foreiro exerça o direito de preferência, segundo o art. 684 do Código Civil (não para que o senhorio exerça a opção do art. 683); e) se o réu, demandado na ação de reivindicação, começa de fazer, ou vai fazer, benfeitorias no prédio, para que não as faça, com a cominação de não serem atendidas, se perder a causa, salvo se necessárias; f) para que o gestor de negócios não continue a gerir, sob pena de não ter jus a despesas (semelhantemente, o procurador ou o comissário)” (Código de Processo Civil, t. V., pág. 42, 2.^a ed.)

Apesar da amplitude que se pretende emprestar ao dispositivo examinado, não é êle, assim, tão lato; está obviamente, sujeito a limitações. De outro jeito, ter-se-ia encontrado na ação cominatória meio coercitivo eleito, por excelência, à maneira de uma panacéia, para lograr, de imediato, a exigibilidade de um direito. A ação cominatória passaria a ser aquêle instrumento ideal para lograr qualquer objetivo judicial. Bastaria alguém ver reconhecido um

direito para, de imediato, arbitramdo um preceito, lograr a capitulação do devedor, desde que este tivesse patrimônio que pudesse responder pela sua solução. A pena automática e diáriamente aplicada tornaria em pouco insuportável a situação, podendo vir a se constituir, com o amparo da justiça, numa fonte de enriquecimento ilegal, com o desprezo total das normas processuais que dão, a cada caso, o tratamento adequado.

É sabido e pacífico que a ação cominatória só tem aplicação, à luz do texto invocado, quando se tratar de obrigação de dar, de fazer ou de não fazer (Código Civil, arts. 863 e segts).

Bulhões Carvalho, em brilhante sentença publicada no Arquivo Judiciário, vol. 61, pág. 204, assim se pronunciou sobre o tema:

“Ora, quando cabe a ação cominatória, nos termos do Código de Processo?

Este é expresso quando determina só competir essa forma de ação “para prestação de fato ou abstenção de ato” rubrica do título II do livro IV), ou seja “em geral, a quem, por lei ou contrato, tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo” (art. 302, n.º XII).

No caso, entretanto, que pede a autora? Simplesmente que o réu lhe pague a quantia em dinheiro que entende lhe ser devida em razão de superveniência do termo fixado, para esse pagamento pelo contrato a folhas 6 dos autos da cominatória (a saber: — pela terminação das obras correspondentes à 5.^a prestação e subsequente concessão dos “habite-se”, momento este último fixado para a 6.^a prestação).

Não se trata, pois, da obrigação de fazer, mas simplesmente de prestar uma importância em dinheiro.

No caso do contrato supracitado, “a obrigação de fazer” era a que estava a cargo dos cons-

trutores intervenientes no mesmo contrato”.

De todo o exposto se verifica que não se pode confundir a prestação objeto do contrato, com o seu custo. São obrigações distintas. Para obtenção daquela, é de recorrer-se à ação cominatória; para lograr o pagamento daquele, a via indicada será a da ação de cobrança, revista ela o rito ordinário ou o executivo. Por certo que, nessa confusão, iniciou a Apelada, sendo imprópria a ação proposta. Na ação cominatória, levar-se-á em conta a pena contratual, ou a que fôr pedida pelo autor na ação de cobrança somente os juros moratórios serão de exigir-se. Eis mais uma diferença marcante. Poder-se-ia invocar, no caso dos autos, o disposto no art. 276 do Código de Processo Civil quando declara que, a impropriedade da ação não importará nulidade do processo, anulando-se, tão somente, os atos que não puderem ser aproveitados.

Todavia, embora o art. 303, § 2.º do Código citado declare que, contestada a ação cominatória, seguirá ela o rito ordinário, não há como, na espécie, se aproveitar os atos praticados, por isso que a ação se iniciou tendo, como estabelecida a certeza e a liquidez da importância reclamada através de vistoria realizada. Ora, nesse processo preparatório, os engenheiros que funcionaram como peritos, limitaram-se, apenas, como foi de sua competência, a verificar a realização de obras, e arbitrar os seus respectivos custos. Esse arbitramento, pois, não pode substituir a prestação de contas reclamada pelo Apelado.

Somente mediante o acesso a todos os meios de prova que o processo ordinário propriamente dito franqueia, é que se poderá chegar a uma convicção a respeito da dívida reclamada. Nessa oportunidade, então, é que se logrará a certeza do quanto que teriam custado as obras efetuadas. Esse resultado poderá concluir por uma cifra abaixo, igual ou superior àquela encontrada pelos peritos engenheiros.

Chegando-se a essa conclusão, é de impor-se o provimento do agravo no auto do processo, para a manifesta impropriedade da ação proposta para, reformada a sentença recorrida, julgar-se a Apelada carecedora de ação, ressaltado, porém, o direito que lhe assiste de pelos meios próprios cobrar do Apelado aquêlê saldo a que se julga com direito.

No que toca à ação em apenso, de pedido de prestação de contas, é também de prover-se a apelação, no sentido de acolher-se a preliminar de que a contestação da Apelada foi oferecida fora do prazo legal. Realmente, a sentença recorrida, dando por prestadas as contas na vistoria que instruir a ação comitatória proposta pela Apelada, deixou de apreciar aquela preliminar por isso mesmo, "ainda que a contestação tivesse entrado fora do prazo da lei" (fô-lhas 136, *in fine*).

Ora, verifica-se dos autos em apenso, que o mandado foi junto (fls. 26) aos 23 de dezembro de 1966, e contando-se cinco dias para oferecimento da contestação (art. 308 do Código de Processo Civil), bem é de

a 28 daquele mês (quarta-feira), e ver que o prazo para tanto, findou não a 2 de janeiro (segunda-feira) de 1967, quando efetivamente se verificou o oferecimento da defesa em Juízo.

A consequência da perempção dêsse prazo, leva a determinar o desentranhamento da contestação oferecida, para o fim de, considerando-se a Apelada sem defesa, assinar-se à mesma o prazo de 48 horas para oferecer suas contas, sob pena de admitir-se aquelas que foram apresentadas pelo Apelante, conforme prescrito no art. 308, § 1.º do Código de Processo Civil.

Rio. — *Nélson Ribeiro Alves*, Presidente. — *Maurício Eduardo Rabello*, Relator. — *Gonçalves de Oliveira*, Revisor.

NOTA — O presente acórdão foi confirmado pelo 2.º Grupo de Câmaras Cíveis. Relator Des. *Marcelo Santiago Costa*, por unanimidade, rejeitados os embargos, fundados no voto vencido.