

MODALIDADES DE OBRIGAÇÃO (PARTE 2): OBRIGAÇÃO DE FAZER, DE NÃO FAZER, ALTERNATIVA E FACULTATIVA

Rafael Medeiros Antunes Ferreira¹

RESUMO: Este artigo discorre sobre temas relevantes do Direito das Obrigações, mais especificamente a obrigação de fazer, de não fazer, alternativa e facultativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil. Obrigação de fazer. Obrigação de não fazer. Obrigação alternativa. Obrigação facultativa.

1 INTRODUÇÃO

A obrigação, segundo sua definição clássica, representa o poder que a ordem jurídica atribui ao credor (ou *accipiens*) de exigir do devedor (ou *tradens* ou *solvens*) o cumprimento de uma prestação, que pode consistir em dar, fazer ou não fazer. Essa definição clássica parece sugerir que apenas o credor exerce pretensão em face do devedor, em uma relação de subordinação. Atualmente, no entanto, essa lógica merece ser revista à luz do princípio da boa-fé objetiva, mais precisamente de seus deveres anexos, que vinculam tanto o devedor como o credor. O devedor também pode exercer pretensão em face do credor, especificamente relacionada à observância dos deveres anexos. Por isso, a relação obrigacional passou a ser uma relação de cooperação.

No Direito Privado moderno, a obrigação e o contrato ocupam o epicentro, sendo tido por muitos como os institutos jurídicos mais importantes de todo o Direito Civil. Segundo FLAVIO TARTUCE², para a compreensão dessas figuras negociais, é imprescindível que o estudioso e aplicador do direito domine os conceitos básicos que decorrem da relação jurídica obrigacional, matéria que muitas vezes é relegada a um segundo plano, supostamente por não ter grande aplicação prática, o que constitui um erro imperdoável.

O presente trabalho analisa algumas modalidades de obrigação de extrema importância, tais como a obrigação de fazer, de não fazer, alternativa e facultativa. Outras modalidades,

¹ Juiz de Direito do Estado de Pernambuco. Ex-membro do Ministério Público de Minas Gerais.

² TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 5 ed. São Paulo: Método, 2015.

igualmente muito relevantes já foram analisadas em oportunidade anterior (obrigação natural, *propter rem*, de dar coisa certa, de restituir e de dar coisa incerta) e outras ainda serão objeto de posterior estudo em apartado (obrigação divisível, indivisível e solidária).

2 DESENVOLVIMENTO

O Título I (Das Modalidades de Obrigações) do Livro I (Do Direito das Obrigações) da Parte Especial do Código Civil sistematiza as obrigações da seguinte forma: obrigação de dar coisa certa, de dar coisa incerta, de fazer, de não fazer, alternativa, divisível/indivisível e solidária.

Neste estudo, trataremos das obrigações de fazer, de não fazer e alternativas, além das obrigações facultativas, que não se encontram sistematizadas no Código Civil, mas possuem grande pertinência com o tema.

Consoante já explanado, as demais modalidades já foram abordadas em outra oportunidade (obrigação de dar coisa certa e de dar coisa incerta) ou serão objeto da análise posterior (obrigação divisível/indivisível e solidária).

2.1 OBRIGAÇÃO DE FAZER

A obrigação de fazer está regulamentada nos artigos 247 a 249 do Código Civil. Em linhas gerais, o tratamento jurídico das obrigações de fazer segue a mesma sistemática das obrigações de dar (art. 248 do Código Civil).

As obrigações de fazer podem ser fungíveis ou infungíveis. As obrigações de fazer fungíveis podem ser cumpridas a contento pelo devedor ou por um terceiro. As obrigações de fazer infungíveis são as obrigações personalíssimas (com *intuitu personae*), ou seja, só interessa ao credor que o devedor cumpra pessoalmente a prestação.

Ao tratar das consequências do inadimplemento da obrigação de fazer infungível, o legislador só previu as perdas e danos (art. 247 do Código Civil), mas também é cabível a tutela específica (art. 461 do Código de Processo Civil), que não necessariamente exclui as perdas e danos. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que se a tutela específica gerar onerosidade excessiva ao devedor inadimplente, ela pode ser repudiada em favor das

perdas e danos, ainda que a tutela específica seja materialmente possível (REsp nº 1.055.822). No caso prático, alguns meses após se obrigar a fornecer determinada revista por um ano, o réu decidiu interromper sua edição. Na petição inicial, o autor pedia o fornecimento da revista em questão, mas o STJ considerou que seria excessivamente oneroso para o réu editar apenas um exemplar da revista para cumprir sua obrigação e determinou a conversão da tutela específica em perdas e danos.

Em caso de obrigação fungível, há uma terceira possibilidade: o cumprimento da prestação por terceiro à custa do devedor (art. 249 do Código Civil). GUSTAVO TEPEDINO³ observa que, na obrigação infungível, o credor pode utilizar essa alternativa se renunciar à infungibilidade. A infungibilidade é uma prerrogativa a benefício do credor, portanto passível de renúncia.

O cumprimento da prestação por terceiro ocorre sempre por decisão judicial (art. 634 do Código de Processo Civil). Há o direito de preferência do credor para executar a obrigação à custa do devedor (art. 637 do Código de Processo Civil).

O Código Civil de 2002 prevê uma nova espécie de autotutela no art. 249, parágrafo único: o credor pode mandar executar a prestação em caso de urgência, independentemente da autorização judicial. A definição de urgência é controvertida e varia de acordo com o caso concreto. Por exemplo, numa obra de contenção de encosta, pode haver urgência em caso de chuvas fortes com possibilidade iminente de queda das encostas. Esse dispositivo é muito criticado pela doutrina, dada a tendência do ordenamento de banir as hipóteses de autotutela. Ocorre que o projeto do novo Código Civil é de 1975, quando a sistemática das tutelas de urgência ainda não estava amadurecida no ordenamento jurídico. Hoje, provavelmente o legislador teria optado pelas tutelas de urgência, ao invés de autorizar a autotutela.

2.2 OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER

A obrigação de não fazer está regulamentada nos artigos 250 a 251 do Código Civil. Elas também são chamadas de obrigações negativas, até mesmo pelo Código Civil (art. 390).

³ TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Forense, 2008. v. X.

Apesar do restrito âmbito de incidência dessas obrigações, a ascensão dos deveres anexos do contrato lhes atribuiu maior relevância. Um exemplo que pode ser citado é o art. 1.147 do Código Civil, que impõe um dever de não fazer na fase pós-contratual. Outro exemplo, muito comum no âmbito do Direito do Trabalho, é previsão de cláusulas contratuais que vedem a reinserção imediata do empregado no mercado em empresas concorrentes. Há uma tendência de considerar tais cláusulas como válidas, desde que sejam temporárias e que a quarentena seja remunerada pelo empregador. Essa solução visa a conciliar o direito de acesso ao mercado de trabalho com os interesses do empregador.

O art. 250 do Código Civil prevê hipótese de inadimplemento sem culpa do devedor. Isso pode ocorrer caso um vizinho se comprometa a não construir um muro, mas a autoridade municipal, por razões urbanísticas, exija a construção do muro. Seguindo a mesma sistemática do Código Civil para as outras modalidades de obrigação, resolve-se a obrigação, sem cabimento de perdas e danos.

O art. 251 do Código Civil apresenta o caso do inadimplemento com culpa do devedor, no qual cabem perdas e danos. Esse dispositivo literalmente prevê uma tutela específica (desfazimento do ato), sem prejuízo das perdas e danos.

No ponto, é importante consignar que as obrigações de não fazer podem ser instantâneas ou permanentes. As obrigações de não fazer instantâneas são aquelas cujo descumprimento não permite o retorno ao *status quo ante*. É o caso da obrigação de não revelar sigilo industrial. Aqui, não há de se falar em desfazimento do ato, por isso o julgador deve levar em conta essa impossibilidade para quantificar o montante devido a título de perdas e danos. Por sua vez, as obrigações de não fazer permanentes são aquelas cujo descumprimento permite o retorno ao *status quo ante*, como na hipótese da obrigação de não poluir, imposta a uma fábrica.

As obrigações de não fazer também podem ser objeto de abuso de direito. Recentemente, o STJ reconheceu um abuso do direito de um sujeito que plantou diversas árvores, lado a lado, como forma de burlar uma prévia obrigação de não fazer, pactuada com seu vizinho, consistente em não construir um muro acima de determinada altura (REsp nº 935.474). O credor também pode cometer abuso de direito. Há convenções condominiais que proíbem o condômino de possuir animais domésticos. Há vários julgados reconhecendo que essa

cláusula é ineficaz contra animais de pequeno porte, por atentar contra o direito de propriedade.

2.3 OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA

A obrigação divide-se em simples e complexa. A obrigação simples é aquela que tem um credor, um devedor e um objeto. É o tipo mais comum de obrigação. Exemplo: compra e venda de um automóvel entre Alfredo e Bernardo.

Por sua vez, a obrigação complexa subdivide-se em subjetiva e objetiva. A obrigação complexa subjetiva possui pluralidade subjetiva em, ao menos, um dos polos da relação jurídica (credor ou devedor) e pode ser classificada em divisível, indivisível ou solidária. Apesar de a divisibilidade (ou indivisibilidade) referir-se à prestação (objeto) da obrigação, essa é uma classificação subjetiva da obrigação porque essa característica do objeto só gera repercussão jurídica quando há pluralidade em um dos polos da relação jurídica. Dada a sua riqueza de detalhes, analisaremos esta subclassificação (divisível, indivisível e solidária) em um tópico separado.

A obrigação complexa objetiva pode ser cumulativa (ou conjuntiva) ou alternativa (ou disjuntiva). Naquela, o devedor se compromete a cumprir uma e outra prestação.

Por outro lado, na obrigação complexa objetiva alternativa (ou disjuntiva), o devedor se compromete a cumprir uma ou outra prestação. Essa obrigação está regulamentada nos artigos 252 a 256 do Código Civil. Há um exemplo clássico trazido pela doutrina: o devedor se compromete a entregar um carro ou uma joia.

A obrigação pode ser alternativa por força de lei (como no caso dos artigos 442, 455, 500, § 2º, 1251, parágrafo único, 1273, 1701, todos do Código Civil) e pode envolver prestações de naturezas diferentes (dar e fazer, por exemplo).

Para que a obrigação seja alternativa, é preciso que a definição do objeto da obrigação decorra de fato superveniente. Assim, se, por exemplo, no contrato de compra e venda do selo X ou Y for determinado que a escolha recairá sobre o selo mais antigo a ser definido por perícia, não

há obrigação alternativa, pois o fato que define o objeto da obrigação é pretérito, apenas a aferição é posterior.

A simples possibilidade de cumprir a prestação em locais distintos não gera obrigação alternativa, já que remanesce apenas uma prestação a ser cumprida.

Da mesma maneira que a obrigação de dar coisa incerta, a obrigação alternativa é exemplo de obrigação com objeto indeterminado, mas determinável. A relativa indeterminação é transitória e cessa com a concentração. Também há, nesse caso, presunção relativa que a concentração cabe ao devedor. Com a concentração, a obrigação deixa de ser complexa objetiva e passa a ser simples ou apenas complexa subjetiva. Ademais, é pacífico o entendimento de que a concentração é presumidamente irretratável, com exceção do chamado *pactum de variatione*, que é uma cláusula de retratação da concentração.

A concentração legal (ou automática) é aplicável em duas situações: perda de uma das prestações sem culpa do devedor (art. 253 do Código Civil) e perda de uma das prestações com culpa do devedor, desde que a concentração caiba ao próprio devedor (hipótese prevista implicitamente no art. 254 do Código Civil).

No exemplo clássico acima descrito, se o devedor dá causa ao perecimento culposo do carro, há concentração automática da obrigação na joia. Se após a concentração, a joia perecer sem culpa do devedor, a tese legalista aponta que a única solução plausível é a resolução da obrigação, já que com a concentração, a obrigação alternativa se transformou em obrigação de dar coisa certa. Por outro lado, autores como ARNALDO RIZZARDO⁴ sustentam que o credor pode pleitear o equivalente mais perdas e danos da obrigação que pereceu por culpa do devedor (carro). Trata-se de solução em consonância com a boa-fé objetiva, mais precisamente a *tu quoque*.

O Código Civil determina que, se a escolha couber ao credor e uma prestação perecer por culpa do devedor, o credor pode exigir “a prestação subsistente ou o valor da outra, com perdas e danos” (art. 255, *ab initio*). Interpretando tal dispositivo, FLAVIO TARTUCE⁵ e

⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁵ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

ARNALDO RIZZARDO⁶ entendem que as perdas e danos são cabíveis, independentemente da prestação que o credor escolha.

Por outro lado, a doutrina majoritária, sustentada por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁷, CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁸ e GUSTAVO TEPEDINO⁹, defende que as perdas e danos só são cabíveis se o credor optar por receber o equivalente da prestação perecida. Se o credor optar pela prestação subsistente, não cabem perdas e danos, por vedação ao enriquecimento sem causa.

Se todas as prestações perecerem ao mesmo tempo por culpa do devedor na hipótese de escolha do credor, a concentração fica a cargo do credor, que pode escolher o equivalente de qualquer prestação, além das perdas e danos (art. 255, 2ª parte, do Código Civil). No exemplo clássico, seria o caso de o carro ser destruído com a joia dentro.

O Código Civil não prevê solução para o caso de todas as prestações perecerem ao mesmo tempo por culpa do devedor na hipótese de escolha do próprio devedor. Então, aplica-se, por analogia, o art. 255, 2ª parte, do Código Civil: cabe ao devedor a escolha da prestação a ser oferecida pelo equivalente, além das perdas e danos.

No caso de melhoramento de um dos bens entre o estabelecimento da obrigação e a concentração, se o credor escolher o bem valorizado, SILVIO DE SALVO VENOSA¹⁰ entende que o devedor faz jus ao aumento do preço, por aplicação analógica do art. 237 do Código Civil. Se o credor optar pelo bem valorizado, mas se recusar a pagar pela diferença, há configuração de *venire contra factum proprium*.

A hipótese de perecimento do bem por culpa do credor está prevista no Código Civil italiano, mas não no Código Civil brasileiro. Esse caso é muito raro na prática, já que normalmente os bens estão na posse do devedor. Nada obstante, hipoteticamente, há três possíveis casos. Em primeiro lugar, pode ocorrer a perda de uma prestação, cabendo a concentração ao devedor: o

⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. II.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Teoria Geral das Obrigações*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Forense, 2008. v. X.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

devedor pode optar pela resolução da obrigação ou pelo cumprimento da prestação remanescente, mais a exigência do equivalente da prestação perecida com perdas e danos. No exemplo clássico, se o credor der causa ao perecimento do carro, o devedor pode resolver a obrigação, permanecendo com a joia, ou entregar a joia e exigir o equivalente do carro mais perdas e danos.

Pode, ainda, ocorrer a perda de uma prestação, cabendo a concentração ao credor: o credor pode optar pela resolução da obrigação ou pela exigência da prestação remanescente, contanto que realize o pagamento do equivalente da prestação perecida. No exemplo clássico, se o credor der causa ao perecimento do carro, o devedor permanece com a joia (resolução da obrigação) ou cumpre a obrigação, entregando a joia, mas é indenizado pelo valor do carro. É importante salientar que essa é uma hipótese em que há culpa, mas não cabem perdas e danos. Se o devedor pudesse exigir a resolução da obrigação com perdas e danos, haveria um enriquecimento sem causa do devedor. Como a obrigação é alternativa, o devedor, de qualquer forma, ficaria sem um de seus bens.

Por fim, pode ocorrer a perda de todas as prestações: se a concentração cabia ao devedor, ele pode optar pelo equivalente de uma das duas prestações, mais perdas e danos. Se a concentração cabia ao credor, ele pode optar pelo pagamento pelo equivalente de uma das duas prestações, mais perdas e danos. O devedor tem direito a ser indenizado por uma das prestações, pois permaneceria, em condições normais, com um dos bens.

2.4 OBRIGAÇÃO FACULTATIVA

As obrigações facultativas não estão sistematizadas no Código Civil. Ao contrário da obrigação alternativa, na obrigação facultativa, só há uma prestação devida, porém as partes atribuem ao devedor a prerrogativa de se eximir do vínculo obrigacional cumprindo prestação diversa.

De acordo com o exemplo doutrinário clássico acima apresentado, se a obrigação fosse facultativa, o carro seria a prestação devida, mas o devedor teria a prerrogativa de se eximir da obrigação entregando a joia. Trata-se de direito potestativo do devedor. O cumprimento da prestação facultativa é inexigível pelo credor.

Se houver perecimento do carro sem culpa do devedor, ele não pode ser compelido a entregar a joia, podendo resolver a obrigação. Se houver perecimento do carro com culpa do devedor, o credor pode exigir o equivalente, mais perdas e danos, mas o devedor pode afastar essa pretensão entregando a joia.

Se houver perecimento da prestação facultativa (joia), o credor só pode exigir o cumprimento da prestação devida (carro). Nesse caso, o devedor apenas perde o direito potestativo de cumprir a prestação facultativa (joia).

Os artigos 1.234 e 1.382 do Código Civil representam exemplos legislativos de obrigação facultativa. Na restituição de coisa achada (art. 1.234 do Código Civil), a prestação devida é a recompensa, mas o dono da coisa pode se eximir da obrigação, abandonando o bem. Aquele que descobre o bem não pode exigir o abandono, mas apenas a recompensa. Já no direito real de servidão (art. 1.382 do Código Civil), quando as partes acordam que a obrigação de custear as obras necessárias ao direito real de servidão incumbe ao dono do prédio serviente, a prestação devida é o custeio das obras, mas o dono do prédio serviente pode se eximir da obrigação, abandonando o imóvel. O titular do prédio dominante só pode exigir o custeio das obras.

Apesar de trazido pela doutrina, o exemplo do art. 1.382 está desatualizado, porque o Código Civil de 2002 permite a recusa do titular do prédio dominante em relação ao abandono (art. 1.382, parágrafo único, do Código Civil), caso em que caberá ao titular do prédio serviente custear as obras. Essa possibilidade, ausente no Código Civil de 1916, desnatura a obrigação facultativa, pois não há mais direito potestativo do devedor.

A obrigação facultativa não se confunde com a dação em pagamento. A dação em pagamento resulta de acordo superveniente de vontades. Na obrigação facultativa, no momento da celebração do contrato, as partes já atribuem ao devedor a prerrogativa de cumprir prestação diversa.

3 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, as diversas modalidades de obrigações possuem diversas peculiaridades que merecem atenção redobrada do operador do direito, em razão da grande repercussão prática que possui no cotidiano jurídico.

Nada obstante o inesgotável desejo da doutrina moderna por rotular as espécies de obrigação, criando nomenclaturas inéditas constantemente, há aquelas que já se consolidaram na literatura e na jurisprudência, fornecendo todos os benefícios que a sistematização científica nos oferece.

A obrigação de fazer, de não fazer, alternativa e facultativa (utilizadas expressamente pelo Código Civil de 2002 para disciplinar a matéria), tratadas neste estudo, são bons exemplos de modalidades de obrigação consolidadas, em torno das quais há intenso debate e controvérsia jurídica, envolvendo assuntos afetos à sociedade contemporânea.

Longe de pretender esgotar a matéria, ainda em ebulição e desenvolvimento, o presente trabalho buscou apresentar os temas mais sensíveis e atuais, procurando expor os fundamentos que sustentam as posições atualmente dominantes, de maneira a capacitar o operador de direito a enfrentar as demais controvérsias que certamente surgirão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Teoria Geral das Obrigações*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. II.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Forense, 2008. v. X.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.