

42  
M 672  
2012  
V. 22

Pontes de Miranda

# TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XXII

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Obrigações e suas espécies.  
Fontes e espécies de obrigações

Atualizado por  
Nelson Nery Jr.  
Rosa Maria de Andrade Nery

EDITORA  100 anos  
REVISTA DOS TRIBUNAIS

## CAPÍTULO III OBRIGAÇÕES DE FAZER

### § 2.691. CONCEITO E ESPÉCIES

1. CONCEITO. – Todo ato positivo, todo *facere*, pode ser prestação, salvo impossibilidade ou ilicitude.

A prestação pode ser (A) *positiva* ou (B) *negativa*. As prestações positivas, que são as de fazer, incluídas as de dar, podem ser (Aa) de atos pessoais ou (Ab) de objetos. Aquelas consistem (Aaa) em atos de ordem física, estrito senso, ou (Aab) em atos de ordem psíquica. Tais como a prestação de serviço, de trabalho, de conservação ou guarda de coisa, *e. g.*, a do depositário, a de prestar informações, a de comunicar, a de concluir contrato, ou outro negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*, a de apresentar contas. As outras, as prestações de objetos, supõem que se haja de prestar bem já existente. É o que ocorre com quem há de entregar a coisa, ou transferir a propriedade, ou pagar em dinheiro, ou ceder crédito ou renunciar a direitos, pretensões, ações, ou exceções. Os que dizem prestações materiais as prestações positivas que não são prestações de atos pessoais dilatam o conceito de matéria. A obra literária de que o autor promete a edição é prestação de bem incorpóreo, é prestação de objeto; ao passo que a prestação do autor que se obrigou a escrever a obra literária é prestação de ato de ordem psíquica.

Por vezes, a prestação é de objeto e de ato de ordem física ou psíquica. Não raro há uma após a outra (*e. g.*, o vendedor tem de conservar a coisa e, ao ser exigível a prestação, entregá-la). Outras vezes, trata-se de prestação de ato e ocorre que se tem de prestar objeto (*e. g.*, o depositário tem de fazer despesas com o bem depositado).

*De regra*, quando não se presta o ato positivo, que se devera prestar, tem-se de prestar objeto.

Procurou-se apontar, além das obrigações de fazer, de dar e de não fazer, outra espécie, que seria a das obrigações criadoras de pessoas jurídicas (sociedades, fundações). Assim, RENÉ DEMOGUE (*Traité des Obligations en général*, VI, 75). Mas o êrro é evidente. As obrigações estabelecem-se, sem se sair das duas classes (fazer, incluído dar, e não fazer). A publicidade é efeito posterior que a lei atribui a outros atos jurídicos, de regra o de registro.

Os créditos e pretensões a que correspondem as obrigações de fazer ou de não fazer são bens móveis, ainda que se refiram a atos relativos a imóveis, exceto a obrigação de declaração de vontade para alienar ou gravar imóveis.

Às vezes as obrigações de fazer são acessórias das obrigações de dar, mas não raro o trato delas tem de ser independentemente.

Há obrigações de fazer em comum, ou em colaboração, como a dos dois proprietários vizinhos que se obrigam à reconstrução do muro, por meação. Tal obrigação não se confunde com a de prestar a metade do preço, ou de contribuir para a empreitada, ou para o contrato de trabalho.

A responsabilidade segundo o art. 879 do Código Civil não se confunde com a resultante de danos causados ao credor, por culpa (art. 1.057, alíneas 1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup>) ou responsabilidade objetiva, se é o caso.

A obrigação de guardar e a de conservação são obrigações de fazer. Às vezes é acessória da obrigação de restituir ou de dar. Quem conserva faz, mas há de abster-se do que possa prejudicar a coisa que se há de conservar. Quem guarda pede não ter de conservar, mas igualmente tem de abster-se do que possa ser danoso à coisa que se guarda. Na conservação ou está incluído o ter de prestar o necessário à conservação, ou o poder desembolsar para as despesas necessárias, ou o ter de receber o que seja necessário à conservação.

2. EXTENSÃO DA PRESTAÇÃO. – As obrigações de fazer (Aa) sòmente podem ir até onde o homem física ou psiquicamente *pode chegar*. “Pode chegar” está aí em vez de: pode, conforme os meios de que o homem, no momento, dispõe, chegar a fazer (*Ultra posse nemo obligatur*). As obrigações de dar (Ab) independem da suficiência do patrimônio de quem tem de dar. Os conceitos de insolvabilidade e de falência de modo nenhum se referem a limite à promessa de dívida: apenas atendem ao dado fáctico,

para que não se falseie a tutela jurídica. A falta de meios para solver nada tem com o direito material: é dado para regras de direito pré-processual e processual. Existe e vale o negócio jurídico em que alguém contrai dívida que não pode pagar ao ser exigida, nem poderia pagar em qualquer tempo. O art. 399, 2.<sup>a</sup> parte, do Código Civil, sim, *limita* a obrigação do parente que há de prestar alimentos. Aí, tudo se passa no direito material.

## Panorama atual pelos Atualizadores

### § 2.691. A – Legislação

As normas acerca da obrigação de fazer encontram-se nos arts. 247-249 do CC/2002, bem como as de obrigação de não fazer nos arts. 250-251 do CC/2002. O inadimplemento da obrigação de não fazer (negativa) é tratado no art. 390 do CC/2002.

### § 2.691. B – Doutrina

A prestação que forma o objeto da obrigação pode ser realizada por uma só operação ou impor ao devedor uma série de atos de execução durante certo tempo. Diz-se, nesse último caso, que a obrigação é sucessiva. A obrigação de não fazer é sempre sucessiva porque obriga o devedor a se abster da prática do ato durante todo o tempo em que ela lhe for imposta (COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*. 4. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1924. vol. 2, p. 7). Essa abstenção consiste, segundo lição de Tito Fulgêncio (FULGÊNCIO, Tito. In: LACERDA, Paulo de (coord.). *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916/1934. vol. X, p. 32), na assunção, pelo devedor, de três diferentes posturas no cenário de sua experiência jurídica: (a) não poder realizar atos que, sem a restrição assumida, teria o direito de realizar; (b) dever permitir que se realizem atos que, de outro modo, poderia ele se opor a que se realizassem; (c) dever evitar que pessoas que estão sob sua custódia se ponham a praticar atos de que se devam abster. Ou seja: a prestação de fato (negativa) pode consistir num não fazer (*non facere*), ou num suportar (pati), “isto é, num deixar fazer, numa tolerância” (ALARCÃO, Rui. *Direito das obrigações*. Coimbra: policopiado, 1983. p. 37).

### § 2.691. C – Jurisprudência

As decisões judiciais que impunham obrigação de fazer ou não fazer, com o advento da Lei 10.444/2002, passaram a ter execução imediata e de ofício.

Aplicando-se o disposto no art. 644, *caput*, do CPC, combinado com o art. 461 do CPC (com a redação dada pela Lei 10.444/2002), verifica-se a dispensa do processo de execução como processo autônomo. Se a nova sistemática dispensou a execução, é inidúvida a dispensa também dos embargos, não tendo aplicação o disposto no art. 738 do CPC (STJ, REsp 742.319/DF, 2.ª T., v.u., j. 02.06.2005, rel. Min Eliana Calmon, DJU 27.06.2005, p. 359).

## § 2.692. PRESTAÇÃO PELO DEVEDOR OU POR OUTREM

1. OBRIGAÇÃO DE ATO QUE OUTREM PODE PRATICAR. – (a) Diz o art. 881: “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”. A regra jurídica, de que se trata, de nenhum modo corresponde à do Código Civil francês, art. 1.144: “Le créancier peut aussi, en cas d’inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l’obligation aux dépens du débiteur”. No texto francês, prevê-se a espécie em que o devedor outorgue tal poder, ou, em caso de mora, que tal autorização seja dada pelo juiz. No direito brasileiro, o poder de incumbir outrem da prática do ato resulta de regra jurídica dispositiva, no plano do direito material; de modo que: ou *a*) o credor, havendo recusa ou mora do devedor, manda praticar o ato, nascendo-lhe crédito contra o devedor pelas despesas; ou *b*) o credor vai ao juízo da execução e pede que, avaliado o serviço, ou a obra, se proceda à concorrência pública, e se leve a cabo, à custa do executado (Código de Processo Civil, art. 1.000).

(b) Os arts. 881 e 882 pré-excluem a constringão pessoal, a compulsão ao fazer e ao não-fazer, a coação ao ato ou à omissão. Se o fazer consiste em manifestar vontade (pré-contrato), há pretensão a que o juiz supra a declaração que deveria ser feita pelo obrigado. Então, exercendo a pretensão à execução (pré-processual), o titular da pretensão consegue que o juiz execute (execução forçada de obrigação de declarar vontade, que é obrigação de fazer).

Da pretensão de que cogita o art. 878 do Código Civil irradiam-se, principalmente, a *ação de condenação alternativa ao adimplemento ou a que outrem execute a prestação*, e a *ação de preceito cominatório* (faça ou sofra que se faça por sua conta).

2. REGRA JURÍDICA DISPOSITIVA. – A inserção da regra jurídica dispositiva no Código Civil é originalidade do sistema jurídico brasileiro, que não foi entendida por CLÓVIS BEVILÁQUA (*Código Civil comentado*, IV, 26). Para êle, o credor não poderia ordenar por autoridade própria: “Seria”, dizia êle, “fonte de abusos”, “anarquia imprópria de legislação sistematizada”; o credor teria de ir a juízo. Em suma: como por vêzes, queria o autor do Projeto primitivo que prevalecesse o que êle escrevera no art. 1.029 do Projeto, e não o que se votara e edictara. Leu por outro modo o art. 881 M. I. CARVALHO DE MENDONÇA (*Doutrina e Prática das Obrigações*, I, 214): “A hipótese é a de um fato que não dependa de aptidões especiais do devedor e, portanto, que possa ser realizado por qualquer encarregado seu. É uma prestação de solução mais fácil para o devedor e por isso a lei é mais rigorosa. Se êle recusa ou retarda a execução, o credor tem dois caminhos a escolher: ou manda executar, ou pede desde logo a indenização. Assim, alugo uma propriedade e no contrato obriga-se o locador a mandar abater umas árvores que me sombreiam outro lado. Desde que êle não o faça, posso eu fazer à custa do aluguer que tenho a pagar. Mando construir uma casa sob um plano dado. O empreiteiro modifica a seu talante a fachada e se recusa a restabelecer o desenho que recebeu. Posso mandar executar as reformas à sua custa, isto é, descontando no que me resta a lhe dar”. Há, porém, um ponto em que o civilista não estava certo: quanto ao desconto ou abate. O credor pode mandar que alguém pratique o ato e *cobre* do devedor, ou que o pratique *cobrando ao credor*, que se faz credor do devedor pelo desembolso por êsse ato de outrem. Não pode abater o quanto ao aluguer, nem à prestação que há de pagar ao empreiteiro. A despesa é à custa do devedor, não, porém, dívida desde logo compensável.

Nos outros sistemas jurídicos, não há êsse caso de justiça de mão própria, que o art. 881 criou (cp. Código suíço das Obrigações, art. 98; Código Civil argentino, art. 630: “Si el hecho pudiere ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado á ejecutarlo por cuenta del deudor, por sí ó por un tercero, ó solicitar los perjuicios é intereses por la inexecución de la obligación”).

3. EXECUTABILIDADE PELO ESTADO. – Se o ato, sem coação pessoal do devedor, pode ser executado pelo Estado, de regra pelo juiz, e a lei o permite, cessa a invocabilidade do princípio *Nemo ad factum precise cogi potest*.

O que importa é saber-se se *a*) o ato pode ser praticado por terceiro, e não pelo juiz, ou se *b*) o pode ser por terceiro, incluído o juiz, ou se *c*) só o pode ser pelo juiz, ou se *d*) somente pode ser pelo devedor. O art. 880

do Código Civil só se refere à espécie *d*). O art. 881, 1.ª parte, às espécies *a*) e *b*). O art. 1.006 do Código de Processo Civil é uma das subespécies contidas na espécie *c*).

A 4.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 2 de dezembro de 1943 (*R. dos T.*, 151, 194), levada por leituras de sistema jurídico inferior ao nosso, não entendeu o art. 1.006 e § 2.º do Código de Processo Civil. O pré-contrato, se satisfaz o art. 1.006, § 2.º, já dá ensejo à execução do contrato definitivo. De modo que o argumento de não poder a sentença substituir o consenso que não foi prestado é de todo sem pertinência; bem assim o conceituar-se a ação do art. 1.006 como ação de condenação: trata-se de ação executiva de obrigação de manifestar vontade, que é obrigação de fazer, plenamente prestável o *facere*, no sistema jurídico brasileiro, pelo juiz da execução. Somente se, *in casu*, não é exequível a prestação em natura, é que se há a condenação e execução em perdas e danos (certa, a 4.ª Câmara Civil, a 15 de março de 1956, *R. dos T.*, 251, 301). A 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a 7 de janeiro de 1947 (*R. F.*, 112, 383), bem frisou, interpretando o art. 880 do Código Civil, que as obrigações *faciendi*, em princípio, permitem a execução *in natura* (cp. art. 881), e só se tal execução importaria em constrangimento pessoal do devedor (*Nemo ad factum precise cogi potest*) é que se pré-exclui a execução pela prestação do ato.

Se basta, para o adimplemento, que o juiz diga o que o figurante teria de dizer, é, então, possível a prestação *in natura*. Só se têm de pedir perdas e danos se o ato não é praticável por terceiro, ou pelo Estado. Para a execução por sentença do juiz, não se precisa coagir o demandado, nem, *a fortiori*, lançar mão de força militar, ou de outros meios coercitivos. Os arts. 1.005 e 1.006, com os seus §§ 1.º e 2.º, do Código de Processo Civil são expressivos.

A ação do art. 1.006 do Código de Processo Civil nada tem com a ação cominatória do art. 302, XII (4.ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 29 de junho de 1945, *R. F.*, 107, 78), do mesmo Código, que não é ação executiva; nem com a ação de resolução em de resilição (eficácia *ex nunc*) do pré-contrato, que se funda no art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil e na qual podem ser pedidos e haver-se perdas e danos, se os há (cf. 3.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 17 de outubro de 1946, *R. F.*, 115, 540). O art. 1.092 do Código Civil é invocável pelo demandado em qualquer das três ações (cp. 3.º Grupo de Câmaras Cíveis, 18 de agosto de 1950).

O pré-contrato de sociedade é, em princípio, executável em natura (3.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 17 de junho de 1948).

As perdas e danos podem ser devidas ainda que se tenha dado a execução em natura. *A fortiori*, as despesas e custas com a sentença executiva e as formalidades para registo e do registo (3.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 26 de setembro de 1945, *R. dos T.*, 159, 222; sem razão a 8.ª Câmara Civil, a 12 de dezembro de 1943, 151, 194).

A falta de habilitação suficiente é falta subjetiva. Se por essa deficiência, ou insuficiência, o devedor não cumpre a obrigação, há culpa sua (cf. 8.ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 22 de julho de 1946, *R. F.*, 112, 149). A falta de outorga uxória se o devedor dela precisa não é impossibilidade objetiva: há culpa do devedor que deveria ter-se munido do assentimento da mulher (2.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, 20 de maio de 1947, *Paraná J.*, 56, 48). Se o bem é comum, necessário é o consentimento do outro cônjuge, de modo que a falta cresce de ponto: prometeu o marido o que só em parte era dele.

A 5.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 25 de junho de 1948 (*R. dos T.*, 176, 235), achou sem culpa o vendedor que adquirira o bem em hasta pública e não pôde, depois, transferir a propriedade ao comprador. É levar demasiado longe o conceito de não-culpa. Ainda se houvesse transferido, responderia pela evicção.

(A 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro, a 6 de agosto de 1942, *A. J.*, 64, 63, quis insistir em que as obrigações de dar não são obrigações de fazer. São. Apenas, sendo subespécies, as obrigações de dar hão de ser tratadas à parte, por haver regras jurídicas especiais. Rigorosamente, haviam de incluir-se nas obrigações de fazer, embora com trato diferente, no que são distintas das outras.)

## Panorama atual pelos Atualizadores

### § 2.692. A – Legislação

O princípio da legalidade se encontra consagrado no inc. II do art. 5.º da CF. A disposição clara de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo a não ser em virtude de lei alcança as leis privadas, estruturadas no princípio da autonomia privada, de que são exemplos específicos os negócios jurídicos bilaterais (contratos) e os negócios jurídicos unilaterais. O fazer, o não fazer e o dar, espé-

cies de prestações obrigacionais, encontram causa na lei ou no negócio jurídico; cf. art. 247 do CC/2002, a respeito das obrigações de fazer de natureza infungível, ou *intuitu personae*, que não admitem substituição da pessoa do devedor.

### § 2.692. B – Doutrina

A obrigação em questão é tipo de obrigação positiva que se caracteriza por ter como prestação um fazer do devedor ou outrem. A obrigação pode ser imposta pela sentença ou pelo contrato, devendo haver prazo para que o devedor dela se desincumba.

A prestação de fato, como já se disse, não tem a coisa como objeto imediato. O objeto imediato da prestação de fato é uma conduta, positiva ou negativa, conforme seja de fazer ou de não fazer a prestação. Comumente, a prestação de fato refere-se a um fato do devedor, mas nada impede “que diga respeito a um fato de terceiro, desde que corresponda a um interesse do credor digno de proteção legal” (ALARCÃO, Rui. Op. cit., p. 37), ou seja, de um interesse do credor apurável pela utilidade e pela finalidade objetiva da prestação na sua esfera de interesse jurídico e, ainda mais, algo que regularmente possa vir a ser prestado por terceiro, a quem se comete o fato. Isto porque *quod alicui suo non licebit nomine, nec alieno licebit* (não é permitido fazer em nome dos outros o que não podemos fazer em nosso próprio nome). Em tese, portanto, não há invalidade na cláusula contratual que prevê uma prestação por terceiro, ficando obrigado o promitente (*facere per se, videtur, qui per alium facit* – fazer por si e fazer por outrem é o mesmo). O conteúdo de um fazer pode consistir numa atividade intelectual, artística, científica, física. É um ato realizado, efetivamente, realizado em decorrência da potência (intelectiva, vegetativa, sensitiva, naturais da humanidade) do sujeito de direito que a ele se obrigou. Obrigações de fazer de natureza infungível, ou *intuitu personae*: não admite substituição da pessoa do devedor (v. art. 247 do CC/2002). A infungibilidade pode decorrer da natureza da obrigação, do contrato ou das circunstâncias do caso – a análise da possibilidade ou não de execução da obrigação por pessoa diversa que o devedor deve ser casuística. A obrigação de fazer de natureza fungível: admite a execução por terceiro, ou seja, a pessoa do devedor é substituível com facilidade. O conteúdo de um fazer pode ter sido fixado em transação judicial e, até mesmo, em hipóteses de transações admitidas na esfera penal.

A obrigação de fazer pode ter como fonte a lei ou o contrato. No caso de ação coletiva, cujo objetivo seja a tutela de direito difuso ou coletivo (art. 81, parágrafo único, I a III, do CDC; arts. 1.º e 3.º da Lei 7.347/1985), a obrigação de fazer pode decorrer da própria natureza do direito a ser protegido, sem que haja necessidade de expressa previsão legal impondo ao réu um fazer ou não fazer. Exemplo: ação pedindo a condenação de empresa a não poluir determinado rio. Pode não haver lei expressa atribuindo um non facere à empresa, mas se for necessária a imposição da obrigação para a proteção do bem jurídico tutelado pela Lei de Ação Civil Pública (meio ambiente), é admissível a pretensão. Na locução “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5.º, II, da CF), deve entender-se “lei” como significando sistema jurídico.

### § 2.692. C – Jurisprudência

Cobrança da multa. Súmula 410 do STJ: “A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança da multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

Crime de desobediência. Citado o devedor e transcorrido em branco o prazo assinalado para cumprimento (art. 632 do CPC), deve a execução da obrigação de fazer prosseguir nos termos do CPC 638. Inexistência de crime de desobediência (TRF-5.ª Reg., Ag 502180, j. 10.12.1992, rel. Juiz Rivalvo Costa, *DOE-PE* 19.03.1993, p. 8964).

## § 2.693. OBRIGAÇÕES DE FAZER E SEU ADIMPLEMENTO

1. ADIMPLEMENTO E “FACERE”. – A obrigação de fazer adimple-se com o ato-fato, de modo que o ato inconsciente que perfaça a prestação é suficiente, porque adimplemento é ato-fato jurídico, e não, necessariamente, ato jurídico. Pintar quadro, escrever livro, construir casa, representar peça e outros atos exigem que a inteligência e a consciência funcionem; mas a entrega, como ato de adimplemento, é ato-fato jurídico. Isso nada tem a ver com a personalidade do ato: o interesse do credor pode consistir em que o ato ou a série de atos parta do devedor, e não de outrem. Daí dizer o Código Civil, no art. 878: “Na obrigação de fazer, o credor não é obrigado a aceitar de terceiro a prestação, quando fôr convencionado que o devedor a faça pessoalmente”. Ato pessoalmente praticado pelo devedor pode ser ato somente executado pelo devedor, ou por ele e auxiliares, ou projetado por ele, ou projetado por outrem e levado a cabo por ele. O conteúdo da obrigação há de precisar até onde vai o interesse do credor em que o ato seja pessoal.

O inadimplemento ou o adimplemento insatisfatório caracteriza-se pelo ato que não é tal qual se exigiu: ato de terceiro, ou do devedor, se foi isso o que se prometeu; ato só de alguém, e não do devedor, se o devedor se obrigou a prestação de ato pessoal de outrem, pessoa determinada; ato só do devedor, segundo as espécies de que antes se falou, se se fêz objeto da prestação ato pessoal do devedor. Daí dizer o art. 880 do Código Civil: “Incorre também na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor, que recusar a prestação a êle só imposta, ou só por êle exequível”.

A promessa de fato que pode ser executado por terceiro torna o adimplemento praticável em natura, em vez de se lançar mão, em caso de

inadimplemento, da prestação de perdas e danos. “Se o fato puder ser executado por terceiro” estatui o art. 881 do Código Civil, “será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, ou pedir indenização por perdas e danos”.

**2. IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO DE FAZER.** – Qualquer que seja a impossibilidade que resultou de culpa do devedor, responde êsse por perdas e danos.

Se a impossibilidade foi causada sem culpa do devedor, a obrigação resolve-se. Também aqui o que acontece é que nasce ao devedor e ao credor a objeção de *resolução*. A resolução, em si, é automática. Pode o devedor propor a solução por outro meio. Pode o credor fazê-lo. Qualquer dêles pode preferir a resolução. É assim que se hão de interpretar as duas partes do art. 879 do Código Civil, onde se lê: “Se a prestação do fato se impossibilita sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa do devedor, responderá este por perdas e danos”.

É preciso não se confundirem as regras jurídicas do Código Civil, arts. 865, alínea 2.ª, 867, 870, 871, 2.ª parte, 876, 879, 2.ª parte, 883, 887, 895, §§ 1.º e 2.º, 908, 909, 2.ª parte, sobre impossibilidade, com as regras jurídicas sobre a inexecução das obrigações sem ser com impossibilitação (art. 1.057), nem com as regras jurídicas sobre mora (arts. 957 e 958). A impossibilidade de que se trata naquêles pontos do Código Civil que mencionamos é a impossibilidade superveniente à conclusão do negócio jurídico, ocorrida entre essa conclusão e a data em que se deu a mora. A impossibilidade que acontece *após* a mora é regida pelos arts. 957 e 958, tendo-se de apurar o tempo em que a prestação se tornou impossível porque nem sempre responde o devedor pela impossibilidade objetiva se exsurgiu antes da mora. A responsabilidade pela impossibilidade objetiva ocorrida após a conclusão do negócio jurídico, e antes da mora, só é imputada ao devedor se a êsse foi carregada conforme os arts. 865, alínea 2.ª, 867, 870, 871, 2.ª parte, 876, 879, 2.ª parte, 883, 887, 895, §§ 1.º e 2.º, 908, 909, 2.ª parte, todas regras jurídicas sobre impossibilidade objetiva da prestação e consequente responsabilidade. A mora vai dar-se se o devedor não comunica ao credor, antes do dia em que há de adimplir, que a impossibilidade ocorreu e não alega que a responsabilidade não se lhe carrega, conforme a lei. Essa comunicação contém enunciado de fato, – ou é verdadeira, ou é falsa. Se é verdadeira, a mora não pode sobrevir: encontra situação que impossibilitou o adimplemento, sem responsabilidade do devedor. Se, ao invés, é falsa, ou

o devedor presta, antes da mora, o que lhe incumbe prestar, em virtude da incidência de algum daquêles artigos sobre responsabilidade pela impossibilidade acontecida entre a conclusão do negócio jurídico e a mora, de modo que se extinga a dívida, *ou incorre em mora*.

O credor pode exigir o adimplemento em natura, se sòmente o devedor pode cumprir a obrigação, mas há de haver a cominação para o caso de se recusar a adimplir em natura. Se a prestação pode ser feita por terceiro, a cominação é para o caso de o devedor não cumprir. O devedor não pode preferir indenizar; indeniza, se se recusa a cumprir em natura. Pode o juiz condenar à execução em natura, ou a pagar a indenização, inclusive condenar à execução em natura com a determinação de quantia para tempo de atraso na execução em natura. Em todo caso, ao devedor é dado pagar desde logo a indenização.

A opinião que, em caso de mora, só admite a condenação em perdas e danos e de afastar-se. Ainda após a condenação, o executado tem oportunidade para purgar a mora (Código de Processo Civil, arts. 999 e 1.005), adimplindo a obrigação de fazer, ou para que a obra seja feita por outrem. Apenas é o exequente quem escolhe (cf. Código de Processo Civil, art. 1.004: “Se o exequente preferir a indenização das perdas e danos, far-se-á a liquidação, prosseguindo-se como na execução por quantia certa”).

Se o interêsse público está em causa, é preciso que se não confunda a pretensão à execução que tem o credor com a que possa ter o Estado, ou o povo, nas ações populares, para que algo se altere à execução da dívida de direito privado. A mistura das pretensões, para que se propende em doutrina francesa (*e. g.*, M. MINOTTE, *De la Sanction des Obligations de ne pas faire*, 52 s.) é de repelir-se. A execução forçada de direito privado cessa onde encontra a vedação de direito público, se a lei de direito público é acorde com a Constituição de 1946.

Se a exclusão do sócio ou associado é contrária à lei, pode ser reintegrado na sociedade ou na associação, inclusive em se tratando de sindicato.

#### Panorama atual pelos Atualizadores

##### § 2.693. A – Legislação

Acerca das execuções de fazer e não fazer, cf. arts. 632 a 638 e 466-A a 466-C do CPC. Os arts. 639 a 641 do CPC foram revogados pela Lei 11.232/2005, *DOU*

23.12.2005, que está em vigor, de acordo com a LC 95/1998, desde 24.06.2006. V. arts. 466-A a 466-C do CPC, acrescentados pela Lei 11.232/2005 e correspondentes aos revogados arts. 639 a 641 do CPC. V. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. Comentários aos arts. 639 a 641 e 466-A a 466-C do CPC.

### § 2.693. B – Doutrina

O descumprimento das obrigações de fazer pode se dar de três maneiras: (a) impossibilidade da prestação sem culpa do devedor: resolve-se a obrigação (art. 248, 1.ª parte, do CC/2002); (b) impossibilidade da prestação com culpa do devedor: responde o devedor por perdas e danos (art. 248 do CC/2002 *in fine*); (c) devedor se recusa deliberadamente a cumpri-la: responde por perdas e danos (art. 247 do CC/2002). É nesse caso que se fala nas denominadas astreintes – multa cominatória cobrada por dia de atraso do devedor na execução da obrigação e que tem por escopo forçar o cumprimento da obrigação. Quando a multa deve se transformar em perdas e danos? A multa deverá ter um limite temporal, sob pena de transformar-se em obrigação perpétua, após o transcurso deste, deve-se considerar a conversão em perdas e danos.

### § 2.693. C – Jurisprudência

“A ação cominatória é procedimento adstrito ao cumprimento de obrigação legal ou contratual que contenha execução específica. Não autoriza a simples execução legal genericamente atribuída para o cumprimento das obrigações de dar ou de fazer” (TACivSP, Ap 29.754, j. 24.06.1959, rel. Des. Cruz Neto – RT 291/689).

“Sentença que substitui a recusa do inadimplente. A obrigação de fazer comporta execução *in natura*, execução específica individual, sempre que esta não importe constrangimento do réu, pois predomina neste caso a regra *nemo ad factum præcise cogi potest*. Recusada a obrigação de fazer, incorre o devedor em perdas e danos, o que não impede a execução direta quando possível. Quando se trata de promessa contratual a execução específica se pode fazer por meio de sentença judicial que supra a recusa da parte recalcitrante” (STF – RF 112/379).

## CAPÍTULO V OBRIGAÇÕES DE NÃO FAZER

### § 2.699. CONCEITO

1. OBRIGAÇÕES NEGATIVAS. – Obrigação de fazer é a obrigação de abstenção, a obrigação negativa. O devedor, que poderia praticar o ato, obriga-se a não o praticar. Surge, de início, o problema dos atos proibidos, isto é, dos atos que o devedor não poderia, juridicamente, praticar, como cortar as árvores alheias, inclusive as árvores bens públicos ou de uso comum. Há duas atitudes radicais: (a) a promessa de não praticar o ato ilícito, positivo ou negativo, *a*) é nula, ou *b*) não faz nascer qualquer obrigação, por não entrar no mundo jurídico; (b) a promessa de não praticar o ato ilícito gera obrigação. No direito brasileiro, há regras jurídicas sobre as condições de fazer o juridicamente impossível (Código Civil, art. 116, 2.ª parte). Nada se estatui sobre a promessa de não fazer o juridicamente impossível, porque a regra jurídica do Código Civil, art. 145, II, não a apanha, posto que faça nula a promessa de fazer o juridicamente impossível.

As fontes das pretensões negativas são as mesmas das positivas. Em todo caso, a lei exerce maior função quanto àquelas, devido à existência de direitos absolutos, que não derivam de negócio jurídico, como a maior parte dos direitos reais. Quando, por exemplo, o art. 302, XII, do Código de Processo Civil, fala de obrigações de não fazer, oriundas da lei (*verbis* “por lei tiver direito de exigir de outrem que se abstenha de ato”), tanto se refere a obrigações *ex contractu*, quanto a obrigações reais ou correspondentes a direitos absolutos não reais.

O negócio jurídico, de que resulte a obrigação ou omissões de não fazer, pode ser unilateral. Nada obsta, em princípio, a que alguém prome-

ta, unilateralmente, determinada omissão (ERNST KNIGGE, *Die negative Leistung*, 33).

São exemplos de prestações negativas: a promessa de não adquirir algum direito (e. g., o estabelecimento de C), a de não alienar (proibição negocial de alienar, *rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot*), a de não concorrer com o outorgado negociante, a de não usar a cobertura do edifício de apartamentos, a de não abrir fossos ou fechar caminhos, a de não pôr cartaz à porta do edifício. Todas essas obrigações podem ser só pessoais.

Quem se obriga a não fazer tem de abster-se de todos os atos que impediriam ou dificultariam o adimplemento da prestação negativa.

Se a infração da obrigação de se abster consiste em prática de ato jurídico (negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*), o ato jurídico de modo nenhum sofre, por isso, em sua validade. Se A e B acordaram em que B não venderia a casa vizinha à de A, e B a vende, válido é o contrato de compra-e-venda, posto que tenha B de prestar perdas e danos.

É erro construir-se a obrigação de não fazer como *renúncia* ao direito de fazer (e. g., H. GERBER, *Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast*, 37 s.), ainda quando se recorre ao subterfúgio da renúncia tácita (J. MAXEN, *Über Beweislast, Einreden und Exceptionen*, 200 s.). Não resistiu às críticas de JOSEF UNGER (*System*, II, 568), A. THON (*Rechtsnorm und subjektives Recht*, 200, nota 118) e G. HARTMANN (*Die Obligation*, 118).

Enquanto há a omissão, o credor não é ofendido, porém não há satisfação: a satisfação só se dá quando cessa o dever de omissão, sem ter sido infringido. A prestação é indivisível. O art. 891 do Código Civil incide, porque todos têm de abster-se, e nenhum pode prestar pelos outros (cp. OTTO HAENSELL, *Die Besonderheiten der Unterlassungsschulden*, 32 s.); mas o art. 892 não tem ensejo para invocação.

Tem-se frisado que a obrigação positiva leva o devedor a mudar algo nas circunstâncias, a criar algo que poderia não ser criado, e isso não ocorre à obrigação negativa (e. g., ERNST KNIGGE, *Die negative Leistung*, 10). Tal interpretação dos fatos desloca para o mundo o que só se havia de examinar na pessoa. Para o próprio mundo, em que a atividade do homem é possibilidade, tanto muda circunstâncias o *facere* como o *non facere*. Para o homem, com mais forte razão, fazer e não fazer, que estão por igual no seu arbítrio, são atos possíveis, e tanto é obrigar-se ao ato quanto à omissão. Ambas as obrigações cerceiam.

Daf não se tire que se haja de ter de apontar ação no omitir. Houve quem o tentasse: H. GERBER (*Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und Beweislast*, 37 s.) e J. MAXEN (*Über Beweislast, Einreden u. Exceptionen*, 200 s.). O erro de H. GERBER consistiu em querer equiparar as cláusulas e pactos de obrigações *in non facendo* ao *pactum de non petendo*. Ora, no pacto de não pedir, de certo modo se renuncia ao exercício da ação, que há de já existir para que a ela se possa renunciar. Não é isso, de modo nenhum, o que ocorre com a cláusula ou pacto de não fazer: nesse, ou naquela, não há renúncia, porque nada há a que se renuncie; apenas se promete não se fazer. isto é, não se praticar ato positivo. Foi por isso que tão energicamente revidou A. THON (*Rechtsnorm und subjektives Recht*, 200, nota 118): a construção de H. GERBER contém, não só deformação desnatural da relação jurídica, mas, acima disso, impossibilidade gritante; porque existe renúncia a direitos, pretensões, ações e exceções; e direito ao fazer, a que se possa renunciar, não existe. Se se pudesse acolher tal explicação, ter-se-ia de falar de obrigações positivas como se fossem renúncias ao direito de não fazer, de omitir.

Por vezes, no trato do direito, se encontram nos juristas essas confusões entre o ato e a omissão, que acontecera no mundo fático, e o direito a fazer, ou a não fazer, que já supõem entrada do ato ou da omissão no mundo jurídico. Concorre para isso a existência de regra jurídica como a do art. 141, § 2.º, da Constituição de 1946, onde se diz que “ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, regra jurídica que se há de ler como se la vesse escrito: “O fazer e o deixar de fazer passam-se no mundo fático, a arbítrio da pessoa; para que alguém tenha dever de fazer, ou de não fazer, é preciso que lei o determine, ou permita que se crie o dever”.

Todavia, A. THON (*Rechtsnorm und subjektives Recht*, 199 e 200, nota 18) nega que se tenha, nas obrigações negativas, determinação de vontade prometida. Ora, há essa determinação da vontade que se promete, e é determinação de vontade de inércia (J. KOHLER, *Das Autorrecht, Jahrbücher für die Dogmatik*, 18, 263). Aliás, havemos de precisar: o que se promete e a que se está obrigado é à inércia, para a qual se há de ter a mesma diligência que para a prática de atos positivos, razão por que se determina a vontade futura. Tanto é *plus*, no tempo a vir, o *non facere* quanto o *minus*. Alude a algo, que se há de fazer ou de não fazer (sem razão, ERNST KNIGGE, *Die negative Leistung*, 13).

Na literatura encontra-se a opinião de alguns (e. g., A. UBBELOHDE, *Die Lehre von den unteilbaren Obligationen*, 105), segundo a qual a ação derivada da infração da obrigação de não fazer é ação para a prestação de dinheiro. Sem razão; *in obligatione*, o que se há de prestar é a omissão como tal. Tanto é certo isso que a ação de preceito cominatório tem por fito a omissão, e não a pena, que se comina; e a ação de prestação futura pode caber. Na obrigação de omissão duradoura, a importância das duas ações cresce de muito, porque a infração pode ser duradoura, ou de consequências definitivas, e se há de evitar o curso do prazo prescricional.

2. OBRIGAÇÃO DE TOLERAR. – A obrigação de tolerar, *obligatio ad patiendum*, é espécie de obrigação negativa: prometeu-se não-reagir, não-resistir, não-se-opor.

3. OBRIGAÇÃO DE INCURSÃO PASSIVA. – A obrigação de não fazer pode consistir em abrir portão para que o outorgado entre, ou em dar acesso à casa, ou fazenda, ou depósito. Devido a se tratar de domicílio, residência, ou de lugar cercado, murado, ou de edifício, é de mister a *permissão*, mas essa permissão é simples meio. Não fica a líbita do devedor. Uma vez que lhe cabem dever e obrigação de dar entrada, ou não se opor à incursão, não pode deixar de praticar o ato positivo necessário ao adimplemento da obrigação negativa. Quem se obriga a tolerar não só se há de abster de quanto possa obstar ou dificultar a prestação negativa como também há de remover, com ato positivo, o que a obste ou dificulte.

Se alguém promete *permitir*, ou o permitir é o conteúdo da prestação positiva, ou é apenas meio para que a prestação negativa seja adimplida. O dever de permitir, *Gestattungspflicht*, ali é o dever de prestar permissão; aqui, é o dever inicial de não obstar à prestação negativa. Não se pode dizer, com alguns juristas, que seja espécie de obrigação de tolerar; são o dever *contido*, como início, na obrigação de tolerar.

4. TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES DE NÃO FAZER. – A pessoa do credor ou a do devedor, ou ambas, podem mudar nas obrigações de não fazer como acontece nas obrigações de fazer e de dar. Se a obrigação corresponde a pretensão oriunda de crédito incedível, pode ser incedível, ou não. A *cessão de crédito* rege-se pelos arts. 1.065-1.077 do Código Civil. A propósito de pretensões reais, não se pode pensar em cessão do direito (art. 1.078), porque o que se transfere é o direito real. A *assunção de dívida*, que

consiste na sucessão passiva, também pode ocorrer a respeito de obrigações negativas (ERNST KNIGGE, *Die negative Leistung*, 48).

## Panorama atual pelos Atualizadores

### § 2.699. A – Legislação

Incide, sobre a impossibilidade de prestar o não fazer: arts. 250, 254 a 256 e art. 279, todos do CC/2002; condição de não fazer coisa legal ou materialmente impossível: art. 124 do CC/2002; nulidade do negócio que tem objeto impossível: art. 166, II, do CC/2002; descumprimento de obrigação de não fazer: arts. 251 e 390 do CC/2002; obrigação de prestar coisa indivisível: art. 259 do CC/2002; cessão de crédito: arts. 286 a 298 do CC/2002; indenização pelo incumprimento do contrato: art. 475 do CC/2002; perdas e danos: art. 389 do CC/2002; mora em obrigações provenientes de ato ilícito: art. 398 do CC/2002; pagamento indevido e obrigação de não fazer: art. 881 do CC/2002. Ainda, sobre a execução da obrigação de não fazer: arts. 642 e 643 do CPC.

### § 2.699. B – Doutrina

A prestação de fato é uma conduta. Pode ser positiva ou negativa, conforme a obrigação seja de “fazer” ou de “não fazer”. Essa conduta é o objeto mediato da obrigação: a prestação.

### § 2.699. C – Jurisprudência

“As decisões judiciais que impunham obrigação de fazer ou não fazer, com o advento da Lei 10.444/2002, passaram a ter execução imediata e de ofício. Aplicando-se o disposto no art. 644, *caput*, do CPC, combinado com o art. 461 do CPC (com a redação dada pela Lei 10.444/2002), verifica-se a dispensa do processo de execução como processo autônomo. Se a nova sistemática dispensou a execução, é indubitosa a dispensa também dos embargos, não tendo aplicação o disposto no art. 738 do CPC” (STJ, REsp 742.319/DF, 2.ª T., v.u., j. 02.06.2005, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 27.06.2005, p. 359).

“A obrigação de fazer comporta execução in natura, execução específica individual, sempre que esta não importe constrangimento do réu, pois predomina neste caso a regra *nemo ad factum precise cogi potest*. Recusada a obrigação de fazer, incorre o devedor em perdas e danos, o que não impede a execução direta quando possível. Quando se trata de promessa contratual a execução específica se pode fazer por meio de sentença judicial que supra a recusa da parte recalcitrante.” (STF – RF 112/379).

### § 2.700. INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES DE NÃO FAZER

1. RESOLUÇÃO DO CONTRATO E OUTRAS SANÇÕES. – Se a obrigação de não fazer resulta de contrato bilateral, a mora do credor dá ensejo a nascer direito de resolução. O art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil incide. Se a infração é do devedor, ou o credor invoca o art. 1.092, parágrafo único, ou o art. 883. Ali, exerce o direito de resolução; aqui, “praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dêle que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos”. No art. 1.056, o Código Civil põe por princípio geral que, não cumprindo a obrigação (inadimplemento), ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos (adimplemento insatisfatório), responde o devedor por perdas e danos.

No art. 685 do Código de Processo Civil, há as regras jurídicas sobre processo das medidas cautelares. Foi êsse processo que o art. 1.007, parágrafo único, da lei processual adotou para a ação *iudicati* da sentença cominatória de que se fala no art. 1.007. Ação de condenação à abstenção, seguida de execução de sentença.

Quem faz, tendo obrigação de não fazer, somente porque faz responde pela infração: tem de prestar perdas e danos.

A ação do art. 1.007 do Código de Processo Civil não é a ação cominatória conforme o art. 302, XII, *mais geral*; nem a pré-exclui: o interessado pode exercer uma ou outra. Nem é cautelar. Por isso mesmo, se ocorrem os pressupostos da ação cautelar (Código de Processo Civil, arts. 675 e 676), pode ser proposta.

A construção que somente vê pretensão à abstenção quando se infringe o dever de omissão é de repelir-se. A pretensão existe desde que se pode exigir o *non facere*. Para se satisfazer tal pretensão ou se há de cessar atividade, ou se há de continuar de não fazer. Se não cessa, infringem-se o dever e a obrigação; se se continua de não fazer, mas, depois – ainda que imediatamente depois – se faz, não é a pretensão que com isso se inicia, mas a *ação*, que nasce.

2. IMPOSSIBILIDADE. – A impossibilidade da obrigação de não fazer só acontece quando o devedor, por imposição acima do dever de direito privado, tem de fazer aquilo de que prometeu abster-se. Se o não fazer se tornou impossível, *sem culpa do devedor*, extingue-se a obrigação. Diz o Código Civil, art. 882: “Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que,

sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do fato, que se obrigou a não praticar”.

A distinção entre impossibilidade objetiva ocorrida entre a conclusão do negócio jurídico e a data do adimplemento ou do começo do adimplemento e a mora também há de ser feita, rigorosamente, a respeito das obrigações negativas. *Não é verdade que não haja mora de obrigações negativas*. Há. Se a abstenção foi objetivamente impossibilitada após a conclusão do negócio jurídico e antes de se ter de adimplir ou de se ter de começar a adimplir, há impossibilidade objetiva, pela qual somente não, responde o devedor se não tem culpa (Código Civil, art. 882: “Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do fato, que obrigou a não praticar”). *A contrario sensu*: é imputável a responsabilidade ao devedor se, por sua culpa, se lhe tornou impossível abster-se do fato, que se obrigou a não praticar. O art. 882 é regra jurídica sobre responsabilidade por impossibilidade objetiva, que se dê entre a conclusão do negócio jurídico e a data do adimplemento ou do começo do adimplemento.

Muito diferente é a responsabilidade pelo inadimplemento ou qualquer precedente de impossibilitação objetiva. O inadimplemento é, então, regido pelo art. 883 do Código Civil. Se há possibilidade de ser elidido o efeito da inexecução, o devedor pode ser admitido a purgar a mora (jêntão houve mora!) e continuar abstando-se. Por onde se vê que mora é falta e pode ocorrer nas obrigações negativas, razão por que o art. 961 estatui: “Nas obrigações negativas, o devedor fica constituído em mora, desde o dia em que executar o ato de que se devia abster” (cf. arts. 883 e 1.535). Há *mora ex re*, como é o caso da mora pelo fato ilícito (art. 962: “Nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrar”).

Tem-se pretendido que, nas obrigações negativas contínuas, não há mora: ou há adimplemento, ou há impossibilidade objetiva. Certamente, se a infração torna sem interêsse, para o credor, tôda a prestação negativa contínua, a primeira infração sacrifica tôda a prestação negativa: houve *falta* de adimplemento, com impossibilitação do resto, se se prefere; mas em verdade o que se deu foi *inadimplemento total*, como seria total o adimplemento se, em vez de matar o cavalo a ser prestado, o devedor lhe cortasse um pé. O interêsse do credor, segundo o negócio jurídico, é o que aí mais importa. Se lhe convém que se indenize o dano *parcial* resultante e se prossiga na abstenção, a prestação negativa contínua não foi concebida

como indivisível. Têm de ser examinadas as cláusulas negociais e as circunstâncias para se distinguir o contínuo indivisível e o contínuo divisível, tal como acontece nos negócios jurídicos a prestações sucessivas.

3. PRESCRIÇÃO. – A diferença entre as pretensões positivas e as pretensões negativas, no tocante à prescrição, consiste em que, nas obrigações de fazer, o ato positivo há de ser praticado e a pretensão *nasce* quando deve ser praticado (= quando pode ser exigido), ao passo que, nas obrigações negativas, ou a omissão supõe *cessar* o ato ou a série de atos, e então coincidem início da pretensão e mudança de *status quo*, ou a inércia é o *status quo* e a infração só se caracteriza com a prática de ato positivo, com o *facere* infringente. Não se tratando de obrigações negativas em que se precise de *cessar* ato continuado, ou série de atos positivos, o devedor, enquanto não infringe (= não pratica o ato que prometeu não praticar) o que lhe incumbe, *está a prestar*. A prescrição não pode começar a correr; o prazo de prescrição só se inicia com o nascimento da ação. A pretensão à omissão não se satisfaz enquanto ainda se há de omitir; mas, enquanto se omite, não pode correr o prazo prescricional, pois que se *está a prestar*.

As pretensões podem ser *reais*. A pretensão a que ninguém use a patente, a marca de indústria ou comércio, o modelo de utilidade, o desenho ou modelo industrial, a variedade nova de planta ou de animal, ou o segredo de fábrica ou de indústria, é pretensão real: é pretensão a que tôdas as pessoas se abstenham.

Tais pretensões são a prestações duradouras (à abstenção unitária), ou a prestações repetidas, de modo que, ali, se houve violação, que cessou, a pretensão persiste, enquanto não há total infração da pretensão (Tomo VI, § 670, 1), e, aqui, há prazo a cada violação. Se o ato é continuativo, de jeito que apanha todo o tempo em que havia de abster-se o obrigado, ou o excede, a prescrição pode dar-se (P. OERTMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 614; KONRAD COSACK, *Lehrbuch*, I, 6.ª ed., 307 s.); O. WENDT, *Die Bedeutung der Unterlassung in Zivilrecht*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 92, 93 s., cp. 97; A. STEPHAN, *Die Unterlassungsklage*, 110 s.; E. HÖLDER, *Über das Klagrecht*, *Jherings Jahrbücher*, 46, 302; sem razão, H. LEHMANN, *Die Unterlassungspflicht*, 322 e 324, nota 2, que nega a prescritibilidade, e P. LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einrede*, 256, que se satisfazia com uma só infração).

Assim, as pretensões, reais ou pessoais, as prestações negativas duradouras, prescrevem se a violação foi definitiva, por continuarem, até expi-

rar o prazo prescricional, ou não prescrevem se a infração não continuou, porque, em tal caso, se restabeleceu a omissão.

Convém ir-se aos exemplos:

a) Prometeu A a B que não fecharia a passagem à água que vem da montanha e banha as terras de A e a de B e, devido a obras de A, desmoro-nou-se ribanceira e a água desviou-se para as terras de C. Se A, advertido pelos empregados, faz voltar a água ao leito que era o dela, a pretensão de B continuou, e o que pode prescrever é a ação de indenização de B contra A, pelos prejuízos sofridos. *Aliter*, se não mais pode ser retomado, pela água, o antigo curso, *e. g.*, com a dinamitação para as obras, a fonte mesma mudou de lugar.

b) Se A prometeu a B todos os domingos abster-se de ligar o moinho, que faz ruído, e o fez, uma ou duas vezes, a prescrição só é da ação de indenização pelos danos que a violação causou. *Salvo se B quer a resolução do contrato*, por inadimplemento.

Nas obrigações contínuas de não fazer, *e. g.*, se alguém se obrigou a não fazer concorrência, ou a não empregar certos cartazes, a infração do prometido ou a) é impossibilitação total da prestação pelo devedor (não mora!), ou b) impossibilitação parcial. Num e noutro caso, o devedor é responsável pela impossibilidade, salvo fôrça maior.

Se a impossibilidade é parcial, tem o credor a opção entre exercer o direito de resilição e de aceitar a abstenção posterior, com perdas e danos.

Para que se possa exigir a pena convencional, é preciso que tenha havido culpa (cf. Código Civil, art. 923; ERNST KNIGGE, *Die negative Leistung*, 43).

Se a dívida é de não fazer durante certo tempo, que só se inicia com a contraprestação, ou após ela, tem o devedor exceção *non adimpleti contractus*.

4. EXTINÇÃO. – O *implemento* extingue as obrigações negativas.

Quanto a elas, não há pensar-se em *compensação*.

O *distrato* pode extingui-las. Bem assim a *remissão de dívida*. O chamado contrato de reconhecimento negativo de dívida (= negócio jurídico de declaração negativa de dívida, = *negócio jurídico declarativo negativo*) ou é simplesmente declarativo, ou implica remissão da dívida.

A *confusão* pode dar-se a respeito de obrigações negativas como a respeito de obrigações positivas. Idem, quanto a condição extintiva e termo extintivo.

## Panorama atual pelos Atualizadores

### § 2.700. A – Legislação

Conferir, sobre a impossibilidade de prestar ou não fazer: arts. 250, 254 a 256, e 279, todos do CC/2002; condição de não fazer coisa legal ou materialmente impossível: art. 124 do CC/2002; nulidade do negócio que tem objeto impossível: art. 166, II, do CC/2002; descumprimento de obrigação de não fazer: arts. 251 e 390 do CC/2002; obrigação de prestar coisa indivisível: art. 259 do CC/2002; cessão de crédito: arts. 286 a 298 do CC/2002; indenização pelo incumprimento do contrato: art. 475 do CC/2002; perdas e danos: art. 389 do CC/2002; mora em obrigações provenientes de ato ilícito: art. 398 do CC/2002; pagamento indevido e obrigação de não fazer: art. 881 do CC/2002. Execução da obrigação de não fazer: arts. 642 e 643 do CPC. Ainda, sobre a cláusula penal: art. 412 do CC/2002; Obrigação de fazer em ação civil pública: arts. 3.º, 4.º, 11 e 12 da Lei 7.347/1985.

### § 2.700. B – Doutrina

As obrigações de não fazer são, em regra, indivisíveis. (FULGÊNCIO, Tito. In: LACERDA, Paulo de. *Manual do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Ed., 1916/1934. vol. X, p. 175-177).

### § 2.700. C – Jurisprudência

“Diferença entre cláusula penal e multa cominatória. Há diferença nítida entre cláusula penal, pouco importando seja a multa nela prevista moratória ou compensatória, e a multa cominatória, própria para garantir o processo por meio do qual pretende a parte a execução de uma obrigação de fazer ou não fazer. E a diferença é, exatamente, a incidência das regras jurídicas específicas para cada qual. Se o juiz condena a parte ré ao pagamento da multa prevista na cláusula penal avençada pelas partes, está presente a limitação contida no art. 920 do CC/1916 [art. 412 do CC/2002]. Se, ao contrário, cuida-se de multa cominatória em obrigação de fazer ou não fazer, decorrente de título judicial, para garantir a efetividade do processo, ou seja, o cumprimento da obrigação, está presente o art. 644 do CPC, com o que não há teto para o valor da cominação” (STJ, REsp 196.262/RJ, 3.ª T., v.u., j. 06.12.1999, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, RT 785/197, *BoIAASP* 2226/205).

“Obrigação de fazer em ação civil pública. Pode o juiz determinar a imediata cessação de atividade nociva ou que venha a causar dano ao meio ambiente, independentemente de justificação prévia (art. 642 do CPC; arts. 3.º, 4.º, 11 e 12 da Lei 7.347/1985)” (TJSP, AgIn 96.924, 6.ª Cam. Dir. Priv., j. 18.02.1988, rel. Des. Ernani de Paiva, RT 629/118).