

**INSPER**  
**LL.M EM DIREITO DOS CONTRATOS**

**MARCOS FELIPE DE ALBUQUERQUE OLIVEIRA**

***A Disciplina das Obrigações Fungíveis no Direito Brasileiro: participação de terceiros e autotutela como instrumentos de efetivação do programa obrigacional***

**SÃO PAULO**

**2016**

**MARCOS FELIPE DE ALBUQUERQUE OLIVEIRA**

***A Disciplina das Obrigações Fungíveis no Direito Brasileiro: participação de terceiros e autotutela como instrumentos de efetivação do programa obrigacional***

Trabalho de Conclusão de Curso (artigo) apresentado para aprovação na disciplina Monografia II do Curso de especialização (LL.M) em Direitos dos Contratos pelo Insper Instituto de Ensino e Pesquisa.

Orientador: Rodrigo Fernandes Rebouças

**SÃO PAULO**

2016

OLIVEIRA, Marcos Felipe de A.

A Disciplina das Obrigações Fungíveis no Direito Brasileiro: participação de terceiros e autotutela como instrumentos de efetivação do programa contratual. Marcos Felipe de Albuquerque Oliveira – São Paulo, 2016.

Trabalho de Conclusão de Curso (LL.M) – Insper, 2016.

Orientador: Rodrigo Rebouças

1. Direito Civil. 2. Direito das Obrigações. 3. Teoria Geral das Obrigações. 4. Obrigações Fungíveis. II. A participação de terceiros e a autotutela civil como caminhos para efetivação das obrigações fungíveis

*Para Milena e Maria, fontes de sossego e  
motivos de perseverança. Para meus  
pais, minha base.*

## RESUMO

A evolução da compreensão do conceito de obrigação tem levado a um reposicionamento da posição jurídica detida pelas partes da relação obrigacional. Nesse caminho, ainda que se admita o sentido estrito, de concepção moderna e ultrapassada, para o qual a obrigação é uma relação simples de direito de exigir e dever de prestar, já se entende que a obrigação é um processo dotado de complexidade, que caminha ao longo do tempo, e que gera nesse iter uma série de implicações relacionais que, em verdade, definem sua estrutura e afetam seu funcionamento. O polo atrativo do adimplemento, portanto, se vê condicionar por deveres anexos e secundários, decorrentes da boa fé objetiva, e que chegam a se equiparar com o próprio direito do credor, não raro impedindo que se lho exerça em razão de condutas não cooperativas. O presente trabalho tem por objetivo, através da análise da estrutura e interpretação do artigo 249 do Código Civil e de seu parágrafo único, reafirmar a supremacia do interesse do credor por meio do instrumento de direito material relativo às obrigações fungíveis. A análise procurará analisar como o regramento da execução da obrigação fungível por terceiros ou pelo próprio credor fortifica a posição de supremacia do interesse do credor, qualificado por sua função social, tendente á conservação do negócio e da vontade objetiva das partes, ao celebrarem um contrato que deu origem à obrigação de fazer.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	P. 6
1. O adimplemento como polo de atração para efetivação do direito à prestação/tutela específica do contrato.....	P. 12
1.1 Obrigação, processo obrigacional e complexidade.....	P. 12
1.2 Interesse contratual positivo: a busca pelo adimplemento e a função social e econômica .....	P. 19
2. As obrigações de fazer <i>fungíveis</i> no quadro do Direito das Obrigações .....	P. 24

2.1	Obrigações de dar e fazer – distinção .....	
	<i>P. 24</i>	
2.2	Obrigações de fazer fungíveis e infungíveis .....	
	<i>P. 27</i>	
3.	A disciplina das obrigações de fazer no Código Civil e no Novo Código de Processo Civil.....	<i>P. 30</i>
3.1	Panorama do artigo 249 e parágrafo único do CC/2002: adimplemento pelo credor ou por terceiro com e sem autorização judicial (autotutela).....	<i>P. 31</i>
3.1.1	Lógica da substituição do devedor por um terceiro ou pelo credor <i>P. 31</i>	
3.1.2	A substituição mediante autorização judicial.....	<i>P. 32</i>
3.1.3	Custeio da substituição do devedor e cumulação da indenização <i>P. 38</i>	
3.2	O tratamento da matéria no Novo Código de Processo Civil.....	<i>P. 39</i>
4.	Pesquisa de Jurisprudência.....	<i>P. 43</i>
5.	Conclusão.....	<i>P. 50</i>
	<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<i>P. 56</i>

## **Introdução**

A intensa judicialização dos mais diversos problemas relacionados ao descumprimento, ou a simples questionamentos, de obrigações contratuais, sobretudo no âmbito das relações empresariais, continua a lançar sérias preocupações sobre a *qualidade da liberdade* assegurada pela sociedade para o exercício regular e lucrativo das atividades comerciais. Se temos um Poder Judiciário incapacitado – pelo volume de ações propostas a cada ano e pela insuficiente ou ineficiente estrutura judiciária – para responder à sociedade com celeridade, temos de outra parte uma sociedade mais propensa ao embate que à composição, o que reflete inclusive na predisposição dos advogados em fechar contratos que têm por objeto o ajuizamento de ações, ao invés do empenho em soluções negociadas. Embora em crescimento, são tímidos os passos dados pelos meios alternativos de solução de controvérsia, ao passo que continua muitíssimo atraente investir em processos que resultem em valiosas quantias fixadas a título de astreintes, em fartos bloqueios judiciais, de dinheiro ou valiosos bens, ou mesmo reduzir todos os problemas a quocientes indenizatórios, sempre bem remunerados por correções e juros.

A atividade econômica empresarial se faz representar pelo funcionamento de um complexo emaranhado de relações contratuais, construído pelos agentes econômicos<sup>1</sup>. Correto é pensar, portanto, que a saúde de determinado mercado pode ser medida pelo nível de segurança nas relações comerciais, é dizer, no quanto as relações são negociadas, criadas, vividas e concluídas com um nível razoável de previsibilidade e segurança. Uma resposta jurisdicional para um problema comercial é antes uma variável acessória à saúde do mercado, o que torna preocupante o papel negativo, às vezes negativos demais, que o exercício do direito de ação e o judiciário desempenham na economia.

O presente trabalho, fruto de reflexões e pesquisas realizadas ao longo do curso de especialização em Direito dos Contratos, não debaterá causas ou consequências da intensa judicialização de problemas contratuais. O que se pretende é, a partir dessa dada realidade, estudar um mecanismo simples, tradicionalmente previsto pelo artigo 249 do Código Civil e instrumentalizado pelos artigos 816 e seguintes do CPC/2015,

---

<sup>1</sup> FORGIONI, Paula A. *Op. Cit.*, 2015. Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação, p. 26.

que possibilita abreviar uma solução para o impasse de não ter o devedor cumprido a obrigação de fazer, que é a possibilidade de o credor solicitar que um terceiro cumpra a obrigação que o devedor não cumpriu, ou mesmo de ele, o próprio credor, cumprir a obrigação. O objetivo do presente trabalho é, pois, estudar como a confluência dessas hipóteses de *participação de terceiros* e *autotutela civil* pode representar uma valorização do fim a que todo o contrato visa, que é a satisfação do interesse do credor pelo adimplemento do contrato, e nesse sentido servir como estímulo a que mais obrigações sejam adimplidas e menos sejam convertidas no equivalente por perdas e danos.

Para trazer o *adimplemento* para a linha de frente, parece ser necessário ir além do estudo do conceito estrito de obrigação, ou mesmo das suas espécies (obrigação de fazer, não fazer ou dar, obrigação fungível e infungível etc.), e revisitar as discussões sobre a obrigação do ponto de vista da *complexidade*, ou, como tradicionalmente sedimentado na doutrina brasileira a partir da referencial monografia de Clóvis V. do Couto e Silva, entender a obrigação como *processo*<sup>2</sup>. Naturalmente, não é tarefa do presente trabalho se deter nas fases do processo obrigacional ou mesmo nas consequências jurídicas decorrentes da aplicação do princípio da boa fé objetiva nas suas variadas formas de manifestação<sup>3</sup>. Pretendemos trazer da ideia de processo obrigacional, a partir da *separação dos planos* e do adimplemento como atrativo finalístico que *polariza* a relação obrigacional, premissas que, cremos, nos permitirão dar ênfase ao adimplemento como estímulo para uma maior proteção do interesse do credor, dando-lhe a supremacia que acreditamos deva ser melhor divulgada, exatamente no mento em que percebemos um realce sobremaneira intenso aos deveres secundários e laterais decorrentes do princípio da boa fé objetiva.

Ao lado dessa tentativa de defender a supremacia do adimplemento frente aos demais deveres componentes da relação obrigacional, o trabalho também buscará apoio na distinção entre interesse contratual positivo e interesse contratual negativo

---

<sup>2</sup> SILVA, Clóvis V. do Couto. São Paulo: João Bushatsky, 1976, *Op. Cit.* Para o autor, o estudo da obrigação como processo busca “salientar os aspectos dinâmicos que o conceito de dever revela, examinando-se a relação obrigacional como algo que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação do credor”. *Op. Cit.*, p. 5.

<sup>3</sup> Para um detalhamento de grande envergadura sobre a aplicação do princípio da boa-fé, confira-se o A boa-Fé no Direito Privado – critérios para a sua aplicação”, de Judith MARTINS-COSTA (São Paulo: Marcial Pons, 2015), que serviu de fonte de consulta para o presente trabalho.



para que o adimplemento também ganhe relevo frente às outras possibilidades de solução forçada da lide obrigacional. Esse tema, que no direito brasileiro é tratado de forma lateral e não raro superficial, possui uma detalhada análise na obra de Paulo Mota PINTO<sup>4</sup>. Contudo, mais do que discutir a preferência por caminhos processuais possíveis face à eventual resolução do contrato pelo inadimplemento (CC/2002, art. 475), e portanto sendo desnecessário descer aos detalhes da doutrina nesse particular, será incontornável visitá-la, ainda que pontualmente, para identificar o valor do interesse positivo no controle da *pauta* do processo obrigacional, de modo a dar força à preferência ao adimplemento em face da possibilidade de reduzir a busca pela prestação ao mero ressarcimento ou à mera indenização pelo equivalente, ou ainda por perdas e danos. Continuam atuais, a esse respeito, as lições de PONTES DE MIRANDA, para quem “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.”<sup>5</sup> (Pontes, p. 151-152)

Para acessar o mecanismo do art. 249 e parágrafo único do Código Civil, foi necessário igualmente conhecer com atenção, ainda que de maneira sucinta, a estruturação da obrigação de fazer fungível com apoio na teoria da separação dos planos e da unidade funcional, de modo a dar um viés estrutural e processual à análise dos fundamentos e consequências que cercam as disciplinas material e processual da execução da obrigação de fazer fungível. Analisando também as normas processuais aplicáveis à hipótese de execução por mão própria ou por terceiro quando ausente a urgência, pretendemos contextualizar no direito material – sobretudo na noção de obrigação enquanto conceito complexo, para o qual o adimplemento é o norte – a disciplina trazida pelo Novo Código de Processo Civil, que bem recentemente entrou em vigor.

Com o Código Civil de 2002, em superação à “autonomia privada” simplesmente ligada à liberdade humana, temos hoje um direito obrigacional firmado na “autonomia privada solidária”, adequando o Direito Civil à ordem constitucional, e sob a já

---

<sup>4</sup> PINTO, Paulo Mota, Interesse contratual negativo e interesse contratual negativo. Coimbra: ed. coimbra, 2008. 2 volumes.

<sup>5</sup> PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Tomo XX, p. 151-152.

incontornável ingerência da tutela da confiança e do princípio da boa fé inegável em vista do adimplemento<sup>6</sup>. Tais pressupostos foram suficientes a dar segurança à sociedade para receber, na redação do Novo Código de Processo Civil, uma disciplina mais precisa sobre a possibilidade de substituir o devedor no cumprimento das obrigações de fazer fungíveis, esclarecendo-se de maneira indubitosa a possibilidade de ser a jurisdição afastada para que o próprio credor execute a prestação, por sua própria mão ou por terceiro. Como bem disse Flávio TARTUCE, a medida prevista no parágrafo único do art. 249 do Código Civil, que será estudada no presente trabalho, “está na linha principiológica adotada pelo Novo CPC, que é de desjudicialização das contendas de disputas”, linha essa que necessariamente ser compatibilizada com a boa fé objetiva e, mais precisamente no caso do exercício das próprias razões, com o controle exercido pelo artigo 187 do Código Civil<sup>7</sup>.

No capítulo 1, trataremos do adimplemento como polo de atração para efetivação do direito à prestação/tutela específica do contrato. A intenção é repisar o caminho que a compreensão do conceito de obrigação passou até chegar, hoje em dia, sobretudo após a estruturação empreendida por Karl Larenz, à noção de obrigação como *estrutura* complexa, ou de obrigação como *processo*. Nesse ponto, será importante estabelecer a fundamentação teórica do trabalho a partir da doutrina da obrigação como processo tal como compreendida no direito brasileiro a partir da fundamental obra *A obrigação como processo*, de Clóvis Veríssimo do Couto e SILVA. Ainda neste capítulo, faremos uma breve incursão sobre as noções de interesse contratual negativo e positivo, a fim de consolidar a busca do adimplemento como um elemento vivo dentro do processo obrigacional, que é capaz até mesmo de condicionar as regras de ressarcimento no caso de inadimplemento.

O capítulo 2 será reservado ao estudo do tratamento que a doutrina civilista dá às obrigações de fazer fungíveis no quadro do Direito das Obrigações, sendo relevante a aplicação da teoria da separação dos planos para fins de distinguir entre as obrigações de dar e fazer, permitindo uma compreensão mais precisa do conteúdo da

---

<sup>6</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O adimplemento e o inadimplemento das obrigações no novo Código Civil e o seu sentido ético e solidarista. *In* FRANCIULLI NETO, Domingos. MENDES, Gilmar Ferreira.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coordenadores). O Novo Código Civil – Homenagem ao Prof. Miguel Reale.. 2ª Ed, São Paulo: LTr, 2005, p. 351-379

<sup>7</sup> TARTUCE, Flávio. O novo CPC e o Direito Civil – Impactos, diálogos e interações. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 230.

prestação, ou seja, do objeto que atenderá o interesse do credor. Ainda nesse capítulo tentaremos desenhar os contornos teóricos, a partir da doutrina civilista brasileira, que definem as obrigações de fazer fungíveis e infungíveis, para o que será decisivo a compreensão da função que o caráter *intuitu personae* pode adquirir dentro de uma relação obrigacional. Afinal, a *personalidade* da prestação é que permite seja o devedor substituído quando incorrer em mora ou quando se recusar a fazer aquilo a que se obrigou. Como ver-se-á, mais do que na capacidade do credor, é no interesse das partes resultante na conclusão do contrato e no nascimento da obrigação que se deve perquirir se a personalidade é de fato determinante para autorizar ou não a invocação do art. 249 do Código Civil, ou mesmo permitir, no caso de urgência, que proceda o credor por mão própria.

Logo na sequência o capítulo 3 tratará o panorama do artigo 249 e parágrafo único do CC/2002, investigando a conformação do adimplemento, da satisfação da obrigação, por meio de terceiro ou pelo próprio credor, com ou sem autorização judicial. E para entender a lógica do afastamento do devedor, substituindo-o pelo credor ou por terceiro, pressupõe-se que se reconheça a supremacia do interesse do credor, a proteção que a sociedade reservou ao direito à prestação, dando-lhe garantias jurídicas para que seja levada a efeito. O item 3.1.2 tratará da substituição por meio de autorização judicial, disciplinada no caput do art. 249 do Código Civil, enquanto que o item 3.1.3 se concentrará na hipótese de autotutela propriamente dita, prevista no parágrafo único do mesmo dispositivo, como uma manifestação rara da “justiça com as próprias mãos”, absolutamente reprimida pelo ordenamento jurídico e só muito excepcionalmente permitida, mantendo-se controle rigoroso sobre seu uso. Nesse particular, é fundamental definir os contornos do termo “urgência, verificando qual o conteúdo que melhor se coaduna com a aplicação mais eficiente do dispositivo.

Ainda no capítulo 3, no item 3.2, serão abordados os mecanismos processuais que viabilizam o pedido de autorização para que o credor proceda com a prestação, por si ou através de terceiros. Isso para que perquiramos a compatibilidade entre a disciplina do direito material prevista no art. 249 do Código Civil, com os instrumentos processuais que o viabilizam.

No capítulo 4, será procedida uma breve pesquisa de jurisprudência que tentará apenas acrescentar ao trabalho um levantamento casuístico das soluções práticas

adotadas em casos anteriores. Seguirá, por fim, o capítulo 5, que de forma tão resumida quanto possível revisitará os temas que o trabalho foi capaz de enfrentar, e não abrirá mão de apresentar conclusões e reflexões sobre os institutos estudados, quiçá contribuindo para amadurecer soluções não apenas no campo do contencioso obrigacional ou contratual, mas também na interpretação dos negócios a partir da estrutura da obrigação nele constituída.

Com esse percurso e essas premissas, pretende o autor defender que o art. 249 e seu parágrafo único tanto patrocinam uma simplificação procedimental para os tão comuns impasses que envolvem a mora ou o inadimplemento das obrigações de fazer, como, se corretamente compreendidos e aplicados, contribuem para uma melhor coesão entre o ordenamento civil e processual civil, compatibilizando a importância do interesse do credor socialmente protegido e do adimplemento sob os influxos da boa fé objetiva, enfim sedimentados pela nova arquitetura do Direito das Obrigações construída pelo Código Civil de 2002, com a os movimentos de desjudicialização e de criação de instrumentos processuais céleres e eficazes, com o máximo de adequação ao direito tutelado, como o fez o Novo Código de Processo Civil. O que não exclui a possibilidade de melhorar a redação do art. 816 do Código de Processo Civil, para dar uma maior fluidez e celeridade à solução do negócio que não esteja caracterizado pela urgência.

## **1. O adimplemento como polo de atração para efetivação do direito à prestação/tutela específica do contrato.**

### **1.1 Obrigação, processo obrigacional e complexidade**

#### **1.2**

O termo *obrigação*, genericamente tomado, possui mais de um sentido possível mesmo no campo jurídico. Segundo João de Matos Antunes VARELA<sup>8</sup>, obrigação pode, num sentido mais amplo, significar um *dever jurídico*, como imposição de um

---

<sup>8</sup> Também em referência ao direito português, Luis Manoel Teles de Menezes Leitão cita as noções de *sujeição*, *ônus* e *dever jurídico genérico*, para lecionar que “o que caracteriza a obrigação em relação a estas figuras é a circunstância de determinada pessoa se encontrar adstrita a realizar uma específica conduta, positiva ou negativa, no interesse de outra, também determinada ou determinável. Essa conduta é designada por prestação”. LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2008. P. 15.

determinado comportamento pelo direito objetivo, uma ordem ou comando dirigida à inteligência e à vontade de indivíduos, comumente aparelhada pela cominação de meios coercitivos<sup>9</sup>. Tem ainda o sentido de *estado de sujeição* contraposto aos direitos potestativos<sup>10</sup>, consistente na “situação inelutável de uma pessoa ter de suportar na sua própria esfera jurídica a modificação a que tende o exercício do poder conferido a uma outra pessoa”. Também como *ônus jurídico* pode ser tomado o vocábulo obrigação, adquirindo aqui o sentido de uma exigência da prática de um ato para que produza o efeito visado<sup>11</sup>. Ou pode ainda o termo *obrigação* significar *direitos-deveres*, no sentido de *poderes funcionais* atribuídos a determinada pessoa, não no interesse apenas do titular, mas de outra ou outras pessoas, e que só podem ser exercidos no limite da função social a que está vinculado<sup>12</sup>.

A obrigação, com o significado próprio que o direito civil atual tem lhe emprestado, tem um sentido mais técnico e restrito do que as acepções anteriores, consistindo, segundo VARELA, na “relação jurídica em virtude da qual uma (ou mais) pessoa pode exigir de outra (ou outras) a realização de uma prestação.”<sup>13</sup> Também para PONTES DE MIRANDA, “em sentido estrito, obrigação é a relação jurídica entre duas (ou mais) pessoas, de que decorre a uma delas, ao *debitor*, o a algumas, poder ser exigida, pela outra, *creditor*, ou outras, uma prestação.”<sup>14</sup> A figura central que a

---

<sup>9</sup> Explica o autor: “O dever tutelado pela sanção pode ser ditado no interesse da colectividade ou do Estado, de uma generalidade de pessoas, ou de pessoas determinadas. Quando a ordem jurídica confere às pessoas em cujo interesse o dever é instituído o poder de disporem dos meios coercitivos que o protegem – quando, por outros termos, o funcionamento da tutela do interesse depende da vontade do titular deste – diz-se que ao dever corresponde um direito subjectivo. O direito subjectivo é o poder conferido pela ordem jurídica a certa pessoa de exigir determinado comportamento de outrem, como meio de satisfação de um interesse próprio ou alheio. (...) Ao dever jurídico podem contrapor-se, do lado activo da relação, não só os direitos públicos (haja vista os antigos deveres militares, os deveres sancionados pelo direito penal, os encargos fiscais, as prestações aduaneiras, os deveres de ordem constitucional e administrativa, etc.), mas ainda, no âmbito restrito do direito privado, tanto os direitos de crédito como os direitos reais, os direitos de personalidade, os direitos conjugais, os direitos de pais e filhos.” In VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral. Vol. 1. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 51-54.

<sup>10</sup> Ensina VARELA: “Assim, ao poder que tem o mandante de revogar livremente o mandato ou ao poder que tem o inquilino de denunciar livremente o arrendamento no termo do prazo contratual não corresponde nenhum dever especial por parte do mandatário ou do senhorio.” Idem, ibidem. P. 55.

<sup>11</sup> Exemplifica o mesmo autor: “Se alguém, adquire uma coisa imóvel, pretender que a aquisição se imponha a terceiros, tem de inscrevê-la nos livros do registro predial. Idem Ibidem. P. 57.

<sup>12</sup> Diz VARELA: “É o caso típico dos deveres recíprocos dos cônjuges, do poder paternal, da tutela, da curatela e outros institutos análogos e foi, durante muito tempo, o caso do chamado poder marital.” Idem, P. 61

<sup>13</sup> Idem, ibidem. P. 62.

<sup>14</sup> PONTES DE MIRANDA, Tratado, Tomo XX, p. 59-60.

*prestação* e o interesse do credor em que ela seja satisfeita desempenham nessa conceituação estrita e elementar do vínculo obrigacional já há tempo levou a doutrina a reconhecer que na obrigação há mais do que um simples quadro de sujeição do devedor ao interesse do credor sob pena de excussão patrimonial.

Desponta, inicialmente, a importância da noção de *situações jurídicas* como categoria conceitual capaz de expandir a noção de relação jurídica e de direito subjetivo, de modo a abarcar a variedade das implicações e consequências jurídicas que a atividade humana gera<sup>15</sup>. Conceituadas por Francisco AMARAL como “o conjunto de direitos ou de deveres que se atribuem a determinados sujeitos, em virtude das circunstâncias em que eles se encontram ou das atividades que eles exercem”<sup>16</sup>, as *situações jurídicas* se revelam como uma categoria ou classe mais abrangente, que abarca consequências de fatos jurídicos, atos jurídicos e manifestações de poder e dever decorrentes da relação jurídica, como o direito subjetivo, o dever. As duas principais espécies de *situações jurídicas* registradas pela doutrina são as *objetivas*, que resultariam da norma que as criou, com caracteres de generalidade e permanência (v. g., cônjuge, pai) e predominância da situação de dever, e as *subjetivas*, consequentes ao exercício da autonomia privada, da exteriorização da vontade, amoldando-se, portanto, ao interesse do agente e da relação em que foi gerada, predominando, conseqüentemente, a criação de direitos.

A noção de *situação jurídica*, portanto, leva a uma compreensão mais abrangente do próprio conceito de relação jurídica, propriamente funcional, permitindo a leitura de que se trata, a relação jurídica, de uma síntese das situações jurídicas correlatas<sup>16</sup>.

Essa compreensão mais abrangente da relação jurídica conecta-se com o sentido que o estudo do conceito de obrigação adquiriu ao longo da história. Nesse trajeto, tem lugar relevante a abordagem de Karl LARENZ, que consolidou de forma estruturada o entendimento do vínculo obrigacional não apenas na relação créditoprestação, mas como uma *estrutura* ou *processo*<sup>17</sup>. Menezes LEITÃO explica

---

<sup>15</sup> AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 236 <sup>16</sup>

Idem, p. 236.

<sup>16</sup> Idem, p. 236, com apoio na doutrina de C. Massimo BIANCA, *Diritto civili*, 1978, VI, p. 10.

<sup>17</sup> O presente trabalho não se deterá na análise minuciosa da obra *Derecho de Obligaciones* do mencionado autor; basta-nos visitar a assimilação dessa teoria por meio dos autores que comentam o tema.

que, em LARENZ, a obrigação traduz-se numa “relação jurídica global”, um conjunto não só de deveres de prestação e de conduta, mas de direitos potestativos e situações de sujeição<sup>18</sup>: um conjunto de implicações e efeitos juridicamente relevantes e disciplinados que teriam no interesse do credor a ser satisfeito o vetor da relação. Seria uma “realidade de situações complexas”, uma “estrutura de relações jurídicas”<sup>20</sup>. Segundo o mesmo Menezes LEITÃO, Larenz estrutura também a perspectiva temporal ou processual da relação obrigacional, apresentando-a como uma “estrutura temporal” que se projeta no tempo até a consecução do objetivo final, que é a satisfação do interesse do credor através da prestação<sup>21</sup>.

Dentro desse quadro em que se expande a compreensão da obrigação, ou melhor, em que se *complexifica* a aceção da relação jurídica obrigacional, também se reconhece que a evolução do vínculo obrigacional pode ser repartida em fases, o que permite identificar a existência de deveres secundários e acessórios à obrigação principal. Para Antunes VARELA, essa *complexidade* “reflecte-se no vínculo obrigacional em geral e traduz-se na série de deveres secundários e de deveres acessórios de conduta que gravitam as mais das vezes em torno do dever principal de prestar e até do direito à prestação (principal)”<sup>19</sup>.

Entre nós, um passo marcante na doutrina de direito privado brasileiro foi dado pela publicação da referencial obra *A Obrigação Como Processo*, de Clóvis Veríssimo do Couto e SILVA<sup>20</sup> que, a partir da leitura da evolução do conceito de obrigação como processo, estruturou no direito brasileiro as bases para o amadurecimento tanto da concepção de *obrigação* como algo mais complexo do que a simples relação crédito-prestação, como do princípio da boa fé objetiva, tão tardiamente objeto de dedicação por parte dos juristas brasileiros.

Logo ao introduzir a obra, Clóvis V. do Souto e SILVA de fato monta suas premissas com a demonstração de ter plena consciência de que a ciência jurídica moderna já vê na obrigação uma totalidade composta por um sistema de processos.

---

<sup>18</sup> Leitão, p. 89

<sup>20</sup> *Id. Ibidem.*

<sup>21</sup> *Id. Ibidem.*

<sup>19</sup> VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações... *Op. cit.*, p. 68

<sup>20</sup> Serve-nos de base a segunda edição: A OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO. Clóvis V. do Couto e Silva. São Paulo: Bushatsky, 1976.

*Lato sensu*, a relação obrigacional é composta por todos os direitos, pretensões e ações, deveres (principais e secundários), obrigações, exceções e posições jurídicas, enquanto *strictu sensu* sua definição se restringe ao binômio crédito-débito e seus elementos<sup>21</sup>. Mas “como processo”, diz o autor justificando a incursão no tema, “tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência”<sup>25</sup>, sendo indispensável distinguir todos os planos em que a obrigação se desenvolve e se satisfaz.

Ao compatibilizar a *separação dos planos* com a *unidade funcional* da obrigação, Couto e SILVA fortifica a abordagem do processo obrigacional como uma totalidade, mas salienta que se trata de uma ordem de cooperação tendente a um fim, que é o adimplemento ou a satisfação do credor. Nesse iter, sobressai a importância da boa fé objetiva na estruturação de uma verdadeira ordem de cooperação que tem por finalidade garantir o desenvolvimento regular e justo da obrigação. Credor e devedor não ocupam posições exatamente antagônicas. A boa fé objetiva, enquanto princípio de tutela jurídica da confiança, atua na conformação dos deveres secundários ao dever principal de prestar e satisfazer a obrigação: (a) deveres de indicação e esclarecimento, consistentes na obrigação de indicar em favor de outra parte certa circunstância relevante; (b) deveres de cooperação e auxílio, que podem ser entendidas não apenas de maneira geral como a cooperação habitual da relação contratual, mas de forma restrita como o dever de auxílio, quando esse apoio é necessário ao escopo do processo e mesmo ao adimplemento; (c) deveres independentes e dependentes, que se diferenciam por serem os primeiros capazes de ter vida própria a partir do momento em que nasce da obrigação principal, e pode mesmo perdurar após seu término, como por exemplo o comportamento de um ex-sócio que não pode prejudicar a empresa anterior com o uso de informações detidas na qualidade de sócio; (d) deveres do credor, por sua vez, podem ser agrupados sob o tópico da ‘cooperação’, mas permitem a consideração de que a posição de credor não é mais isolada, mas precisa tanto indicar (informar) como abster-se de dificultar a prestação do devedor; (e) ônus e deveres para consigo

---

<sup>21</sup> A obrigação como processo, *Op. cit.*, p. 8.

<sup>25</sup> *Idem.*, p. 10.



mesmo, geralmente atribuíveis ao devedor mas difíceis de justificar, mais se parecendo como um ônus ao mundo dos fatos<sup>22</sup>.

De fato, na fase de formação do contrato ou pré-contratual, vemos entre as partes a troca intensa de informações, a adoção de medidas organizativas, a incursão em custos, adoção de providências, as declarações etc., tudo a conformar um modelo cultural de atitude<sup>23</sup>, que são o conjunto de ações e comunicações feitas pelas partes para dar sentido à avença, são circunstâncias que a contextualizam. Nessa fase, já é possível reconhecer responsabilidades atribuíveis a cada parte. Além disso, as mesmas são guiadas pela causa do contrato e têm, nesse momento, interesse contratual positivo, o qual, ao lado do interesse contratual negativo, formam o binômio que costuma nortear as reivindicações da tutela contratual, seja para perseguir o fim do processo por meio da obrigação específica contratada, seja para pleitear a compensação decorrente do inadimplemento.

Nas demais fases do contrato, a execução do objeto contratual é cercada não apenas das obrigações principais, mas também dos deveres acessórios e secundários. Prestação de fatos, obrigações de fazer e não fazer, notificações e comunicações, tudo isso consubstancia um processo – quase um procedimento – destinado a alcançar o adimplemento, o que leva as organizações a investirem em mecanismo de gestão contratual, destinadas a controlar os eventos previstos e imprevistos, a monitorar os custos e, de um modo geral, ter controle cognitivo sobre os acontecimentos previstos pelas partes quando da contratação. Não raro, medidas judiciais são necessárias para que este processo seja garantido e mantido, sob pena de frustrar o contrato e jogar o relacionamento na vala comum da tutela indenizatória por perdas e danos.

Muito embora os deveres secundários, a tutela da confiança e a noção de cooperação tenham se desenvolvido enormemente, quase que colocando em pé de igualdade a obrigação principal e os deveres secundários<sup>24</sup>, chegando-se ao ponto de

---

<sup>22</sup> Idem, págs. 111-120

<sup>23</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. 2002. Op. Cit., p. 122.

<sup>24</sup> Nesse sentido, confira-se a obra *Adimplemento contratual e cooperação do credor*, de Thiago Luís Sombra (São Paulo: Saraiva, 2011 – Coleção professor Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotufo), na qual o autor investiga a perspectiva do credor quanto a seus deveres de cooperação para com o devedor com vistas ao adimplemento, embora haja ressalva expressa de que não pretende o autor “infirmar o pressuposto de que a relação obrigacional é substancialmente erigida na satisfação dos deveres de prestação ou de crédito do credor” (p. 27).

afirmar-se que a prestação “é apenas um dos vínculos que se podem distinguir no âmbito do todo construído pela relação obrigacional complexa”<sup>25</sup>, não se pode descurar que o processo obrigacional tem um fim, que é a satisfação através da prestação. Como afirma Menezes LEITÃO, com apoio em doutrina alemã moderna, a sobrevalorização da complexidade do vínculo obrigacional deve ser evitada, até porque se trata de uma formulação descritiva. Ademais, no processo civil o direito do credor não surge como complexo, e o mesmo pode ser dito em relação às garantias e proteções ao devedor; surge, sim, o direito de crédito como elemento isolado<sup>26</sup>. Essa concepção de supremacia do interesse do credor não desmerece a importância de compreender a *situação jurídica* do devedor, que tem interesse regularmente tutelado na relação de adimplir a prestação, e até mesmo o poder relativo de “constituir em mora o credor, quando este não cooperar para o adimplemento”<sup>27</sup>.

Na nossa avaliação, a carência da ciência jurídica brasileira em relação à tardia incorporação do princípio da boa fé objetiva no direito civil pode ter levado a uma sobrevalorização não da noção de obrigação como processo, mas da sistematização da pauta de deveres de cooperação e proteção da confiança, o que pode dar a impressão de que o interesse do credor pode ser fortemente ofuscado por seus deveres de cooperação. Em outras palavras, a ansiedade em incorporar e aplicar as doutrinas ligadas à tutela da boa fé objetiva nas relações negociais parece ter gerado uma supervalorização dos direitos decorrentes da *situação jurídica* de devedor. Nesse contexto é importante reconhecer que a obra de Clóvis V. do Couto e SILVA não vai a tanto. Busca a *compatibilização*, no direito brasileiro, da teoria da separação dos planos com a unidade funcional, em contraposição à separação absoluta observada no sistema germânico. No prefácio que escreveu para uma reedição da obra, anotou Almiro do Couto e SILVA:

“A originalidade de Clóvis do Couto e Silva não está, pois, na identificação dessas peculiaridades da relação obrigacional e nem mesmo, portanto, no título que deu á sua tese, mas sim em ter construído aquelas peculiaridades em permanente fio condutor de sua análise do nascimento e desenvolvimento do *vinculum obligationis* em todas as suas fases e

---

<sup>25</sup> Ibidem, apud NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos*, p. 21.

<sup>26</sup> LEITÃO, Menezes. *Op. cit.*, p. 91.

<sup>27</sup> LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado. Op. cit.*, p. 10.

momentos, sempre polarizado por um fim que é o adimplemento e a satisfação dos interesses do credor”<sup>28</sup>.

É que o interesse do credor constitui o pilar do vínculo obrigacional<sup>29</sup>. E esse interesse não é subjetivo, mas nasce da adoção de condutas que aperfeiçoam um negócio jurídico. Mesmo a noção de função econômica da obrigação ou do contrato subsidia a ideia de que o norte do contrato é o atendimento à sua função através do seu melhor desempenho possível, para satisfação do crédito mediante o alcance de sua finalidade. Com apoio em Emilio Betti, Paula Andrea FORGIONI anota, quanto aos contratos empresariais, que “[o] ato que leva à contratação exige justificação objetiva, cujo reconhecimento reclama a adoção de perspectiva dinâmica [e não estativa] da autonomia privada. Para a compreensão do acordo, é necessário deixar de considerar apenas a letra fria do instrumento [i.e., sua estática] e passar a admitir que as partes, valendo-se da autonomia privada, lançam mão dos contratos para consecução de certos fins. Ou seja, indo além de sua dimensão escrita, o negócio jurídico há de ser visto como meio empregado pelas partes na concreção de seus escopos”<sup>30</sup>.

Expandindo o mesmo raciocínio, podemos considerar que o surgimento da obrigação, na perspectiva negocial que o presente trabalho emprega, não se dá por simples e gratuito exercício da vontade: o interesse do credor é um interesse objetivo, protegido pela lei por meio de instrumento que autoriza a adoção de medidas de excussão patrimonial caso a prestação não seja voluntariamente satisfeita. O fim, como bem disse Clóvis, permeia toda a noção do processo obrigacional. Pode-se dizer, em poucas palavras, que o fim legitima os meios, e os meios legitimam o fim.

---

<sup>28</sup> Almiro do Couto e Silva. *Prefácio a “a obrigação como processo”*. In Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. MARTINS-COSTA, Judith. FRADERA, Vera Maria Jacob de, organizadoras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 182.

<sup>29</sup> *Adimplemento contratual e cooperação do credor*, de Thiago Luís Sombra (São Paulo: Saraiva, 2011 – Coleção professor Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotufo), p. 27.

<sup>30</sup> E conclui a autora: “a função econômica do negócio, indispensável para sua correta compreensão, liga-se à circulação dos bens e dos serviços [perspectiva objetiva] e não ao subjetivismo das partes. Se os contratos empresariais visam sempre ao lucro, é impossível concebê-los distanciados da necessidade econômica que buscam objetivamente satisfazer, ou seja, à sua função econômica”. FORGIONI, Paula. *Contratos Empresariais - teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015. P. 119

## 1.2 Interesse contratual positivo<sup>31</sup>: a busca pelo adimplemento e a função social e econômica

Concluído o contrato, e desde que presumidamente existente e válida a relação obrigacional, passa-se à fase de execução do contrato, regida pelo interesse objetivo do credor no adimplemento por parte do devedor, ou seja, no *fazer* ou *entregar* previsto como causa natural de sua extinção<sup>32</sup>. E no contexto de que o interesse do credor preenche a função social do contrato tratado no item anterior desse trabalho, o Código Civil estabelece como cláusula geral da responsabilidade civil contratual ou negocial pelo inadimplemento o dever de o devedor prover a reparação das perdas e danos sofridas pelo credor: “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado” (art. 389).

O Código Civil vai além quando dá ao credor a opção de resolver o contrato em face do inadimplemento, ou de pedir a execução do objeto contratual, garantindo-se em todo caso o direito à reparação: “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos” (art. 475). A indagação é inevitável, e ainda ocupa lugar de destaque nas discussões em doutrina e em jurisprudência: inadimplido o contrato, as partes devem ser levadas à situação patrimonial que ocupavam antes do contrato, ou deverão ser forçadas a espelhar a situação em que estariam se o contrato houvesse atingido sua finalidade?

Essas duas opções, *grosso modo*, traduzem as noções de interesse contratual positivo, ligado à execução da obrigação específica, se ainda possível e vantajosa, ou a busca de seu equivalente, e interesse contratual negativo, ligado à pretensão de resolução do contrato, com restituição ao estado anterior, como se contrato não houvesse. A doutrina oferece algumas leituras.

---

<sup>31</sup> Para este tópico, utilizamos por base um trabalho apresentado na disciplina Transmissão e Inadimplemento das Obrigações, lecionada pelo Prof. Paulo Jorge Scartezini Guimarães, elaborado em co-autoria com Lauron Arendt e José Cristóbal Aguirre Lobato, ao qual foram acrescentadas consultas a outras fontes, bem como dado especial enfoque para adequar ao escopo do presente Trabalho de Conclusão de Curso.

<sup>32</sup> AGUIAR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução). Rio de Janeiro: Aide, 1991.

Judith MARTINS-COSTA, em aclamado parecer, defende que o art. 475 do Código Civil posiciona o credor perante uma escolha: tem em uma mão o pedido resolutório, tecnicamente delimitado pelo restabelecimento ao estado anterior, o que caracteriza o interesse contratual negativo; em outra mão, dispõe da possibilidade de execução específica do objeto do contrato, ou de equivalente, em que consiste o interesse contratual positivo. Diz a autora:

“[A] expressão ‘interesse negativo’ remete a um aspecto do interesse indenizável. Considerado globalmente, este abrange tanto o interesse positivo (ou “interesse ao cumprimento, como o que é afirmado pela parte que exige a execução contratual) quanto o interesse negativo, que aponta à situação em que o credor se encontraria se não tivesse celebrado um contrato que, depois, veio a ser declarado nulo, ou sequer foi celebrado (frustrando-se uma negociação que se cria séria), ou, ainda, quando o contrato é resolvido, pois a resolução – disse-o magistralmente PONTES DE MIRANDA – ‘é um como se’, tendo-se o negócio jurídico concluído ‘como se concluído não tivesse sido’.”<sup>33</sup>

Ruy Rosado de AGUIAR, ao glosar a caracterização do direito à resolução ainda no Código de Beviláqua, define com precisão que a resolução implica numa nova relação de *liquidação*, que buscará “reestabelecer as partes ao status quo ante (restituição) e, eventualmente, indenizar o credor pelo dano sofrido”<sup>38</sup>. Também qualifica a tutela positiva “[N]a impossibilidade superveniente, absoluta ou relativa, por culpa do devedor, cabe ao credor ou manter o contrato, requerendo o equivalente e mais indenização por perdas e danos, ou resolvê-lo, mediante o exercício do seu direito formativo (art. 1.092, parágrafo único do Código Civil), igualmente com direito à indenização.”<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> COSTA, Judith Martins. RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERESSE CONTRATUAL. LUCROS CESSANTES. RESOLUÇÃO. INTERESSE POSITIVO E INTERESSE NEGATIVO. DISTINÇÃO ENTRE LUCROS CESSANTES E LUCROS HIPOTÉTICOS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO. DANO MORAL E PESSOA JURÍDICA. In, *Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo*. Lotufo, Nanni e Martins (org.). Atlas: São Paulo, 2012. Afirma ainda a autora que “a indenização (pelo interesse positivo) tem um caráter substitutivo, destinando-se a colocar o lesado na situação em que se encontraria se o contrato fosse exatamente cumprido, por isso mesmo, reconduzindo-se aos prejuízos que decorrem do não cumprimento definitivo do contrato, ou do seu cumprimento tardio ou defeituoso. Diferentemente, porém, quando o lesado pede a resolução, com a volta ao estado anterior, a tutela ressarcitória é dirigida a colocar o contraente na situação patrimonial em que estaria se não tivesse concluído o contrato, sendo o ressarcimento do dano, por isso mesmo, limitado ao interesse negativo, já que a indenização tem por escopo colocar o lesado na situação que seria se o contrato não tivesse sido celebrado (interesse negativo)” (p. 565). <sup>38</sup>Op. Cit. Pág. 46.

<sup>34</sup> Idem. Pág. 95.

Também em monografia dedicada ao assunto, Araken de ASSIS também atribui à resolução o condão de levar as partes à situação anterior à conclusão do contrato. Em seguida à explicação de que a resolução dissolve o contrato e seus efeitos por meio de um direito formativo, diz o autor que “[c]orolário natural e óbvio da extinção, assim produzida, consiste no retorno dos parceiros às posições ocupadas antes da contratação.”<sup>35</sup>

Paulo Jorge Scartezzini GUIMARÃES, sobre o cumprimento imperfeito do contrato, distingue interesse positivo e negativo e as consequências em termo de reparação: “[o]correndo o cumprimento imperfeito podem surgir três tipos de dano: o primeiro, concernente às despesas contratuais; o segundo, chamado de dano *circa rem*, ligado aos prejuízos causados na coisa ou diretamente relacionados ao cumprimento imperfeito; por último, os danos causados na pessoa ou em outros bens do credor, de terceiros ou ligados diretamente ao vício, chamados de dano *extra rem*.” E acrescenta:

“[a] indenização decorrente da parcial inexecução do contrato, por sua vez, pode perseguir dois objetivos: restabelecer a situação anteriormente existente, como se o contrato não tivesse existido (interesse contratual negativo ou de confiança – *reliance interest*), ou colocar a parte lesada nas mesmas circunstâncias que se encontraria se o contrato tivesse sido cumprido (interesse positivo ou *expectation interest*)”.<sup>41</sup>

Para o mesmo autor, a natureza do dano define se há interesse positivo ou negativo. Quanto às despesas contratuais (elaboração de instrumentos, despesas notariais, tributos, gastos judiciais e extrajudiciais), estaríamos diante de interesse negativo, excluindo-se logicamente lucros cessantes pois, “se o objetivo é colocar o credor na posição que se encontrava antes da realização dos negócios, como se este não tivesse sido firmado, não há como pensar naquilo que o credor eixou de ganhar”<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> ASSIS, Araken de. Extinção do Contrato por Inadimplemento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Pág. 145-146. Na mesma obra (v. capítulo I, itens 1.1.3 e 1.1.3.1, expõe o autor, com apoio também em Pontes de Miranda, haver opção incondicionada entre a pretensão da obrigação específica ou seu equivalente, e a pretensão resolutória, mas não usa os termos “interesse positivo” e “interesse negativo”. O tema da eficácia restitutória, dentro da relação jurídica de liquidação, será retomado no item 5.6.1 <sup>41</sup> Idem. Ibidem.

<sup>36</sup> GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. VÍCIOS DO PRODUTO E DO SERVIÇO POR QUALIDADE, QUANTIDADE E INSEGURANÇA. Cumprimento Imperfeito do Contrato. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. Páginas 245 e seguintes.

Diverge, assim, de Judith MARTINS-COSTA, que entende admissíveis os lucros cessantes, mas não os decorrentes do negócio resolvido, mas sim os lucros correspondentes aos negócios que teriam sido celebrados, se o negócio desfeito não tivesse existido. Nas palavras da autora, “havendo a resolução, o lucro cessante “[n]ão é o que o lesado razoavelmente deixou de ganhar com aquele negócio em particular que fora descumprido, mas, sim, o que ele deixou de auferir por ter celebrado o tal contrato, isto é, o que ganharia se tivesse, por exemplo, dado continuidade a outro negócio já em curso, ou, então, com o próprio investimento financeiro do capital”<sup>37</sup>, o que dependerá de difícil instrução probatória, tendo em vista que, embora em linguagem econômica o conceito de lucros cessantes possa se aproximar de custo de oportunidade<sup>38</sup>, a dogmática da responsabilidade civil contratual e extracontratual não deixa de exigir que os danos compreendam apenas aqueles que decorrem direta e imediatamente do ilícito, o que limita a abrangência da aplicação do conceito econômico na seara da responsabilidade negocial. No que toca ao dano *circa rem*, Paulo Jorge Scartezini GUIMARÃES diz tratar-se de interesse positivo, pois a reparação teria por fim posicionar o credor no estado que se encontraria caso cumprido o contrato tivesse sido, cabendo a formulação de pedido de danos emergentes (*restitutio in integrum*), bem como lucros cessantes.

De fato, não parece ser possível que o pleito do equivalente positivo do contrato seja cumulado com o pedido de ressarcimento ao estado anterior das partes. Como diz Judith MARTINS-COSTA, com apoio na doutrina de Pontes de Miranda, é “inconcebível que na resolução (que é a extinção do contrato, com volta ao status quo), o credor receba, além da volta ao estado anterior, o que faria jus em razão do cumprimento contratual.”<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Op. Cit. Pág. 567-568

<sup>38</sup> Segundo Paulo SANDRONI, “[s]egundo esse conceito, os custos não devem ser considerados absolutos, mas iguais a uma segunda melhor oportunidade de benefícios não aproveitada. Ou seja, quando a decisão para as possibilidades de utilização de A exclui a escolha de um melhor B, podem-se considerar os benefícios não aproveitados decorrentes de B como opportunity costs, custos de oportunidade.” SANDRONI, Paulo. Dicionário de Economia do Século XXI. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2008., p.218.

<sup>39</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERESSE CONTRATUAL. LUCROS CESSANTES. RESOLUÇÃO. INTERESSE POSITIVO E INTERESSE NEGATIVO. DISTINÇÃO ENTRE LUCROS CESSANTES E LUCROS HIPOTÉTICOS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO. DANO MORAL E PESSOA JURÍDICA.** In, Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo. Lotufo, Nanni e Martins (org.). Atlas: São Paulo, 2012. Pág. 562/563. E acrescenta a autora: “Esse é um ponto capital: outorgar ao credor, no caso de desfazimento do vínculo, pela

Para o que interessa ao presente trabalho, o interesse positivo subsiste na opção do credor pela execução específica da obrigação ou por seu equivalente, considerando a subsistência da viabilidade do cumprimento da obrigação, e essa possibilidade se coaduna de forma clara com a relevância e a supremacia do interesse do credor como vetor funcional do contrato. É dizer, ao lado da possibilidade de submeter o devedor à excussão patrimonial para fins de recolocar o credor na situação anterior ao contrato (interesse negativo), o Código Civil fornece a faculdade de optar o credor pela execução específica da prestação, o que pode ser traduzido como permanência do interesse contratual positivo, aqui significando não a reparação do “como se” o contrato tivesse sido cumprido, mas a própria tutela da prestação acertada no negócio. E o art. 249, como será detalhado mais adiante, parece dar um relevo especial ao representar uma das raras oportunidades de exercício da autotutela, diretamente pelo credor, ou indiretamente através de terceiro, como um instrumento de proteção do interesse do credor e, mais do que isso, da própria função econômica e social que o contrato, ao ser concluído, se propôs a perseguir.

## **2. As obrigações de fazer fungíveis no quadro do direito das obrigações**

### **2.1 Obrigações de dar e fazer - distinção**

A obrigação, em sentido estrito, tem por objeto a *prestação*<sup>40</sup> e podem, segundo noção geral, ser divididas em positivas e negativas. As primeiras consistem em uma ação, um agir positivamente por parte do devedor, que age em benefício do credor, prestando uma conduta - que traduzirá uma obrigação de fazer, ou uma coisa - que corresponderá a uma obrigação de dar. As segundas consubstanciam-se no estabelecimento de um dever de não agir, de omitir-se, ou seja, em uma conduta de

---

resolução, indenização pelo interesse positivo (isto é: o interesse de cumprimento) importaria em enriquecimento sem causa, pois o credor receberia o já pago e, cumulativamente, o lucro do negócio, podendo, ainda, retornar ao mercado e encontrar novo parceiro que oferecesse a chance de lucro almejada”. Pág. 564.

<sup>40</sup> Sobre os elementos constitutivos da obrigação, confira-se a posição de Antunes VARELA. *Op. cit.*, p. 72-81: “São três os elementos constitutivos da relação obrigacional: a) Os sujeitos, que são os titulares (activo e passivo, ou simultaneamente activo e passivo quando se trata pro exemplo de obrigações nascidas dum contrato bilateral) da relação; b) O objeto, que é a prestação devida; c) o vínculo, que é o nexo ideal que liga os poderes do credor aos deveres do obrigado.”



abstenção por parte do devedor, que deverá omitir-se em relação a determinada ação ou conduta que poderia adotar caso não tivesse livremente se obrigado a não fazer.

Daí serem, quanto a o conteúdo da *prestação*, distinguidas as obrigações em obrigações de dar, de fazer e de não fazer. É mesmo nessa ordem que o Código Civil trata das modalidades das obrigações: os artigos 233 ao 246 tratam das obrigações de dar; os artigos 247 a 249 tratam da obrigação de fazer; e os artigos 250 e 521 tratam da obrigação de não fazer.<sup>41</sup> Como o presente trabalho trata das condições para satisfação da obrigação por mão própria do credor ou por terceiro, circunscrevendo-se assim às obrigações fungíveis<sup>48</sup>, passaremos superficialmente sobre as obrigações de dar e de não fazer apenas com o fim de estabelecer distinções e, eventualmente, se for o caso, salientar implicações da operacionalização processual desses conceitos.

No que toca à obrigação de dar, embora haja matizes justificadores de prolíficas discussões<sup>42</sup>, podemos visualizá-la em termos muito básicos como a que objetiva a satisfação da pretensão de receber uma coisa<sup>43</sup>. Ou seja, consiste em dar/entregar uma coisa que é pretendida por alguém com base em um vínculo obrigacional. É naturalmente uma obrigação positiva, como já dito, pois é incompatível com a ideia de

---

<sup>41</sup> As demais modalidades de obrigação tratadas nos artigos 252 ao 285 (obrigações alternativas, obrigações divisíveis e indivisíveis e obrigações solidárias) não serão tratadas no presente trabalho. <sup>48</sup> As obrigações fungíveis, deve-se notar, parecem ser a maior parte das obrigações que em geral se estabelecem na sociedade pós industrial, em que o setor de serviços é sobremaneira maior do que a mera fabricação de coisas. Daí a importância dos contatos de prestação de serviços na economia moderna. Sobre esse assunto, e sob um viés econômico, vide o artigo “A intensidade de serviços na economia brasileira: uma abordagem de insumo-produto”, de Verônica Lazarini Cardoso e Fernando Salgueiro Perobelli, disponível em [https://www.anpec.org.br/encontro/2013/files\\_l/i94654df7c1b05083ddd3bf5ab5c49086d.pdf](https://www.anpec.org.br/encontro/2013/files_l/i94654df7c1b05083ddd3bf5ab5c49086d.pdf) (consulta em 17/06/2016).

<sup>42</sup> Conhecem-se, ainda, critérios que discriminam outras espécies de obrigações de dar, podendo-se consultar, a respeito, o rápido resumo de Raphael de Barros Monteiro Filho, Ralpo Waldo de Barros Monteiro e Ralpo Waldo de Barros Monteiro Filho (Op. cit., p. 200-202), que mencionam a obrigação de *entregar*, que diria respeito ao uso temporário, e não à transmissão da posse ou direito real, a *obrigação de contribuir*, como no caso dos condôminos ou cônjuges em relação às obrigações que têm em comuns, a *obrigação pecuniária*, consistente na entrega de dinheiro, ainda que eletronicamente, e a *obrigação complexa*, que envolve mais de uma modalidade de obrigação. Mas não deixam de advertir os autores que a doutrina não dá tanta relevância a estas subespécies, que mais representam especificações ou peculiaridades das modalidades principais, de acordo com o que a ordem social exige da ordem jurídica.

<sup>43</sup> Falamos em *objetivar a satisfação da pretensão* com suporte em PONTES DE MIRANDA, que é deveras exigente quanto à necessidade de que se tenha em mente a distinção entre os conceitos de obrigação e pretensão, de crédito e dívida (“enquanto não há pretensão a que se dê não há obrigação de dar, posto que já exista crédito de dar e dívida de dar”), e também quanto à diferença entre obrigação de dar em transferência (“quem vende obriga-se a dar; ainda não dá”).

omissão ou abstenção. Para Renan LOTUFO, a obrigação de dar está relacionada a um direito real como, por exemplo, quando o devedor assume a obrigação de entregar ao credor uma coisa para nela constituir o direito de propriedade<sup>44</sup>, sendo relevante ter em mente que nosso sistema apenas dá ao credor o direito de exigir a prestação, não se tendo desde logo a transmissão da propriedade. O direito real de propriedade só nasce quando ocorre a transmissão (bens móveis) ou o registro (bem imóveis), o que decorre da ideia de *separação dos planos* tratada por Clóvis V. do Couto e SILVA, na obra *A obrigação como processo*: “a distinção entre a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e do adimplemento adquire, entretanto, sua máxima relevância (...) quando o adimplemento importa em transmissão da propriedade. A fase do adimplemento desloca, então, para o plano do direito das coisas”.

A obrigação de dar é, portanto, um *direito pessoal* oponível ao devedor. Ela está no plano do direito obrigacional.

Muitas vezes, a prestação pode envolver tanto comportamentos como entrega de coisas, como no caso do contrato de empreitada, situação que complexifica o tratamento contratual e, naturalmente, as consequências do inadimplemento. É, portanto, importante o estabelecimento de critérios para distinguir as obrigações de dar e de fazer. Entender tais diferenças possibilita melhor compreender as consequências do inadimplemento, os limites do poder do credor, as possibilidades de cumprimento por terceiro, ou mesmo a transmissão por sucessão hereditária, que só é possível às obrigações de dar<sup>45</sup>. Parece-nos suficientes retomar básica lição de Caio Mário, lembrada por TEPEDINO, BARBOSA e MORAES: “(...) será *faciendi* a obrigação, quando a operação entregar pressupõe o *facere* (...)”<sup>46</sup>. Diz-se, portanto, que na obrigação de fazer, presta-se um fato, ou ato-fato, enquanto que na obrigação de dar presta-se uma coisa.

É importante considerar que, mais do que uma análise “estrutural” do conceito de obrigação, capaz de considerar o *facere* ou *dare* como pressupostos da prestação a fim de definir sua natureza e, com efeito, seu regime jurídico (que no caso do *dare* terá disciplina específica para a tradição da coisa), as mais atuais doutrinas

---

<sup>44</sup> LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado. Op. Cit., p. 14-15.

<sup>45</sup> TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Cecília Bodin. Código Civil interpretado conforme a Constituição de República – 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

<sup>46</sup> Idem. Ibidem.

convergem no sentido de que a principal distinção deve partir não da estrutura da obrigação, mas do interesse do credor socialmente protegido. Nas palavras de Roxana Cardoso Brasileiro BORGES:

“Apesar da menção ao critério da preponderância, importa perceber que é o interesse do credor – expresso no contrato ou apreendido a partir das regras de boa fé (objetiva) e das circunstâncias do negócio – que indicará, no caso concreto, o que tem mais importância (sócio-econômica-jurídica, não necessariamente pecuniária) naquela obrigação: se a atividade pessoal do devedor ou a coisa que resultará da atividade. Se, no caso concreto, o que interessa ao credor é a coisa, pouco importando quem a vai entregar, está-se diante de obrigação de dar; se, por outro lado, o que interessa ao credor é a atividade realizada pelo devedor, ainda que dela resulte uma coisa a ser entregue, a obrigação é de fazer”.<sup>47</sup>

Cabe, ainda, fazer referência à obrigação de *dar coisa incerta*. Disciplinada pelo art. 243 do Código Civil, a obrigação de dar coisa incerta implica em que, para delimitar-se o objeto da prestação, sejam indicados seu gênero e quantidade. Trata-se de uma indeterminação relativa<sup>48</sup>, cuja escolha ou determinação deverá ser decidida pelas partes no momento de contração da obrigação, sob pena de caber ao devedor tal escolha (art. 244).

## 2.2 Obrigações fazer fungíveis e infungíveis

Obrigações de fazer, por seu turno, são definidas por Álvaro Vilaça AZEVEDO como aquelas nas quais “o devedor compromete-se a prestar uma atividade qualquer, lícita e vantajosa, ao seu credor”.<sup>49</sup> No núcleo da prestação está o interesse do credor em que a atividade do devedor lhe traga algum benefício. O mesmo autor ensina que

---

<sup>47</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Obrigações de fazer e de não fazer. *In* Obrigações, LOTUFO. Renan, NANNI, Giovanni Ettore (coord.). São Paulo: Atlas, 2011.

<sup>48</sup> LOTUFO, Renan. *Op. Cit.* p. 243.

<sup>49</sup> AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Teoria Geral das Obrigações e da Responsabilidade Civil. 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2008. – (Curso de Direito Civil), p. 47. <sup>57</sup> *Idem*, p. 49.

a obrigação de fazer consiste numa realização pessoal, e pode ter cunho imaterial, com forte características de personalismo, presente o *intuitu personae*, como, por exemplo, no caso da contratação de professores, escritores, cientistas ou artistas, para a prestação de um serviço, pesquisa, trabalho artístico; ou pode ter cunho material, como no caso de obrigar-se um pedreiro à construção de um muro ou um marceneiro ao conserto de um móvel.

A presença do caráter personalíssimo no conteúdo da prestação pode decorrer do grande interesse do credor de que só o devedor execute a tarefa, sendo o caso, portanto, de infungibilidade consensual: as partes determinam, por contrato, que só o devedor poderá cumprir a obrigação. Ou pode decorrer o personalismo da especialidade oferecida pelo devedor, de suas capacidades únicas para execução do trabalho, e que não poderão ser encontradas em um terceiro de maneira suficiente a atender o interesse do credor. Nesse quadro de infungibilidade é que o artigo 247 do Código Civil dispõe que “incorre na obrigação de indenizar por perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou por ele só exequível”. Daí a fórmula, sugerida por Álvaro Vilaça AZEVEDO, segundo a qual, havendo recusa (ou mora) do devedor ao cumprimento da obrigação a ele só imposta ou só por ele exequível, definindo assim o caráter personalíssimo ou infungível da obrigação, será ele responsabilizado por perdas e danos.<sup>57</sup>

As obrigações de fazer fungíveis, de outra parte, são caracterizadas pela ausência do caráter personalíssimo no adimplemento da prestação. A ausência do *intuitu personae*, portanto, implica em desfazer-se a ligação personalíssima do devedor com a prestação, o que implica em reconhecer, logicamente, que ele poderá ser substituído por uma outra pessoa também seja capaz de desempenhar o encargo a que estava submetido e, assim, satisfazer o interesse do credor e atender à sua função social. Comentando a disciplina da obrigação de fazer vigente ainda no Código Civil de 1916, o próprio Clóvis V. do Couto e SILVA, explica que “dentre as obrigações de fazer, portanto, algumas existem que podem ser satisfeitas por outrem que não o devedor”<sup>50</sup>. Dessa circunstância de direito material, pois decorrente da natureza da obrigação, decorre a própria regra prevista no art. 881 do antigo Código Civil, segundo a qual, “se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo

---

<sup>50</sup> A Obrigação como processo. Op. cit., p. 166.

executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, ou pedir indenização por perdas e danos”.

Essa é, basicamente, a mesma solução dada pelo Código Civil de 2002, no artigo 249, quando estatui que se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, mas sem prejuízo da indenização cabível (a indenização era uma opção, na redação do art. 881 do CC/1916). E no parágrafo único – ponto mais inovador em relação ao regime do Código Civil de 1916, foi além o legislador ao autorizar que o próprio credor execute o trabalho ou serviço, exigindo-se apenas a configuração da *urgência*.

Como trataremos concentradamente do art. 249 no próximo tópico do trabalho, é importante, por fim, reconhecer que regra semelhante foi estabelecida para o caso das obrigações de não fazer fungíveis. Naturalmente, não poderia a lei dispor que terceiro ou o próprio credor se abstinhasse de executar a atividade a que se obrigara o devedor. A solução lógica, portanto, dá-se no caso de inadimplemento da obrigação de não fazer, ou seja, quando o devedor pratica a ação a que se obrigara a abster-se. No caso, diante da prática do fazer por parte do devedor, e em face da recusa deste a desfazê-lo, poderá o próprio credor, diretamente ou por meio de um terceiro, providenciar o desfazimento à custa do devedor.

Em todo caso, o uso dos mecanismos do art. 249 e de 250 (e respectivos parágrafos únicos) mantém o ressarcimento por perdas e danos decorrente do inadimplemento, o que caminha em paralelo à possibilidade de satisfazer a obrigação apesar da recusa do devedor.

### 3. A disciplina das obrigações de fazer no Código Civil e no Novo Código de Processo Civil

#### 3.1 Panorama do artigo 249 e parágrafo único do CC/2002: adimplemento pelo credor ou por terceiro com e sem autorização judicial (autotutela).

Como dizem Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO, com apoio no constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, o Estado Constitucional está comprometido com a paz social, repelindo, como regra geral e muito raramente excepcionada, a justiça de mão própria<sup>51</sup>. O próprio tipo previsto no artigo 345 do Código Penal consolida a repulsão ao exercício arbitrário das próprias razões. As exceções podem ser mapeadas de maneira dispersa na legislação material, podendo-se citar o direito de retenção por benfeitorias necessárias ou úteis autorizado pelo artigo 578 do Código Civil<sup>52</sup>, o direito ao desforço imediato para manutenção ou reintegração imediata na posse previsto no parágrafo único do art. 1.210 também do Código Civil<sup>53</sup>, e até mesmo o direito de greve garantido no artigo 9º da Constituição Federal, além da disciplina da autoexecutoriedade dos atos administrativos.

Uma das exceções à vedação à autotutela está, de certo, no artigo 249 do Código Civil, intermediado pela autorização judicial; e está, sobretudo, no parágrafo único do mesmo dispositivo, que autoriza no caso de urgência promova o autor a satisfação da obrigação, por si ou por terceiro, à custa do devedor, sem autorização judicial.

O artigo 249 do Código Civil encerra o tratamento das obrigações de fazer *fungíveis*, ou seja, aquelas que podem ser executadas por um terceiro, ou mesmo pelo próprio credor. Estando ausente, portanto, o caráter personalíssimo decorrente da

---

<sup>51</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil, V. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 173.

<sup>52</sup> Art. 578. Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresse consentimento do locador.

<sup>53</sup> Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1º **O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo**; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

especialidade ou expertise do devedor, ou cláusula que por decisão das partes estabeleça a infungibilidade, “será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível” (CC, art. 249).

### 3.1.1 Lógica da substituição:

Pela teoria da separação dos planos, pode-se discernir com clareza o momento em que o contrato é concluído e a obrigação, nascida, e o momento posterior, quando a obrigação é satisfeita e o contrato, extinto pelo adimplemento. O iter ou programa contratual, permeado pelos deveres decorrentes da boa fé objetiva, está fortemente polarizado pela busca do adimplemento, que condiciona a conduta e expectativa das partes, sobretudo do credor, que tem seu interesse jurídica e socialmente protegido. Por decorrência, há todo um sistema de garantias para o interesse do credor, que envolve tanto a possibilidade de adotarem-se medidas coercitivas para que o devedor cumpra com sua parte na avença (multas, apreensões etc.), como instrumentos que, substituindo-se ao devedor, viabilizem a satisfação da obrigação.

Tanto que, ao comentar o sistema dos artigos 881 e 882 do Código Civil de 1916, PONTES DE MIRANDA afirma que tal disciplina exclui a constrição pessoal, a compulsão ao fazer ou não fazer, a coação ao ato ou à omissão. Exemplifica com a obrigação de manifestar vontade, que é obrigação de fazer: “se o fazer consiste em manifestar vontade (pré-contrato), há pretensão a que o juiz supra a declaração que deferia ser feita pelo obrigado”<sup>54</sup>.

De fato, não é possível opor a alguém o dever de prestar um fato sob quaisquer condições, em absoluto, o que corresponde à expressão latina *nemo praecise potest cogi ad factum*. Afinal, não é possível violar a liberdade individual do devedor para fins de cumprimento de uma obrigação de caráter patrimonial, até porque o direito e o interesse do credor recaem sobre a prestação, sobre o objeto da obrigação, e não sobre a pessoa do devedor, consoante ensina Otávio de Brito LOPES<sup>55</sup>, o qual, com

---

<sup>54</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado...* Op. Cit., Vol. XXII, p. 146

<sup>55</sup> LOPES, Otávio Brito. As obrigações de fazer e de não fazer. *In* O novo código civil – homenagem ao Prof. Miguel Reale. Op. Cit., p. 231.

apoio na doutrina de Carvalho Santos, conclui que não há, no direito, como obrigar o devedor a que realize a obra prometida. Naturalmente, essa recusa não o exime de ser responsável pelas perdas e danos decorrente do inadimplemento.

Assim, a conjugação da proteção aos interesses do credor, que privilegia o adimplemento como polo de atração do processo obrigacional, com a proteção à liberdade individual do devedor, que não pode ser obrigado fundamentalmente a prestar um fato a que se obrigou livremente, parece, em vista da função social desempenhada pelos atos negociais e contratos, dar à disciplina das obrigações de fazer fungíveis o significado de prestar-se, essa disciplina, a garantir que as obrigações sejam finalmente satisfeitas ainda que haja mora ou recusa do devedor.

De fato, protegido o devedor contra coações físicas absolutas, garantido o comportamento cooperativo do credor para propiciar o alcance à fase de adimplemento, e estando a conduta do credor sob os limites da boa fé objetiva e da vedação ao abuso de direito (CC, art. 187), não há porque permitir-se que a recusa ou mora do devedor impossibilite em absoluto a plena satisfação do interesse do credor socialmente protegido.

### **3.1.2 A Substituição mediante autorização judicial**

Na vigência do Código Civil de 1916, havia posições divergentes quanto à necessidade de o credor ser obrigado a judicializar sua pretensão para pleitear autorização com o fim de terceiro ou o próprio credor cumprisse a obrigação de fazer fungível. Sílvio RODRIGUES, comentando o art. 881 do Código Civil de 1916, é assertivo em considerar que “não pode o credor, sem mais formalidades, optar por esta última solução [obter a execução do empreendimento por terceiro], encomendando desde logo a terceiro a feitura da obra”. E prossegue: “cumpre-lhe recorrer à via judicial, para que fique comprovada a recusa do devedor e se alcance a aprovação da substituição pretendida”.<sup>64</sup>

Em sentido oposto entende PONTES DE MIRANDA, comparando a disposição do artigo 881 com o artigo 1.444 do Código Civil Francês, quando assevera:

“No direito brasileiro, o poder de incumbir a outro da prática do ato resulta de regra jurídica dispositiva, no plano do direito material; de modo que: ou



<sup>64</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. V. 2. Parte Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 38.

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 leve a cabo, à custa do executado”.<sup>56</sup>

O Código Civil de 2002 resolveu o debate ao exigir a autorização judicial apenas no caso de urgência, sendo essa a importante inovação trazida pelo parágrafo único do artigo 249: “Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido”.

O fato de omitir-se o Código de 2002, no *caput* do artigo 249, quanto à necessidade de obter-se autorização judicial, somado à clara expressão do parágrafo único do mesmo dispositivo, não deixa dúvidas quanto à conclusão de que judicializar a pretensão sob a forma de execução de fazer é obrigatório ao credor que enfrenta a mora ou a recusa do devedor em atender-lhe a prestação, apenas sendo dispensável o ingresso em juízo se houver urgência, que na nossa opinião pode ser caracterizada pelo risco imediato e concreto de perecimento da coisa a que se relacione o fazer, ou de esvaziamento do conteúdo da obrigação.

Para Álvaro Vilaça AZEVEDO, a inserção do parágrafo único no art. 249 foi de inegável utilidade, “pois, no CC de 1916, não havia essa possibilidade autorizada expressamente, o que dá mais tranquilidade ao credor, que, em caso de urgência na realização do fazer, não necessita de aguardar autorização judicial”.<sup>57</sup>

É importante que haja consciência de que essa oportunidade de exercício da autotutela é excepcional, e está controlada por diversos parâmetros. Veja-se a respeito os comentários de Hamid Charaf BDINE JUNIOR. aos dispositivos aqui comentados:

“Outra importante novidade está consagrada no parágrafo único desse dispositivo, que deve ser compreendido e interpretado com cautela. Cuida-se da autotutela que já era prevista no Código Civil de 1916 em relação à proteção possessória (art. 502, repetida no parágrafo primeiro do art. 1.210 do Código Civil em vigor). A autotutela é um meio de proteção de direito que dispensa a intervenção judicial. Para ser utilizado, depende da presença dos seguintes

---

<sup>56</sup> PONTES DE MIRANDA. Tratado... Op. Cit., Volume XXII., p. 146.

<sup>57</sup> AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Teoria Geral das Obrigações e da Responsabilidade Civil. Op. Cit., p. 50.

requisitos: a) que o caso justifique a urgência; b) que o credor se utilize apenas dos meios necessários indispensáveis para evitar o dano decorrente do inadimplemento do devedor; e c) que não haja condições de obter a intervenção judicial. Tais requisitos resultam da necessidade de limitar à justiça privada as hipóteses excepcionais. Dessa forma, se o cumprimento da obrigação não precisar ser imediato, ou se houver possibilidade de obter a intervenção judicial, não há razão para que o credor faça justiça por suas próprias mãos. Se o credor se exceder na execução do fato, não levando em conta que deve fazê-lo do modo menos gravoso para o devedor, poderá haver abuso de direito tal como definido pelo art. 187 do Código Civil (CAMBLER, Everaldo Augusto. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 2003, v. III, p. 109).<sup>58</sup>

É verdade que o parágrafo único do artigo 249 do Código Civil, pressupondo a recusa ou mora do devedor, estabelece como critério para exercício da autotutela, unicamente e de forma genérica, o estado de *urgência*. Vaga a cláusula, parece salutar buscar preencher essa cláusula de urgência com o conteúdo que mais se amolde ao interesse objetivo do dispositivo.

Nesse sentido, a própria fixação de astreintes para pressionar o devedor ao cumprimento da obrigação já visa à satisfação da obrigação, conservando o negócio contratado. Nas palavras de Flávio TARTUCE, “A conversão em perdas e danos deve ser somente admitida em hipóteses excepcionais, para a preservação da autonomia privada e a manutenção do pacto celebrado”<sup>59</sup>, defendendo que o princípio da conservação negocial está intimamente relacionado com o princípio da função social dos contratos. Para o mesmo autor, o controle sobre o uso desse instrumento é feito pelo art. 187, o que nos leva a raciocinar no sentido de que o credor tem direito a prestar o fato ou mandar que terceiro o preste, vedado o abuso.

Consequentemente, o critério da urgência parece estar circunscrito a duas hipóteses gerais de configuração do risco: (i) a urgência poderá ser reconhecida caso o a mora ou recusa em adimplir o contrato traga risco concreto de perecimento do interesse do credor na prestação, em sua utilidade para fins de preenchimento da função do negócio; (ii) a urgência também será reconhecida se a mora ou recusa gerar situação fática capaz de evitar a ocorrência de danos e prejuízos para além dos decorrentes do mero inadimplemento. Nas duas hipóteses está presente a ideia de

---

<sup>58</sup> BDINE JUNIOR., Hamid Charaf. Comentários aos arts. 233 a 420 – Obrigações. In Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. 8. ed. – Barueri: Manole, 2014, p. 165.

<sup>59</sup> TARTUCE, Flávio. O novo CPC e o Direito Civil – Impactos, diálogos e interações. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 229.

complexidade da relação obrigacional, levando e conta o comprometimento das partes e da própria ordem jurídica em contribuir com o adimplemento.

Manter a utilidade da prestação para o credor, considerando seu interesse socialmente protegido, e evitar a ocorrência de mais danos para além daqueles já decorrentes da mora ou da recusa parecem, então, ser os critérios mais seguros para compreender a noção de urgência utilizada no parágrafo único, do Código Civil. Há uma clara aproximação com os critérios elencados pelo Código de Processo Civil vigente para concessão da *tutela de urgência* nas situações de tutela satisfativa: perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo<sup>60</sup>.

Essa interpretação, portanto, mostra-se diferente da do conteúdo material do §1º do artigo 1.210 do Código Civil, que apenas vê naturalidade na defesa do direito à posse contra uma agressão injusta. Com efeito, embora também consista em uma manifestação de autotutela, a autorização para desforço imediato com vistas à manutenção da posse ou à sua reintegração permite não apenas repelir uma agressão injusta atual e iminente, como acontece na legítima defesa, mas vai além e autoriza a recuperação de uma coisa já perdida, de um esbulho já perpetrado<sup>61</sup>. Seus dois requisitos são a proximidade temporal decorrente da expressão “desde que o faça logo”, interpretando-se o indeterminado termo “logo” com significado de reação rápida, tomada no calor dos fatos, antes que o esbulhador tenha posse mansa e pacífica, que consolide o esbulho sem resistência; e o modo de exercício da autotutela, que deve contar apenas com os meios necessários e de forma moderada<sup>71</sup>.

Diferentemente desse regime do artigo 1.210, § 1º, o parágrafo único do artigo 249 liga a urgência ao conteúdo finalístico da relação obrigacional, entendida de forma ampla e complexa: a autotutela é autorizada quando a mora ou recusa do devedor ameaça a sobrevivência da própria obrigação, que pode tornar-se inútil ou impossível, ou pode causar danos às partes além da alea alocada nos riscos do negócio. Nessa perspectiva, é importante lembrar, com Judith MARTINS-COSTA, que o adimplemento deve ser encarado como:

---

<sup>60</sup> Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

<sup>61</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo. Comentários aos Livro III do Código Civil – Direito das Coisas. In Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. 3. ed. – Barueri: Manole, 2009, p. 1133. <sup>71</sup> Idem. Ibidem.

“o cumprimento da prestação concretamente devida, presente a realização dos deveres derivados da boa-fé que se fizeram instrumentalmente necessários para o atendimento satisfatório do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às suas circunstâncias concretas.”<sup>62</sup>

Dai concluímos que a cláusula genérica de urgência prevista pelo parágrafo único do art. 249 do Código Civil deve ser preenchida fundamentalmente de acordo com a função social do negócio e a boa-fé objetiva: o interesse do credor socialmente protegido e eticamente responsável não pode ser ameaçado pela recusa ou mora do devedor, dentro de um contexto fático no qual a recusa ou mora do devedor ameaça a utilidade da prestação ou a higidez das partes caso haja o inadimplemento absoluto e a prestação se torne inútil ao credor.

Não se pode perder de vista, ainda assim, que não fica ao talante do credor escolher entre a execução específica com indenização em razão da mora, ou pela simples conversão para o equivalente da prestação em perdas e danos. É que o devedor “deve a prestação”. Na lição de Roxana Cardoso Brasileiro BORGES:

“se determinada obrigação foi convencionada, é porque é seu resultado específico que interessa ao credor, não lhe satisfazendo a sua substituição pela indenização das perdas e danos, devendo a relação obrigacional ser voltada para o adimplemento. (...) Desse modo, é possível afirmar, com base no parágrafo único do art. 395 do Código Civil, que nem mesmo o credor tem ampla liberdade para escolher entre a execução específica e a indenização das perdas e danos, mesmo diante da recusa do devedor, pois o devedor tem, além do dever, o direito de cumprir aquilo a que se obrigara, purgando a mora, se o resultado ainda for útil ao credo.”

Daí ser coerente a divisão estabelecida entre o *caput* e o parágrafo único do artigo 249 do Código Civil: naquele, privilegia-se a intermediação judicial para que se mantenha equilibrada a possibilidade de adimplemento – ainda que patológico em face da recusa ou mora – da obrigação, permitindo-se, primeiro, a purga da mora e, depois, requerimento do credor para que execute a obrigação de fazer à custa do executado, por si ou por terceiro (vide artigos 814 a 816 do Código de Processo Civil vigente); neste, tratando de um quadro fático que caracterize a urgência, será dispensada a

---

<sup>62</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O adimplemento e o inadimplemento das obrigações no novo Código Civil e o seu sentido ético e solidarista. *In* O novo código civil – homenagem ao Prof. Miguel Reale. Op. Cit.

intermediação judicial, para que o escopo do negócio e o interesse do credor não sejam fatalmente sacrificados, quando ainda seria possível satisfazê-los.

Flávio TARTUCE<sup>73</sup> apresenta dois precedentes de tribunais estaduais, que permitem uma incursão casuística sobre a avaliação jurisdicional sobre o critério de urgência:

- i. No julgamento do Recurso Cível nº 47289-79.2013.8.21.9000, a Terceira Turma Recursal do Colégio Recursal do TJRS entendeu que não restou caracterizada a urgência quando uma parte executou serviços a que outra estava obrigada a partir de uma transação judicial pretérita; entendeu a turma que não foi demonstrada a urgência, diante do que a satisfação da obrigação pela própria parte credora, sem a intermediação do judiciário, satisfaz a obrigação e não gerou título executivo, devendo a demanda ser manejada por meio de processo de conhecimento para fins de indenização.<sup>74</sup>
- ii. No julgamento do Agravo de Instrumento nº 2062876-06.2013.8.26.0000, a Décima Câmara de Direito Privado do TJSP entendeu que a realização, pelo devedor, de reparos nas infiltrações observadas em um apartamento afastava a alegada situação de mora que fez o juiz autorizar a contratação de terceiros para realizar os reparos, diante do que foi provido o recurso de agravo para reformar a decisão de primeiro grau, permitindo-se que o devedor cumprisse as obrigações, e não um terceiro.<sup>75</sup>

<sup>73</sup>

O Novo CPC e o Direito Civil. Op. cit., p. 230-232

<sup>74</sup>

**EMENTA:** DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS. TÍTULO EXECUTIVO. AUSÊNCIA. NULIDADE. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA FUNDADA EM ACORDO ONDE O DEVEDOR ASSUMIU OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO DE PAGAR A QUANTIA EXIGIDA. CREDOR QUE MANDA EXECUTAR O FATO SEM INGRESSAR EM JUÍZO. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. ART. 249, § ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE TOMAR O VALOR DO RESSARCIMENTO PRETENDIDO COMO LÍQUIDO E CERTO PARA AMPARAR A EXECUÇÃO, SEJA PORQUE DESPROVIDO DE QUALQUER PROVA, SEJA PORQUE NÃO RESULTOU DE CONVERSÃO FEITA PELO JUÍZO NO DEVIDO PROCESSO LEGAL. RESSARCIMENTO QUE DEPENDE DE VERIFICAÇÃO EM PROCESSO DE CONHECIMENTO. MULTA DIÁRIA PREVISTA NO ACORDO QUE NÃO SE MOSTRA LÍQUIDA E CERTA, DIANTE DA CONFESSADA RECUSA DA CREDORA EM PERMITIR O ACESSO DOS FUNCIONÁRIOS DA RECORRENTE QUE PARA LÁ SE DESLOCARAM A FIM DE EXECUTAR A OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE DE LEVANTAMENTO DA IMPORTÂNCIA DEPOSITADA EM FAVOR DA RECORRIDA, EIS QUE DECLARADA INCONTROVERSA PELO DESPOSITANTE. PREJUDICADO O RECURSO. EXECUÇÃO EXTINTA DE OFÍCIO. (Recurso Cível Nº 71004709515, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Cleber Augusto Tonial, Julgado em 24/07/2014)

<sup>75</sup>

CONDOMÍNIO. Agravo de instrumento contra a decisão, que, em demanda cominatória, autorizou a proprietária a contratar, a expensas do Condomínio, os serviços necessários ao reparo dos vazamentos ocorridos em seu imóvel.

Embora exista indicativo de que o agravante não realizou adequada manutenção da área comum do Condomínio, certo é que, após a propositura da presente demanda, o Condomínio não se manteve inerte. Tanto é assim que o perito confirmou a adequação dos primeiros reparos, que, entretanto, não foram suficientes para a solução da infiltração em virtude de novas causas supervenientes (telhas desalinhadas e oxidação do duto de extravasamento da caixa d'água), noticiadas no transcorrer da demanda.

Diante deste cenário, não se evidencia mora a facultar à agravada a realização de reparos, "às suas expensas e por sua conta", com reembolso posterior pelo Condomínio. Tampouco se vislumbra caso de urgência, nos termos do disposto no art. 249, do Código Civil. Nessas condições, melhor que a tutela seja cumprida pelo próprio agravante.

### **3.1.3 Custeio da substituição do devedor e cumulação da indenização**

No que toca ao custeio da execução da obrigação por terceiro ou pelo credor, vigora na legislação atual a mesma diretriz de que o devedor é responsável pelo adimplemento, ainda que indiretamente. Na hipótese de um contrato bilateral, por exemplo, à contrapartida que recebeu corresponde a prestação prometida, dentro da qual se pode pensar nos custos cobertos pela remuneração ou retribuição dada pelo credor. Como a execução da obrigação pelo credor ou por terceiro importará em novo dispêndio, seja para adquirir insumos ou mão de obra no caso de execução pelo credor, seja para remunerar um terceiro, é natural que, do ponto de vista material, o credor terá direito a ser ressarcido desses custos, o que atende à vedação ao enriquecimento ilícito do devedor e ao princípio da responsabilização patrimonial.

Disse Clóvis V. do COUTO E SILVA, sobre o art. 881 do Código Civil de 1916, que "nasce, ao credor insatisfeito com a recusa ou mora do devedor e, satisfeito com o ato praticado pelo alter com o execução contra o primitivo devedor, o direito a cobrar daquele o que houver pago."<sup>76</sup> A regra de ressarcimento, repetida pelo atual artigo 249, implica em ser imputável ao devedor todo o custo decorrente da solução através do terceiro ou pelas mãos do próprio credor. Trata-se de uma imputação objetiva decorrente da responsabilidade do devedor pelo adimplemento, inclusive nas perdas e danos decorrentes da mora ou recusa.

Com efeito, o artigo 249 também inovou positivamente o regime do inadimplemento das obrigações de fazer quando afastou a escolha entre execução específica e perdas e danos, e cumulou as duas coisas: a prestação poderá ser executada in natura, pelo credor ou por terceiro, e em paralelo poderá ser cobrada a

Agravo interno contra decisão que deferiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento. Interposição com fundamento no art. 557, § 1º- A, do Código de Processo Civil. O exame das razões recursais restou prejudicado diante do julgamento do agravo de instrumento que ensejou o presente recurso. Não cabe o agravo interno contra a decisão do relator que indefere a tutela recursal ao agravo de instrumento (art. 527, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

Recurso parcialmente provido apenas para afastar o deferimento da tutela no ponto em que se autorizou a agravada a contratar, a expensas do agravante, os serviços necessários ao reparo dos vazamentos e infiltrações do Condomínio, que deve cumprir a tutela ratificada na sentença. Agravo regimental não conhecido.

(Relator(a): Carlos Alberto Garbi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 11/03/2014; Data de registro: 12/03/2014) <sup>76</sup> A Obrigação como processo. Op. Cit., p. 167.

indenização em face da mora ou recusa. No regime do Código Civil de 1916, as perdas e danos eram uma opção que excluía a execução específica por meio de um terceiro ou pelo próprio credor.

### **3.2 O tratamento da matéria no Novo Código de Processo Civil**

Como acima já aludido, o Código Civil trata da matéria a partir do art. 814 (Seção I – Disposições Comuns às obrigações de fazer e não fazer, seguida da Seção II – Da obrigação de Fazer, contida no capítulo III – Da execução das obrigações de fazer ou de não fazer, localizada no Título II - das diversas espécies de execução, que está no título I da execução em geral do livro II - Do processo de execução ).

É óbvio que o procedimento do Código de Processo Civil está reservado à hipótese do caput do artigo 249, tendo em vista a participação do Juiz. O ressarcimento decorrente da autotutela do parágrafo único do dispositivo fica relegado à execução por quantia certa.

Dito isso, importa reconhecer, pelos primeiros dispositivos da lei adjetiva, que, como dito acima, o credor não tem total liberdade entre a execução específica ou a conversão em perdas e danos: logo na regra geral presente no art. 814, o CPC determina que “ao despachar a inicial, o juiz fixará multa por período de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.”<sup>63</sup> E já no artigo 815, que trata das obrigações de fazer, o CPC estabelece que o executado será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz lhe designar, se outro não estiver determinado no título

---

<sup>63</sup> Art. 814. Na execução de obrigação de fazer ou de não fazer fundada em título extrajudicial, ao despachar a inicial, o juiz fixará multa por período de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.

executivo.”<sup>64</sup> Vale, aqui, a consideração feita acima, segundo à qual o devedor tem o direito à purgação da mora, seja no prazo fixado pelo juiz, seja no prazo fixado no título. Tal faculdade – a de purgar a mora – não é uma benesse, pois está acompanhada pela obrigatória fixação da multa pelo descumprimento.

Como ensinam Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO, a multa coercitiva constitui técnica de pressão “psicológica”, e deve ser fixada em valor elevado – “desproporcional ao valor da prestação exigida pelo credor – exatamente para fazer com que o devedor opte pelo cumprimento da obrigação e não pelo pagamento da multa”.<sup>65</sup> Afinal, o processo executivo, espelhando o processo obrigacional, visa o adimplemento, e não a gratuita e despropositada oneração da situação do devedor, já em mora.

Se o devedor, citado, não purgar a mora, o credor poderá pedir a conversão da obrigação em perdas e danos. Nesse caso, o procedimento para apuração do quantum seguirá o procedimento de liquidação de sentença (CPC, art. 509) e, na sequência, de execução por quantia certa, sendo desnecessário o ajuizamento ou conversão em ação de conhecimento.

O credor poderá requerer expressamente a execução da obrigação por meio de terceiro, como diz o art. 817: Se a obrigação puder ser satisfeita por terceiro, é lícito ao juiz autorizar, a requerimento do exequente, que aquele a satisfaça à custa do executado”. Depende, portanto, de requerimento expresso do credor, sobre o qual o juízo fará uma avaliação de cabimento. Deferindo, defendem Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO que o Juiz nomeará alguém de sua confiança mas, diante de tanta diversidade na qualificação e variedade dos serviços e atividades que podem ser objeto desse tipo de execução, é razoável que o Magistrado permita ao credor, e até mesmo ao devedor, indicarem o terceiro ou se pronunciarem a respeito, aplicando-se à avaliação dessas manifestações todo o regramento respeitante à boa fé objetiva e à lealdade processual.

Em verdade, como reconhece Flávio TARTUCE, a disciplina anterior, presente no art. 634 do CPC/1973, era por demais complicada, pois previa uma complexa

---

<sup>64</sup> Art. 815. Quando o objeto da execução for obrigação de fazer, o executado será citado para satisfazê-la no prazo que o juiz lhe designar, se outro não estiver determinado no título executivo.

<sup>65</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil, V. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 95.



licitação privada, com participação de peritos, debates, impugnações. O reajuste do Novo Código do Processo Civil veio suprimir essa complexa e contraproducente concorrência pública. Traz o autor a lição de Glauco Gumerato Ramos, a seguir transcrita:

“Verificando o juiz que a obrigação de fazer é passível de realização por terceiro, haverá dilação probatória onde caberá ao próprio exequente – apesar do silêncio do dispositivo – trazer aos autos eventuais propostas de terceiros interessados na prestação do respectivo fato. E como isso ocorrerá? Por exemplo, poderá ser através de apresentação, pelo exequente, de alguns orçamentos fixados pelos terceiros eventualmente interessados, não sendo descartada a possibilidade de até mesmo o executado apresentar os orçamentos. O que o art. 634 reformado parece não querer mais e que se publiquem editais, ou mesmo que se proceda a qualquer outra formalidade convocatória, o que atentará contra o princípio da celeridade (art. 5, LXXVIII, da CF) e aumentaria o custo financeiro do processo. Diante das propostas elaboradas, o juiz estabelecerá o contraditório e deliberará no sentido de aprovação de uma delas, que necessariamente não precisará ser a mais barata se eventualmente não for essa a melhor proposta para atender o exato cumprimento da obrigação. Essa decisão poderá ser impugnada por intermédio de recurso de agravo, sujeitando-se o curso do processo às consequências daí advindas. Aprovada a proposta pelo juiz, caberá ao exequente adiantar as quantias nela previstas para que então o terceiro realize o fato (art. 634, parágrafo único). As quantias adiantadas pelo exequente serão por ele cobradas através do rito previsto para execução de quantia certa (art. 646 e ss.)”<sup>66</sup>

Escolhido o terceiro e aprovada sua proposta, o credor tem o direito de preferência para execução da atividade sob sua direção e vigilância, devendo executá-lo no prazo de 05 (cinco) dias a partir da aprovação (CPC, art. 820 e parágrafo único). Exercido, elaborará planilha de custos ou relatório que será submetido a procedimento de liquidação, seguindo-se a execução por quantia certa.

Escolhida a execução por terceiro, o exequente credor será instado a adiantar os custos. Nesse ponto, concordamos com Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO quando criticam o Código de Processo Civil em manter a mesma disciplina do CPC 73, que pede ao credor seja antecipados os custos como condição para a execução. Para além do fato de já ter sido prejudicado pelo inadimplemento, e de assumir o risco de haver um cumprimento defeituoso ou

---

<sup>66</sup> GUMERATO RAMOS, Glauco. Reforma do CPC 2. São Paulo: RT, 2007, p. 177-179. *Apud* TARTUCE, Flávio. O Novo CPC e o Direito Civil. Op. cit., p. 233-234.

incompleto, a circunstância de já se poder responsabilizar o devedor pela atividade deveria autorizar que o devedor fosse intimado para adiantar os custos, sob pena de arresto de bens ou numerário em garantia do pagamento do serviço ao terceiro.

Finalizando, cabe compreender que, consoante o artigo 818, realizada a prestação, o juiz ouvirá as partes no prazo de dez dias e, não havendo impugnação, considerará satisfeita a obrigação, seguindo-se a execução por quantia certa após liquidarem-se e eventualmente compensarem-se as verbas devidas pelo devedor.

Vale dizer que essa finalização será pautada pela regra do artigo 187 do Código Civil, para coibir o abuso de direito e evitar que o credor se aproveite da supremacia do seu interesse para agravar desarrazoadamente a situação do devedor.

#### 4. Pesquisa de jurisprudência

Com vistas uma avaliação sobre como os tribunais têm se comportado em vista do regime instituído pelo artigo 249 do Código Civil, faz-se necessário investigar, ao menos superficialmente em vista das limitações do presente trabalho e da metodologia empregada, as soluções dadas para interpretar o termo “urgência” presente no parágrafo único do sobredito artigo. Limitamos a abrangência da pesquisa selecionando apenas alguns Estados. A pesquisa é livre e meramente exemplificativa da casuística: Traremos o texto da ementa de cada julgado, seguido de um breve comentário sobre os aspectos convergentes ou divergentes em relação à abordagem desenvolvida pelo presente trabalho.

**Julgado 1.** Ementa: COBRANÇA. Prestação de serviços de medicina diagnóstica. Obrigação de manutenção do equipamento que incumbia à contratada. Reparos e realizados pela contratante. Contratada que pretende cobrar valor integral da prestação de serviços sem desconto dos valores gastos com os reparos. Inteligência do artigo 249, parágrafo único do Código Civil Credor que, mediante urgência no cumprimento da obrigação de fazer, pode mandar executá-la, sendo depois ressarcido pelos gastos incorridos. Hipótese à qual se aplicam os artigos 368 e seguintes do Código Civil. Compensação de valores devidos que é direito do devedor. Valores a serem compensados que, contudo, limitam-se às despesas efetivamente comprovadas nos autos. Apelação parcialmente provida (Apelação nº 0009001-77.2012.8.26.0296, 33ª Câ. Dir. Priv., Rel. Sá Moreira de Oliveira, j. 18/05/2015).

**Comentário:** o julgado aplica o parágrafo único do art. 249 dentro de um quadro fático no qual a urgência seria “presumível”, ante à necessidade de manutenção dos equipamentos, que não vinha sendo feita pela parte responsável. Embora não haja menção explícita por parte da fundamentação do julgado, pode-se interpretar a urgência no caso como a necessidade de evitar a paralização dos serviços de diagnósticos prestados, visto que a parte responsável não o estava fazendo, o que significa a proteção do negócio e do seu escopo, que é garantir a prestação de serviço

de diagnóstico por meio de contratos auxiliares. Em um segundo plano, a realização dos reparos sem autorização judicial também demonstrou compatibilidade com a boa-fé objetiva, tendo em vista que a parte não esperou a deterioração do objeto do contrato para pedir perdas e danos pelo inadimplemento, mas tomou a iniciativa de reparar as máquinas e permitir a sequência do contrato, ainda que tenha sido necessário realizar a compensação de valores devidos.

**Julgado 2.** APELAÇÃO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – Contrato de aquisição de móveis planejados – MULTA COMINATÓRIA – O valor da multa cominatória deve ser suficiente para coagir o devedor, uma vez que possui caráter inibitório, sob pena de ineficácia da medida – LIMITE DAS "ASTREINTES" – Eventual limite para o valor teria por escopo evitar possível onerosidade exorbitante, todavia, tal finalidade já é assegurada pelo art. 461, § 6º do CPC – AFASTAMENTO – Referido teto tornou ineficaz ordem judicial exarada no sentido de obrigar as rés a arcarem com a obrigação pactuada – EXECUÇÃO ÀS CUSTAS DO DEVEDOR – Havendo recusa ou mora do devedor, cabível a execução da obrigação pelo autor, para posterior ressarcimento – Desnecessidade de ajuizamento de demanda própria para buscar o reembolso de tais valores, mormente quando existente autorização expressa pelo Juízo singular – Recurso provido.

(Apelação 0001712-37.2013.8.26.0562 Relator(a): Hugo Crepaldi; Comarca: Santos; Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 03/03/2016; Data de registro: 04/03/2016).

**Comentário:** no caso retratado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que o juiz de primeiro grau, por ter autorizado que o contratante realizasse a montagem de móveis à custa do devedor, deveria manter na mesma ação a pretensão de ressarcimento, a ser aferida em sede de liquidação, sendo desnecessário o ajuizamento de ação autônoma. Não houve discussão sobre a urgência, uma vez que houve autorização judicial para que o credor do contrato procedesse com a satisfação de parte da obrigação consistente na montagem dos armários.

**Julgado 3:** TUTELA ANTECIPADA INDENIZAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO Atraso na entrega do imóvel Alegação de que, procedida a vistoria para a entrega, esta não pode se dar por apresentar a unidade vários defeitos Pretensão a que seja permitida ao adquirente a realização das reformas listadas por ocasião da vistoria (art. 249 do Código Civil) Pretensão antecipatória não coincidente com o pedido principal a ser atendido a final Impossibilidade Contrato, ademais, que não prevê obrigação de fazer, mas de entregar coisa certa Decisão que nega a antecipação, mantida. Agravo não provido.

(Agravo de Instrumento 0239302-38.2012.8.26.0000. Relator(a): João Carlos Saletti; Comarca: Barueri; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 27/11/2012; Data de registro: 29/11/2012)

**Comentário:** no caso em tela, o juiz autorizou em sede de tutela antecipada que o credor realizasse obras relativas à segurança dos edifícios e segurança dos transeuntes, mediante caução. Ao julgar o recurso, o Tribunal convalidou a sentença e confirmou que, quanto a estes reparos já realizados, a ação seria convertida em perdas e danos, a serem liquidados oportunamente. Interessante que o critério de urgência, neste caso, esteve mais ligado ao cuidado em evitar danos ao objeto do contrato e a pessoas, o que importaria em agravar as obrigações do devedor.

**Julgado 4:** Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS. TÍTULO EXECUTIVO. AUSÊNCIA. NULIDADE. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA FUNDADA EM ACORDO ONDE O DEVEDOR ASSUMIU OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO DE PAGAR A QUANTIA EXIGIDA. CREDOR QUE MANDA EXECUTAR O FATO SEM INGRESSAR EM JUÍZO. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. ART. 249, § ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE TOMAR O VALOR DO RESSARCIMENTO PRETENDIDO COMO LÍQUIDO E CERTO PARA AMPARAR A EXECUÇÃO, SEJA PORQUE DESPROVIDO DE QUALQUER PROVA, SEJA PORQUE NÃO RESULTOU DE CONVERSÃO FEITA PELO JUÍZO NO DEVIDO PROCESSO LEGAL. RESSARCIMENTO QUE DEPENDE

DE VERIFICAÇÃO EM PROCESSO DE CONHECIMENTO. MULTA DIÁRIA PREVISTA NO ACORDO QUE NÃO SE MOSTRA LÍQUIDA E CERTA, DIANTE DA CONFESSADA RECUSA DA CREDORA EM PERMITIR O ACESSO DOS FUNCIONÁRIOS DA RECORRENTE QUE PARA LÁ SE DESLOCARAM A FIM DE EXECUTAR A OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE DE LEVANTAMENTO DA IMPORTÂNCIA DEPOSITADA EM FAVOR DA RECORRIDA, EIS QUE DECLARADA INCONTROVERSA PELO DESPOSITANTE. PREJUDICADO O RECURSO. EXECUÇÃO EXTINTA DE OFÍCIO. (Recurso Cível Nº 71004709515, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Cleber Augusto Tonial, Julgado em 24/07/2014).

**Comentário:** no caso em tela, o credor detinha um acordo judicial pelo qual o devedor se comprometera a realizar reparos e pinturas na parede da residência do credor. A Turma Recursal entendeu que o acordo era um título executivo de uma obrigação de fazer, e que não houve urgência a autorizar que o credor fizesse os reparos sem autorização judicial. Em o fazendo, satisfaz a obrigação, mas não converteu sua pretensão de obrigação de fazer em ressarcimento automático, tendo que entrar com ação de conhecimento para cobrar o valor dos reparos e pinturas.

**Julgado 5:** Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DESAPROPRIAÇÃO. INSTALAÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA. APELAÇÃO DA PARTE RÉ. PARCIAL CONHECIMENTO. REASSENTAMENTO. INABITABILIDADE DA CASA CONSTRUÍDA PELA EMPRESA DESAPROPRIANTE. OBRIGAÇÃO DE FAZER ESTABELECIDADA NO JULGADO. FIXAÇÃO DE PRAZO PELO JUÍZO A QUO. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA EM CASO DE ATRASO. DESNECESSIDADE. ARTIGO 249 DO CPC. MANUTENÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO EXTRAPATRIMONIAL E DO RESPECTIVO QUANTUM. 1. Não merece conhecimento a apelação na parte em que ataca provimento favorável ao pedido, contido na sentença recorrida. Ausência de interesse recursal. 2. Questão derivada de desapropriação decorrente de edificação de usina hidrelétrica. Obrigação da parte desapropriante de edificar residência na área destinada à parte autora porque o imóvel apresentou vícios de construção que lhe impuseram inabitabilidade, cumpridamente comprovada em laudo pericial. 3.

Desnecessidade de fixação de multa por descumprimento da obrigação de fazer, considerando haver a sentença assegurado o resultado prático equivalente ao do adimplemento pela parte ré, na forma do artigo 249 do Código Civil. 4. Prazo para o término do cumprimento da obrigação fixado em nove meses, observado o tempo de construção da anterior moradia e suas características de simplicidade, bem como os parâmetros para a construção orientados na perícia. 5. Cabimento da indenização por dano extrapatrimonial, consideradas as circunstâncias do caso específico conforme a sentença recorrida, vista a condição da parte autora, pessoa com retardo mental. Impossibilidade de residir na nova casa em companhia do irmão, portador de deficiência similar. 6. Manutenção do valor arbitrado. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PROVIDA PARCIALMENTE. APELAÇÃO DA PARTE RÉ PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA, DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70046423448, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Luiz Reis de Azambuja, Julgado em 28/11/2012).

**Comentário:** No caso dos autos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afastou a necessidade de fixação de multa diária para efetivação das obrigações de fazer (reparos em uma casa), tendo em vista que a sentença já deu um prazo para que o devedor o fizesse, autorizando automaticamente, caso esvaído o prazo, que o credor realizasse os reparos através de terceiro, à custa do devedor.

**Julgado 6:** EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO. CONDENAÇÃO EM OBRIGAÇÃO DE FAZER EM OUTRA AÇÃO. LITISPENDÊNCIA. OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS. URGÊNCIA NA REALIZAÇÃO DA OBRA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 249, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL E 633 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

I - Ocorrerá litispendência quando uma ação for idêntica à outra já em trâmite, possuindo as mesmas partes, causa de pedir e pedido.

II - Se os pedidos nas ações visarem à mesma prestação jurisdicional haverá litispendência.

III - Se a parte ré já houver sido condenada em obrigação de fazer, concernente ao reparo de fachada de edifício e o credor for obrigado a realizar a obra por conta

própria devido à mora do devedor e à urgência da medida, a fim de evitar danos a terceiros, a obrigação de fazer deverá ser convertida em obrigação de dar valor certo, não sendo medida cabível o ajuizamento de ação de ressarcimento de danos.

IV - Acolher a preliminar de litispendência para julgar extinto o processo. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.12.209367-7/001, Relator(a): Des.(a) Vicente de Oliveira Silva , 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/02/2015, publicação da súmula em 13/02/2015).

**Comentário:** neste caso, o credor ajuizou uma ação para exigir o cumprimento das obrigações de fazer (reparos em fachada de edifício), no decorrer da qual se viu premido a realizar reparos, cujo custo foram objetos de uma nova ação de ressarcimento. O Tribunal entendeu que não deveria ter entrado com uma nova ação, mas apenas transformado a pretensão da obrigação de fazer em ressarcimento, com fundamento no artigo 249 do Código Civil. Daí o reconhecimento da litispendência.

**Julgado 7:** Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. INSTALAÇÃO DE PISCINA E CONSTRUÇÃO DE DECK. INEXECUÇÃO DO SERVIÇO CONTRATADO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECONVENÇÃO. CONDENAÇÃO DO AUTOR/RECONVINDO AO PAGAMENTO INTEGRAL DO PREÇO AJUSTADO. INSURGÊNCIA DO DEMANDANTE. ILEGITIMIDADE PASSIVA DAS FABRICANTES. PREJUÍZOS PAUTADOS NA MÁ EXECUÇÃO DO SERVIÇO. AUSÊNCIA DE VÍCIO NO PRODUTO. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO PRESTADOR DO SERVIÇO. DECISÃO MANTIDA. "Não debatendo a causa a respeito de vício oculto no produto, originário (defeito de fábrica), não se pode imputar responsabilidade ao fabricante. Dessa feita, escoreita a exclusão da empresa fabricante do polo ativo da demanda." (Agravo de Instrumento n. 2011.023841-4, de Blumenau, rel. Des. Stanley da Silva Braga). MÉRITO. DANOS MATERIAIS. RESSARCIMENTO DOS VALORES DESEMBOLSADOS PARA O TÉRMINO DA INSTALAÇÃO DA PISCINA E CONSTRUÇÃO DO DECK. COMPROVANTES ACOSTADOS AOS AUTOS QUE NÃO COMPÕEM O NUMERÁRIO APONTADO PELO AUTOR. MANUTENÇÃO DO VALOR DA SENTENÇA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO A TÍTULO



DE ENTRADA E DE DECLARAÇÃO DA INEXIGIBILIDADE DOS CHEQUES ENTREGUES EM PAGAMENTO DO SALDO. INVIABILIDADE, SOB PENA DE MANIFESTO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO AUTOR, QUE TERIA A PISCINA SEM NADA PAGAR. HIPÓTESE QUE SE AMOLDA À EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER POR TERCEIRO (ART. 249 DO CC). RÉU/DEVEDOR QUE DEVE RESSARCIR AS DESPESAS DECORRENTES DA REALIZAÇÃO DO FATO PELO TERCEIRO, SEM QUE O CREDOR DA OBRIGAÇÃO FIQUE EXONERADO DE CUMPRIR A SUA PARTE. SENTENÇA MANTIDA. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. MERO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. FATOS INCAPAZES DE GERAR ABALO ANÍMICO. Como sabido, o inadimplemento contratual gera o dever de reparar os danos materiais. Para desaguar em danos morais, entretanto, deve o interessado comprovar que o descumprimento veio acompanhado de um plus censurável, extravagante, causador de inegável ofensa à personalidade. Não se desincumbindo a parte autora do ônus de demonstrar a ocorrência de situação extraordinária, causadora de indviduosas sequelas, o afastamento do dano anímico é medida que se impõe. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.074000-1, da Capital - Continente, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 16-04-2015).

**Comentário:** embora não tenha tratado sobre a urgência, no caso tratado no julgado acima o Tribunal de Justiça de Santa Catarina impediu que o autor pleiteasse a devolução de todo o valor pago pelo serviço, pois parte dele foi prestado. Como a ação pretendia a obrigação, e não a resolução, o autor foi condenado, em reconvenção, a efetuar o pagamento faltante, de modo que o cumprimento da obrigação por terceiro e o ressarcimento devido pelo devedor não pode importar no enriquecimento ilícito do credor.

## 5. Conclusão.

O presente trabalho partiu da premissa de uma resposta jurisdicional para um problema comercial é antes uma variável acessória à saúde do mercado, e que,

portanto, tem sido ainda negativo o papel que o poder judiciário desempenha na economia, através da frustração do direito de ação através da morosidade e da burocracia. A partir dessa reflexão inicial, buscou-se estudar um instrumento simples, previsto no 249 do Código Civil e instrumentalizado pelos artigos 816 e seguintes do CPC/2015, que consiste na possibilidade de, afastando o devedor em mora ou inadimplemento, e desde que a prestação ainda seja útil, permitir que um terceiro cumpra a obrigação em aberto, ou mesmo ele, credor, o faça.

Viu-se que, aparentemente, a ciência jurídica brasileira parece exagerar em relação ao patamar que princípio da boa fé objetiva no direito civil ocupa junto à estrutura da obrigação. Vê-se uma sobrevalorização dos deveres de cooperação e proteção da confiança, ofuscando o interesse do credor por seus deveres de cooperação. Mas, com visto, é o interesse do credor que constitui o pilar do vínculo obrigacional, nascido da adoção de condutas que, protegidas socialmente, aperfeiçoam um negócio jurídico e fazem nascer uma obrigação. A força atrativa que tem o interesse das partes no adimplemento reforça a ideia de interesse contratual positivo como um fator de conservação do negócio jurídico que, de resto, só traz benefício ao tráfico, tendo em vista privilegiar a extinção do contrato pelo adimplemento, ou mesmo pela tutela do seu equivalente, se for o caso.

Mesmo a distinção entre obrigação de dar e fazer é já indicativa de que a compreensão da obrigação como estrutura ou processo tem implicações importantes no regime de cada tipo obrigacional, distinção essa que está pautada no interesse do credor socialmente protegido, ou seja, na natureza objetiva da obrigação assumida. Na obrigação de fazer, o núcleo da prestação está no interesse do credor em que uma ação ou comportamento atividade do devedor lhe traga algum benefício, podendo ter caráter *intuitu personae*, logo infungível, ou meramente material, fungível.

Na sociedade e na economia atuais, o caráter personalíssimo é exceção – ainda que cláusulas de exclusividade e pessoalidade tentem indicar o contrário. Afinal, o mercado está permeado de serviços e produtos em massa, de atividades e modelos de negócios copiados, reprisados, que se encaixam no cotidiano de maneira automática e incontornável. Daí a importância das obrigações de fazer fungíveis, na qual não ligação personalíssima do devedor com a prestação, permitindo-se que seja

ele substituído por um terceiro tão capaz quanto para desempenhar o encargo da obrigação, ainda que com eventual variação dos custos.

Nisso chegamos à razão de ser do artigo 249 do Código Civil de 2002, que autoriza ao credor, havendo mora e podendo o fato ser executado por terceiro, mandar executar a prestação à custa do devedor, ressarcindo-se dos custos para tanto e dos demais prejuízos decorrente do inadimplemento. Com mais força veio o parágrafo único do mesmo artigo 249, que, no caso de urgência, autoriza a execução do trabalho sem intervenção do judiciário. Autotutela, sim. Excepcionalmente admitida, rigorosamente controlada, *ex vi* do que dispõe o art. 345 do Código Penal.

A exceção da regra de obrigatoriedade da jurisdição, corolário do estado de paz social, do Estado Democrático de Direito, só muito raramente encontra exceções, sendo muito emblemático o instituto do desforço imediato para o caso de ameaça à posse, ou mesmo de esbulho (CC, art. 1.210). O parágrafo único do artigo 249 do Código Civil trata de uma das exceções: estando ausente, portanto, o caráter personalíssimo decorrente da especialidade ou expertise do devedor, ou de cláusula que estabeleça a infungibilidade, “será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível” (CC, art. 249).

Partindo da teoria da separação dos planos, e considerando a força do princípio *nemo praecise potest cogi ad factum*, pode-se conjugar (i) a proteção aos interesses do credor, que privilegia o adimplemento como polo de atração do processo obrigacional, com (ii) a proteção à liberdade individual do devedor, que não pode ser obrigado fundamentalmente a prestar um fato ainda que se tenha obrigado livremente. Essa conjugação explica perfeitamente que a disciplina das obrigações de fazer fungíveis tem o significado garantir que as obrigações sejam finalmente satisfeitas ainda que haja mora ou recusa do devedor, sem que sua pessoa seja ameaçada. A recusa ou mora do devedor não pode impossibilitar em absoluto a plena satisfação do interesse do credor socialmente protegido.

A autotutela em si não foi inaugurada pelo parágrafo único do art. 249 do Código Civil, pois firme doutrina já a admitia ainda sob a égide do Código de 1916, como por

exemplo PONTES DE MIRANDA<sup>67</sup>. Como foi visto, o Código Civil de 2002 não deixa dúvidas em relação à conclusão de que, via de regra, o credor é obrigado a ajuizar a ação de execução de obrigação de fazer, salvo se caracterizada *urgência*. Como esse é o termo mais sensível a autorizar o uso da autotutela o trabalho tentou aproximar o preenchimento do seu conteúdo à noção de risco concreto de perecimento da utilidade do processo, de esvaziamento do conteúdo da obrigação. **Ora, o critério da urgência pode ser delimitado basicamente por duas hipóteses gerais de caracterização de risco iminente: (i) haverá urgência quando a mora ou recusa em prestar gere risco concreto de perecimento do interesse do credor na prestação, em sua utilidade para fins de preenchimento da função do negócio; (ii) haverá também urgência quando a mora ou a recusa ao dever de prestar gere risco de danos e prejuízos para além dos decorrentes do mero inadimplemento, ou seja, de danos relevantes.** Em outras palavras, **manter a utilidade da prestação para o credor, considerando seu interesse socialmente protegido, e evitar a ocorrência de mais danos para além daqueles já decorrentes da mora ou da recusa, são critérios seguros para compreender e delimitar a noção de urgência utilizada no parágrafo único, do artigo 249 do Código Civil.** Deve ser lembrado que o devedor tem o direito de purgar a mora, o que justifica a obrigatoriedade de ajuizamento da ação quando ausente a urgência.

Naturalmente, a hipótese de substituição do devedor fora das situações de urgência já exigia um tratamento especial por parte do Código de Processo Civil de 1973, e continuou a merecer com o Novo Código de Processo Civil. Nesse sentido, viu-se que a regra geral presente no art. 814 e parágrafo único, enquanto disposição comum aplicável às execuções das obrigações de fazer e não fazer, assegura que, fora da situação de urgência, a substituição do devedor por um terceiro ou mesmo a autorização para que o credor cumpra a obrigação não será automática. Privilegiase, ainda que com a fixação de multa pelo descumprimento da ordem judicial, a possibilidade de que a mora seja purgada pelo devedor. Deve-se concluir que nem mesmo o processo executivo pode descaracterizar o vínculo obrigacional: é preferível que as partes cumpram as respectivas obrigações.

---

<sup>67</sup> V. supra, item 3.1.2.

Só depois da inércia do devedor em purgar a mora no processo executivo é que o credor requerer expressamente a execução da obrigação por meio de terceiro (CPC, art. 817) ou por mão própria. Em ambos os casos, deverá incidir fortemente o art. 187 do Código Civil, com vistas a evitar o cometimento de excessos desnecessários que agravem a posição do devedor. Não pode o credor deixar de cooperar em relação à posição jurídica do devedor, sob pena de ameaçar a legitimidade de suas ações e permitir questionamentos em relação ao equilíbrio do contrato, ao abuso de direito ou mesmo a cobrança dos prejuízos que venha a causar. **O credor não pode se aproveitar da supremacia do seu interesse para agravar desarrazoadamente a situação do devedor.**

Na casuística levantada no capítulo 4, foi possível verificar que há poucos exemplos do uso do art. 249 do Código Civil nas relações empresarias. São situações comuns: execução de obrigação de fazer consistente na prestação de serviços médicos/hospitalares, em que pacientes necessitam do serviço que contrataram e, em situação de urgência, autorizam que um terceiro proveja o serviço, cobrado em seguida da empresa contratada; danos em imóveis comprados após a transmissão da posse, tendo os proprietários que realizar reparos em razão de falhas ou defeitos na construção.

Ainda assim, analisando os julgados é possível concluir-se que, mesmo sem fazerem menção expressa, os julgadores: (i) pautam a avaliação do critério da urgência segundo o risco de perda da utilidade da prestação, de ocorrência de danos ao credor ou a terceiros; (ii) são rigorosos quanto à necessidade de pedir-se autorização judicial para proceder o credor com os reparos, havendo casos em que a ação do credor não foi referendada pelo Poder Judiciário, ficando, portanto, obrigado a ressarcir o devedor. Um olhar sobre os julgados também revela que, apesar de toda a importante disciplina decorrente da compreensão da obrigação como *processo* ou *estrutura*, o vocabulário referente às obrigações fungíveis – e conseqüentemente a aplicação dos conceitos a ela relacionados – permanece infenso às discussões sobre boa fé objetiva, deveres secundários e acessórios, e interesse socialmente protegido.

É a disciplina da autotutela e da substituição do devedor suficiente ao fluxo de negócios? Deveria haver maior ou menos controle?

No que toca à autotutela, que é a substituição do devedor pelo credor ou por terceiro sem a intermediação do judiciário, tal como disciplinada pelo parágrafo único do artigo 249 do Código Civil, podemos notar que a aplicação do dispositivo tem sido observado limites de razoabilidade quanto à configuração da urgência, mesmo que não haja uma aproximação com a teoria geral de Direito das Obrigações. A utilidade da prestação, a deterioração da coisa sobre a qual o *facere* se dará, ou a possível ocorrência de danos para as partes figuram como principais motivos a justificar a convalidação da autotutela. Ademais, o repasse dos custos a título de ressarcimento também não tem apresentado problemas.

A autorização judicial para substituição do devedor, disciplinada no art. 249 do Código Civil e procedimentalizada nos artigos 815 em diante, a nosso ver, tem o sentido material de uma *autotutela intermediada pelo judiciário*. É que o credor ou o terceiro que for apresentado e autorizado pelo juiz executará com as próprias mãos a execução. É o mesmo sentido da norma do parágrafo único, mas mitigada pela presença do judiciário. Sem diminuir a importante função do Estado como pacificador de conflitos – e a mora ou recusa em cumprir a obrigação é um conflito – e, mais importante, sem querer significar que a oportunidade de purgação da mora não deveria ser protegida como já o é, a leitura que fazemos da processualística que envolve a execução das obrigações fungíveis leva-nos a sentir a necessidade de dar mais autonomia ao pedido inicial da execução: talvez desse mais fluidez à solução dessa categoria de lides executivas a permissão expressa da lei processual no sentido de permitir ao exequente cumular com o pedido de purgação da mora o pedido de autorização automática para realização da obrigação de fazer caso, passado o prazo fixado pelo Juiz, o credor poderia desde já executar o reparo; ou autorizar que terceiro o fizesse, mediante a apresentação de prova préconstituída em relação a propostas e orçamentos.

Essa ideia – que visa dar maior proteção ao interesse objetivo da avença de que nasceu a obrigação – sugere a possibilidade de uma revisão da redação do art. 816, preferindo expressão similar à: “ao pedido de citação para purgação da mora, poderá o credor cumular requerimento para que seja autorizada a satisfação da obrigação; se a satisfação da obrigação puder ser realizada por terceiro, o credor deverá apresentar

prova pré-constituída que demonstre a natureza dos serviços, os valores envolvidos, e ao menos três propostas de orçamentos, para deliberação sumária do Juiz.

A conservação do negócio através do art. 249 do CC/2002 vem da possibilidade de maior fluidez e segurança jurídica, e melhor atendimento à função social ou à econômica do negócio. O interesse do credor define o regime jurídico da obrigação de fazer fungível. E Tendo em vista a função social desempenhada pelos atos negociais e contratos, o significado da disciplina das obrigações de fazer está em garantir que as obrigações sejam satisfeitas, ainda que haja mora ou recusa do devedor.

Se “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”<sup>68</sup>, devemos reconhecer que a possibilidade de solução imediata, ou mesmo mediata por uma intermediação moderada do Estado, não fere a situação jurídica vivenciada pelo devedor. Afinal, a situação de mora já autoriza o credor a pleitear a resolução do contrato, não sendo obrigado a submeter-se à execução específica. Optar por ela, portanto, tem o significado de pretender o credor obter o resultado prático ou útil que as partes se comprometeram a produzir. A substituição do devedor, assim, precisa ser tida como uma consequência mais natural: se a ausência do caráter *intuitu personae* é capaz até mesmo de autorizar a autotutela, sem qualquer interferência do Estado-Juiz, também deveria ser capaz de simplificar ainda mais os mecanismos processuais para execução da obrigação de fazer quando não haja a urgência.

Não à “autonomia individual”, sim “autonomia privada solidária”. Não à “judicialização”, sim à “desjudicialização”. Não ao exercício arbitrário da posição de credor ou devedor ou ao abuso de direito, sim à aplicação da boa fé objetiva e à razoabilidade nas relações obrigacionais e contratuais, sobretudo para os contratos empresariais que formam o mercado e que exigem do Estado, inclusive judiciário, mínima intervenção compatibilizada com apoio à simplificação das soluções contenciosas. Esse é o sentido que o presente trabalho viu nas reflexões que cercam o artigo 249 do Código Civil.

---

<sup>68</sup> PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Tomo XX, p. 151-152.





## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. **Lições de teoria geral das obrigações**. In Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. MARTINS-COSTA, Judith. FRADERA, Vera Maria Jacob de, organizadoras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 189-230.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ASSIS, Araken de. **Extinção do Contrato por Inadimplemento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Teoria Geral das Obrigações e da Responsabilidade Civil**. 11. Ed. – São Paulo: Atlas, 2008. – (Curso de Direito Civil).

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. **Comentários aos arts. 233 a 420 – Obrigações**. In PELUZO, Cezar. Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. 3. ed. – Barueri: Manole, 2014, p. 148-428.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Obrigações de fazer e de não fazer**. In Obrigações, LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore (coord.). São Paulo: Atlas, 2011.

FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRANCIULLI NETO, Domingos. MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Coordenadores. **O Novo Código Civil – Homenagem ao Prof. Miguel Reale**. 2. Ed, São Paulo: LTr, 2005.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **Vícios Do Produto E Do Serviço Por Qualidade, Quantidade E Insegurança. Cumprimento Imperfeito do Contrato**. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**. 2 Vols. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

LOPES, Otávio Brito. **As obrigações de fazer e de não fazer**. In O Novo Código Civil – Homenagem ao Prof. Miguel Reale. FRANCIULLI NETO, Domingos. MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Coordenadores. 2ª Ed, São Paulo: LTr, 2005, p. 224-228.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado. Vol. II – Direito das Obrigações**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Comentários aos Livro III do Código Civil – Direito das Coisas. In Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência. 3. ed. – Barueri: Manole, 2009

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**, 3 Vols., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERESSE CONTRATUAL. LUCROS CESSANTES. RESOLUÇÃO. INTERESSE POSITIVO E INTERESSE NEGATIVO. DISTINÇÃO ENTRE LUCROS CESSANTES E LUCROS HIPOTÉTICOS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO DANO. DANO MORAL E PESSOA JURÍDICA**. In, Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo. Lotufo, Nanni e Martins (org.). Atlas: São Paulo, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. **O adimplemento e o inadimplemento das obrigações no novo Código Civil e o seu sentido ético e solidarista**. In O Novo Código Civil – Homenagem ao Prof. Miguel Reale. FRANCIULLI NETO, Domingos. MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Coordenadores. 2ª Ed, São Paulo: LTr, 2005, p. 351-379.

MARTINS-COSTA, Judith. **Critérios para aplicação do princípio da boa fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais)**. In Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. MARTINS-COSTA, Judith. FRADERA, Vera Maria Jacob de, organizadoras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 189-230.

MARTINS-COSTA, Judith. FRADERA, Vera Jacob. **Estudos de Direito Privado e Processual civil – em homenagem a Clóvis do Couto e Silva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-Fé no Direito Privado – critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros, BARROS MONTEIRO, RALPHO WALDO DE. MONTEIRO FILHO, Ralpho Waldo de Barros. **Obrigação De Dar**. In O Novo Código Civil – Homenagem ao Prof. Miguel Reale. FRANCIULLI NETO, Domingos. MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Coordenadores. 2ª Ed, São Paulo: LTr, 2005. Páginas 198-223

PELUZO, Cezar. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. – Barueri: Manole, 2009

PINTO, Paulo Mota, **Interesse contratual negativo e interesse contratual negativo**. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. 2 Volumes.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Tomo XX.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. V. 2. Parte Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, Almiro do Couto. **Prefácio a “a obrigação como processo**. In Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. MARTINS-COSTA, Judith. FRADERA, Vera Maria Jacob de, organizadoras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 179-188.

SILVA, Clóvis V. do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: João Bushatsky, 1976.

SOMBRA, Thiago Luís. **Adimplemento contratual e cooperação do credor**. (Coleção professor Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotufo ) São Paulo: Saraiva, 2011.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil – Impactos, diálogos e interações**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Cecília Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição de República – 2ª ed**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. 2 Vols.. 10ª Ed. Coimbra: Almedina, 2008.