

“O Direito, como ciência viva, não pode deixar o Estado e terceiros que de boa-fé contratam com a pessoa jurídica de direito privado à mercê de estratagemas bem ou mal inspirados que, em homenagem a princípios de questionável validade, tornassem inevitável suportar prejuízos e agravos de toda sorte, sem qualquer defesa.”

Só porque a lei não se refere expressamente à dissolução de fato de uma sociedade, não significa que ela não possa ocorrer, já que, na prática, ela existe, não podendo o Direito permanecer indiferente ao fenômeno.

Outrossim, o fato de não ser observada uma formalidade legal jamais pode resultar em benefício ao faltoso; ao contrário, a omissão só lhe pode acarretar as sanções correspondentes. Se assim não fosse, a ordem jurídica estaria irremediavelmente comprometida.

9 — Assinala-se, a respeito, que, em relação aos débitos tributários, a responsabilidade ilimitada e pessoal dos sócios, em se dissolvendo a sociedade, já se acha contemplada em texto legal.

O art. 134 do Código Tributário Nacional, transcrito no item 3 do presente ensaio, é incisivo: respondem os sócios no caso de liquidação da sociedade de pessoas.

A referência a liquidação, no texto legal, é a mais ampla possível, abrangendo a liquidação regular (legal) e a clandestina (de fato), pois não se compreenderia onerar a situação do sócio cumpridor das formalidades legais e contemplar com a impunidade o sócio omissor, relapso e fraudador.

10 — Em síntese, portanto, podemos concluir: a) o desaparecimento da *affectio societatis* acarreta a dissolução da sociedade, que pode resolver-se de direito, com a observância dos requisitos; b) em qualquer caso, tornam-se os sócios responsáveis pessoal e ilimitadamente pelas obrigações contraídas pela sociedade, caso o patrimônio social pereça ou seja insuficiente para satisfazer todas as dívidas.

A “EXECUÇÃO PARA PRESTAÇÃO DE FATO” DO DIREITO PORTUGUÊS E A REFORMA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (*)

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Professor titular interino de Direito Judiciário
Civil na Faculdade de Direito da Universidade
do Estado da Guanabara
Procurador do Estado da Guanabara

1. É um velho problema, que através de séculos desafiou a argúcia de juristas e legisladores, o da execução das sentenças que condenam o réu à realização de certa atividade. Boa parte das dificuldades que se costumavam suscitar nesse terreno foi no entanto afastada pela moderna técnica processual, ao consagrar uma distinção baseada na índole *fungível* ou *infungível* da atividade a que se refere a condenação. É com efeito notório que em algumas hipóteses o interesse do credor vitorioso só ficaria satisfeito mediante a prestação *pelo próprio devedor*, cujas qualidades pessoais se haviam tido em vista como razão determinante na formação do vínculo obrigacional; ao passo que noutras o que realmente interessa é menos a atividade em si do que o *resultado* dela, e esse resultado tanto se pode obter do devedor quanto de terceiro. Do primeiro caso são exemplos clássicos o do recital que cantor famoso se obrigara a dar, o da conferência prometida por cientista sobre tema da sua especialidade, o da obra de arte que se encomendara a pintor ou escultor de renome; no segundo estariam, entre muitos outros, o conserto de máquina defeituosa, a demolição de edifício, a construção de muro, a capina de terreno, o transporte de pessoas ou mercadorias, e assim por diante.

(*) Escrito em 1972, antes de remetido ao Congresso Nacional o Projeto do novo Código de Processo Civil, já convertido na Lei n.º 5.869, de 11-1-1973.

Os ordenamentos contemporâneos soem regular diversamente esses dois grupos de hipóteses. Quando alguém é condenado a realizar atividade *infungível* e se recusa a cumprir a sentença, impossível se torna a execução específica. De um lado, não se concebe que o devedor seja constrangido a cantar, a proferir confissão, a pintar ou a esculpir: vigora aqui o princípio *Nemo praecise ad factum cogi potest*; de outro lado, revela-se inútil a substituição da sua atividade pela de outrem, que não satisfaria ao credor. Não resta pois outro recurso senão o de converter-se a execução específica em execução *genérica*, isto é, pecuniária: liquidam-se as perdas e danos sofridos pelo vencedor e procede-se à excussão dos bens do vencido. Em se tratando, porém, de atividade *fungível*, abre-se ensejo para a adoção de outro expediente, qual a de fazer realizar *por outrem* a obra ou o serviço, *à custa do devedor*, sem que fique excluída a possibilidade de optar o credor pela indenização pura e simples.

2. O confronto entre as disposições vigentes, ao propósito, no direito português e no brasileiro, mostra que, até aí, não existem entre os dois sistemas divergências essenciais. De acordo com o Código de Processo Civil luso, na “execução para prestação de fato”, “o credor pode requerer a prestação por outrem, se o fato for fungível, ou a indenização do dano sofrido” (art. 933, n.º 1). A segunda solução é de rigor nas hipóteses de infungibilidade; nas de fungibilidade, toca ao exequente optar. Preferindo ele a indenização, liquida-se o respectivo valor e procede-se à penhora de bens do executado, prosseguindo-se nos termos da execução para pagamento de quantia certa (art. 934, c/c art. 931).

Entre nós, a disciplina é em linhas gerais a mesma. Se infungível a atividade, recusando-se o vencido a cumprir a condenação, a execução necessariamente se converte em pecuniária (arts. 999 e 1.005). Fungível que seja a atividade, concede-se ao vencedor a opção entre a prestação do fato por terceiro (arts. 1.000 a 1.003) e o ressarcimento das perdas e danos, mediante liquidação e subsequente emprego do procedimento previsto para a execução por quantia certa (art. 1.004).

Onde se distanciam o Código português e o brasileiro é justamente na regulamentação do procedimento adotável quando o exequente prefere que a obra ou serviço seja feito por outrem. O

interesse do cotejo, por conseguinte, sobe aqui de ponto, e intuitivamente ocorre cogitar, como possibilidade digna de exame, na de tirar-se entre nós algum proveito, *de lege ferenda*, da experiência lusa na matéria. Cabe de início, então, expor sumariamente as soluções abraçadas por uma e outra legislação.

3. No direito pátrio, uma vez escolhida pelo exequente a realização da atividade por terceiro, à custa do executado, preceitua a lei a abertura de licitação (1). Mediante prévia avaliação, abre-se “concorrência em hasta pública” (art. 1.000, *caput, fine*), e ao vencedor atribui-se a obra ou o serviço.

A expressão “concorrência em hasta pública” é equívoca. O procedimento administrativo da concorrência pública, através do qual se efetua, em tantos casos, a seleção dos particulares que desejam contratar com a Administração, caracteriza-se, na sua mais típica forma, pela apresentação de propostas *cerradas*, que só no instante do julgamento são abertas e confrontadas, para que o órgão público dentre elas escolha a mais vantajosa (2). É imprescindível, em todo caso, que se tenham previamente à mão as diversas propostas, formuladas em separado e independentes umas das outras. Algo de semelhante ocorre, no processo de execução regulado pelo Código de Processo Civil brasileiro, com a impropriamente chamada “venda por iniciativa particular” (art. 973), quer se repute essencial quer não, no silêncio da lei, o encaminhamento das propostas “em sobrecartas lacradas” (3). Diversamente se passam as coisas em qualquer das duas modalidades de hasta pública empregáveis de ordinário na arrematação de bens penhorados, a praça e o leilão. Aí, as propostas assumem a forma de lanços, sucessivamente feitos pelos interessados, em competição uns com os outros, ciente cada qual das ofertas dos concorrentes, que terão de ser superadas por quem pretenda arrematar.

(1) Admite a doutrina que seja dispensável a licitação quando haja acordo entre exequente e executado na escolha do terceiro que deve realizar a obra ou serviço: PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., 1961, t. XIV, pág. 32; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1.ª ed., 1960, vol. V, pág. 316, nota 16.

(2) V. MARCELO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 1.ª ed. bras., Rio, 1970, t. I, págs. 539/41. Cf. a sistemática adotada, no direito federal brasileiro, pelo Dec.-lei n.º 200, de 25-2-1967, arts. 127 e segs.

(3) Assim AMÍLCAR DE CASTRO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., vol. X, t. 1.º, págs. 326/7; *aliter*, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *ob. e vol. cit.*, pág. 276.

Qual desses tipos de licitação deve utilizar-se para atribuir a terceiro a realização da obra ou serviço devido pelo executado? Encontra-se na literatura a afirmação de que “os arts. 965, 972 e 973 são aplicáveis” (4); começar-se-ia, pois, pela praça, passando-se depois ao leilão e, eventualmente, à “venda por iniciativa particular”. Outra opinião fixa-se com exclusividade nesta última forma (5), que de fato parece a mais adequada, por sua estrutura, à consecução do fim em vista: mal se concebe a escolha da melhor proposta para a realização de obra ou serviço através de licitação por lanços, como na arrematação de bens. É certo que o art. 1.000, *caput, fine*, alude a “hasta pública”, e a denominada “venda por iniciativa particular” (art. 973) é modalidade de licitação que não se inclui naquele conceito: ressalta-o o próprio teor do dispositivo legal, que autoriza o juiz, “a requerimento de qualquer interessado e ouvido o devedor”, a mandar que se aliene o bem “por iniciativa particular, *se não lhe parecer oportuno que se efetue em hasta pública*”. As considerações exegéticas de ordem literal devem aqui, porém, ceder o passo a razões teleológicas, sem dúvida de maior peso.

Seja qual for a solução, o importante é assinalar que, em qualquer hipótese, a avaliação terá de fazer-se pelo procedimento previsto no Capítulo VI do Título III do Livro II (cf. o art. 962), e à arrematação precederá, obrigatoriamente, a publicidade mediante editais — ou segundo as regras dos arts. 963 e 964, *mutatis mutandis*, ou na forma que o juiz determinar (art. 973, § 2.º). O rito não é simples e com dificuldade se afeiçoará à urgência, que tantas vezes há de ocorrer, na realização da obra ou do serviço. Bem se compreende que, não raro, a demora no cumprimento de todas as formalidades imporá ao credor intolerável sacrifício; e o prejuízo que lhe resultar já não será suscetível de ressarcimento na execução específica.

O pagamento do terceiro é feito pelo exeqüente, a quem a lei abre a opção entre adiantar as importâncias necessárias, para depois cobrá-las do executado, ou exigir deste, desde logo, “o total do custo, mediante execução pela forma estabelecida para condenação por quantia certa” (art. 1001). É claro que, se o vencedor não

(4) PONTES DE MIRANDA, ob., t. e lug. cit. em a nota 1.

(5) AMÍLCAR DE CASTRO, ob. e vol. cit., t. 2.º, pág. 409, onde o autor remete aos comentários feitos a propósito do art. 973.

dispuser de recursos financeiros que lhe permitam fazer os adiantamentos, terá de optar pela segunda via; ora, pode acontecer que, promovida a execução por quantia certa contra o devedor, o produto obtido não baste para custear a obra ou o serviço, ainda que se abstraia da provável variação do custo ao longo do tempo gasto, com a eventual conseqüência de tornar inviável a realização dos trabalhos nas condições da proposta vitoriosa sem injusto detrimento para o arrematante.

Nenhuma dessas dificuldades encontra solução na lei, que apenas cogita de outra, inerente também à sistemática adotada. Escolhido mediante licitação pública o terceiro a quem se atribui a prestação do fato, nada assegura que o credor — que nenhuma responsabilidade tem pela escolha — se manifeste satisfeito com a obra ou serviço realizado. Essa possibilidade enseja o surgimento de novo e secundário conflito de interesses, desta vez entre exeqüente e arrematante. Permite o Código pátrio que o primeiro impugne a obra ou serviço, cabendo então ao juiz mandar proceder a vistoria e depois decidir (art. 1002). Se se verificar que a execução foi incompleta ou defeituosa, e bem assim se não se completar no prazo marcado, “o exeqüente poderá, autorizado pelo juiz e feito arbitramento, concluí-la ou consertá-la” (art. 1003); só nessa hipótese extrema, pois, é que se admite à realização da atividade o maior interessado em que ela se cumpra. O custeio dos trabalhos de conclusão ou de conserto naturalmente corre por conta do terceiro que se obrigara e descumpriu a obrigação: a título de cautela, deve ele ter prestado, ao ser-lhe atribuída a obra ou serviço, caução arbitrada pelo juiz, que atenda “ao valor da indenização, em caso de inexecução, demora ou má execução” (art. 1000, parágrafo único). Dessa importância depositada retira-se o numerário destinado a cobrir as despesas do exeqüente com a conclusão ou o conserto (artigo 1003, *fine*), até o limite fixado no arbitramento, cabendo ao arrematante levantar o saldo eventual (6).

Nada dispõe a lei quanto à hipótese de revelar-se insuficiente a caução. Parte da doutrina, recorrendo ao art. 1004 (7), concede

(6) Cf. PONTES DE MIRANDA, ob. e t. cit., pág. 35.

(7) *Só por analogia* aplicável, ao nosso ver: o art. 1.004 não se refere diretamente ao caso de que aqui se trata, mas ao de ter o exeqüente, *ab initio*, optado pela indenização em vez da prestação *in natura*; a solução que ele contempla é *alternativa* em face de todo o procedimento regulado nos ar-

ao exequente a possibilidade de prosseguir contra o arrematante, liquidando as perdas e danos e executando-o segundo o procedimento da execução por quantia certa. Mas tal solução, além de importar, do ponto de vista prático, novo prolongamento do processo executório — que a essa altura já se estará arrastando por meses ou talvez por anos a fio —, suscita dificuldades também no plano dogmático: qual seria, com efeito, o *título* da execução contra o arrematante, em face de quem nenhuma condenação foi proferida? Impossível, ao nosso ver, identificá-la na decisão em que o juiz haja porventura acolhido a “oposição” a que alude o art. 1002, não só porque o texto legal nem de longe o sugere, mas também porque, no momento em que se decide sobre a “oposição”, ainda não se sabe (ou não se sabe *necessariamente*) sequer se o exequente querera assumir o trabalho de conclusão ou conserto, e menos ainda se a caução depositada bastará ou não para custeá-lo.

4. Diversa da exposta é a regulamentação consagrada no vigente Código português. Se o credor, em vez de optar pela indenização, prefere a execução específica, a ele mesmo compete realizar ou mandar realizar, “sob sua direção e vigilância” — e naturalmente por alguém de sua confiança — “as obras e trabalhos necessários para a prestação do fato” (art. 936, n.º 1). Não existe, portanto, licitação, como no direito pátrio, para escolha do terceiro que deve executar a obra ou serviço: desde logo — e não apenas na hipótese de execução insatisfatória — se comete o encargo ao próprio interessado.

Cumprido observar que não era essa a sistemática do Código anterior, de 1876, onde — tal qual ainda hoje no ordenamento brasileiro — a licitação era de rigor, só se tornando possível ao exequente fazer ou mandar fazer a obra ou serviço na hipótese de não haver quem arrematasse. Tal sistema, que o mais ilustre expositor do moderno direito processual luso classificou de “complicado e perigoso” (8), foi abandonado na reforma de 1926; e a manutenção da

tigos 1.000 a 1.003 (cf. AMÍLCAR DE CASTRO, *ob e vol. cit.*, t. 2.º, pág. 411). No sentido agora exposto no texto, JORGE AMERICANO, *Comentários ao Código de Processo Civil do Brasil*, 2.ª ed., 1960, vol. IV, págs. 272/3; AMARAL SANTOS, *Direito Processual Civil*, 2.ª ed., 1967, vol. III, pág. 345.

(8) “Complicado, porque podia dar lugar a uma série de arrematações, quando os arrematantes deixassem de prestar o fato; perigoso, porque dava ensejo a que o executado se mancomunasse com os arrematantes, protelando indefinidamente a prestação” (JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*, 2.ª ed., 1929, pág. 731).

nova diretriz no Código de 1939, bem como nas sucessivas reformas de 1961 e 1967, atesta que a inovação produziu bons frutos (9).

É óbvio que a realização da obra ou serviço há de correr à custa do devedor. Para tanto, procede-se de início à respectiva avaliação por peritos e, em seguida, mediante nomeação do exequente, “à penhora dos bens necessários para se obter a quantia que se tiver determinado e o montante das custas”, prosseguindo-se nos termos da execução por quantia certa (art. 935). O produto dessa execução vai destinar-se ao reembolso do exequente; mas este, embora possa fazer ou mandar fazer a obra ou serviço mesmo antes de terminada a avaliação ou a execução pecuniária contra o devedor (art. 936, n.º 1), fica obrigado a prestar contas em juízo, e não pode reembolsar-se antes que tais contas sejam aprovadas (arts. 936, n.º 1, *fine*, e 937, n.º 1). Quer assim prevenir a lei os eventuais abusos do exequente, em detrimento do executado (10).

Pode acontecer que o produto da execução pecuniária se mostre insuficiente para o total reembolso do credor; nesse caso, penhoram-se outros bens do devedor e seguem-se de novo, para a obtenção do saldo, os termos da execução por quantia certa (art. 937,

(9) Contrariamente opina ARTUR ANSELMO DE CASTRO, *A ação executiva singular, comum e especial*, 1970, págs. 372/3; mas não parecem convincentes os seus argumentos. A apregoada superioridade do regime de 1876, consistente na “prévia fixação do custo da obra, que eliminava a necessidade de prestação de contas”, revela-se ilusória à vista da constante variação de preços que torna rapidamente superada qualquer fixação prévia. Quanto à “garantia da certeza da execução da obra dada pela responsabilidade do adjudicatário-arrematante remisso que, quando necessário, se efetivava logo na execução sobre o valor da caução”, cabe ponderar que maior garantia constitui a atribuição da obra ou serviço ao próprio exequente (por si ou por alguém de sua confiança e escolha), interessado máximo em que o fato se preste de modo satisfatório, com a vantagem, nada desprezível, de eliminar quaisquer incidentes de impugnação pelo credor. Mais aparente que real, convém ainda observar, é a garantia representada pela caução, que, depreciando-se ao longo do tempo, em breve deixa de manter correlação com o custo da obra ou serviço.

(10) A obrigatoriedade da prestação de contas dissipa os receios manifestados, *v.g.*, por CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil brasileiro interpretado*, 2.ª ed., 1941, vol. X, pág. 265: “Não é possível, porém, que, obtida a sentença, fique o credor com amplos poderes de mandar executar a obra, *sem controle algum*, porque, sendo certo que as despesas serão custeadas pelo devedor, este poderia ficar prejudicado e ser obrigado a despendar mais do a que se obrigara”. A cláusula que grifamos, no trecho transcrito, não se ajusta a sistema como o da lei portuguesa, em que a atividade do exequente se sujeita ao controle do órgão judicial.

n.º 2). Se, ao contrário, “o crédito for inferior, o excedente pertence, é claro, ao executado” (11).

Prevê enfim o Código a eventualidade de terem-se executado todos os bens do devedor sem que se obtenha sequer a importância fixada na avaliação, e confere ao exequente, aí, o direito de “desistir da prestação do fato, no caso de não estar ainda iniciada, e requerer o levantamento da quantia obtida”: é uma hipótese especial de conversão da execução específica em genérica (12). O texto é omissivo a respeito do caso em que somente depois de começada a realização da obra ou serviço se verifique não bastar o patrimônio do executado para produzir quantia correspondente à da avaliação. Tira a doutrina do disposto no art. 938, *a contrario sensu*, que, “iniciada a prestação, o exequente já não pode desistir dela, se depois a execução para pagamento de quantia certa não render a quantia em que foi avaliado o custo da prestação” (13); também se encontra na literatura, todavia, a afirmação de que o credor tem o direito de levantar o produto, “mesmo que não complete a prestação, desde que as despesas já feitas com esta atinjam o montante apurado na execução, deduzida as custas” (14).

5. O Anteprojeto de novo Código de Processo Civil, elaborado para o nosso país pelo Professor ALFREDO BUZARD, mantém em princípio, embora procure aperfeiçoar-lhe a disciplina, o sistema hoje vigente; mas já amplia, como adiante se verá, a possibilidade de assumir o próprio exequente o encargo de fazer ou mandar fazer, por pessoa de sua escolha, a obra ou serviço. Revela aí, queremos crer, certa influência da lei portuguesa, tanto mais pro-

(11) JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, 2.ª ed., 1940, pág. 630 (o comentário, feito sob a vigência do texto de 1939, continua válido à luz do sistema de 1967, que na matéria não discrepa substancialmente daquele); no mesmo sentido, ARTUR ANSELMO DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 370.

(12) Segundo ARTUR ANSELMO DE CASTRO, *ob. e lug. cit.*, deve entender-se aí “que renasce o direito inicial do credor à indenização pelo valor do fato, e que subsistirá para o futuro no excedente ao produto levantado”. O devedor, por conseguinte, não ficaria exonerado mercê do só levantamento do produto pelo exequente, continuando sujeito à execução do débito remanescente, quando venha a torná-lo viável a mutação posterior do seu patrimônio.

(13) JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *ob. e lug. cit.*, em a nota 11.

(14) LOPES CARDOSO, *Manual da ação executiva*, 2.ª ed., 1949, pág. 589. *Aliter*, ARTUR ANSELMO DE CASTRO, para quem, “pelo início da obra, torna-se irretroatável a opção pela prestação do fato”, de sorte que o exequente tem “de concluir a prestação para manter o crédito do seu custo, a apurar pelas respectivas contas” (*ob. cit.*, pág. 371).

vável quanto a redação mesma do art. 684, *caput*, em boa parte se avizinha à do art. 936, n.º 1, do Código luso.

Após conferir ao credor, no *caput* do art. 681, o direito de requerer, se o fato pode ser prestado por terceiro, que o juiz mande realizá-lo à custa do devedor, passa o Anteprojeto, nos respectivos parágrafos e nos dispositivos subseqüentes, a disciplinar o procedimento aplicável. As linhas gerais são as do Código em vigor, já que a atribuição da obra ou serviço se faz também mediante licitação, previamente avaliado o custo por perito. Não se fala, contudo, em “hasta pública”, mas apenas em “concorrência pública”, precedida de editais com prazo máximo de 30 dias (art. 681, § 1.º); e torna-se fora de dúvida que as propostas devem apresentar-se fechadas, competindo ao juiz abri-las em dia, hora e lugar designados, para escolher a mais vantajosa (§ 3.º). Assinado pelo vencedor termo nos autos, em que se obriga ele a prestar o fato (§ 4.º), toca ao exequente adiantar-lhe as importâncias previstas na proposta e necessárias à realização da obra ou serviço (§ 7.º). A ambas as partes, não somente ao credor, abre-se ensejo para impugnar a prestação (art. 682); se o terceiro não presta o fato no prazo, ou se o presta de modo incompleto ou defeituoso, pode o exequente requerer ao juiz que o autorize a concluí-lo ou repará-lo, a expensas do terceiro, que será condenado ao pagamento do custo, mediante avaliação (art. 683 e seu § 1.º) (15).

Até aqui, são de pormenor as divergências entre o regime atual e o consagrado no Anteprojeto, onde a licitação subsiste como regra e só na hipótese de inadimplemento do terceiro se admite o credor a assumir o encargo de realizar a obra ou serviço. A regulamentação é sem dúvida mais precisa, eliminando algumas das perplexidades que suscita o texto em vigor, a começar pela referente à própria forma da licitação. Além dos pontos já indicados, outro existe em que se afastam os dois sistemas: no do Código vigente, apenas se cogita de *uma* caução, a ser prestada pelo arrematante da obra ou serviço para atender “ao valor da indenização, em caso de inexecução, demora ou má execução” (art. 1001), e por conta da qual correm as despesas que venha a fazer o exequente para concluir ou consertar o trabalho (art. 1003, *fine*); já o Anteprojeto

(15) No texto oficialmente publicado do *Anteprojeto*, o art. 683 figura com um único parágrafo, ao qual, não obstante, se após a notação de § 1.º.

impõe ao terceiro a prestação de duas cauções, a primeira como condição de recebimento da proposta (art. 681, § 2.º), perdendo-a o proponente se, acaso vitorioso, não assinar dentro de 5 dias o termo de obrigação (§ 4.º), e a segunda na ocasião mesma da assinatura do termo, em *quantum* correspondente a 20% do valor do contrato (§ 5.º), revertendo esta em benefício do credor na hipótese de descumprimento da obrigação assumida no termo (§ 6.º). Embora o Anteprojeto não o diga *expressis verbis*, deve entender-se que a segunda caução responde, até o limite do seu valor, pelo pagamento a que porventura seja condenado o terceiro contratante, no caso do art. 683, § 1.º, em face do exequente, incumbindo a este, pelo eventual excesso do custo das despesas necessárias ao conserto ou à conclusão do trabalho, executar o terceiro, segundo os termos da execução por quantia certa.

Vale registrar, a esse propósito, a melhor técnica do Anteprojeto, que expressamente se refere à *condenação* do terceiro contratante (art. 683, § 1.º), em confronto com a do atual Código, em cujo sistema, consoante se observou no momento oportuno, é difícil identificar o *título* em que o credor há de fundamentar a execução contra o arrematante inadimplente da obra ou serviço. Em compensação, e curiosamente, inexistente no Anteprojeto norma que corresponda à do art. 1001, *fine*, do texto em vigor, segundo a qual pode o exequente, desde logo, exigir do devedor o total do custo avaliado, mediante execução por quantia certa. É claro que o custeio da obra ou serviço recairá sempre sobre o executado (cf. art. 681, *caput, fine*), mas só através de cobrança *a posteriori*: confirma-o o disposto no art. 681, § 7.º, que, em redação imperativa, atribui ao exequente o ônus de adiantar ao terceiro contratante o numerário destinado a prover à realização da obra ou serviço.

A principal inovação do Anteprojeto, porém, reside em permitir ao credor, mesmo fora das hipóteses de inexecução ou de execução incompleta ou defeituosa pelo terceiro contratante, tomar a si, diretamente ou por pessoa que ele próprio escolha, a realização da obra ou serviço. Estabelece, com efeito, o art. 684 que, “se o credor quiser executar ou mandar executar, sob sua direção e vigilância, as obras e trabalhos necessários à prestação do fato, terá preferência, em igualdade de condições de oferta, ao terceiro”; de acordo com o parágrafo único, “o direito de preferência será exer-

cido no prazo de cinco (5) dias, contados da escolha da proposta, a que alude o art. 681, § 3.º”. Da interpretação sistemática infer-se que, também nesse caso, só *a posteriori* poderá o exequente reembolsar-se das despesas efetuadas, mediante execução por quantia certa, a ser oportunamente movida contra o devedor.

6. No curso dos trabalhos da Comissão Revisora do Anteprojeto (16), a diretriz que predominou de início foi a de manter, aprimorando-a, a sistemática do texto originário. Um dos pontos que desde logo se impuseram à atenção foi justamente o da conveniência de abrir ao exequente, por alguma forma, a possibilidade de obter à custa do executado, de antemão, os recursos necessários à prestação do fato. Reputou-se injusto constranger o credor, na execução específica, a desembolsar as importâncias com que se custeará a obra ou serviço, para só depois havê-las do devedor, entendendo-se que não raro tal contingência praticamente vedaria ao exequente pouco abonado a escolha desse caminho, e não lhe deixaria outro recurso senão o de pleitear a indenização pura e simples. Quis-se, por isso, estabelecer uma alternativa para o credor: ou adiantar o custo da obra ou serviço ao terceiro contratante, para em seguida executar o devedor por quantia certa, ou começar pela execução pecuniária, a fim de conseguir o numerário indispensável à prestação do fato.

Este segundo expediente, contudo, não se compadece facilmente — segundo já se assinalou no exame do regime em vigor — com o procedimento mediante licitação. Com efeito: ou se faz prece-der à concorrência a excussão de bens do devedor, ou vice-versa; no primeiro caso, o produto da execução pecuniária, feita no montante da avaliação prévia, e em regra demorada, muitas vezes se mostrará insuficiente em confronto com os valores das propostas dos concorrentes, apresentadas num momento em que, com toda a probabilidade, já terá encarecido a realização da obra ou serviço;

(16) Como é notório, compunha-se a Comissão Revisora dos eminentes juristas LUIZ MACHADO GUIMARÃES, JOSÉ FREDERICO MARQUES e LUIZ ANTÔNIO DE ANDRADE. Dificuldades de ordem prática, ligadas à circunstância de não poder o segundo membro se ausentar com frequência de S. Paulo, explicam que somente os outros dois participassem das reuniões realizadas no Rio de Janeiro, do 2.º semestre de 1969 até meados de 1971. Por honroso convite dos membros da Comissão aqui residentes, tivemos o privilégio de assistir, em caráter extra-oficial, à totalidade dessas reuniões, de cujos debates guardamos o registro, gravado e depois reduzido a datilografia.

no segundo caso, o próprio valor da proposta vitoriosa é que com certeza estará desatualizado ao concluir-se a execução pecuniária, tornando impraticável a prestação das condições oferecidas pelo vencedor. Ter-se-ia de recorrer, de qualquer sorte, a uma *segunda* execução por quantia certa, para reembolso do exequente — pesadelo que lembra o suplício de Sísifo...

Mais ainda; pode suceder que a excussão dos bens do devedor não produza sequer o *quantum* da prévia avaliação, trazendo com isso a certeza de que a execução específica se faz impossível. Em tal hipótese, é razoável que se autorize o credor, pura e simplesmente, a levantar o produto, encerrando-se a execução; mas, se já se houvesse realizado a concorrência, em que posição ficaria o licitante vitorioso, que prestara caução, retida durante todo esse tempo? A caução mesma, por outro lado — ou antes, as cauções, já que de *duas* cogita o Anteprojeto —, suscitavam problemas de regulamentação nem sempre fáceis de resolver, e havia ainda, a provocar delongas e complicações indesejáveis, a eventualidade da insatisfação do exequente com a obra ou serviço realizado por terceiro em cuja escolha ele não influíu.

Todas essas considerações, e outras que seria fastidioso enumerar exaustivamente, foram aproximando a Comissão Revisora da sistemática portuguesa. Entre as muitas emendas passadas em revista, havia uma apresentada por HELY LOPES MEIRELLES no Congresso de Campos do Jordão, no sentido de dispensar-se a concorrência pública e autorizar-se o exequente a realizar diretamente, ou por terceiro de sua confiança, até o limite da avaliação, a obra ou serviço, desde que o custo avaliado não excedesse o décuplo do salário-mínimo vigente na região. Pessoalmente, ter-nos-íamos talvez inclinado por uma solução de compromisso: deixar ao credor, em qualquer caso, a opção entre (a) chamar a si o encargo de fazer ou mandar fazer o trabalho, ou (b) requerer a atribuição dele a terceiro, através de licitação. MACHADO GUIMARÃES, no entanto, a quem acabaram por parecer grandes demais os inconvenientes do procedimento mediante concorrência, sugeriu que se abandonasse em definitivo tal sistema e se adotasse o do Código luso, com algumas modificações. Apoiado o alvitre por LUIS ANTÔNIO DE ANDRADE, foi essa a solução consagrada no texto que se encaminhou, em janeiro de 1972, ao Exmo. Sr. Ministro da Jus-

tiça. Assim, a Comissão, que já manifestara simpatia pela emenda HELY LOPES MEIRELLES, decidiu-se afinal por adotar, sem qualquer limitação *ratione valoris*, o expediente de atribuir ao próprio credor, que prefira a execução específica, a realização da obra ou serviço, por si ou por terceiro que ele mesmo escolha, e que fará o trabalho sob sua direção e vigilância.

Não nos sentimos autorizados a transcrever aqui o texto sugerido, do qual vamos apenas esboçar as linhas mestras. Fixado pelo juiz, mediante prévia avaliação, o custo provável da obra ou serviço, penhorar-se-ão desde logo tantos bens do devedor quantos bastem para suportar a despesa, prosseguindo-se nos termos da execução por quantia certa. Essa execução visa, naturalmente, a fornecer os recursos financeiros para o custeio do trabalho; ao exequente, todavia, será dado optar entre duas atitudes: ou (a) aguardará o término da execução pecuniária, recebendo o produto para empregá-lo na prestação do fato, ou então (b) adiantará, ele próprio, as quantias necessárias, para reembolsar-se *a posteriori*. Tocá-lo-á, em qualquer caso, fazer ou mandar fazer por terceiro, submetido à sua direção e vigilância, a obra ou serviço.

Terá o credor, como é óbvio, de prestar contas em juízo, sujeitas sempre ao exame e à eventual impugnação do devedor. Na hipótese (a), prestadas as contas após a conclusão do trabalho, e julgada a impugnação, se houver, poderá o exequente ou o executado, conforme o caso, cobrar o saldo representado pela diferença entre a importância aprovada e o produto da execução pecuniária, através do procedimento da execução por quantia certa. Na hipótese (b), a importância apurada na execução pecuniária e destinada ao reembolso do exequente só poderá levantar-se após a decisão sobre as contas, até o limite do *quantum* aprovado; se houver excesso do produto obtido sobre este, caberá ao executado levantá-lo, deduzidas as custas; no caso inverso, competirá ao exequente exigir o saldo mediante nova execução por quantia certa. Sendo o produto da execução pecuniária inicial inferior ao custo avaliado, será lícito ao credor levantar pura e simplesmente a importância obtida, encerrando-se a execução.

É, como se vê, o mesmo esquema fundamental do Código português, tendo-se unicamente procurado, em contraste com ele, estabelecer mais nítida distinção entre as hipóteses (a) e (b), cada-

qual com a respectiva disciplina autonomamente fixada (17). O Anteprojeto BUZARD, fácil verificá-lo, mostra em mais de um passo — *v.g.*, na disciplina da intervenção de terceiros, ou na do processo cautelar — sinais inconfundíveis de que o seu ilustre Autor se andou abeberando em fontes de além-mar. Nesta matéria, em que se optara por diversa orientação, é a Comissão Revisora (ao menos por dois de seus eminentes membros) que sugere a adoção do figurino luso (18). Se acolhido o alvitre, aí se terá uma importante contribuição do direito português à reforma do nosso processo civil.

(17) As deficiências do texto luso, no particular, têm suscitado dificuldades e controvérsias exegéticas sobre questões relevantes, como a da própria obrigação de prestar contas, que para alguns autores existe sempre, e para outros apenas quando a execução específica se inicie antecipadamente, à custa de adiantamentos feitos pelo credor — não assim quando este prefira aguardar o término da execução pecuniária contra o devedor, para utilizar-lhe o produto (*v.*, ao propósito, ARTUR ANSELMO DE CASTRO, *ob. cit.*, págs. 371/2).

(18) O modelo primitivo, aliás, parece ter sido o germânico (*cf.* ARTUR ANSELMO DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 373). A regulamentação constante do § 887 da *Z. P. O.* alemã, porém, como a do § 353 da *Exekutionsordnung* austríaca, já atribuindo embora ao próprio exequente a realização da atividade à custa do executado, é assaz lacônica e limita-se a fixar os princípios gerais, sem preocupar-se com as minúcias do procedimento.

SOCIEDADE ANÔNIMA DE CAPITAL AUTORIZADO

RICARDO CRETON
Procurador do Estado

SUMÁRIO: *Aquisição de suas próprias ações. Limites. Impossibilidade de receber dividendo de si mesma, pelas ações em tesouraria. Tributação dos dividendos.*

1. O sistema do *capital autorizado*, não obstante de há muito adotado na legislação européia (Itália e Alemanha sobretudo, nesta por Lei de 1937), norte-americana (*authorized capital corporations*) e, mesmo, mexicana (desde 1884), só foi introduzido no Brasil pela recente Lei do Mercado de Capitais (n.º 4.728, de 14.7.65, artigos 45/48; 44, parágrafo 7.º; e 58.

2. Sua principal vantagem é a maleabilidade que caracteriza os aumentos de capital subscrito (até os limites do autorizado), prescindindo de numerosas formalidades exigidas pela Lei das Sociedades Anônimas e acarretando, destarte, maiores facilidades à abertura e democratização do capital das empresas anônimas.

3. Uma de suas características, trazida também de empréstimo da legislação estrangeira, é a possibilidade de *adquirirem suas próprias ações*, nos termos da Lei n.º 4.728, de 1965:

“Art. 47 — As sociedades anônimas de capital autorizado somente poderão adquirir as próprias ações mediante a aplicação de lucros acumulados ou capital excedente, e sem redução do capital subscrito, ou por doação.

§ 1.º — O capital em circulação da sociedade correspondente ao subscrito menos as ações adquiridas e em tesouraria.