

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 01/07/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35213-an-lise-das-obriga-es-de-fazer-no-direito-civil-brasileiro>

Autore: Guilherme Weber Gomes de Almeida

Análise das obrigações de fazer no Direito Civil Brasileiro

ANÁLISE DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Everson Rosa da Silva¹

Guilherme Weber Gomes de Almeida²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo fazer uma análise das obrigações de fazer no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o direito civil, realizando uma abordagem geral observando os seus principais conceitos e definições.

Palavras chave: Tutela Específica; Obrigações; Direito Civil.

¹ Advogado. Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Catalão.

² Assessor Parlamentar. Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Catalão.

ANÁLISE DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O conceito de obrigação de fazer não pode ser extraído da pura e simples análise do Código Civil, assim sendo, coube aos doutrinadores conceituar tal instituto. Nesse sentido, conforme explica VENOSA (2003):

O conteúdo da obrigação de fazer é uma “atividade” do devedor, no sentido mais amplo: tanto pode ser a prestação de uma atividade física ou material (como, por exemplo, fazer um reparo em máquina, pintar casa, levantar muro) como uma atividade intelectual, artística ou científica (como, por exemplo, escrever obra literária, partitura musical ou realizar experiência científica) (VENOSA, 2003.p. 101).

Tendo em vista a vasta amplitude de tal definição, é possível extrair a ideia de que obrigação de fazer é toda aquela em que o agente passivo está obrigado a ato material, físico ou intelectual em favor do sujeito ativo. A conceituação feita por VENOSA (2003) deixa clara a ideia de predisposição do devedor em assumir um comportamento ativo em relação ao fato obrigado para que haja o adimplemento da relação obrigacional.

A obrigação de fazer como espécie de obrigação requer certo cuidado quando da sua análise, pois, para que sejam adimplidas de forma espontânea, ou seja, sem que para tanto se faça necessário acionar a tutela jurisdicional, será necessário o desprendimento do sujeito passivo da obrigação com a finalidade da conduta positiva em benefício do credor. Assim, é importante se fazer a diferenciação entre a obrigação de fazer e a obrigação de dar, pois ambas são obrigações positivas e que por esse motivo podem causar confusões àqueles que não estão alerta quanto as diferenças entre as mesmas.

Ocorre que ao se falar de obrigação de dar, o sujeito passivo apenas está se obrigando a entrega de uma coisa já existente ou que futuramente venha a existir, a obrigação de fazer ao contrario é aquela em que o devedor está obrigado a fazer algo que ainda não existe, ou seja, depende do surgimento de coisa nova, em virtude de ato do obrigado, para seu adimplemento.

Outra característica diferenciadora dessas duas modalidades de obrigação positiva é o fato de que na obrigação de dar não interessa ao credor quem é que concorreu para a efetiva entrega da coisa e sim que a mesma ocorra, no entanto, no caso de obrigações de fazer, há casos que como veremos ainda nesse capítulo, ao tratarmos da fungibilidade da prestação, que o que importa para o credor da obrigação é a pessoa que deve realmente efetuar o ato positivo. Importante fazer essa diferenciação no sentido de que, as medidas processuais cabíveis a cada

uma dessas modalidades de obrigação positiva, em caso de inadimplemento, serão distintas.

Segundo BARROS MONTEIRO (1995):

A grande diferença entre uma e outra espécie de obrigação é se o dar ou entregar é ou não consequência do fazer. Assim, se o devedor tem de dar ou entregar alguma coisa, não tendo, porém, de fazê-la previamente, a obrigação é de dar; todavia, se, primeiramente, tem ele de confeccionar a coisa para depois entregá-la, tendo de realizar algum ato, do qual será mero corolário o de dar, tecnicamente a obrigação é de fazer (BARROS MONTEIRO, 1995, p. 87).

Observando tal colocação pode-se afirmar que a simples obrigação de entregar a coisa ao qual se obrigou a fazer, não descaracterizará a obrigação de fazer, pois a entrega é mero instrumento do cumprimento da obrigação, que por sua vez se deu no momento em que o obrigado realizou o ato positivo. O instrumento necessário para o adimplemento da obrigação de fazer que às vezes pressupõe a entrega, não poderá superar a finalidade precípua da obrigação que na verdade é sim de fazer e não de dar.

A princípio, é importante entender e diferenciar essas modalidades de obrigação, não simplesmente por questões doutrinárias ou conceituais, pois no campo prático a confusão entre uma e outra espécie de obrigação pode levar a demanda errônea de uma obrigação de fazer quando na verdade deveria se tratar de obrigação de dar, da mesma maneira ao contrario pode também ocorrer.

Em relação à fungibilidade das obrigações de fazer, conforme foi mencionado anteriormente, a estas obrigam o devedor a realização de qualquer ato material físico ou intelectual, contudo, existem casos em que essa obrigação pode ser cumprida por terceiro, e, ainda, há casos em que tal obrigação pode ser adimplida somente por aquele que convencionou a realização de determinado ato positivo, já que esses aspectos dizem respeito à classificação das obrigações de fazer em fungíveis ou infungíveis, tendo em vista que o diferenciador de ambas espécies é o fato de a prestação poder ou não ser prestada por terceiro.

As obrigações de fazer fungíveis têm como característica principal o fato de que ao sujeito ativo da relação não importa quem será a pessoa que realmente realizará o ato positivo em seu benefício, importando a este, tão somente, a efetiva realização do ato na forma e no prazo estipulado, é o caso, por exemplo, da contratação de alguém para montagem de determinado equipamento de uma indústria, ou a pintura de uma casa. Esses exemplos demonstram que esses serviços que podem ser realizados por qualquer pessoa, que obviamente possua conhecimento sobre o mesmo. Nessa modalidade de obrigação de fazer o que importa é que o ato seja realizado

no prazo e na forma estipulados, sendo realizado isso, pode-se dizer que a relação obrigacional está adimplida.

Não existe divergência doutrinária quanto ao conceito que pode ser dado a obrigação de fazer fungível. Nos dizeres de Moacyr Amaral dos Santos, obrigações de fazer fungíveis são as que, por sua natureza, ou disposição convencional, podem ser satisfeitas por terceiro, quando o obrigado não a satisfaça. (SANTOS, 1999, p. 348).

Nos dizeres de GAGLIANO (2007) a obrigação de fazer será fungível quando não houver restrição negocial no sentido de que o serviço seja realizado por outrem. Assim, não obstante ocorra o contrato de reparação do cano da cozinha com o encanador Caio; nada impede, se as circunstâncias do negócio não apontarem em sentido contrário, que a execução do serviço seja feita por seu colega.

Dos conceitos dados pode-se, sem maiores discussões que a fungibilidade da prestação se dá, tão somente, em razão da possibilidade de terceiro poder adimplir a obrigação em favor do credor, sem que com isso se caracterize descumprimento de pacto ou quebra de contrato. Em razão da prestação da obrigação poder ser realizada por terceiro, o credor, ainda tendo interesse no cumprimento da obrigação, pode, independentemente de autorização judicial, designar terceiro para que execute a tarefa, para posteriormente receber do obrigado originário o quantum pago.

Venosa exemplifica tal situação da com a seguinte situação hipotética: imagina-se a contratação de empresa para fazer a laje de concreto de um prédio, procedimento que requer tempo e época precisos. Caracterizada a recusa e a mora, bem como a urgência, aguardar uma decisão judicial, ainda que liminar, no caso concreto, poderá causar prejuízo de grave reparação. (VENOSA, 1999, p.146).

Ao utilizar-se desse exemplo Venosa expõe claramente que existem situações que devido ao seu caráter emergencial não podem aguardar a tutela Estatal, nem mesmo àquelas tidas como mais céleres e cautelares. Assim, claro está, que a lei deve possibilitar ao credor que se encontre tal como o da situação hipotética, na iminência de prejuízos irreparáveis, a possibilidade de se resguardar garantindo-se em futura cobrança em virtude do descumprimento obrigacional.

A fungibilidade da prestação pode se dar em razão da própria natureza ou por convenção entre as partes. Dessa forma, o título que cria da origem pode transformar uma obrigação que, a

primeira vista possa parecer fungível em infungível, da mesma maneira ao contrario. Claro que isso é incomum, contudo, não é impossível.

O credor de obrigação de fazer infungível é aquele que teve em mente no momento da contratação, aspectos pessoais do obrigado tornando a execução da obrigação em favor do sujeito ativo, ato personalíssimo que não pode satisfazer o credor se for realizado por terceiro. As obrigações de fazer infungíveis são *intuitu personae*, cabendo apenas ao obrigado à satisfação em favor do credor.

Como será visto mais adiante a obrigação de fazer pode também ser fundada em título executivo judicial, dessa forma dependerá da natureza da obrigação imposta, por força judicial, a classificação quanto a sua fungibilidade ou não.

Pode-se citar como exemplo dessa espécie de obrigação, a contratação de determinado artista plástico para a confecção de um retrato. Imagine que esse é um artista de renome e bastante conhecido por seus trabalhos. Outro por mais competente que seja não seria capaz de adimplir a obrigação, pois nesse caso o contratante considerou aspectos pessoais do contratado. Esse é um bom exemplo de obrigação de fazer infungível, claro está que ao credor somente interessa que esse determinado artista pinte o retrato. Outro bom exemplo dessa espécie de obrigação de fazer seria a contratação de um cantor famoso no auge do sucesso para a realização de um show.

Não só a natureza da obrigação pode caracterizá-la como sendo infungível, pois como dito anteriormente o pacto entre as partes pode criar obrigação infungível. Fica claro que a vontade das partes, uma vez expressa e livre de quaisquer nulidades pode tornar uma obrigação de fazer fungível em uma obrigação de fazer infungível sem problema algum. Nesse sentido cabe ressaltar, Humberto Teodoro Junior, que diferencia as duas modalidades distintas de infungibilidade, alertando que a mesma pode decorrer simplesmente do contrato, pelo acordo das partes (infungibilidade convencional), ou da própria natureza da prestação (infungibilidade natural). (THEODORO JUNIOR, 2003, p.146).

Moacyr Amaral dos Santos (2002) de forma inteligente e resumidamente explica que as obrigações de fazer infungíveis são aquelas prestações que somente podem ser satisfeitas pelo obrigado em razão de suas aptidões ou qualidades pessoais.

Sem duvida nenhuma pode se extrair desses dois conceitos a seguinte idéia: o que caracteriza a obrigação de fazer como infungível é a própria pessoa do obrigado, isso de duas

formas: a primeira delas quando aceita convenção e se obriga pessoalmente a cumprir o ato positivo, a segunda e não menos importante é o fato de que devido a aptidões específicas dele, fica determinado, até mesmo tacitamente, que outro não possa adimplir a obrigação.

Conclui-se que a fungibilidade pode vir expressa ou será tacitamente entendida quando da análise do título que cria a obrigação, devendo sempre ser observado para caracterização do mesmo a intenção do contratante ao convencionar algo nesse sentido ou do juiz que sentenciou obrigando o sujeito passivo a realização de algo em favor do exeqüente.

A diferenciação entre as modalidades de obrigação de fazer é de grande importância, destarte ter cada tipo de inadimplemento uma medida possível de ser tomada, que propiciará mais êxito na busca, da máquina jurisdicional, pela realização da tutela específica, garantindo assim uma maior aproximação do direito do que é justo.

Antes de qualquer medida que vise obter a tutela de uma obrigação de fazer dever-se-á ter o conhecimento sobre o fato que provocou a inadimplência, pois todo àquele que está obrigado a fazer algo, não o faz em virtude de alguma ocorrência. Assim sendo, a doutrina classifica em três as principais causas que levam o devedor a não adimplir a obrigação de fazer.

A primeira ocorrência que pode levar o devedor ao não cumprimento da obrigação é o fato de que o devedor não poder mais cumprir a obrigação por que esta se tornou impossível de ser realizada. Contudo, a impossibilidade de realização da obrigação, nesse primeiro caso, se da não em virtude da culpa do próprio devedor, e sim pela ocorrência de fato fortuito ou força maior, ou até mesmo por ato de terceiro e também do próprio credor.

A solução dada pelo Código Civil a esse tipo de inadimplemento está disciplinada no artigo 248 primeira parte, que dispõe que a obrigação estará resolvida uma vez sendo impossível seu adimplemento sem culpa do devedor. Claro está que não se pode obrigar alguém a realização de algo impossível de ser feito, ainda mais se esse não tem culpa pelo fato que tornou a obrigação impossível. Por isso, se resolve a obrigação e se tem por solucionada a relação existente entre sujeito credor e devedor.

O descumprimento de uma obrigação de fazer também pode se dar em virtude de ter-se tornado impossível sua realização por culpa do devedor, ou seja, algum ato, comissivo ou omissivo praticado pelo devedor, com negligência, imprudência ou imperícia, tornou impossível o a realização do ato positivo a que está obrigado, o que por vez torna o devedor inadimplente, e por isso passível de execução. O artigo 248 do Código Civil na segunda parte, disciplina que

deverá responder por perdas e danos. Justifica-se, sem dúvida alguma, a solução nesse caso ser as perdas e danos, pois sendo impossível a realização do ato positivo, não se pode vislumbrar outra solução senão a pecuniária como meio de reparar o dano causado pelo não adimplemento em função da impossibilidade.

Os dois fatores expostos até aqui, que podem levar ao inadimplemento da obrigação de fazer dizem respeito tão somente a fatores que levam em consideração o fato de que o cumprimento da obrigação não pode mais se dar, pois a realização do mesmo se tornou impossível seja por decurso de tempo, ou outros por fatores que fizeram com que o adimplemento da obrigação não mais possa ser realizado, nem mesmo se o devedor estiver disposto a realização, nesses casos o único aspecto a ser analisado é se houve ou não culpa do devedor em relação ao fato que tornou o adimplemento impossível.

Dessa forma se comprovada a culpa do devedor deverá este responder por perdas e danos, caso o mesmo não tenha concorrido para que a obrigação se torne impossível, a relação obrigacional estará resolvida, pois não se há lógica em se punir alguém sem que fique caracterizado culpa ou dolo do mesmo.

O inadimplemento também pode se dar em casos em que o cumprimento da obrigação ainda é possível, porém o devedor não está disposto a cumprir com o ato positivo e adimplir a obrigação, ou seja, o devedor resiste ao cumprimento da obrigação de forma manifestada, sem ter nenhuma justificativa que explique seu descumprimento. A esses casos de inadimplemento o legislador, quando da elaboração da lei processual, teve que dar uma solução mais direcionada e satisfatória do que as simples perdas e danos, pois há ainda a possibilidade de cumprimento da obrigação e este cumprimento interessa ao credor.

A esse respeito Pablo Stolze Gagliano diz que:

Ter como única solução para este tipo de relação jurídica as perdas e danos é inaceitável, porque o vigente ordenamento jurídico brasileiro há muito vem relativizando o princípio tradicional do *nemo praecise potest cogi ad factum*, reconhecendo que a incoercibilidade da vontade humana não é um dogma inafastável, desde que respeitados direitos fundamentais (GAGLIANO, 2007, p. 245).

A análise a tal citação cria o entendimento de que hodiernamente não se pode obrigar o sujeito ativo, a ter seu direito resolvido em perdas e danos, caso haja outras medidas que possam possibilitar sua satisfação. Haveria nesse caso uma tendência ao descumprimento dos pactos, mesmo com a busca patrimonial de valores que reparem o dano causado em virtude do

inadimplemento o credor estaria desamparado, e sendo obrigado a receber outra coisa quando ainda lhe interessa o que lhe é de direito seja em virtude de contrato ou de uma sentença condenatória.

A execução das obrigações de fazer é possível tanto para títulos executivos judiciais como para os títulos executivos extrajudiciais. Dessa forma, o credor que tem em mãos uma sentença ou título executivo convencionado entre as partes, pode, no sentido de obter a realização do seu direito, executar o devedor, sujeito passivo da relação jurídica.

No próprio título executivo consta qual a sanção aplicável no caso de descumprimento da obrigação imposta ou entre as partes convencionada. Assim, não importa a espécie de título executivo que porta o credor, o que é imprescindível para a execução é que exista um título executivo que descreva o fato positivo a ser prestado, o prazo, as penalidades em caso de inadimplemento e as partes da relação jurídica.

O ato ilícito também pode gerar uma obrigação de fazer, ou seja, a própria reparação quando prestada de modo que não a das perdas e danos é uma espécie de obrigação de fazer, e desse modo, após passar pelo processo de conhecimento será imposta uma obrigação, por exemplo, de reerguer um muro que fora derrubado em virtude de direção perigosa de veículo, esse é um bom exemplo de obrigação de fazer originária de sentença em virtude de ato ilícito.

Há também as obrigações de fazer oriundas de título executivo extrajudicial, devendo ser entendidas como as que originam de contratos entre as partes. Exemplo, contratação de determinado sujeito para a pintura de uma casa. Nessas espécies de obrigações de fazer, normalmente, quando de sua contratação, são estipulados prazos e sanções no caso de inadimplemento, entretanto essas sanções podem ser alteradas.

Vale ressaltar que como todo título extrajudicial o contratante deve ter em mente todos os requisitos necessários para a validade do negócio jurídico, quais sejam, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, sujeito capaz, forma prescrita ou não vedada em lei. A falta de qualquer um desses requisitos pode ensejar a nulidade ou anulabilidade do negócio e por consequência prejudicar a execução.

Pode-se concluir que toda a análise feita até aqui que existem várias formas de se criar uma obrigação de fazer, sendo possível que esse instrumento criador de uma obrigação pode ser um título executivo judicial ou extrajudicial. O que se tem que sempre ter em mente é que cada

uma dessas maneiras pode e deve ser executada com a finalidade precípua de conquista da tutela da forma como ajustada entre as partes ou da condenação em juízo obtida.

Dos aspectos mais relevantes na busca pela tutela específica a fungibilidade da obrigação é aquela que determina quais as medidas a serem tomadas, pois em certos casos a obrigação poderá ser adimplida por terceiro e há casos em que isso será impossível, cabendo ao aplicador e ao operador do direito tomar e procurar a aplicação mais cabível atinando-se para as mudanças na legislação processual, principalmente em seus aspectos procedimentais que têm sofrido algumas alterações com a finalidade de dar uma maior celeridade ao processo e aproxime o mesmo ao máximo do campo prático, pois processo não é fim e sim apenas um meio na busca pela justiça.

Conforme foi previamente mencionado, com a conceituação das obrigações de fazer e a respectiva diferenciação entre obrigações de fazer fungíveis e infungíveis, ficou claro que, em alguns casos, para que seja adimplida a obrigação de fazer, será necessária a vontade do devedor, caso contrário torna-se impossível o adimplemento da mesma. Isso ao tratarmos exclusivamente das obrigações de fazer infungíveis que, como se sabe não pode ser cumprida senão pelo próprio obrigado.

A execução específica da obrigação de fazer infungível encontra seu maior problema na própria liberdade individual, dessa forma nos remete ao direito romano que desde já previa a impossibilidade de utilização de qualquer espécie de coação física para forçar o cumprimento de uma obrigação, não só das obrigações positivas, mas de qualquer natureza, ou seja, não se tratava de uma particularidade da execução da obrigação de fazer, mas de qualquer modalidade de obrigação. Contudo ao se referir as obrigações de fazer as dificuldades são ainda maiores e mais acentuadas, pois, assim como ensina Ovídio Araújo Baptista da Silva:

No que se refere às obrigações de fazer, as dificuldades obstáculos de natureza prática foram sem dúvida mais persistentes e justificados, tendo em vista o princípio segundo o qual a ordem jurídica não deve, sob pena de grave violação da liberdade e da própria dignidade pessoal do devedor, obrigá-lo diretamente a fazer alguma coisa, constringendo-o a praticar ato contra sua vontade. (BAPTISTA DA SILVA, 2002, p.138).

Com isso fica claro que quando o sujeito passivo da relação obrigacional de forma alguma quiser colaborar e cumprir com a obrigação será de grande dificuldade até mesmo para o poder judiciário obrigar o sujeito a realização do ato.

Essa dificuldade justifica-se principalmente ao se observar a liberdade individual nesse sentido e com muita propriedade Maria Stella Villela Souto Lopes Rodrigues assevera que:

Como o principio que rege as obrigações de fazer e não fazer se firma em que não se pode, pela força, obrigar o devedor a fazer ou a deixar de fazer aquilo a que se comprometeu (*nemo potest cogi ad factum*), os romanos, desde logo, nesse tipo de execução, admitiam, em substituição, a indenização por perdas e danos, o que a nossa lei também prevê (LOPES RODRIGUES, 1996, p. 384).

Nota-se que não se admite de forma alguma a invasão na liberdade individual do sujeito para satisfação de direito do credor, por assim dizer veda-se a aplicação da força na busca pela tutela das obrigações. De mesmo entendimento que Maria Stella Vilela, e com inteligência Humberto Theodoro Junior (2001, p 145) lembra que na ordem jurídica, encontra-se o tradicional repúdio ao emprego da força contra a pessoa para constrangê-la ao cumprimento de qualquer obrigação, retratado no principio geral de que *nemo potest cogi ad factum*.

Pode-se observar de forma clara a relutância da doutrina no que tange a invasão liberdade individual para satisfação do credor. Até mesmo pelo fato de que na verdade a força podendo ser usada como meio para satisfação de um direito é sem duvida alguma um retrocesso inaceitável em um estado democrático de direito.

E é exatamente por esse motivo que a expressão latina acima citada duas vezes, é de larga utilização por isso vale citar seu significado. Assim, *nemo potest cogi ad factum* significa que ninguém pode ser diretamente obrigado ou coagido a praticar ato a que se obrigara.

Uma vez observadas as citações acima e seus argumentos, nota-se que nunca será admitido o uso da força para compelir alguém a fazer algo, é inaceitável e inconcebível, caso contrario, estaria o direito possibilitando ações injustas para com alguns com a finalidade de garantir direito alheio.

Assim como há vedação a autotutela há também aversão a qualquer forma não civilizada de execução, por formas não civilizadas pode-se entender àquelas em que a o emprego de força ou ameaça, sejam morais ou físicas, tais como prisão, perda de direitos, penas de constrangimento físico e outras que busquem a degradação do devedor pessoalmente. Sem duvida a não aceitação dessas formas de execução é uma garantia imposta a todos e contra todos e com certeza de grande valia a qualquer civilização que busque a garantia de direitos individuais.

Existem outras formas de se obter aquilo a que se tem direito, sem utilização da força. Hodiernamente o homem sente-se compelido e forçado a algo sempre que vê que está sendo privado de seu patrimônio. Dessa forma, a conclusão obvia a que chegou o legislador, quando das reformas processuais que visavam dar maior efetividade ao processo de execução como um todo, é de que o método mais efetivo e que possivelmente possibilitaria a realização da obrigação de

fazer seria a pecúnia, ou seja, multas e outras espécies de cobranças que compelissem o devedor de parte de seu patrimônio.

Cita-se por exemplo, o caso de um cidadão que está obrigado, em virtude de um contrato entre particulares, à realização de uma palestra, sob determinado assunto sobre o qual somente ele é detentor do conhecimento em virtude de questões e estudos particulares. Assim sendo, dias antes da realização da palestra o obrigado resolve não mais realizá-la, com esse exemplo fica claro que a dificuldade do contratante, sujeito ativo da relação obrigacional, é deveras grande, pois nem mesmo com o pedido de antecipação de tutela através de liminar, se pode obrigar de maneira efetiva o devedor a realização do ato, cabendo nesse caso medidas de que pode se valer o juiz.

A vontade humana é determinante ao se falar nos limites da execução, pode-se dizer isso e garantir tal afirmação sob o argumento de que nem mesmo as medidas mais drásticas no âmbito patrimonial, garantirão a realização da obrigação, uma vez que o devedor não a queira, talvez este prefira arcar com perdas e danos, multa e demais penalidades impostas a cumprir a obrigação.

A execução da obrigação de fazer torna-se ainda mais difícil ao tratarmos de obrigação de fazer de natureza infungível, pois nesta mais do que em qualquer outra modalidade de obrigação de fazer o sujeito passivo não pode ser substituído por outrem sob pena de inadimplemento e descumprimento do pacto.

Há casos de obrigações que podem ser adimplidas por terceiros, ou seja, onde a pessoa que concorre para a realização fática da coisa não é importante a ponto de impedir o cumprimento por terceiro e se dará por adimplida pela simples realização da obrigação. São esses os casos de obrigações de fazer fungíveis. Nesses casos a vontade do devedor em realizar a obrigação não é tão determinante, pois, como pode ser prestada por terceiro a suas custas o credor encontra mais possibilidades de ver seu direito realizado.

O terceiro pode realizar a prestação a que está obrigado o devedor sempre que esta for fungível e ainda possível de ser realizada, e é claro enquanto o credor ainda queira seu adimplemento. Esse é o tema do próximo capítulo que tratara das recentes alterações legais a fim de possibilitar a prestação do fato por terceiro.

O atual Código de Processo Civil, desde sua publicação primeira, em 1973, já previa a possibilidade do fato positivo, objeto da relação obrigacional, ser realizado por terceiro à custa do devedor.

Apesar de tal previsão tornava-se difícil a realização do fato por terceiro, isso porque os requisitos para a concessão de tal direito eram complexos e exigiam tempo para serem satisfeitos, e exatamente por esse motivo acabavam por proporcionar certa comodidade ao devedor, que era beneficiado em detrimento do credor, que se via insatisfeito em seu direito, e ainda tendo que esperar que fossem realizadas todas as exigências legais, sem as quais o juiz não poderia conferir a realização do ato por terceiro.

Dito isto devemos recordar o fato de que a realização por terceiro só será possível em se tratando de obrigação de fazer de natureza fungível, de modo diverso não há que se falar em cumprimento por parte de terceiro.

Cabe agora, fazer um breve comparativo entre as providências que deveriam ser tomadas antes da Lei 11.382/2006 e depois da mesma, medidas com o propósito de possibilitar a satisfação do credor de obrigação de fazer por meio de ato de terceiro.

A lei processual antes da inovação trazida pela Lei 11.382/2006 estabelecia em seu antigo texto, mais precisamente em seu artigo 634 parágrafo § 1º, a obrigatoriedade da nomeação, pelo juiz, de perito para avaliação do custo da prestação de fato e posteriormente designação de concorrência pública para a realização do fato. A demora e a extensão desses prazos faziam com que, em muitos casos, quando cumpridos todos os requisitos para a realização da obrigação essa não mais interessava ao credor ou até mesmo tivera se tornado impossível em virtude da decorrência do tempo.

No antigo sistema as propostas deveriam ser caucionadas com o valor designado pelo juiz. Cabe, nesse aspecto, uma crítica ao legislador da época, pois ao se observar o fato de que o terceiro ao se dispor a realização de uma tarefa deveria ainda depositar certa quantia, a contradição está tão clara que não seria exagero afirmar que com tal sistemática nem mesmo seria possível encontrar alguém que estivesse disposto a participar de tal concorrência pública.

O juiz tinha certa discricionariedade ao escolher qual a proposta trazida pelos interessados na realização do serviço era mais interessante. Nota-se isso principalmente ao se fazer a leitura do seguinte artigo, já revogado.

Art. 634. Se o fato puder ser prestado por terceiro, o juiz, a requerimento do credor, poderá decidir que aquele o realize à custa do devedor.

§ 3º No dia, lugar e hora designados, abertas as propostas, escolherá o juiz a mais vantajosa.

Indagava-se, sobretudo, o fato de que a proposta escolhida como mais vantajosa pelo juiz, poderia não ser a mais vantajosa ao credor, ou seja, ao juiz ficava estabelecido o poder de escolher aquele que lhe parecesse mais vantajoso, deixando a cargo de sua consciência essa escolha. Ficando tanto devedor como credor, subordinados a vontade do magistrado.

Era dado ao credor o direito de realizar a prestação em igualdade de condições com as propostas de terceiro, entretanto a dificuldade estava exatamente em se obter propostas de terceiro. Com tantas exigências e dificuldades para se fazer propostas, dificilmente alguém se candidataria no sentido de conseguir realizar tal serviço. Ainda mais ao ter ciência de que poderia perder o quantum caucionado caso se não se obrigasse, através de termo juntado nos autos, à realização do ato.

Nota-se da simples análise do antigo sistema que eram muitos os requisitos a serem observados e respeitados pelo juiz e pelo credor, interessado na realização do ato, enquanto o devedor aguardava a realização ou não do fato, para que posteriormente fosse obrigado a ressarcir o que fora gasto com a realização do ato, por terceiro ou pelo próprio credor.

No sentido de estabelecer uma maior praticidade, economia e eficiência na prestação de fato por terceiro, para satisfação do credor, a Lei 11.382/2006 reformou o artigo 634 estabelecendo menos requisitos para tal prestação. Com essa reforma foi praticamente alterada toda a sistemática para se por em pratica a possibilidade de execução do fato positivo por terceiro, sem duvida nenhuma, contribuindo com a tutela do direito do credor.

Com a alteração, sendo possível que a prestação seja prestada por terceiro, basta o credor requerer tal prestação ao juiz que, sem necessidade de concorrência publica, decidirá, ouvidas as partes, qual será o realizador do ato. Dessa forma, faz-se necessário demonstrar que ao credor ainda é conferido o direito de preferência, sempre que estiver em igualdade de condições com as propostas de terceiros.

Prosseguindo, ainda acerca das explanações que demonstram as inovações trazidas pela ultima das reformas sofridas pelo Código de Processo Civil, cumpre alertar que a execução do ato pelo terceiro será decidida pelo juiz, no sentido de que, a partir do requerimento do exequente o juiz poderá autorizar que o terceiro realize, sem nem mesmo ficar obrigado o credor a demonstrar nenhuma espécie de pesquisa de valores do serviço. Assim, o devedor que discordar dos valores ou até mesmo dos serviços prestados a sua custa deverá no prazo de dez dias, a contar da realização do objeto da execução, impugnar, sob pena de preclusão, a prestação do fato.

Caso o juiz entenda que a impugnação não é válida ou não haja sequer impugnação se dará por resolvida a obrigação de fazer e subsistirá o crédito dos valores gastos para que fosse garantida e executada a obrigação.

De fato nota-se uma facilitação. O que antes era muito severo, após a reforma processual trazida pela Lei 11.382/2006, passa a ser mais fácil devido aos pormenores que foram excluídos e que, com certeza, somente contribuía para a procrastinação da tutela.

Contudo, a que se dizer que esse sistema ainda não é o ideal, principalmente devido à exigência que recai sobre o credor de ter que arcar com o valor cobrado por terceiro para posteriormente procurar no patrimônio do devedor executado, bens ou pecúnia a fim de ser ressarcido na quantia paga ao executor do serviço ou por si mesmo executada.

Apesar das críticas que ainda recaem sobre o sistema de tutela da obrigação por terceiros pode-se concluir que as reformas sofridas, não só pela lei citada, mas por outras de mesma finalidade, vêm possibilitar uma maior agilidade àquele que espera ter seu direito tutelado pelas normas jurídicas.

O sistema ideal nem sempre será conquistado, por vezes os princípios e respeito à liberdade alheia devem se sobrepor a qualquer direito, por mais que se veja provado por qualquer forma de título executivo, cabendo, pois, ao credor arcar com certas medidas vez que, pode vir a sofrer prejuízos muito maiores em caso de não cumprimento daquilo a que tem direito.

As dificuldades encontradas quando da busca pela tutela específica são muitas, assim sendo, existe em todo caso de inadimplemento de obrigação, positiva ou negativa, a possibilidade de conversão do direito em perdas e danos, ou seja, uma reparação de cunho pecuniário que tenta propiciar ao detentor do direito um menor prejuízo quando este se vê esbulhado em seu direito.

Apesar disso, nem sempre as perdas e danos serão usadas de forma direta na busca pela reparação do direito de alguém, pelo menos não mais após a minireforma sofrida pelo Código de Processo Civil, mais precisamente pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Essa lei alterou de forma significativa os dispositivos que tratavam das perdas e danos, podendo até se afirmar que fez com que as perdas e danos passassem de regra a exceção, sem dúvida alguma dando maior amparo ao detentor de um direito provado em juízo, uma maior abertura, não o obrigando a ter seu direito convertido em pecúnia, exceto em dois casos que serão demonstrados aqui.

O aspecto mais negativo da conversão de um direito em pecúnia está exatamente no fato de que se a simples reparação do dano por si só pode vir a não satisfazer o credor, ainda mais em

se tratando de uma obrigação positiva, onde ao credor, pelo menos num primeiro instante somente interessa ter seu direito executado na forma convencionada.

A utilização em larga escala das perdas e danos como forma de solução de uma lide fundada em obrigação de fazer gera desrespeito a princípios inerentes ao direito dos contratos. São esses princípios garantidores de um equilíbrio social, pois se sabe que o contrato tem uma função social e como tal deve ser observado no meio comum como um instrumento de benefício geral, há ainda o princípio segundo o qual os pactos uma vez feitos devem ser cumpridos, que se traduz na expressão latina do *pacta sunt servanda*.

Se o direito estabelece uma escapatória ao devedor cobrado em juízo, claro está que o próprio ordenamento que possibilita a utilização das perdas e danos sem nenhuma ressalva está propiciando um ambiente onde os princípios podem ser desrespeitados. É importante a observação e respeito a princípios, pois como se sabe são estes que alicerçam toda e qualquer relação jurídica, chegando até mesmo a servir de fonte para solução de lides, em caso de silêncio da lei. Dessa forma a lei deve buscar soluções que amparem os princípios e forcem seu cumprimento, e o que se observava antes da Lei 8.952 não era isso.

De forma simples e única o ordenamento jurídico estabelecia que uma vez não cumprida a obrigação de fazer essa se converteria em perdas e danos em favor do credor. Resta demonstrado que ao credor não era dado sequer a possibilidade de escolher se queria ou não receber perdas e danos, nem interessava saber se a obrigação ainda era possível de ser cumprida e se a mesma interessava a ele.

Contudo as possibilidades de conversão em perdas e danos foram reduzidas, pela lei acima citada a apenas duas. Essas possibilidades devem ser observadas pelo juiz no momento da sentença. Nesse sentido explica Clito Fornaciari Júnior que:

O artigo 461 procura efetivamente o resultado pratico objetivado pelo autor nos casos em que reclama o cumprimento de obrigação de fazer e de não fazer. Tenta assim a norma evitar, o quanto possível a conversão da obrigação de fazer ou de não fazer em perdas e danos (FORNACIARI JÚNIOR, 1996, p. 73).

Da análise da citação doutrinaria supracitada extrai-se a idéia de que o legislador provocou tal reforma no sentido de tornar a aplicação das perdas e danos uma exceção só aceita em casos determinados e aos quais estão vinculados os juizes ao proferirem as sentenças. Assim sendo só poderá ser convertida em perdas e danos as obrigações de fazer em caso de

requerimento do credor e em casos em que a mesma se torne impossível de ser realizada. Ainda nesse sentido expõe, com muita clareza, Luiz Rodrigues Wambier que:

A transformação da originária obrigação de fazer ou não fazer em obrigação de pagar quantia certa é relegada a absoluta excepcionalidade: só haverá conversão em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou o resultado prático equivalente (WAMBIER, 2000, p. 284).

Fica clara a restrita aplicação das perdas e danos, pois não se justifica legalmente a aplicação de perdas e danos senão nesses dois casos. Sem dúvida o amparo ao credor, que pretende ter sua obrigação adimplida, é bem maior, pois é deixado a seu cargo a possibilidade de requerer perdas e danos, ou em caso de impossibilidade da prestação aceitar a reparação pecuniária imposta em juízo ou até mesmo prevista em título executivo extrajudicial.

No primeiro caso de cabimento de perdas e danos, pode-se auferir que esta será possível quando o credor assim o requeira, ou seja, o sujeito detentor do direito abre mão do mesmo querendo tão somente uma indenização a título de perdas e danos. Nesse caso não será necessária a concordância do réu, pois como bem preconiza Wambier (2000, p. 184) é direito que lhe assegura o ordenamento material, diante do inadimplemento.

Ao dizer isso Wambier faz menção ao Código Civil que dita que o inadimplemento da obrigação de fazer por culpa do devedor cria o direito as perdas e danos, enxerga-se então um direito do credor que em momento algum deverá ter concordância do devedor para que seja cumprido.

É hipótese totalmente aceitável em casos de direito disponíveis, onde o credor pode abrir mão do direito, desejando a reparação pecuniária em virtude do prejuízo sofrido. Esta possibilidade criada pela lei justifica-se no principal aspecto de que o credor escolher aquilo que lhe parece mais conveniente, sem ficar vinculado a uma imensidão de requisitos para a concessão de perdas e danos.

As perdas e danos também serão impostas para reparar o credor em seu prejuízo sempre que a prestação se tornar impossível por culpa do devedor, pois como dito anteriormente em não sendo o devedor culpado por ter se tornado impossível a prestação, se dará por resolvida a obrigação. Dessa forma caso a prestação se torne impossível não há outra medida a ser tomada senão a própria tentativa de reparação do prejuízo sofrido e suportado pelo credor em virtude do não adimplemento pelo devedor da obrigação.

A inovação trazida pela lei no sentido de possibilitar as perdas e danos somente em casos específicos diminuindo o seu campo de aplicação e até mesmo o poder do juiz para a concessão da mesma faz com que o devedor se esforce um pouco mais a fim de proporcionar a satisfação do direito do credor, pois, existirão medidas outras, também de base patrimonial, que poderão ser tomadas pelo juiz com a finalidade de fazer-se realizar o fato positivo a que se obrigara.

Ressalta-se a importância das perdas e danos, sem a existência de tal instituto o credor viria-se desamparado e obrigado a suportar um prejuízo. A aplicabilidade das perdas e danos é antiga, utilizada desde o Direito Romano, contudo não se pode olvidar que sua aplicabilidade não pode ser feita de forma descontrolada. Pode-se concluir que as reformas na legislação para reduzir a utilização das perdas e danos propiciam sem dúvida um maior amparo ao credor de obrigação de fazer. Da forma como era aplicada antes, a reparação pecuniária era tida como solução única ao credor, assim a insatisfação do sujeito passivo era tida como certa, sendo apenas diminuída quando conseguia receber as perdas e danos da forma estipulada pelo juiz, pois como se sabe o grande problema da execução está justamente na liquidez do devedor, que pode não ter patrimônio a ser executado. Mesmo com uma sentença condenatória transitada em julgado, a inexistência de bens põe por terra todos os atos do juízo sendo, pois desprovida de praticidade uma vez que não se tem como cobrar de outra forma senão a patrimonial.

Com as alusões e explanações feitas no presente trabalho pode-se concluir que há diversas formas de se obter a tutela específica de uma obrigação de fazer. O conceito de tutela específica pode de maneira simples ser entendido como os meios positivados no ordenamento processual civil que ensejam ao particular devedor, o cumprimento da obrigação de fazer tal qual o teria feito de forma voluntária, ou seja, por meio da tutela específica se busca fazer com que o credor seja satisfeito em seu direito positivo da maneira como pretendida, firmadas entres as partes ou ordenada pelo estado-juiz.

A diferenciação das duas espécies de obrigações de fazer existentes é de suma importância, pois há distinções na forma da execução específica para cada modalidade de obrigação de fazer. Por isso se faz importante ressaltar que antes de qualquer ato executório dever-se-á ter em mente se a obrigação de fazer é de natureza fungível ou infungível. Há atos da tutela específica que só podem ser utilizados em se tratando de obrigação de fazer infungível, por exemplo, as astreintes e outros atos da que só podem ser realizados em obrigação de fazer fungível, exemplo, a realização do fato por terceiro.

A lei como dinâmica que é sofreu várias alterações no sentido de possibilitar maior celeridade e efetividade no que concerne a tutela das obrigações de fazer e de não fazer. Dentre as leis que mais alteraram essa forma de tutela podem-se citar as Lei 8.952/94 e 11.382/2006, ambas contribuíram para a obtenção do direito do credor, por vezes aumentando o poder o estado juiz e em outras extinguindo requisitos desnecessários e que tornavam a prestação de fato por terceiro algo impossível de ser alcançado. As perdas e danos em virtude da lei 8.952/94 passaram a ser vistas como exceção, sendo agora regra, a tutela específica, assim, os casos de utilização das perdas e danos são específicos e restritos a apenas dois, quais sejam, quando o credor assim requerer e quando se torne impossível a realização do fato por culpa do devedor.

As obrigações de fazer podem originar-se por convenção particular entre as partes, caso em que é fundada em título executivo extrajudicial e também pode resultar de um processo de conhecimento quando será então originária de um título executivo judicial.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, 1973.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil**: tutela Jurisdicional executiva. São Paulo: Saraiva, 2008.

FORNACIARI JUNIOR, Clito. **A Reforma Processual Civil Artigo por Artigo**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Lições de Direito Processual Civil**. 14. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. v. 2

GALIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**: obrigações. 8. ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. . v. 2.

GRECO FILHO, Vicente, **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1999.

JORGE, Flavio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Nova Reforma Processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JUS NAVIGANDI. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 20 abr. 2008

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito Processual Civil**: Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Processo de Execução..** 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2