

A obrigação como processo

Clóvis V. do Couto e Silva



Melhoramentos e acréscidos

Pode ocorrer que no desenvolvimento do processo, no período entre o nascimento da obrigação e o seu adimplemento, haja melhoramento no bem a ser prestado. É preciso distinguir, nesse ponto, duas hipóteses: a) se o aumento ou melhoramento ocorreu sem despesa ou trabalho, o credor receberá o acréscimo sem indenização; cuida-se de melhoria sem trabalho ou despesa, vale dizer, de acréscimo natural, seja em razão do motivo ocasional ou fortuito, da sorte, como se costuma dizer, seja em razão do próprio crescimento vegetal, seja por motivo de qualquer outro fato natural, do qual resulte a aquisição de propriedade, como nas hipóteses de acessão; b) todavia, se para esse melhoramento empregou o devedor trabalho ou dispêndio, vigorará o estatuído nos arts. 516 (1.219) a 519 (1.222) do Código Civil, que se relacionam com as benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias. Cabe, portanto, ao devedor, a restituição da indenização, bem como direito de retenção, se se tratar de benfeitorias necessárias e úteis.

Obrigações de fazer e de não fazer

Diversamente das obrigações de dar, cujo objeto da prestação é uma coisa ou direitos, algo que já existe, atribuição patrimonial, a obrigação de fazer tem, como objeto da prestação, a própria atividade. É preciso salientar que nem toda declaração de vontade se constitui em objeto da obrigação de fazer. No direito germânico, por exemplo, o acordo de transmissão seria considerado adimplemento de obrigação de dar, se essa declaração tivesse sido recebida no Código de 1900^[246] ou na doutrina.^[247] Na hipótese de declaração de vontade, a obrigação será de fazer, quando o adimplemento não se constituir imediatamente em atribuição patrimonial. Assim, o pré-contrato, uma vez que não se dirige imediatamente a uma atribuição patrimonial (existe a compra e venda, que ocasiona obrigação de dar), gera obrigação de fazer.

Obrigação de fazer, de modo geral, relaciona-se a trabalho ou a serviço determinado (*opus facere*). Tornou-se corrente a definição de Savigny,^[248] por meio de subtração, segundo a qual, quando não se tratasse de obrigação de dar (de transmissão de propriedade ou algo equivalente), se cogitaria da *obligatio faciendi*. A distinção que nosso Código Civil adotou, filiou-se ao direito romano, com as particularidades já mencionadas. Poder-se-ia definir a obrigação de fazer, segundo Kunkel, como toda aquela

em que a prestação consistisse numa atividade, inclusive na atividade necessária para que alguém desse algo.^[249]

A obrigação de fazer como processo

No processo da obrigação de fazer distinguem-se, também, as fases de nascimento e desenvolvimento e de adimplemento. Como já se salientou, o adimplemento das obrigações de fazer constitui ato-fato. A doutrina, sem discrepância, afirma ser esta a categoria do ato de adimplemento. Não faz muito, pretendia-se que o adimplemento deveria possuir sempre a categoria de negócio jurídico. Procurou-se construir simetricamente a teoria do adimplemento: seriam igualmente negócios jurídicos o adimplemento da obrigação de dar e o da obrigação de fazer. A distinção está, porém, na atualidade estabelecida.

Em alguns casos, entretanto, o cumprimento da obrigação de fazer constitui negócio jurídico. As hipóteses enumeradas sob tal categoria são as de *pactum de contrahendo*. A mais importante delas é o pré-contrato de venda de imóvel, ao abrigo do Decreto-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, com as modificações decorrentes das Leis nº 649, de 11 de março de 1949, e nº 6.014, de 27 de dezembro de 1973, que deram nova redação ao art. 22. No art. 22, afirma-se que o “compromisso” de compra e venda, desde que inscrito no Registro de Imóveis, outorga direito real oponível a terceiros. A jurisprudência, em inumeráveis arestos, inclinou-se por considerar o pré-contrato inscrito como gerador de um tipo específico de direito real, mas a *quaestio iuris* somente pode ser resolvida à luz dos princípios que comandam o desenvolvimento das relações obrigacionais.

A dívida que se dirige à feita de um contrato, que se denomina definitivo, tem sido considerada, tradicionalmente, como obrigação de fazer. Alguns escritores, para fundamentar o ponto de vista de que o pré-contrato gera direito real, tentaram conceitua-lo como categoria autônoma, separada, às completas, do negócio de adimplemento. Essa posição, de artificialismo gritante, não pode ser acolhida. Separar o pré-contrato do contrato definitivo seria impor corte inexistente no desenvolvimento do vínculo obrigacional, desnaturando a declaração de vontade nele inserta e que lhe fixa a categoria jurídica.

A questão não tem sido bem proposta perante a dogmática.

Darcy Bessone, por exemplo, arrima-se à opinião de Coviello para dizer que o pré-contrato é autônomo, acrescentando que essa autonomia não o conduz ao isolamento

funcional.^[250] Ora, a autonomia existente entre o pré-contrato e o definitivo é a mesma que se manifesta entre a obrigação e sua prestação. O negócio jurídico definitivo é a prestação que satisfaz a obrigação de fazer. Não se pode falar, senão impropriamente, em autonomia. Desde que a doutrina admitiu que o pré-contrato não é mera proposta ou simples atividade para contratar (“tratativa”), a questão não tem relevância. No pré-contrato, os figurantes obrigam-se a emitir declaração de vontade, fazer o negócio jurídico a que ele se refere. Não fora o objetivo do pré-contrato a emissão de vontade e o ato de cumprimento teria a categoria de ato-fato. Uma vez que as partes se obrigaram a contratar, a prestação, o adimplemento, a *solutio*, enfim, constitui negócio jurídico.

Não cabe discutir-se, por igual, o respeito de ser o pré-contrato mais ou menos do que o definitivo. O direito somente cogita de graus quando se trata de eficácia. Os efeitos que dele nascem são obrigações de fazer sujeitas às regras comuns a elas referentes e às decorrentes de legislação específica.

O pré-contrato não tem a qualificação de negócio jurídico de disposição, pois não se situa no plano do direito das coisas.

Embora nitidamente obrigacional, pretendem alguns que a natureza jurídica do pré-contrato, após o registro, se transmude para direito real. É, aliás, o que reza o art. 22 do Decreto-lei nº 58, com a redação que lhe deu a Lei nº 6.014: “Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo prego tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos arts. 16 desta Lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil”.

Tanto esse dispositivo quanto o art. 16 têm por finalidade impedir os abusos que decorriam da faculdade conferida pelo art. 1.088 do Código Civil: “Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1.095 a 1.097”.

Em razão do frequente exercício da faculdade de arrependimento, acarretando a resolução do contrato, houve a necessidade de editar-se legislação proibitiva, consubstanciada no referido Decreto-lei nº 58.

A jurisprudência, ao examinar a natureza jurídica do pré-contrato registrado, inclinou-se por considerá-lo direito real de natureza potestativa, a começar pelo voto do

min. Hahnemann Guimarães, do Supremo Tribunal Federal.^[251] Afirmou-se mais tarde, entretanto, que esse direito potestativo real não é aquele que o Código Civil confere ao adquirente da propriedade, pois não há, com o simples compromisso, a transferência de domínio nem a constituição de direito ou vínculo real.^[252] A matéria foi, aliás, diversas vezes discutida quando se questionou a respeito de estar, ou não, o pré-contrato sujeito ao pagamento de imposto de transmissão “intervivos”.

A exata exegese, a nosso ver, está em considerar o pré-contrato como gerador, em princípio, de mera obrigação de fazer. Esta é a obrigação principal definidora da categoria.

Relativamente à eficácia perante terceiros decorrentes do registro, o fenômeno assemelha-se, para não dizer que se identifica, com o que resulta da pré-notação (*Vormerkung*) dos direitos de crédito no direito germânico.

A pré-notação destina-se à segurança do nascimento ou desfazimento de direitos sobre propriedade imóvel, ou que a onerem, permitindo-se inclusive a inscrição de pretensões futuras ou condicionadas.^[253]

A natureza do direito, após a inscrição no Registro Imobiliário, tem sido, no direito germânico, também objeto de árduo exame. Assim Seckel e Wolff têm-no como “direito negativo de senhorio ou propriedade”, porque o credor, de nenhum modo, tem direito sobre a coisa, mas “a sua disposição não pode ser prejudicada pelo devedor”. Outros vêm no efeito da pré-notação direito expectativo ou à aquisição, ou mesmo direito à coisa (Gierke, Dernburg e Lehmann).^[254]

Todavia, a possibilidade de inscrição de pretensões futuras ou mesmo condicionadas parece indicar que do simples registro não pode resultar situação equivalente a direito real.

Em matéria de aquisição derivada de propriedade, há a fase do desenvolvimento do vínculo, cuja proteção não deve significar transformação da própria obrigação em direito real. A eficácia do registro deu nova dimensão ao direito obrigacional, o qual, por vezes, por meio da publicidade, atingirá círculo maior do que as partes e seus herdeiros, ultrapassando o âmbito previsto no art. 928 do Código Civil, que definiu, à época, a extensão da eficácia dos direitos obrigacionais, segundo a doutrina então prevalente.

Os efeitos, em algumas hipóteses, serão semelhantes àqueles dos direitos reais. Mas isso não importará em admitir a natureza real do direito de crédito. A dogmática possui seus princípios, e a qualificação de direito real não pode ser conferida de modo arbitrário pelo legislador. O princípio da separação de planos permite que se possa precisar

exatamente se se trata de direito real ou de eficácia superior à comum conferida a determinado direito obrigacional. Do pré-contrato nasce obrigação de fazer, vale dizer que o desenvolvimento se operará na dimensão dos direitos obrigacionais.

Seria difícil, senão impossível, qualificar a espécie de direito real que decorreria da inscrição do pré-contrato. Direito potestativo ou formativo real, evidentemente, não é a hipótese. A possibilidade de exigir a adjudicação compulsória não constitui direito dessa natureza, mas pretensão. Quando se trata de direito formativo, não há prestação, possibilidade de exigir-se certa atividade do devedor. Essa possibilidade, ao contrário, é própria das pretensões.

Além da obrigação de fazer, irradia o pré-contrato a obrigação de dar posse. O credor pré-contratante possui hoje direito à posse do imóvel. Essa obrigação, notoriamente, é de dar. A obrigação principal e que define o contrato, contudo, é a de fazer.

Obrigação de fazer e patrimonialismo

Do descumprimento de obrigação de dar resulta a possibilidade de exigir a execução específica, ou, então, perdas e danos. Em se tratando de obrigação de fazer, nem sempre será possível exigir a condenação *in natura*, em razão do caráter pessoal da prestação. Nosso Código Civil tem solução peculiar para as obrigações de fazer. De momento, interessa a relação entre obrigação de fazer e a repercussão patrimonial. Em outras palavras, importa saber se o aspecto econômico é inerente ao dever, participa de sua definição, ou se é algo a que ele se anexa.

Na Antiguidade, da inexecução dos deveres poderia resultar morte, redução à escravidão ou mesmo estacelamento do corpo humano.

Argui-se, porém, que essa possibilidade não pertencia ao conceito de dever, mas ao processo,^[255] concluindo-se que, em consequência, mesmo no direito romano, o vínculo não se dirigia à pessoa, mas à sua atividade; as regras de execução antes mencionadas, de que poderiam resultar as consequências que salientamos, eram de natureza processual ou pelo menos pré-processual.

Estamos tratando do problema do interesse patrimonial no conceito da obrigação, no capítulo relativo às obrigações de fazer, porque definimos as obrigações de dar como aquelas cujo adimplemento constitui uma atribuição. Essa destinação imediata a atribuição já define a circunstância de que a obrigação de dar tem como caráter indistarcável o aspecto patrimonial. Mas, nas obrigações de fazer, que não se dirigem à atribuição

patrimonial, pergunta-se: podem ser consideradas deveres jurídicos, mesmo quando delas não decorra diretamente a sanção de perdas e danos?

Em ligeira perspectiva histórica já se desvela que, muitas vezes, a execução das obrigações – até quando se permite falar assim dos muitos sistemas que não diferenciavam o direito civil do processual, nem ambos, pelo menos quanto aos efeitos, do direito penal, nessas nossas divisões e nomenclaturas atuais – se resolvia na transformação de quem devia em escravo, ou mesmo na sua morte. O Estado, todavia, ao instaurar o monopólio da justiça, desfazendo e proibindo a de mão própria, reduziu, processualmente, como se encara, modernamente, aquela pretensão que possuía o credor de executar diretamente a atividade do devedor.

Parece-nos, assim, que a razão está com Pontes de Miranda, quando afirma que a patrimonialidade não é elemento necessário à definição da obrigação.^[256] O fato de não se dar ingresso, no plano processual, a certas normas em virtude das quais pudesse ser efetivada a execução coativa de certos deveres, de cujo descumprimento não resultou dano, outro não é senão o decorrente da superação daquele princípio primitivo que permitia justiça privada. Os bens e interesses da vida, de modo geral, podem ser objeto de convenção válida. Muitas vezes, dessas mesmas convenções, podem brotar direitos e deveres que não se dirijam diretamente à transferência de algum bem patrimonial, nem de cuja lesão possam resultar perdas e danos. Segundo a concepção da justiça de mão própria, o devedor poderia ser constrangido a cumpri-los e mesmo sujeitar-se à execução direta. Todavia, o corte operado na pretensão (pela incidência do conceito de pessoa, do princípio da liberdade e do monopólio da justiça pelo Estado) fez com que muitos pensassem que obrigação é só aquela cujo descumprimento ensejará perdas e danos.

A possibilidade de exigir perdas e danos não se inseriria no conceito de responsabilidade, mas no do próprio dever, de modo que se poderia definir o dever jurídico como aquele que, uma vez descumprido, enseja perdas e danos. Curiosamente, porém, muitos desses autores que assim se pronunciam, quando tratam das obrigações naturais, fazem a necessária distinção entre débito (dever) e responsabilidade.

A tônica, todavia, do direito atual consiste em admitir progressivamente a jurisdicização de certos interesses que podem, na hipótese de inadimplemento, não ensejar perdas e danos. De outro lado, exigir sempre caráter econômico, direta ou indiretamente, seria conceber o direito como superestrutura da economia. Ele não se destina, contudo, somente a resolver os conflitos de interesses no campo econômico. Boa parte da aplicação do direito

tem-se realizado sobre aquele setor. Nem toda, obviamente, porém, tem esse destino. Ocorre que, lado a lado com o conceito de obrigação, no direito moderno, está também o de pessoa, e a possibilidade de constringer diretamente alguém ao cumprimento fere o princípio que *“nemo ad factum proecise cogi”*.

Algumas obrigações de fazer, entretanto, que não possuem cunho eminentemente pessoal, admitem execução, em nosso direito, por outrem, ou mesmo mediante a função jurisdicional, como tem acontecido com as obrigações de fazer resultantes de pré-contrato. No estudo que fizemos dos deveres anexos, vimos que alguns desses deveres consistem em indicações que devem ser feitas. Muitas vezes, seu descumprimento poderá acarretar o desfazimento da relação principal. Em outras circunstâncias, pode suceder que a mesma omissão não tenha virtude de ocasionar a situação antes referida. O descumprimento em ambas hipóteses ocorreu. Como não resultou efeito processual num deles, não se pode dizer que somente na primeira hipótese houve descumprimento. O conceito do dever não depende do resultado de seu descumprimento. Deveres, também, sem conteúdo patrimonial direto e cujo descumprimento não enseja ou, pelo menos, pode não ensejar consequências patrimoniais ou econômicas, encontram-se também nos direitos resultantes de contrato de trabalho. Para certas omissões, pode, quem tem o poder de impô-la, usar da pena de advertência. O dever teria sido descumprido; existiria, portanto. Mas desse descumprimento não resultou nenhum efeito patrimonial. Cuida-se de mera pena corporativa. O mesmo ocorre no direito público, quando se cogita de deveres provenientes da relação de emprego resultante de investidura. Manifestam-se preceitos cujo descumprimento também não se endereça diretamente a algum aspecto patrimonial. Quando se fala em patrimonialismo dos deveres, tem-se sempre diante dos olhos as hipóteses de compra e venda e de obrigações de fazer, cujo descumprimento faculta ao lesado o uso do meio substitutivo da prestação específica. Mas nem todos os deveres supõem relação com a economia, de modo a poder-se afirmar que, dever de que não promana pelo menos perdas e danos, não se constitui em figura jurídica. Certos contratos ditados por interesse artístico ou beneficente são verdadeiros deveres jurídicos de cuja não efetivação não resultam ou podem não resultar efeitos econômicos. Esses interesses são às vezes inestimáveis, mas nem por isso deixam de ser objeto de uma convenção e de transformar-se em verdadeiros deveres jurídicos.^[257]

Obrigação de fazer e execução

O art. 878 do Código Civil expressa a regra de que, nesse tipo de obrigação, “o credor não é obrigado a aceitar de terceiro a prestação, quando for convenionado que o devedor a faça pessoalmente”. As restrições ao princípio da possibilidade da prestação por terceiro decorrem da pessoalidade da prestação (encomenda de um quadro de um pintor célebre) ou derivam, como estatui o aludido art. 878, de convenção. Fora, portanto, dessa hipótese ou da pessoalidade da prestação, do interesse intrínseco na prática de determinado ato por alguém, possuidor de determinada qualidade que o extrema dos demais, princípio é que a prestação pode ser feita por terceiro. O art. 878 exprime regra geral, podendo parecer, por meio de uma interpretação estrita, que somente na hipótese de haver sido convenionada a prestação pessoal é que o credor poderia recusar a de terceiro. A distinção entre obrigação personalíssima e não personalíssima foi recebida pelo nosso Código Civil, conforme se verifica dos arts. 880 (247), *in fine*, e 928. Mas, mesmo que não o fosse, a solução seria a mesma, porque deriva da “natureza das coisas”. Entre as obrigações de fazer, portanto, algumas existem que podem ser satisfeitas por outrem que não o devedor. Por esse motivo, o art. 881 (249) expõe a seguinte regra: “Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, ou pedir indenização por perdas e danos”. Criou-se através desse artigo, afirma Pontes de Miranda, um caso de justiça por mão própria,^[258] com peculiaridades, porque a possibilidade de mandar fazer por outrem é de direito material.

Não havia necessidade de requerer ao juiz, antes do Código de Processo Civil de 1939 (art. 1.000) e do atual (art. 633, parágrafo único), para colher a autorização, como ocorre nos demais códigos. O interessante, entretanto, é que nesses artigos se cuida de modo de execução, ainda que indireta, contra o devedor. Por esse motivo, nasce ao credor insatisfeito com a recusa ou mora do devedor, e satisfeito com o ato praticado pelo *alter* como execução contra o primitivo devedor, o direito de cobrar daquele o que houver pago.

A solução preconizada pelo nosso código, nessa passagem, é uma peculiaridade. Nesse tipo de obrigação, tem o credor contra o devedor certamente a pretensão de exigir o adimplemento.

Essa pretensão é, contudo, somente acionável no que toca à exigência de perdas e danos, conforme faculta a parte final do art. 881 (249). Impede a execução contra o

devedor a circunstância de a pretensão dirigir-se contra certa atividade a ser praticada. O ato somente se destaca da pessoa depois de realizado.

Como a realização da pretensão ou, pelo menos, da execução deverá consistir em modificação no mundo das coisas, e como a modificação, nas hipóteses de obrigação de fazer, consistirá na prática de determinada atividade pelo devedor, não possibilitou o direito atual a execução direta, pois a cogência necessária para tanto aluiria o conceito de pessoa e de liberdade.

Outra hipótese é a execução específica, proveniente de obrigações de fazer, de declarar vontade através de sentença judicial.

A obrigação de fazer ultimamente evoluiu no sentido de admitir execução específica. Houve, nos países que adotaram de modo geral a divisão romanística das obrigações, alguma vacilação a respeito. Hoje, porém, se admite que as obrigações consistentes em declaração de vontade podem ser executadas, e a sentença se substituirá à manifestação de vontade do devedor.^[259] Muitos autores, *verbi gratia*, dão como exemplo de obrigação de fazer a conclusão do contrato, mas é preciso ter presente aquilo que afirmamos a respeito da distinção entre obrigações de dar e de fazer.

Quando nos referimos às últimas, estávamos a dizer que, na obrigação de pintar um quadro e entregá-lo, existiam dois deveres: um tipicamente de fazer (pintar o quadro) e outro de dar (a entrega). Na obrigação de fazer negócio jurídico, de emitir volição, há *facere* (a emissão da vontade), mas pode não ser elemento preponderante, pois, se se tratar de negócio dirigido à transmissão de direitos reais ou mesmo de negócio dispositivo de direito de crédito (cessão de direitos), constituir-se-á a *solutio* em adimplemento de obrigação de dar. Não é, portanto, totalmente exato afirmar que a obrigação de fazer negócio jurídico seja sempre *obligatio faciendi*.

Obrigação de fazer e impossibilidade

A obrigação de fazer não pode ter objeto indefinido e indeterminado, que colha todas as virtualidades da pessoa. Ela se dirige à prática de um ou alguns atos. Não se cuida aqui de algo semelhante às obrigações que nasciam, por exemplo, na Idade Média, do contrato vassálica, que, em certos casos, polarizavam grande parte, senão quase todas as virtualidades da pessoa, a ponto de reduzi-la, algumas vezes, a situação semelhante à de *ingenue in obsequio*. A obrigação de fazer é, de todas, a que mais de perto toca o indivíduo como pessoa, ao vincular a emanção da personalidade à prática de um ato, algo

que está ligado indissociavelmente ao conceito de liberdade. Daí, como já aludimos, as dificuldades que encontram os juristas e legisladores na feitura das leis, para imaginar as hipóteses de admissão de execução das obrigações de fazer.

A atividade que deve ser praticada pode-se tornar impossível. Nessa parte incidem, em geral, os princípios já anteriormente expostos no que forem compatíveis com as obrigações de fazer, cujo objeto é uma atividade de que não resulta imediatamente a transferência ou modificação de direitos subjetivos. Se a impossibilidade for inicial e se tratar de obrigação personalíssima, não se pode falar de mera inaptidão. A obrigação é, então, objetivamente impossível, em virtude de seu caráter pessoal. Em se tratando de mera inaptidão inicial, cuidando-se de obra que possa ser feita por outrem, como não há equiparação da inaptidão inicial com a impossibilidade, o devedor assume o risco de prestá-la, portanto, entregá-la, ainda que realizada por terceiro. Se for posterior, no entanto, como inaptidão se equipara a impossibilidade, o devedor libera-se, a teor do art. 879 {248}, que se dirige à impossibilidade ou à inaptidão superveniente. Não caberá aqui o exercício da ação material prevista no art. 881 {249}. A impossibilidade superveniente pode ocorrer através de impedimento natural: a matéria com que deveria ser feito o quadro não mais existe na praça; o piano que deveria ser utilizado no concerto veio a ser queimado. Esses casos são de hipóteses de impossibilidade superveniente de obrigação de fazer. Pergunta-se, porém, se, em razão da possibilidade de poder ser feita por outrem a prestação, o devedor se libera quando a prestação por ele se tornar impossível? Não temos dúvida em afirmar que sim. Certo, pode o devedor, na hipótese do art. 878, quando não for convenionado que ele o faça pessoalmente, efetivar a prestação através de terceiro (*arg. a contr.*). É uma faculdade que cabe ao devedor de poder adimplir, ainda que a prestação não seja por ele pessoalmente realizada. Na hipótese de impossibilidade, porém, ou inaptidão, como não há fato imputável, ele se libera. Na segunda parte do art. 879 {248}, formula-se a regra de que, se a prestação de fato se impossibilita por culpa do devedor, responderá este por perdas e danos.

Pode ocorrer, entretanto, numa relação obrigacional, bilateral, obrigação de dar e de fazer. Assim se verifica quando *A* se compromete com *B* a pintar cartazes e colocá-los em determinados lugares durante período definido de tempo, dando-lhe *B*, em pagamento, um automóvel. Pode ocorrer que *A* pinte o quadro e o coloque nas paredes durante o período de tempo estipulado, mas que sucederá se o automóvel vier a ser destruído, digamos, por incêndio? É preciso salientar que, quando se manifesta a impossibilidade da

obrigação de dar e se resolve o sinalagma, aquele que já adimpliu (pagou, por exemplo, o preço do objeto) pode repetir, porque, ao contrário, haveria um enriquecimento injustificado, podendo ser parificada a situação a uma daquelas de que resultava a *condictio causa data causa non secuta*. Em se tratando de obrigação meramente de fazer (pintar o quadro e colocá-lo em paredes), não há atribuição patrimonial e não se pode falar na aludida *condictio*, ou mesmo parificar as espécies. O adimplemento da obrigação de fazer, a sua vez, consistiu em ato-fato (pintar e colocar o quadro nos locais determinados). Com a destruição do automóvel estipulado antes da tradição, libera-se o devedor porque aí se trata de obrigação de dar.

Como o adimplemento da outra parte já se realizou, e como não consistiu em atribuição patrimonial, não caberá também a *condictio*, nem se pode pensar em substituir o automóvel por outro, pois se trata de obrigação de dar coisa certa; nem por dinheiro, porque aí se cuidaria de perdas e danos, somente devidas se houvesse culpa do proprietário do veículo. A resolução do contrato não produziu maior efeito, porque a obrigação de fazer havia sido já cumprida por inteiro e o período de tempo em que o cartaz deveria ficar exposto já se escoara. Nessa hipótese, a resolução não podia atingir o adimplemento, porque este consiste em ato-fato e o período de tempo já havia fluído. Em consequência, aquele que prestou, como não pode exigir da outra parte o equivalente, nem perdas e danos, sofrerá o prejuízo. Se a obrigação fosse de pintar (fazer) o quadro e entregá-lo (dar) depois de pronto, e se esta obrigação tivesse sido adimplida por inteiro e houvesse impossibilidade de prestar da outra parte, o contrato resolver-se-ia e o quadro deveria ser devolvido ao seu autor.

Obrigação de não fazer

À obrigação de fazer contrapõem-se as de abster, de permitir e de tolerar. Essas obrigações também se referem a uma atividade determinada — não fazer algo. Ninguém pode obviamente se obrigar a um não fazer genérico, dirigindo-se a abstenção a número ilimitado de atividades, pois isso feriria também o princípio da liberdade. A obrigação de não fazer pode estar como contraparte (dever anexo) de outras obrigações, como das de dar, por exemplo. Se alguém fez depósito de determinada coisa, não pode o depositário transferir a outrem, ainda que transitoriamente, a posse. Embora não se tenha feito expressa menção, à primeira vista já se compreende que o depositário tem a obrigação de abster-se de qualquer ato que importe em transferência da posse do bem.

Outras vezes, pode a obrigação de fazer ser o próprio conteúdo da prestação, como nas obrigações de não fazer concorrência.^[260] Os deveres, no que diz respeito à duração no tempo, podem ser temporários ou duradouros. A obrigação de não fazer concorrência supõe um certo grau de duração. A obrigação de um empregado que contratasse não se empregar em firma concorrente à da qual ele se retirou, seria obrigação duradoura. Algumas podem ser perpétuas, como a proibição de alienar. De modo geral, porém, elas possuem prazo.

Em direito civil, nem sempre o prazo necessita estar expressamente determinado no ato jurídico, para que se deva admitir que o negócio jurídico é a termo. Os romanos reconheciam que em certas obrigações, como as de *Ephesi dare*,^[261] o termo poder-se-ia deduzir das circunstâncias que envolvessem o fato. O mesmo se pode dizer no que se refere às obrigações de não fazer. Se elas não tiverem prazo certo, dependerão de exegese, em cujo processo se verificará o aspecto finalístico, de modo a poder-se precisar sua duração. Se elas não contiverem termo expresso, nem por isso se depreenderá que sejam *ad vitam*.

Todavia, não se pode tratar da obrigação de omitir (*non facere*) como algo completamente separado do fim do contrato. Todas as prestações, inclusive as abstencionais, são comandadas pelo telos da relação jurídica. Por esse motivo, o que é devido não é propriamente o omitir pura e simplesmente, mas aquilo que se omite (omitir-algo).^[262]

Constitui, nesse sentido, mandamento de conduta — de conduta, é certo, negativa. Ninguém poderia obrigar a um *non facere* puro e simples. O fim é que dá contornos nítidos ao objeto, transformando a mera abstenção fática em conceito jurídico. O *non facere* em si é o nada. Como pura negação, não interessa nem integra o mundo jurídico, principalmente nessa matéria, em que a consideração finalística, que permite definir a relação jurídica como processo, polariza o vínculo, endereçando-o ao adimplemento.

Obrigação de não fazer e interesse patrimonial

Otto Wendt, em trabalho que já referimos, examina a questão da exigência da patrimonialidade ou não para o conceito de dever e fá-lo como *sedes materiae* as obrigações de fazer e de *non facere*. Perceptivelmente se sente, na leitura daquela magnífica obra, que o problema da patrimonialidade das obrigações não poderia ser tratado nas obrigações de dar. A razão para isso acreditamos ter apontado ao afirmarmos que a obrigação de dar é aquela que se dirige à atribuição patrimonial.

Em alguns casos de obrigação de não fazer, não se pode pensar em ação de adimplemento, quando se cuidar de ato que deva ser praticado de omissão em que devem ser adimplidos em momento determinado. Assim, quando, no momento em que se deva realizar a omissão (por exemplo, *pactum de non licitando*), pratica o devedor o ato contrário, não se poderá pensar numa ação de adimplemento por parte do devedor. É preciso ter presente que, no *pactum de non licitando*, se cuida de obrigação de não fazer — e não de dar. A circunstância de alguém se obrigar a não licitar não significa que o titular da licitar tenha renunciado à sua facultade (ou direito) em favor de outrem ou mesmo se obrigado a renunciar. Se assim ocorresse, o direito ter-se-ia transmitido (renúncia como ato dispositivo) e seria impossível descumprir a obrigação. Exatamente porque quem se obrigou a não licitar não renuncia, é que pode, através de ato contrário, no momento em que se realiza a licitação, descumprir o dever de abster-se. No direito germânico, em virtude do §253,^[263] não caberá também perdas e danos,^[264] razão por que Jhering postulou solução favorável, argumentando com apoio em jurisprudência de outros países, segundo a qual a falta de uma medida estabelecida para lesão ou de uma tarifa preestabelecida para a quebra do contrato não se constituiria em obstáculo para utilizar a natureza penal ou satisfação em dinheiro, de modo que também os interesses não pecuniários tivessem a proteção jurídica adequada.^[265] No direito brasileiro, também, certos danos imateriais — entre os quais o denominado dano moral, dor moral etc. — não são indenizáveis. Nesse sentido, a solução de nosso Código, de que o descumprimento das obrigações enseja adimplemento específico (se possível) e perdas e danos, deve ser entendida, quanto a estas últimas, no sentido de que o dano tenha consequências patrimoniais, salvo hipóteses especificamente normadas.^[266]

Obrigação de não fazer e impossibilidade

O Código Civil, no art. 882 (250), formula a regra de que a obrigação de não fazer se extingue, “desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do fato, que se obrigou a não praticar”. Diz-se que a obrigação de não fazer é impossível, quando o devedor não se pode abster de praticar o ato contrário. Esse conceito aparece inclusive nas condições impossíveis de não fazer, que se contam entre os exemplos das condições necessárias. O negócio jurídico sob as condições *in coelum non ascendere*, *digito coelum non tangere* é considerado puro e simples (não condicionamento).^[267]

A impossibilidade pode ocorrer, e via de regra assim sucede, por imposição acima do dever de direito privado^[268] – de direito público, portanto –, como se alguém se tivesse obrigado a não alienar (não fazer) determinada propriedade durante certo período de tempo, tendo sobrevivido, no fluxo do prazo, desapropriação da área. Diz-se, é verdade, impropriamente, que houve uma *alienatio necessaria*, valendo o mesmo para as demais medidas de direito público, como as processuais da penhora, adjudicação etc.^[269]

Obrigações de não fazer e *actio*

Do art. 883 (251), deduz-se que o ato praticado sem que o devedor possa alegar a impossibilidade facultará o credor a exigir dele que o desfaça, sob pena de ser desfeito à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos. Temos aí exemplo de *actio*, de pretensão e de ação de direito material. A exigência, formulada pelo credor, de que o devedor desfaça o ato que praticou, constitui exercício de pretensão de direito material. A possibilidade de ir adiante no iter da eficácia material de direito, de “se desfazer à sua custa”, caracteriza-se como ação em sentido material (*actio*), da qual resultará a possibilidade também de serem exigidas do devedor as perdas e danos, como solução final para o conflito de interesses (CPC, arts. 642 e 643, parágrafo único).

Obrigações genéricas

Existem certas obrigações em que, no momento em que nascem, o objeto ainda não está determinado, embora seja determinável. Costuma-se chamar essas obrigações de genéricas, ou de dar coisa incerta. A coisa “será indicada, ao menos, pelo gênero e quantidade”,^[270] e o devedor terá que prestar objeto de qualidade média, a ele cabendo a escolha, “se o contrário não resultar do título da obrigação”.^[271] Nem sempre se entendeu que nas hipóteses de dívidas genéricas deveria o *debitor* prestar objeto de qualidade média. Segundo o “Espelho da Suábia” (*Schwabenspiegel*), deveria solver com o de melhor qualidade.^[272]

Antes, porém, de examinarmos as obrigações materialmente genéricas, convém elucidar a natureza da obrigação de prestação pecuniária. A prestação em dinheiro, tem sido afirmado por muitos juristas, não se adaptaria perfeitamente ao sistema de