

AÇÃO COMINATÓRIA

O limite imposto ao valor da cominação pecuniária de que trata o artigo 1.005 do Código de Processo Civil refere-se à multa diária e não ao somatório desta.

**EMBARGOS DE INFRINGENTES NA
APELAÇÃO CÍVEL N.º 20.013**

**PRIMEIRO GRUPO DE
CÂMARAS CÍVEIS**

Tribunal de Justiça

Relator: Juiz Wellington Moreira Pimentel

Embargante: Adilson Bastos Affonso

Embargado: José Antônio Sobral de Souza

Vistos, relatados e discutidos estes autos dos Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado na Apelação Cível n.º 20.013, em que é embargante Adilson Bastos Affonso e embargado José Antônio Sobral de Souza:

Acordam os Juizes do Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Alçada do Estado da Guanabara, por unanimidade de votos, em receber os embargos nos termos do voto vencido.

Assim decidem porque a regra contida no artigo 1.005 do Código de Processo Civil ao limitar a multa cominada ao valor da prestação a cujo implemento se pretende seja o réu compelido, refere-se, tão-somente à multa diária, isto é, à cominação de multa por dia em que persistir o retardamento, e não ao somatório resultante do eventual descumprimento do preceito.

Entender de forma diversa seria admitir, pura e simplesmente, o direito ao arrependimento, mediante singela sujeição ao pagamento do valor da prestação descumprida.

O voto vencido proferido quando do julgamento da apelação empostou à perfeição o problema, ficando, por isso

adotado em todos os seus termos que, na forma regimental, passam a integrar este aresto.

“Fiquei vencido, *data venia*, no tocante à primeira apelação que provia, eliminando a, *data venia*, absurda limitação da cobrança da multa. A cominação dada a sua função e natureza de mal grave, a compêlir o devedor ao cumprimento da obrigação, deve fluir até que se dê a sua satisfação. Há que se fazer nítida separação entre a pena cominada o *nallum passionis* imposto ao inadimplente pelo não cumprimento da obrigação — e o ressarcimento de perdas e danos, que o teor do artigo 880 do Código Civil, também é exigível do devedor que recusar a prestação a ele só imposta ou só por ele exequível, além da multa cominada. O limite da cominação, a que se refere a douta sentença e que a ilustrada maioria manteve reserva de acentuado equívoco, na assenhacão entre a multa cominatória e a indenização de perdas e danos. No comentário ao artigo 1.005 do Código de Processo Civil o insigne AMÍLCAR DE CASTRO remata:

“E por isso, dando forma prática e realização a esta norma, o artigo 1.005, estabelece que se o ato só *puder ser executado pelo devedor*, a requerimento do exequente, o juiz ordena que o devedor o execute, dentro do prazo que fixar, sob cominação pecuniária que não exceda o valor da prestação. Trata-se, pois, de pena pecuniária inaplicável ao caso de poder o fato ser prestado tanto pelo executado como por terceiro; *pena essa que não exclui a conversão da inexecução em perdas e danos*, nos termos do art. 880 do Código Civil” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, 1941, Rev. For., pág. 371).

A mesma a lição do douto PONTES DE MIRANDA, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo XIV, 1961, Rev. For., pág. 36, n.º 1:

“*Ato só executável pelo devedor* — Se o ato não pode ser executado por

terceiro é provável que a sentença exequenda já haja condenado o devedor em mora a pagar perdas e danos (Código Civil, artigo 860). Igualmente se houve promessa de fato de terceiro (*Código Civil*, art. 929). Se a sentença o previu, a citação é com a alternativa: executar ou pagar as perdas e danos; salvo é claro, se ao tempo da execução da sentença, já é sem interesse para o credor a execução do fato pelo devedor em mora. Se a sentença não resolveu, o artigo 1.005 é aplicável. *Não se trata de prestar perdas e danos, obrigação de direito material; trata-se de cominação. O artigo 1.005 não exclui a aplicação dos artigos 999 e 1.004 (Código Civil, art. 880)*”.

Não menos explícito é o magistério do consagrado CARVALHO SANTOS (*Código de Processo Civil Interpretado*, vol. X, pág. 230, 4.^a edição, 1955, n. 2):

“Sem prejuízo dessas perdas e danos, a que fica sujeito o devedor, o Código de Processo ainda permite que lhe seja cominada pena pecuniária que não exceda o valor da prestação, no caso de negar-se a cumprir a obrigação. *É um meio coercitivo, cuja finalidade é vencer a obstinação do devedor recalcitrante, que não pode ser confundido com a obrigação de indenizar perdas e danos, a que fica sujeito o devedor, em face do artigo 880 do Código Civil.*”

Patente, à vista da lição de tão autorizados comentadores, o engano do insigne LIEBMAN quando, em nota à página 160, de sua obra *Processo de Execução*, 2.^a edição, 1963, Saraiva, afirma:

“5. O artigo 1.005 dispõe, para o caso de obrigação que só pode ser executada pelo devedor pessoalmente, que o juiz fixe cominação pecuniária, mas não podendo esta exceder o valor da prestação, é claro que é apenas fixação antecipada, e talvez parcial, das perdas e danos.”

Não se cuida, na verdade, como visto, de antecipação de perdas e danos, e

nem de tal se cogita, na cominação de multa, mas sim se cuida de impor ao devedor, renitente no inadimplemento, uma penalidade para compeli-lo ao cumprimento da prestação. Enquanto não cumprida a prestação, flui a multa. E' certo que, possível, a teor do artigo 880 do Código Civil, a cumulação desta multa com a indenização de perdas e danos, no momento em que admitida esta, e recebida, pelo credor, cessa o curso da cominação, como cessaria se cumprida em espécie a obrigação, dado que se substituiu esta pelo sobressalente do ressarcimento de perdas e danos. O limite à que se refere o artigo 1.005 do Código de Processo Civil, por conseguinte, não pode ser interpretado em dissonância com o acima exposto, sob pena de se frustrar o meio coercitivo para o cumprimento da obrigação e de se votar a ação cominatória a figurar no rol das coisas inúteis. O limite do artigo 1.005 diz respeito ao valor unitário da multa — se de pena diária se cuida, o valor unitário, a diária, não poderá ser, evidentemente, mais do que o próprio valor da prestação. Haveria, caso assim não se estipulasse, um abusivo direito de haver o credor alcançado enriquecimento indevido à custa do patrimônio do devedor, a pretexto de não sofrer, no seu, um empobrecimento. Impressionou-se LIEBMAN, como a douta maioria e o douto prolator da sentença recorrida se mostraram sensíveis também ao ponto, com a possibilidade de em decorrência do curso da multa, ser havido pelo credor um montante muito maior, ao valor da prestação aferido, a título de cominação. Sustenta LIEBMAN, na obra citada, n.º 97, *in fine*, ainda envolvido no mesmo equívoco apontado, que “o direito brasileiro não conhece nada que se lhes possa comparar” às *astreintes* da jurisprudência francesa ao *contempt of court* do Direito Inglês, às multas pecuniárias e à prisão do direito alemão, (§ 888 do ZPO) “tornando-se por isso a tutela desta espécie de obrigações muito menos eficiente.” Efetiva-

mente inexistem entre nós, institutos semelhantes aos apontados supra, nos parênteses, mas nem por isso falta o meio coercitivo necessário para compelir o devedor ao cumprimento das obrigações em referência. Salvo se se iguallar, como faz LIEBMAN, a cominação às perdas e danos, limitando a multa em seu valor. Ora! Esta equiparação, já se viu, é injurídica, distintas as funções e a natureza de um e outro institutos. Mas, que se quisesse passar por cima de tal impossibilidade jurídica, é de se ver que, a prevalecer a igualdade, estar-se-ia colocando em posição idêntica aquele que contrata, reservando-se o direito de arrependimento, mediante pagamento de perdas e danos (artigo 1.088 do Código Civil), e o que convencionava sem cláusula de retrato, que, assim, não se podendo arrepender, nem mesmo pagando perdas e danos, vem a final, a ter reconhecido, indiretamente, tal direito de revogação de vontade, com o pagamento de cominação que não seja superior ao valor das mesmíssimas perdas e danos. Ambos estarão em igual situação, prática, para se livrar, mal ou bem, da obrigação assumida. Esta circunstância, *data venia*, e insistindo no ponto, sem pena de se ter que concordar com LIEBMAN sobre a inexistência de meio coercitivo para o cumprimento da obrigação que só o devedor pode cumprir, e de se votar a ação cominatória ao rol das coisas inúteis, está a indicar a impériosidade de se dar uma interpretação útil ao limite mencionado no artigo

1.005 do Código de Processo Civil: a cominação não poderá ter o valor unitário maior do que o da prestação. Pouco importa que, no seu curso, em decorrência da recalitrância do devedor em não cumprir o que deve a cominação atinja a valor superior (na sua soma) ao valor da coisa ou da prestação. Cuida-se, insista-se, de instituto distinto, diverso, de outra natureza e de função diferente do instituto de perdas e danos. É de sua essência fluir até a satisfação da prestação. Tem função, nítida, de pena civil, conforme destaca CARVALHO SANTOS no trecho supra citado. Existe para constringer o devedor a cumprir a obrigação. Assim não fora e inútil seria distinguir perdas e danos da cominação e autorizar a sua cobrança cumulada, como o faz o artigo 880 do Código Civil. Será o mesmo que admitir que o locatário, ante o pagamento, anos corridos, do aluguer, adquira a propriedade do imóvel locado, pois a soma dos alugueres superou o preço da coisa, no tempo corrido ... Dava provimento assim, à primeira apelação, eliminando o limite, injurídico, imposto pela sentença à cominação. Custas na forma da lei."

São, pois, recebidos os embargos na forma do voto vencido.

Rio de Janeiro, 11 de maio de 1972.
— Antônio Assumpção, Presidente e revisor. — Wellington Moreira Pimentel, Relator.

DIREITOS DE PERSONALIDADE

Direitos da personalidade. Nome. Imagem. Atleta profissional. Notoriedade: seu sentido econômico e sua utilização como veículo de propaganda comercial. O dano está no próprio fato da usurpação; é-lhe insito. Art. 159 do Código Civil.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 24.294

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Tribunal de Alçada

Relator designado: Juiz Doreste Baptista