

DA EXECUÇÃO COATIVA E *IN NATURA* DA OBRIGAÇÃO DE FAZER

ON COATIVE AND SPECIFIC ADJUDICATION OF AFFIRMATIVE CONVENANT

DARCY BESSONE

Professor Catedrático de Direito Civil da Universidade Federal de Minas Gerais desde 1952 e Catedrático de Direito Comercial da Faculdade Nacional do Brasil.

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil

1) Sabe-se¹ que a execução das obrigações pode operar-se, do ponto de vista formal, voluntária ou coativamente e, do ponto de vista material, *in specie* ou pelo *id quod interest*.

A execução voluntária se faz na espécie prometida, salvo novo acordo de vontade das partes. A execução coativa se realiza *in natura* ou em equivalente.

Quanto às obrigações de dar, sempre se admitiu a execução forçada em forma específica ou direta. No tocante às obrigações de fazer ou não fazer, admite-se também a execução coativa, mas, invocando o princípio *nemo potest cogi ad factum*, pretendem muitos civilistas que as prerrogativas fundamentais da pessoa humana, particularmente a liberdade pessoal, ficariam afetadas se se forçassem a sua realização *in natura*. A composição dos interesses feridos pelo inadimplemento somente poderia ser obtida através da indenização de perdas e danos.

1. Publicado originalmente em: BESSONE, Darcy. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*, v. 7, p. 117-120, out. 1955. A pesquisa e a reprodução do texto são de responsabilidade de Isabela Maria Pereira Lopes, mestranda em Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (Universidade de São Paulo) e membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo.

Essa posição adquiriu prestígio, de tal modo que se tornou, sobretudo na prática do direito, corrente a afirmação de que a inexecução de obrigações de fazer ou de não fazer se resolve em perdas e danos.

O tema comporta, todavia, revisão.

2) Por um processo inadvertido de generalização, construiu-se uma técnica inexata de execução de tais obrigações, por meio do qual se estabeleceu que quem promete certa prestação, *quae in faciendo consistunt*, só a promete para o caso de execução voluntária, pois que, se tornar inadimplente o devedor, o fato deste a subrogaria em outra – o *in quod interest*. A generalização se originou da falsa suposição de que a execução coativa da obrigação de fazer, ou de não fazer, exige sempre o sacrifício de prerrogativas inalienáveis da pessoa humana. A proposição, entretanto, só é verdadeira em parte, porque há casos em que o órgão jurisdicional dispõe de meios para efetivar o *facere* prometido sem constranger pessoalmente o devedor.

Pothier já havia advertido que a afirmação clássica somente merece observância em relação às obrigações de *faits extérieurs et corporels*, como, por exemplo, a de copiar cadernos (*Traité Du contrat de vente*, vol I, n. 479).

Observou Chiovenda que, a fim de assegurar a atuação concreta da norma abstrata, o Estado se utiliza de todos os meios praticamente possíveis. Mas, dada a natural tendência de expansão na utilização de tais meios, torna-se necessário opor-lhe certos limites de direito e de fato. Os primeiros dizem respeito aos meios executivos, enquanto que os últimos têm em vista, inclusive, a infungibilidade da prestação. Não se considera infungível, porém, a prestação quando possa realizar “*mediante una attività diversa da quella dell’obbligato*” (In *Rivista Del Diritto Commerciale*, vol. IX, parte I, p. 96).

Por vias diversas, o civilista francês e o processualista italiano chegam a idêntico resultado. Ambos admitem a execução específica e coativa quando, não sendo infungível a prestação, ela possa ser satisfeita *in natura* sob a pressão do órgão jurisdicional, mas sem a coação à pessoa do devedor. Se, por exemplo, a obrigação é de fazer um plantio, em determinada época, a atividade do inadimplemento pode ser substituída pela de outra pessoa, às suas expensas. Se é de cantar em certa recita, não pode o devedor ser coagido ao cumprimento da obrigação.

3) Quando convencional determinada prestação, as partes a querem em espécie, não em subrogado. A forma específica constitui, então, a execução normal e ideal.

De Page lúcidamente assinala que êsse princípio, irrecusável em matéria de execução voluntária, não sofre modificação na execução forçada, pois que o inadimplemento do devedor não pode determinar a modificação do direito do

credor, que, nas duas formas de execução, conserva a natureza primitiva. O credor exerce, tanto na execução voluntária como na coativa, o seu direito tal como sempre foi (Traité Élémentaire de Droit Civil Belge, vol. III, n. 94).

Em réplica a Brinz, Degenkolb ofereceu contribuição igualmente relevante para a elucidação do tema. Considerou que o direito não pode admitir a legitimidade de certa prestação e negar ao credor ação para reclamá-la *in natura*. Se a reputa legítima, o direito concede ação ao credor para exigí-la tal como prometida e sem se preocupar, inicialmente, com a questão da possibilidade de forçar-se o devedor a cumprir especificamente a obrigação assumida. Essa questão é exterior e acidental em relação à da existência da ação. Na hipótese de ocorrer tal impossibilidade, surge, como segunda solução (como surgiria quando se impossibilitasse o cumprimento *in specie* de obrigação de dar) a do ressarcimento. Mas, o objeto da ação, sem embargo de subrogação eventual, é sempre a própria prestação prometida (Apud Leonardo Coviello – Contratto, preliminar, n. 51).

4) As altas lições citadas abonam as conclusões que:

a) ao credor cabe ação para reclamar a própria prestação prometida, consista ela num dar, um fazer ou um não fazer;

b) só quando se positivar a impossibilidade da execução *in natura* da obrigação (voluntária ou forçada), ocorrerá, como segunda solução, a do *id quod interest*.

5) As conclusões formuladas tornam certo que:

a) o devedor não conseguirá colocar em mora o credor oferecendo-lhe a importância da indenização, não a prestação *in specie*;

b) o credor não poderá, contra a vontade do devedor, preferir a indenização à prestação prometida.

6) Giorgi entende que as aquisições científicas relativas a execução direta e coativa das obrigações de fazer e de não fazer tornaram sem interesse a clássica tripartição, que, ao lado desses dois tipos de obrigações situa a de dar. No seu douto parecer, o único interesse do triptico residiria na diversificação das formas de execução da prestação prometida. Identificadas, tal interesse desaparecida (Teoria de las obligaciones, vol. I, n. 231).

Ao tema em estudo não interessa a indagação sobre a exatidão da consequência que o notável jurista extrai da tese de que certas obrigações de fazer comportam execução coativa *in natura*. Não é necessário, pois, apurar se a estrutura dos tres tipos de obrigações determina outros efeitos, porventura suficientes para a justificação da tripartição clássica.

7) No Brasil, Filadelfo de Azevedo (Revista de Crítica Judiciária, vol. X, p. 601), Carvalho dos Santos (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XV,

p.132), Orozimbo Nonato (Revista Forense, 130/85) e outros têm afirmado que a obrigação de fazer comporta, em tese, execução coativa *in natura*, a excluir-se somente quando se torne necessário violentar a liberdade física do devedor.

8) No tocante à promessa de contratar, típica obrigação de fazer, os ordenamentos jurídicos vão consagrando a execução específica quando art. 894²; Regulamento Executivo austríaco §367; Código Civil Italiano, inadimplente o devedor (Cfr. Ordenamento processual alemão – ZPO – art. 2.932³; CPC brasileiro, art. 1.006⁴).

9) As presentes considerações conduzem à conclusão de que a obrigação de fazer, ou de não fazer, não é necessariamente alternativa, de tal modo que o devedor possa optar entre executá-la voluntariamente *in specie* ou, tornando-se

2. §894 - Ficção da apresentação de uma declaração de intenções - Se o devedor for condenado a fazer uma declaração de intenção, a declaração será considerada entregue assim que a sentença se tornar definitiva. Se a declaração de intenções for dependente de uma consideração, este efeito entrará em vigor assim que uma cópia executável da decisão final tiver sido emitida de acordo com as disposições das §§726,730. (Zivilprozessordnung, 1877)
3. Art. 2.932 -Execução específica da obrigação de concluir um contrato - Se a pessoa obrigada a celebrar um contrato não cumprir sua obrigação, a outra parte, desde que possível e não excluída do título, pode obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato não concluso. Caso o contrato tenha por objeto a transferência da propriedade de determinada coisa, ou a constituição ou transferência de outro direito, o pedido não será aceito se a parte requerente não executou ou serviço ou não a ofereceu nos termos da lei, a menos que a sua prestação ainda não seja exigível. (Codice Civile, 1942).
4. Art. 1.006. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, será esta havida por enunciada logo que a sentença de condenação passe em julgado. § 1º Os efeitos da declaração de vontade que dependa do cumprimento de contraprestação ficarão em suspenso até o cumprimento desta. § 2º Nas promessas de contratar, o juiz assinará prazo ao devedor para executar a obrigação desde que o contrato preliminar preencha as condições de validade do definitivo. (Lei nº: 1.608/1939 - Código de Processo Civil Brasileiro de 1939). A Lei 11.232/2005 inseriu os artigos 466-A, 466-B e 466-C na Lei 5.869/1973(CPC/73), os quais tinham a seguinte redação: Art. 466-A. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida. Art. 466-B. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado. Art. 466-C. Tratando-se de contrato que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte que a intentou não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível. Na Lei 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil atualmente em vigor, a matéria foi objeto do artigo 501, assim redigido: Art. 501. Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.

voluntariamente inadimplente, substitui-la pelo *id quod interest*, obtido em execução coativa.

A prestação devida, tanto na execução voluntária como na forçada, é sempre a mesma. A sua natureza não é afetada pela forma de execução.

Só a impossibilidade de obtê-la sem violência à liberdade pessoal do devedor é que poderia determinar a sua subrogação na indenização de obrigações de fazer (arts. 879⁵ e 880⁶).

Note-se, porém, que também a impossibilidade de execução *in natura* da obrigação de dar conduz, salvo quando sem culpa o devedor, ao ressarcimento (arts. 865⁷, 867⁸, 870⁹, 871¹⁰, do C.C.).

5. Art. 879. Se a prestação do fato se impossibilitar sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa do devedor, responderá este pelas perdas e danos. (Lei nº 3.071/1916 - Código Civil Brasileiro 1916). Este dispositivo corresponde ao artigo 248 do Código Civil de 2002: Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos. (Lei nº 10.406/2002 - Código Civil Brasileiro de 2002).
6. Art. 880. Incorre também na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor, que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível. (Lei nº 3.071/1916 - Código Civil Brasileiro 1916) Este dispositivo corresponde ao artigo 247 do Código Civil de 2002: Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível (Lei nº 10.406/2002 - Código Civil Brasileiro de 2002).
7. Art. 865. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes. Se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais as perdas e danos. (Lei nº 3.071/1916 - Código Civil Brasileiro 1916), correspondente ao artigo 234 do Código Civil em vigor: Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos (Lei nº 10.406/2002 - Código Civil Brasileiro de 2002).
8. Art. 867. Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos. (Lei nº 3.071/1916 - Código Civil Brasileiro 1916), correspondente ao artigo 236 do Código Civil de 2002: Art. 236. Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos (Lei nº 10.406/2002 - Código Civil Brasileiro de 2002).
9. Art. 870. Se a coisa se perder por culpa do devedor, vigorará o disposto no art. 865, 2ª Parte. (Lei nº 3.071/1916 - Código Civil Brasileiro 1916), que corresponde ao artigo 239 do Código Civil em vigor: Art. 239. Se a coisa se perder por culpa do devedor,

Então, o *id quod interest* substitue a execução direta da obrigação, em geral, quando esta se impossibilita. Só a impossibilidade da prestação devida autoriza o sucedâneo, quer a obrigação seja de fazer ou não fazer, quer seja de dar.

Resulta do exposto que o que obedece a critérios diferentes, sensíveis à estrutura e à função de cada um dos três tipos de obrigação, é a caracterização da impossibilidade.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A execução forçada no processo civil, de Humberto Theodoro Júnior – *RePro* 46/152-164 e *Doutrinas Essenciais de Processo Civil* 8/173-189 (DTR\1987\58); e
- Problemas atuais da execução forçada, de Giuseppe Tarzia – *RePro* 90/68-84 (DTR\1998\206).

responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos (Lei nº 10.406/2002 – Código Civil Brasileiro de 2002).

10. Art. 871. Se a coisa restituível se deteriorar sem culpa do devedor, recebê-la-á, tal qual se ache, o credor, sem direito a indenização; se por culpa do devedor, observar-se-á o disposto no art. 867. (Lei nº 3.071/1916 – Código Civil Brasileiro 1916), cujo correspondente no atual Código Civil é o artigo 240: Art. 240. Se a coisa restituível se deteriorar sem culpa do devedor, recebê-la-á o credor, tal qual se ache, sem direito a indenização; se por culpa do devedor, observar-se-á o disposto no art. 239 (Lei nº:10.406/2002 – Código Civil Brasileiro de 2002).