

D

a intransmissibilidade, *causa mortis*, das obrigações de prestação de fato.

Mário Luiz Delgado

Advogado e Doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor da Escola Paulista de Direito. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), do Instituto de Direito Civil Luso-Brasileiro (IDCLB) e do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Sumário

1. Introdução
 2. Conceito de obrigação
 3. Elementos constitutivos da obrigação
 4. Obrigações de prestação de coisa e obrigações de prestação de fato
 5. Dificuldades em se estabelecer uma distinção precisa entre obrigações de dar e de fazer
 6. Obrigações de fazer fungíveis e infungíveis
 7. Da extinção das obrigações de fazer pela morte do devedor
 8. As obrigações de prestar declaração de vontade
 9. Conclusão
- Bibliografia

1 Introdução

O objetivo deste artigo é investigar a possibilidade ou não de transmissão das obrigações de fazer, especificamente no que se refere à transmissão *causa mortis* da relação obrigacional. Falecendo o devedor, a obrigação de fazer se transmitiria a seus herdeiros ou sucessores? Poderia o credor habilitar-se no inventário, a fim de ver executada a obrigação? Ou a morte do devedor extinguiria o vínculo, sem que o credor possa reclamar perdas e danos, em aplicação analógica do que estabelece a parte primeira do artigo 248 do CC/2002?

A resposta a essas questões constitui o móvel do nosso estudo.¹

Sabemos ser regra geral que a obrigação de fazer pode ser executada pelo próprio devedor ou por terceiro à custa deste (art. 249, CC/2002), salvo quando a pessoa do devedor é eleita em atenção às qualidades que lhe são próprias, quando, por exemplo, contratam-se os serviços de um Advogado de nomeada ou encomenda-se determinado quadro a um pintor célebre, hipótese em que estaremos diante da chamada obrigação de fazer infungível.

O termo “obrigação” tem diversas acepções.

Entretanto, mesmo nas obrigações de fazer fungíveis, ou seja, aquelas que podem ser executadas por terceiro, parece-nos incabível a sua transmissão *causa mortis*, devendo-se considerar resolvida a obrigação com a morte do devedor. É o que tentaremos comprovar nos itens subseqüentes.

2 Conceito de obrigação

O termo “obrigação” tem diversas acepções, ora utilizado na linguagem corrente ora na linguagem jurídica.² E mesmo na linguagem jurídica o conceito de obrigação vai mudar de acordo com as teorias que o explicam, as quais podem ser resumidas, basicamente, em três grandes correntes: 1) doutrinas pessoalistas (a obrigação como direito a uma atividade humana); 2) doutrinas realistas (direito aos bens do devedor); e 3) doutrinas mistas.

O cerne das doutrinas pessoalistas, derivadas de Savigny, está no reconhecimento de uma feição pessoal na relação obrigacional,³ que vai resultar de “uma ligação entre pessoas ou sujeitos jurídicos, constituindo o vínculo uma relação entre devedor e pretensão, em suma, uma relação

entre duas vontades”.⁴ A obrigação é basicamente uma relação entre duas pessoas, tendo por objeto uma conduta do devedor. As duas principais características dessa doutrina, segundo Menezes Cordeiro, seriam reconhecer na obrigação “uma estrutura unitária, isto é, o analisar-se a obrigação num único vínculo jurídico; e uma feição pessoal, ou seja, o resultar, a obrigação, apenas da ligação entre pessoas ou sujeitos jurídicos”.⁵ A partir do pessoalismo surge, portanto, a idéia de obrigação como relação jurídica total e unitária. Essa é a concepção teórica clássica de obrigação (teoria unitária ou monista).

As doutrinas realistas, surgidas a partir de Brinz, que reagiu ao pessoalismo de Savigny,⁶ viam na obrigação simplesmente um direito do credor ao patrimônio do devedor. No lugar de traduzir uma relação entre pessoas, a obrigação seria uma relação entre patrimônios. Essas teorias não

1. Não constitui objeto deste artigo a análise de todas as hipóteses em que seja cabível ou incabível a transmissão da obrigação de fazer, mas tão-somente as hipóteses de transmissão por sucessão hereditária, o que pressupõe que o devedor seja pessoa física. Se o devedor for pessoa jurídica e ocorrer sucessão, como nos casos em que uma empresa é adquirida por outra, ter-se-á, como regra geral, que a adquirente responderá pelo passivo da adquirida. Entretanto, essa discussão foge ao objeto do nosso estudo.

2. A palavra “obrigação” é freqüentemente empregada em sentido muito amplo. Na vida das pessoas em sociedade existem obrigações de naturezas diversas: religiosas, morais, sociais e jurídicas. Na seara jurídica, em primeiro lugar, surge a obrigação geral de obediência às leis, de submissão ao Direito vigente. Depois surgem as obrigações particulares, decorrentes do estado jurídico em que se encontra o indivíduo, como os deveres entre os cônjuges ou entre pais e filhos, que devem ser observados por imposição da ordem jurídica. Finalmente, aparece a obrigação no sentido de relação vinculante entre pessoas, derivada de um fato particular e concreto, que pode acontecer ou não. A Doutrina convencionou chamar de “deveres” as três primeiras, reservando o termo “obrigação” para a última (cf. Daniel Peñailillo Arévalo, *Obligaciones. Teoría general e clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 75).

3. Para os fins deste artigo, utilizaremos os termos “obrigação” e “relação obrigacional” como sinônimos.

4. Judith Martins-Costa, *Comentários ao novo Código Civil, vol. V, t. I: dos direitos das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 13.

5. Antônio Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, AAFDL, 2001, pp. 177-178.

6. Cf. Antônio Menezes Cordeiro, *op. cit.*, p. 181.

obtiveram guarida doutrinária e hoje são consideradas superadas.

As doutrinas mistas, por sua vez, são aquelas que não adotam, de forma absoluta, nenhuma das teorias expostas anteriormente, mas aproveitaram elementos de ambas, para construir uma terceira via. Dentre as doutrinas mistas, merece destaque a doutrina dualista, também chamada doutrina da *Schuld und Haftung*. Os partidários dessa corrente bipartem a relação jurídica obrigacional em duas sub-relações – a de “débito” e a de “responsabilidade” *Schuld und Haftung*.⁷ Ou seja, a relação obrigacional seria composta por duas obrigações distintas: uma de índole pessoal (débito), por força da qual o devedor se obriga a uma determinada conduta, e a outra de natureza patrimonial, que seria a responsabilidade e consistiria na sujeição do patrimônio do devedor por meio da execução.⁸ Essas duas obrigações seriam facilmente dissociáveis,⁹ uma vez que tanto poderia existir débito sem responsabilidade (é o caso da obrigação natural, cujo cumprimento não seria judicialmente exigível e em que se vislumbraria um devedor não-responsável); como

responsabilidade sem débito (no penhor ou na hipoteca em garantia de dívida de terceiro e na fiança, na qual identificaríamos um responsável sem dívida).¹⁰ Acrescenta, ainda, Fábio Konder Comparato,¹¹ citado por Renan Lotufo, que, na sub-relação de índole pessoal (relação débito-crédito), há um plano de igualdade entre credor e devedor, posto que situada no domínio da vontade e da liberdade. Já na responsabilidade decorrente do inadimplemento, o equilíbrio deixa de existir, o devedor inadimplente fica em sujeição, porque a legítima expectativa da prestação se transforma em poder de constrangimento.¹²

Não pretendemos despendar outras linhas desta exposição com a análise das teorias que procuram conceituar a relação obrigacional, mesmo porque a discussão é desprovida de interesse no que diz respeito aos objetivos do trabalho. Para fins meramente conceituais, adotaremos aqui a concepção clássica de obrigação, baseada na Doutrina unitária, mas com alguns temperamentos, consoante adiante explicado.

Para tanto, vamos, inicialmente, conceber a obrigação, em linhas gerais, como sendo o vínculo

7. Ressalta a Professora Judith Martins-Costa que os propositores dessa teoria, “amparados em estudos sobre o antigo Direito germânico, decompunham a obrigação em dois momentos distintos - a *Schuld*, ou débito, e a *Haftung*, responsabilidade, ou sujeição, ou ainda garantia. A distinção era conhecida pelos representantes, na Alemanha, do Direito Romano, mas Von Gierke, germanista, assim a formulou: ‘*Schuld*, no sentido do Direito alemão, é um dever legal (...). *Schuld*, em um sentido muito mais estrito e técnico, é a dívida autônoma, quer dizer, uma relação jurídica existente em si mesma e que tem por conteúdo um dever legal. A essência da responsabilidade (*Haftung*) consiste, por sua vez, na ‘submissão ao poder de intervenção daquele a quem não se presta o que deve ser prestado’” (*op. cit.*, pp. 15-16).

8. Na síntese de Judith Martins-Costa, “visualizou-se a existência de uma distinção analítica entre a dívida (*Schuld*) e a garantia (*Haftung*) conferida ao seu cumprimento, daí nascendo a *relação de responsabilidade*. Quando constituída a obrigação, o devedor restaria induzido ao dever de efetuar determinada prestação. Esse dever, no entanto, por si só, não permitiria ao credor exigir, coativamente, a sua execução. Esta pertenceria ao campo da *Haftung*, ou responsabilidade (ou, também, garantia), pela qual a pessoa do devedor ou de terceiro fica sujeito à agressão patrimonial do credor, em caso de inadimplemento” (*op. cit.*, p. 17).

9. Menezes Cordeiro fala em dissociação objetiva (existência de →

→ débito sem responsabilidade) e dissociação subjetiva (existência de responsabilidade por débito alheio). Cf. *op. cit.*, pp. 193-194.

10. A doutrina dualista é criticada por vários autores, que preferem seguir a concepção clássica. Para Fernando Noronha, “não existe a suposta independência entre ‘débito’ e ‘responsabilidade’. Mais ainda, essas duas relações não podem existir uma sem a outra: se existe débito tem de haver responsabilidade, se não há responsabilidade também não existe débito”. O autor renega os exemplos citados pelos defensores da doutrina dualista. Diz não ser possível haver dívida sem responsabilidade e que as obrigações naturais não seriam obrigações jurídicas. Acrescenta que também não existe responsabilidade sem dívida e que, na fiança, o fiador assume voluntariamente uma obrigação. Além do mais, atrás da garantia sempre existirá um débito, ainda que não do próprio fiador (Fernando Noronha, *Direito das Obrigações*, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 141). Segundo Antunes Varela, a fiança não pode “ser considerada como um caso de responsabilidade sem débito, mas antes como um caso típico de obrigação acessória. O fiador não é apenas responsável; é também devedor, embora *acessorariamente*” (João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, vol. 1, p. 148).

11. Fábio Konder Comparato, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en Droit privé*, Paris, Dalloz, 1964, pp. 162/169).

12. Cf. Renan Lotufo, *Código Civil comentado*, São Paulo, Saraiva, 2003, vol. 2, p. 12.

jurídico entre duas partes determinadas que faz com que uma delas se veja compelida, para com a outra, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa.¹³

São três os elementos constitutivos da obrigação.

Lembra Clóvis Beviláqua que “depois que os juriconsultos romanos conseguiram firmar uma distinção fundamental entre os direitos reais e os obrigacionais (...) ficou estabelecido que a obrigação era um *vinculum juris* ligando, entre si, duas ou mais pessoas determinadas, no intuito de conseguir uma prestação de uma ou de algumas, em benefício de outra ou de outras. (...)”.¹⁴ E que “hoje, ainda a obrigação é um vínculo, que prende duas ou mais pessoas entre si, no intuito de *aliquid dare vel facere*; mas, como bem pondera Pietro Cogliolo, ‘essas pessoas não são somente aquelas que a contraíram, mas quaisquer que lhes haja tomado o lugar. As pessoas, entre as quais existe o vínculo, são genéricas, não individuais, e, por isso, a obrigação vive independente delas’”.¹⁵

Pontes de Miranda também define a obrigação na esteira da tradição romanística, como sendo “relação jurídica entre duas (ou mais) pessoas, de que decorre a uma delas, ao ‘debitor’ ou a algumas, poder ser exigida, pela outra, ‘creditor’, ou outras, a prestação”.¹⁶

Para Orlando Gomes, a relação obrigacional, encarada em seu conjunto, “é um vínculo jurídico entre duas partes, em virtude do qual uma delas fica adstrita a satisfazer uma prestação patrimonial de interesse da outra, que pode exigi-la, se não for cumprida espontaneamente, mediante a ação sobre o patrimônio do obrigado”.¹⁷

Trata-se, fundamentalmente, da tradicional definição de *obligatio* atribuída a Florentino.¹⁸

Entretanto, não obstante adotarmos o conceito de obrigação-vínculo, seguindo, assim, a Doutrina

unitária, isso não nos impede de enxergar a obrigação como uma relação complexa, em que o vínculo existente entre o direito subjetivo do credor – dirigido à realização da prestação (crédito) – e o dever jurídico do devedor de realizá-la constitui “apenas um dos vínculos que se podem distinguir no âmbito do complexo unitário constituído pela relação obrigacional”.¹⁹ Esta, conquanto unitária e incidível, é composta, na verdade, por sucessivos momentos unidos ontologicamente e “integrados numa estrutura orgânica com relações recíprocas de instrumentalidade ou de interdependência”.²⁰

13. Esse conceito de “obrigação-vínculo” foi lapidarmente sintetizado no art. 397 do Código Civil português: “obrigação é vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com a outra a realização de uma prestação”. Conforme já tivemos a oportunidade de expor, não ignoramos que o termo obrigação, mesmo no sentido jurídico, tem outros significados legais e doutrinários. O próprio conceito contido no artigo 397 do Código Civil português (obrigação-vínculo) presta-se a críticas, pois ao Direito das Obrigações pertencem diversas outras realidades insubsumíveis no conceito de obrigação-vínculo. Entretanto, por opção metodológica, neste trabalho adotaremos o conceito de obrigação-vínculo.

14. Clóvis Beviláqua, *Direito das Obrigações*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Paulo de Azevedo, 1954, p. 15.

15. Pietro Cogliolo, *Filosofia del Diritto Privato*, p. 226. Vide Enrico Cimballi, *La nuova fase del Diritto Civile*, p. 336 e ss. *Apud* Clóvis Beviláqua, *op. cit.*, p. 15.

16. *Apud* Clóvis do Couto e Silva, *A obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 83.

17. Orlando Gomes, *Obrigações*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 19.

18. “*Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*. No *Digesto*, Paulo define obrigação dizendo: *obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquid corpus nostrum aut servitute faciant, sed ut alium nobis obstringant ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum*. Da conjugação destas duas definições teria surgido a fórmula medieval: *obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur ad aliquid dandum vel faciendum vel praestandum (...)*” (cf. António Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, AAFDL, 2001, p. 9).

19. Fernando Noronha, *op. cit.*, p. 72. Para esse autor, “a concepção da relação obrigacional complexa, que representa algo mais do que a mera soma dos direitos, deveres, poderes e outras faculdades jurídicas nela englobadas, como enfatiza Karl Larenz (1958, p. 38), é noção moderna, mas que hoje está definitivamente incorporada à ciência jurídica” (p. 75).

20. Judith Martins-Costa, *op. cit.*, pp. 20-21. Ressalta a autora que, “para alcançar a idéia desta complexidade unitária, a Doutrina alemã, e de modo especial Karl Larenz, construiu a concepção de se articularem os diversos e complexos vínculos resultantes e emergentes da relação numa estrutura, num sistema de processos, articulado em vista da necessária colaboração intersubjetiva requerida, funcional →

A partir dessa concepção de relação complexa, Clóvis do Couto e Silva, com apoio em Karl Larenz, passa a se referir à obrigação como processo. Segundo esse autor, a obrigação deve ser vista não apenas pela soma dos seus elementos constitutivos, mas como um processo, uma série de atos relacionados entre si, que se encadeiam e convergem em direção à satisfação dos interesses do credor (adimplemento). A obrigação, compreendida como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor. O vínculo é apenas uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem. O vínculo passa a ter sentido próprio, diverso do que assumiria tratando-se de pura soma de suas partes, de um propósito de direitos, deveres e pretensões, obrigações, ações e exceções. Considerado como um todo, o vínculo obrigacional não se altera ou se modifica com certas alterações e modificações sofridas pelas partes. Por esse motivo, o adimplemento de um crédito determinado pode não extinguir, ou modificar, a relação jurídica. Em outras palavras,

→ e, finalisticamente, pela relação obrigacional. Afirma Larenz: 'pelo fato mesmo de que em toda relação de obrigação está latente o fim da satisfação do interesse do credor na prestação, pode e deve considerar-se a relação de obrigação como um processo. Está desde o princípio encaminhada a alcançar um fim determinado e a extinguir-se com a obtenção deste fim. E precisamente a obtenção deste fim pode exigir alguma modificação; assim acontece quando a prestação devida se tenha feito impossível, mas o interesse do credor possa ser satisfeito de outra forma, mediante indenização. A satisfação do credor se produz normalmente mediante o cumprimento do dever de prestação, mas pode produzir-se de outra forma, por exemplo, mediante compensação (de modo que o credor compensado extingue uma dívida própria) ou mediante prestação subsidiária considerada pelo credor. A relação de obrigação como um todo se extingue quando o seu fim haja sido alcançado totalmente, quer dizer, quando o credor (ou todo o que participa como credor) tenha sido totalmente satisfeito em seu interesse à prestação"' (pp. 21-22).

21. Cf. Clóvis do Couto e Silva, *A obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976, pp. 6 e 8/10.

22. Cf. Antônio Menezes Cordeiro, *op. cit.*, p. 214.

23. Segundo Antônio Menezes Cordeiro, que discorda dessa concepção, pretende-se, no fundo, "traduzir a doutrina da *Schuld und Haftung* sob uma linguagem classicamente pessoalista" (*op. cit.*, p. 214).

mesmo adimplindo o dever principal, ainda pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente.²¹

Essa é a moderna concepção de obrigação, pois, sem deixar de reconhecer a sua existência como estrutura unitária, admite que a obrigação consubstancia, numa mesma relação jurídica, um direito a uma prestação, do qual decorre a possibilidade de agressão ao patrimônio do devedor.²² Entretanto, em vez de enxergar nisso duas relações distintas e dissociadas (como fazem as doutrinas dualistas), considera que são apenas fases de uma mesma relação unitária e complexa.²³ Dentro dessa visão, vamos conceituar a obrigação como o vínculo jurídico ou permissão normativa que dá ao credor o direito de exigir do devedor uma determinada prestação, que atenda integralmente aos seus interesses (dele, credor), compreendendo-se dentro dessa permissão, tanto o direito de exigir a prestação, como o direito à indenização e ao patrimônio do devedor, assim como os deveres anexos de conduta, impostos indistintamente ao credor e ao devedor.

3 Elementos constitutivos da obrigação

São três os elementos constitutivos da obrigação: o elemento subjetivo, ou pessoal, representado pelos sujeitos ativo (credor) e passivo (devedor); o elemento objetivo ou material, representado pelo objeto da prestação; e, finalmente, o elemento espiritual, ou imaterial, representado pelo vínculo jurídico, ou liame, que conecta os sujeitos.

O elemento subjetivo dispensa, no presente trabalho, maiores comentários. Ele é composto pelas pessoas, físicas ou jurídicas, que intervêm na relação obrigacional.

O elemento espiritual, por sua vez, é o nexos ou o laço que se estabelece entre os sujeitos, um

conjunto de direitos e deveres possibilitando ao credor exigir do devedor o objeto da prestação ou a indenização cabível em caso de inadimplemento. Dentro do elemento espiritual deve-se compreender também os deveres de credor para com o devedor, decorrentes da boa-fé objetiva. Alguns autores chegam a sustentar que, mais do que elemento constitutivo, está-se diante do próprio conteúdo da obrigação.²⁴

O elemento objetivo, que vai interessar particularmente ao nosso estudo, é a prestação debitória, o objeto da obrigação, que consiste numa conduta do devedor (dar, fazer ou não fazer). A coisa dada, a ação realizada ou omitida, por sua vez, constituem o objeto da prestação debitória.

Poderemos, portanto, distinguir na relação obrigacional, dois objetos: o primeiro seria a conduta exigível do devedor; o outro, a coisa ou o fato no qual o credor está verdadeiramente interessado. Entretanto, como bem argumenta Fernando Noronha, “se a coisa a ser entregue ou o fato a ser realizado são objeto da prestação debitória, eles também serão objeto da própria obrigação. Daí que se possa dizer que são dois os objetos da obrigação: a prestação debitória será o seu objeto direto, ou imediato; a coisa ou o fato a serem prestados (objeto da prestação) serão o seu objeto simplesmente indireto, ou mediato”.²⁵

Essa distinção entre objeto mediato e objeto imediato vai assumir especial relevo quando formos diferenciar as obrigações de dar e fazer.

4 Obrigações de prestação de coisa e obrigações de prestação de fato

No Direito romano as obrigações eram classificadas de acordo com o seu objeto e consistiam em *dare*, *facere* e *praestare*. Por *dare*, lembra Alves Moreira, significava-se a transferência da propriedade de coisas corpóreas, ou de direitos

reais sobre elas. Quanto às obrigações de *facere* e *praestare*, não havia distinção nítida no seu objeto, indicando-se por *praestare* as que, resultando de um fato ilícito, tinham por fim a indenização do dano causado, bem como as que eram mistas de dar e fazer e também as que tinham por objeto serviços. No *facere* compreendiam-se também as obrigações que tinham por objeto uma omissão, considerando-se esta o resultado duma determinação da vontade.²⁶

No Direito romano as obrigações eram classificadas de acordo com o seu objeto e consistiam em *dare*, *facere* e *praestare*.

Modernamente compreende-se que a prestação obrigacional pode ter por objeto a entrega ou devolução de coisas (obrigação de dar) ou meras ações ou omissões do devedor (obrigações de fazer e de não fazer).²⁷ No primeiro caso fala-se em

24. “O conteúdo de qualquer obrigação (também designado por vínculo jurídico) é constituído pelo conjunto de direitos e deveres que ligam o credor e o devedor (ou os credores e devedores, quando forem mais de um). Para se avaliar a importância do conteúdo da relação obrigacional, basta observar ser ele o elemento interno da obrigação e o único que se pode dizer ser verdadeiramente jurídico: os sujeitos são as pessoas entre as quais a obrigação se forma, o objeto é aquilo a que a obrigação diz respeito, o interesse é a finalidade a que ela visa, mas a obrigação em si mesma é constituída pelos direitos e deveres que integram o seu conteúdo” (Fernando Noronha, *op. cit.*, p. 50).

25. *Op. cit.*, p. 36. Para Guilherme Alves Moreira, “não se usa portanto de linguagem rigorosa quando se diz que são objecto das obrigações cousas e serviços, pois que as cousas e os serviços constituem o objeto mediato da obrigação ou o conteúdo da prestação” (Guilherme Alves Moreira, *Instituições do Direito Civil português*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1925, vol. 2, p. 54).

26. Guilherme Alves Moreira, *op. cit.*, pp. 54-55.

27. Alguns códigos não mais diferenciam as obrigações tal como fez o Código Civil brasileiro, preferindo dividi-las em obrigações positivas e negativas. Entre as obrigações positivas, incluem-se iam as de dar, fazer e restituir e entre as negativas as de não fazer. Nesse sentido, vide Roberto Ruggiero, *Instituições de Direito Civil*, trad. da 6ª ed. italiana, São Paulo, Livraria Acadêmica, 1937, vol. III, p. 28.

obrigação de prestação de coisa, no segundo, em obrigações de prestações de fato.²⁸

Nas obrigações de prestação de fato (fazer e não fazer), diz **Fernando Noronha**, “é inútil a distinção entre o objeto mediato e imediato: na obrigação do professor, a lição é a conduta que é exigida dele (objeto imediato) e é o próprio fato que deve ser realizado (objeto mediato). Nas obrigações de prestação de coisa, todavia, é nítida a diferença entre o objeto mediato e o imediato: na obrigação do vendedor de entregar a coisa vendida, esta coisa é o objeto da prestação (objeto mediato da obrigação), ao passo que a atividade do vendedor, para alcançar a entrega, é o objeto da obrigação (ou seu objeto imediato)”.²⁹

Pontes de Miranda, no clássico *Tratado*, definiu ambas as obrigações de modo original: “As prestações de dar seriam prestações de objeto, supõem que se haja de prestar bem já existente. O que ocorre com quem há de entregar a coisa, ou transferir a propriedade, ou pagar em dinheiro, ou ceder crédito, ou renunciar a direitos, pretensões, ações ou exceções. Em suma, pela própria enunciação dos atos que recaem sobre o conceito de obrigação de dar, já se vislumbra que ele coincide perfeitamente com o de atribuição patrimonial. As obrigações de fazer recaem sobre atividades determinadas, como pintar um quadro, escrever um livro, tocar uma peça ao piano ou violino e estudar uma lição, e ‘dar’ uma aula”.³⁰

28. São prestações de fato positivas (típicas) a do mandatário, no contrato de mandato; a do trabalhador, no contrato de trabalho; a de informação no caso de gestor de negócios.

29. Fernando Noronha, *op. cit.*, p. 38.

30. *Apud* Clóvis do Couto e Silva, *op. cit.*, pp. 102-103.

31. “Fazer”, segundo Orosimbo Nonato, compreende todos os atos que deixem de incidir na expressão *dar*. (*Curso de Obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, vol. I, p. 288).

32. Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, 24ª ed. atual, São Paulo, Saraiva, 1988-1996, vol. 2, p. 33.

33. Washington de Barros Monteiro (1910-1999), *Curso de Direito Civil*, vol. 4: Direito das Obrigações, 1ª Parte: das Modalidades, das Obrigações, dos Efeitos das Obrigações, do Inadimplemento das Obrigações, 32ª ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 90.

As obrigações de dar, portanto, são aquelas que têm por objeto transferir a posse ou domínio sobre uma coisa, ou constituir sobre ela algum direito real. As obrigações de fazer, por sua vez, são aquelas cujo objeto da prestação (imediato e mediato) consiste em uma ação, ou seja, o devedor se obriga a realizar um ato, a prestar um fato.³¹ Nas sempre invocadas lições de **Silvio Rodrigues**, “na obrigação de fazer, o devedor se vincula a um determinado comportamento, consistente em praticar um ato, ou realizar uma tarefa, donde decorre uma vantagem para o credor. Pode a mesma constar de um trabalho físico ou intelectual, como também da prática de um ato jurídico. Assim, assume obrigações de fazer, o empreiteiro que ajusta a construção de uma casa; ou o escritor que promete a um jornal uma série de artigos; ou a pessoa que, em contrato preliminar, se propõe a outorgar, oportunamente, um contrato definitivo”.³²

Nas obrigações de fazer, diz o mestre **Washington de Barros Monteiro**, “a prestação consiste num ato do devedor, ou num serviço deste. Qualquer forma de atividade humana, lícita e possível, pode constituir objeto da obrigação. Os atos ou serviços, que se compreendem nas obrigações de fazer, se apresentam sob as mais diversas roupagens: trabalhos manuais, intelectuais, científicos e artísticos. Mas não são apenas os serviços que se objetivam nas obrigações de fazer. O mesmo ocorre no tocante a certos atos, que traduzam alguma vantagem para o credor, posto não encerrem a execução de qualquer trabalho pelo devedor, ou não se classifiquem como trabalho, tais como a promessa de recompensa, a obrigação de quitar, a de locar um imóvel, a de prestar fiança, a de reforçar uma garantia, a de formar sociedade, a de renunciar certa herança, a de sujeitar-se ao juízo arbitral, a de obter fato de terceiro e muitas outras mais”.³³

O artigo 247 do Código Civil³⁴ delinea uma importante distinção entre as obrigações de dar e de fazer. Nas primeiras, o devedor pode vir a ser forçado ao cumprimento da obrigação, ou seja, a entregar ou restituir a coisa. No segundo caso, não. Se o devedor da obrigação de fazer não cumprir a prestação a que se obrigou, ou a obrigação será executada por terceiro, às expensas do devedor, ou se resolverá em perdas e danos,³⁵ não havendo como compeli-lo fisicamente³⁶ a executar, ele mesmo, o que fora avençado.

O artigo 247 do Código Civil delinea uma importante distinção entre as obrigações de dar e de fazer.

Do ponto de vista da acionabilidade, diz Clóvis do Couto e Silva, não ser possível “exigir-se que alguém pinte um quadro, pois essa obrigação é de fazer. Se o pintor se recusasse a pintar determinada tela, poderia o credor determinar que outro a fizesse, mas não poderia constrangê-lo. Realizada a obra, esgota-se, porém, a obrigação de fazer e surge então a de dar, de entregar o quadro. Essa última exigível, por meio de ação de prestação, de adimplemento, pela qual se poderá em execução de sentença haver o aludido quadro, se o mesmo não houver sido, *in medio tempore*, transferido para outrem”.³⁷

Repugna aos princípios do Direito moderno que o devedor seja fisicamente coagido a cumprir a prestação a que se obrigou.³⁸ As obrigações de fazer não se compadecem com a coação *manu militari*, ao contrário das obrigações de dar.³⁹ Aliás, segundo Carvalho de Mendonça, é exatamente nessa coercibilidade das obrigações de dar, que pode chegar até a *manu militari*, e na fraqueza dos meios da de fazer, que repousa sua grande distinção prática.⁴⁰

Ora se nem o próprio devedor poderia sê-lo, com muito mais razão causaria espécie fosse o herdeiro do devedor fisicamente coagido a cumprir uma prestação a que não se obrigou. Da mesma forma que não se poderá falar em mora ou em inadimplemento por ato do herdeiro, no que se refere à prestação de fato assumida pelo autor da herança, conforme demonstraremos nos itens seguintes.

34. “Art. 247 - Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele executável.”

35. Como bem lembrou o Prof. Marcos Catalan, em e-mail endereçado ao autor, além da conversão em perdas e danos e da possibilidade de o credor mandar executar a prestação por terceiro à custa do devedor, o ordenamento jurídico prevê, ainda, outras medidas sancionadoras do devedor da obrigação de fazer que deixa de executar a prestação. É o caso das *astreintes* do artigo 461 do CPC, que servem para sancionar a desobediência do devedor a uma ordem judicial. Segundo Guilherme Rizzo Amaral, as *astreintes* “constituem técnica de tutela coercitiva e acessória, que visa pressionar o réu para que o mesmo cumpra mandamento judicial, pressão esta exercida através de ameaça ao seu patrimônio, consubstanciada em multa periódica a incidir em caso de descumprimento” (*in As astreintes e o Processo Civil brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p. 85). Procura-se, com as *astreintes*, atingir o bolso do devedor, como forma indireta de coagir a sua vontade, forçando-o a satisfazer o interesse do credor. Entretanto, nem sempre essa forma de coerção poderá ser aplicada. Imagine-se o exemplo do poeta que se obrigou para com a sua editora a escrever um livro de poemas dentro de certo prazo e não o fez. O resultado eventualmente alcançado em decorrência da imposição da multa cominatória poderia consistir numa obra não condizente com as verdadeiras potencialidades do artista, o que certamente não satisfaria aos interesses do credor.

36. O § 5º do artigo 461 do CPC autoriza que, para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o Juiz, de ofício ou a requerimento, determinar outras medidas necessárias. Entretanto, tais medidas jamais poderão chegar às vias da coação física. Continua aplicável no nosso ordenamento jurídico o velho brocardo latino *nemo ad factum cogi potest* (ninguém pode ser coagido a [prestar] um fato).

37. *Op. cit.*, p. 104.

38. O Código Civil argentino já estabelecia que o credor poderia exigir a execução forçada, desde que não implicasse violência contra o devedor. O Código Civil francês, mais liberal, estabelece que toda obrigação de fazer e não fazer, em caso de inexecução pelo devedor, resolve-se em perdas e danos (“Art. 1.142 - *Toute obligation de faire ou ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d’inexécution de la part du débiteur*” - *Code Civil*, Paris, Dalloz, 1997).

39. Cf. Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça, *Doutrina e prática das obrigações*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1912, vol. 1, p. 209.

40. Cf. *op. cit.*, p. 210. No mesmo diapasão, o magistério de Clóvis do Couto e Silva: “no descumprimento da obrigação de dar resulta a possibilidade de exigir a execução específica ou, então, perdas e →

5 Dificuldades em se estabelecer uma distinção precisa entre obrigações de dar e de fazer

A distinção entre as situações em que o conteúdo da prestação devida é uma coisa a entregar e aquelas em que é um fato a realizar nem sempre se apresenta *extreme* de dúvidas. O ato de dar é um fato. Quando alguém se obriga a dar algo, está se obrigando também a fazer.

Repugna aos princípios do Direito moderno que o devedor seja fisicamente coagido a cumprir a prestação a que se obrigou.

A verdade é que, no fundo, toda obrigação é uma prestação de fazer, como bem coloca Carvalho de Mendonça,⁴¹ pois mesmo a atividade de dar ou entregar, em última análise ainda pressupõe um comportamento, um fazer alguma coisa. Muitas vezes a entrega ainda requer fazer a própria coisa que deva ser entregue. Nesses casos, a obrigação será de fazer sempre que a essência da obrigação estiver na atividade que deve ser realizada, e não na coisa a ser entregue.

Se alguém encomenda um bolo de noiva a uma famosa confeitaria, a obrigação será de fazer,

→ danos. Em se tratando de obrigação de fazer, nem sempre será possível exigir a condenação *in natura*, em razão do caráter pessoal de prestação (...). (Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, *A obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 162).

41. *Op. cit.*, p. 208.

42. Alguns autores chegam a sustentar a impossibilidade de se fazer a distinção em hipóteses tais, dizendo tratar-se de obrigação, ao mesmo tempo, de fazer e de dar. (Cf. Moacyr Amaral Santos, *Ações cominatórias no Direito brasileiro*, São Paulo, Max Limonad, 1985, vol. 1, p. 188).

43. Cf. Orlando Gomes, *Obrigações*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 52. O autor baiano sustenta, ao final, que "somente as obrigações de dar se transmitem por sucessão hereditária".

ainda que pressuponha a posterior entrega do mesmo. Todavia o elemento preponderante é o *facere*. Confeccionado o bolo, dentro das especificações contratadas, ocorreu a *solutio* da obrigação, ainda que, por algum motivo, não se dê a entrega, como, por exemplo, se os noivos desistirem do casamento e, por isso, não forem buscá-lo. Hipótese diversa é aquela em que alguém adquire um bolo em uma doçaria, ou mesmo o encomende previamente para buscá-lo no dia seguinte. O elemento preponderante é o *dare*, ainda que a entrega pressuponha a prévia confecção do bolo.⁴²

Idêntica diferenciação pode ser feita nas situações em que alguém encomenda um quadro qualquer a um pintor famoso ou vem a adquirir um quadro que estava exposto no *atelier* do mesmo pintor. A obrigação será de fazer, no primeiro caso, e de dar no segundo.

Não obstante a dificuldade em se fixar os seus precisos contornos, é extremamente importante essa distinção entre prestações de coisas e prestações de fatos, sobretudo a fim de que possamos estabelecer os limites do poder do credor, a possibilidade ou não de cumprimento da obrigação por terceiro e ainda a viabilidade de sua transmissibilidade por sucessão hereditária, conforme vimos no tópico anterior.⁴³

6 Obrigações de fazer fungíveis e infungíveis

"Fungível" quer dizer substituível. O Código Civil diz que são fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade (art. 85). Ensinam Baudry-Lacantinerie e Chauveau que é, sobretudo, a intenção das partes que atribui aos móveis a fungibilidade ou a infungibilidade. Uma mesma coisa pode, de acordo com as circunstâncias ou com a vontade das partes, ser fungível ou infungível. Um livro de edição comum, que eu venha a emprestar

a um amigo, deve me ser restituído em espécie e não pelo equivalente. É o mesmo exemplar que deve ser devolvido e não outro igual. Pois foi aquele que lhe emprestei e, pelos mais diferentes motivos, como por haver nele feito anotações, tenho o direito de receber de volta aquele exemplar, não obstante o mesmo livro possa ser encontrado em qualquer livraria.⁴⁴

Esses conceitos de fungibilidade e infungibilidade também se aplicam ao elemento objetivo das relações obrigacionais. Daí porque existem obrigações cujo objeto da prestação é fungível e outras em que o objeto é infungível, hipótese preponderante nas obrigações de prestação de fato.

Explica **Silvio Rodrigues** que “a Doutrina lançou mão da noção de fungibilidade para distinguir duas diferentes espécies de obrigações de fazer, isto é: aquelas em que a pessoa do devedor constitui preocupação essencial do credor, e as em que isso não ocorre. Nas primeiras, isto é, nas obrigações infungíveis, o negócio se estabelece *intuitu personae*, pois o credor só visa à prestação avançada, se fornecida por aquele devedor cujas qualidades pessoais ele tem em vista. Assim, a atriz de renome internacional que prometeu desempenhar um papel não pode desvincular-se da obrigação, enviando uma substituta ainda que de mais talento e fama, porque, ao empresário que ajustou, a pessoa devedora é altamente relevante”.⁴⁵

Na verdade, quando se fala do atributo de fungibilidade ou de infungibilidade da obrigação, está-se falando apenas do objeto da prestação. Esse, sim, pode ser fungível ou não.⁴⁶

Como se sobressai na doutrina de **Antunes Varela**, “a prestação diz-se fungível, quando pode ser realizada por pessoa diferente do devedor, sem prejuízo do interesse do credor (caiar um muro; pintar uma casa; pagar uma quantia; lavar um terreno); será não fungível no caso de o devedor não poder ser substituído no cumprimento por terceiro (realizar uma intervenção cirúrgica; reger um curso

especializado; pintar um quadro a óleo; conduzir o automóvel do comitente durante uma longa viagem deste; fazer o projecto duma grande obra). São as obrigações em que ao credor não interessa apenas o objecto da obrigação, mas também a **habilidade, o saber, a destreza, a força, o bom nome** ou outras qualidades pessoais do devedor”.⁴⁷

A infungibilidade da prestação pode ser, ainda, convencional ou natural. Quando a prestação é imposta unicamente ao devedor, há infungibilidade convencional; quando só por ele exequível, há infungibilidade natural.⁴⁸

Em suma, diz-se que a obrigação de fazer é fungível, quando pode ser executada pelo próprio devedor ou por terceiro, e infungível, quando a

44. Cf. Baudry-Lacantinerie e M. Chauveau, *Traité théorique et pratique de Droit Civil, VI, Des biens*, Librairie de La Société du Recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, Paris, 1905, pp. 18-19: “C’est donc l’intention des parties qui fait la fungibilité ou la non fungibilité; de sorte qu’une même chose peut, suivant les circonstances, c’est-à-dire suivant la volonté des parties, être tantôt fungible, tantôt non fungible. Ainsi je prête mon code à un ami, sur sa demande. Ici, le livre prêté sera chose non fungible, notre intention commune ayant été que la restitution se fit en nature, in specie, et non par équipollent. C’est donc le code que j’ai prêté qui devra m’être restitué, le même exemplaire et non un autre à la place; je puis avoir des motifs pour y tenir, par exemple parce que je l’ai annoté. (...) C’est la nature de la chose qui fait qu’elle se consomme ou ne se consomme pas par le premier usage; tandis que c’est l’intention des parties qui fait la fungibilité ou la non fungibilité, et la nature de la chose n’est qu’une des circonstances qui peuvent faire découvrir cette intention. Il peut donc arriver que la volonté des parties rende fungible une chose qui ne se consomme pas par le premier usage, comme dans l’exemple du libraire cité tout à l’heure; et, en sens inverse, la volonté des parties peut rendre non fungible une chose consommable, comme si je pret à un changeur des pièces de 100 francs en or, qui sont devenues rares, pour qu’il les mette en montre aux yeux des passants, ad pompam et ostentationem, avec charge de me les restituer in specie au bout d’un certain temps”.

45. *Op. cit.*, p. 35.

46. A rigor, não é a obrigação, em si, mas um de seus elementos constitutivos (elemento objetivo) que pode ser substituído ou realizado por terceiro.

47. João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, 10ª ed., Coimbra Almedina, 2003, vol. I, p. 97.

48. Cf. J. E. Carreira Alvim, *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 39. Humberto Theodoro Júnior fala, ainda, em obrigações materialmente infungíveis ou apenas juridicamente infungíveis. As primeiras seriam aquelas *intuitu personae* enquanto as últimas seriam exatamente as obrigações de prestar declaração de vontade, sobre as quais falaremos em item subsequente (*in Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, vol. II, pp. 161-162).

pessoa do devedor é eleita em atenção às qualidades que lhe são próprias. Importam, neste tipo, as qualidades pessoais do devedor. Contrata-se com base na capacidade, na profissionalização, ou nos dotes artísticos e culturais do devedor. No exemplo de **Arnaldo Rizzardo**, “uma cirurgia plástica acertada com médico da confiança ou de renome não permite que venha a ser realizada por outro cirurgião, ou seu assistente, porquanto o fator decisivo da escolha assentou-se nos atributos técnicos ou na fama do profissional. Num outro campo de atividade, se na locação de um imóvel exigiu-se um fiador que prima pela honradez e pela idoneidade econômica, não se vá buscar o cumprimento na confecção do contrato se outro fiador for apresentado, embora com qualidades semelhantes ao anterior. Já no desempenho de outras atividades, importante apresentar-se o serviço, ou o trabalho. Não interessa quem o executa”.⁴⁹

A obrigação de fazer, enquanto *facere*, será sempre intransmissível por sucessão hereditária.

A característica de fungibilidade ou infungibilidade da obrigação de fazer tem especial relevância na execução judicial do crédito, quando ocorrer o inadimplemento culposos do devedor. Se infungível a obrigação, cabe ao credor postular apenas as perdas e danos, além da devolução do que houver pagado. Se fungível, poderá optar entre as perdas e danos ou a execução da

prestação por terceiro, à custa do devedor, posição há muito solidificada, quer no ordenamento jurídico-positivo⁵⁰ quer na doutrina do direito obrigacional, a se ver pela abalizada lição de **Washington de Barros Monteiro**:

“Verificada a impossibilidade, cumpre averiguar se ela sobreveio sem culpa, ou por culpa do devedor; no primeiro caso, resolvida fica a obrigação; impossibilidade superveniente desata os contratantes, mesmo porque *ad impossibilia nemo tenetur* ou *impossibilium nulla obligatio*. Se o devedor recebeu anteriormente alguma coisa, em razão do ato a que se obrigara, fica adstrito a restituí-la”.⁵¹

Todavia, tal distinção não tem influência no que se refere à transmissão *causa mortis* da relação obrigacional, como veremos no item seguinte, pois a obrigação de fazer, enquanto *facere*, ou seja, antes de convertida em perdas e danos, será sempre intransmissível por sucessão hereditária, quer seja fungível ou infungível.

7 Da extinção das obrigações de fazer pela morte do devedor

Constitui regra geral do direito obrigacional que a obrigação não se extingue pela morte dos sujeitos, ativo ou passivo. Não é porque morreu o credor, que deve ser considerado extinto o crédito. A obrigação não desaparece com o passamento do sujeito ativo, pois os direitos creditórios se transmitem por sucessão hereditária. Nesse sentido, o magistério atemporal de **Pothier**:

“Em geral, os créditos não são extintos pela morte do credor, porque aquilo que alguém estipula, reputa-se estipulá-lo tanto para si como para seus herdeiros, e outros sucessores universais. É por isso que, pela morte do credor, o crédito passa a pessoa de seus herdeiros, os quais o sucedem em todos os seus direitos, e se não tiver herdeiros, o crédito reputa-se residir na sucessão jacente, a qual, para essa finalidade, é *personae vicem sustinet defuncti*”.⁵²

49. Arnaldo Rizzardo, *Direito das obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 123.

50. CC/2002, artigos 248 e 249; CC/1916, artigos 879 e 881.

51. *Op. cit.*, p. 95.

52. Robert Joseph Pothier, *Tratado das obrigações*, trad. de Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira, Campinas, Servanda, 2001, p. 600.

Pelas mesmas razões não se há que falar em extinção do débito pela morte do devedor. A obrigação pode subsistir mesmo depois da morte do sujeito passivo. Mais uma vez Pothier:

“Igualmente a obrigação não é extinta pela morte do devedor, porque se reputa que nos obrigamos por nós, e por nossos herdeiros e sucessores universais. Por isso, quando o devedor morrer, a obrigação passa aos herdeiros, os quais o sucedem em todos os seus direitos, tanto ativo como passivo, e se não deixa herdeiros, ela reside na sua sucessão jacente que o representa.”⁵³

O princípio de que as obrigações passam aos herdeiros do devedor tem plena aplicação no tocante às obrigações de dar, mas não em relação às que consistem em fazer alguma coisa.⁵⁴

A obrigação de prestação de fato, sobretudo em se tratando de um atuar físico ou intelectual do devedor, é sempre *intuitu personae*.

Existem créditos, por exemplo, que se extinguem pela morte do credor. Diz, novamente, Pothier que “se alguém se obrigou a conceder-me o uso de certo livro todas as vezes que eu o pedir, ou a acompanhar-me nas viagens que eu fizer, o crédito dessas coisas que são o objeto do meu crédito, sendo-me pessoal, deve ser extinto e extingue-se por minha morte. Porém, se por culpa do devedor ele deixar de satisfazer suas obrigações, e eu o fizer condenar em perdas e danos, esse crédito em que se converteu meu crédito originário passará a meus herdeiros. Os créditos por reparação de injúrias também são extintos pela morte do credor, quando ele, em vida, não formulou nenhuma queixa nem pediu justiça, pois se presume, nesse caso, que ele olvidou e perdoou a injúria (L. 13, D. *de injur.*). As rendas vitalícias são

dívidas que se extinguem pela morte do credor, quando foram constituídas sobre a sua própria pessoa, mas seus herdeiros têm direito aos atrasos que ocorram até o dia de sua morte”.⁵⁵ Também os direitos decorrentes do usufruto se extinguem com a morte.

Da mesma forma, existem “algumas dívidas que se extinguem pela morte do devedor, tais como as que têm como objeto algum ato pessoal do devedor; por exemplo, se alguém se obrigou a servir a outro na qualidade de pastor, de cocheiro ou em outra atividade semelhante. Se o devedor for condenado em perdas e danos, essa nova obrigação principal e originária passa a seus herdeiros por não satisfazer a essa classe de obrigações”.⁵⁶

Nessa última hipótese se inserem as dívidas que consistem predominantemente em um atuar físico ou intelectual do devedor.⁵⁷ Isso porque esse tipo de obrigação, quer o objeto (elemento objetivo) da prestação seja fungível ou infungível, quanto ao liame obrigacional (elemento espiritual), a relação em si terá sempre certo caráter personalíssimo, pois “se leva geralmente em conta a pessoa do devedor, confiando assim o credor na sua reputação, capacidade, habilitação profissional, títulos, experiências, tirocínio e idoneidade. Ainda que não se reclamem aptidões particulares, ainda que a prestação possa ser desempenhada ou satisfeita por qualquer pessoa, se atendem, muitas vezes, à probidade, retidão,

53. *Idem*.

54. Em sentido contrário, vide a Constituição de Justiniano, na Lei nº 13 (*Cód. de cond. et comm. stipul.*), citada por Pothier.

55. *Op. cit.*, pp. 601-602.

56. *Idem*.

57. Nesse diapasão, a regra do artigo 607 do Código Civil que dispõe que “o contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes. Termina, ainda, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela rescisão do contrato mediante aviso prévio, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior”. Assim é que o contrato de trabalho - obrigação de fazer assumida pelo empregado perante o empregador extingue-se com a morte do empregado.

pontualidade, confiança e outras condições pessoais do devedor. As obrigações de fazer são, pois, principalmente, *intuitu personae*".⁵⁸

Se o credor contrata um empreiteiro para realização de pequena obra em sua casa, em um determinado prazo, estará contratando uma obrigação de fazer cujo objeto da prestação é fungível, pois o serviço, em tese, tanto é passível de realização por qualquer outro empreiteiro, como o empreiteiro escolhido poderá contratar empregados para realizá-lo.⁵⁹ Ainda assim, terá o credor escolhido aquele empreiteiro de sua confiança, dentre tantos de idêntica ou equivalente qualificação profissional e aptidão técnica. O liame obrigacional (elemento espiritual) que se estabeleceu entre ambos, conquanto fungível o objeto da prestação, tem natureza pessoal. O credor, nessa situação, jamais poderá ser compelido, contra a sua vontade, a aceitar que o serviço seja realizado por outro empreiteiro, aceitando, por exemplo, que esse outro empreiteiro, em quem não confiou, venha a contratar os pedreiros e demais empregados necessários à conclusão da obra.

58. Washington de Barros Monteiro, *op. cit.*, p. 94.

59. Nesse sentido, o magistério de Maria Helena Diniz: "O empreiteiro que promete a alguém construir um prédio dentro de um ano está assumindo obrigação de fazer fungível, porque o serviço poderá ser realizado por operários à sua custa. São fungíveis todas as prestações que não requerem para sua execução aptidões pessoais, além dos requisitos comuns da especialização profissional" (Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro*, 10ª ed. ampl. e atual., São Paulo, Saraiva, 1996, p. 103).

60. O mesmo raciocínio não se aplica à hipótese de falecimento do credor, até mesmo por força do disposto no artigo 626 do CC: "Não se extingue o contrato de empreitada pela morte de qualquer das partes, salvo se ajustado em consideração às qualidades pessoais do empreiteiro". Falecendo o credor da empreitada, o crédito transmite-se aos seus herdeiros, que poderão exigir do devedor o cumprimento da prestação. Mas, falecendo o devedor, não estarão os herdeiros deste compelidos a realizar a obra, pois, no contrato de empreitada celebrado entre pessoas físicas, as qualidades pessoais do empreiteiro sempre serão levadas em consideração, não obstante o caráter de fungibilidade da obrigação.

61. Outro exemplo bastante alegórico é o do contrato de trabalho - obrigação de fazer assumida pelo empregado perante o empregador. Tais contratos, apesar da minuciosa regulamentação legal, continuam sendo negócios jurídicos, regidos pelas normas e princípios fundamentais do Direito contratual, ainda que em caráter subsidiário. Pois bem, no caso de trabalho sem qualquer especificação técnica, poder-se-ia →

Da mesma forma que, falecendo o empreiteiro antes da realização do serviço, não poderão os seus herdeiros ser forçados a realizar a obra ou a contratar os pedreiros para fazê-lo.⁶⁰ Fosse assim, chegaríamos ao paroxismo de imaginar que, falecendo o empreiteiro sem deixar herdeiros, ficaria o Poder Público, como destinatário final dos bens vacantes, compelido à realização da prestação.⁶¹

Ora, a obrigação de prestação de fato, sobretudo tratando-se de um atuar físico ou intelectual do devedor, é sempre *intuitu personae* e, como tal, não se opera a sua transmissão *causa mortis*. Aos herdeiros do empreiteiro, no exemplo citado, caberá, tão-somente, a reposição do *status quo ante*, com a devolução, atualizada, do que o *de cujus* eventualmente houver recebido pelo serviço que não pode realizar, sem culpa sua.

Em suma, se alguém promete fazer alguma coisa, dentro de certo prazo, como construir um prédio ou plantar uma lavoura no terreno de outrem e, antes de vencido o prazo, morre sem tê-lo feito, essa obrigação não se transmite a seus herdeiros.⁶² Tal conclusão também se deflui da

→ entender, com razão, que o objeto da prestação seria fungível. Ainda assim, a obrigação de fazer assumida pelo empregado teria caráter pessoal. Não houvesse a extinção do contrato com a morte do empregado, estariam os herdeiros deste, ou mesmo o Poder Público na ausência de herdeiros, compelidos à continuação do serviço.

62. No Direito Romano, registra Pothier, "as obrigações que nasciam dos delitos geralmente se extinguíam pela morte do devedor, quando a demanda não era movida contra ele durante sua vida, e só eram transmitidas aos seus herdeiros até a concorrência daquilo que eles aproveitavam da sucessão do falecido. Havia somente uma ação chamada *condictio furtiva*, para a repetição de roubo, que era concedida contra os herdeiros do ladrão, mesmo eles não tendo aproveitado em nada o roubo (L. 9ª, D. de cond. furt.)". Entretanto o mesmo autor prefere seguir orientação diversa, com esteio no Direito Canônico: "Os princípios do Direito Canônico são diferentes. Só a pena dada ao delito é extinta pela morte daquele que o cometeu; a obrigação de reparar o dano causado por alguém que cometeu um delito passa a seus herdeiros. Essa é a decisão do capítulo final de *Sepult.*, e do capítulo V, X, de *Rapt.* Neste particular, por serem mais equitativos, nós seguimos os princípios do Direito Canônico, e não os do Direito Romano, e, na prática da advocacia, ainda que os herdeiros do delinqüente não tenham tido nenhum proveito sobre o delito, são responsáveis pelas perdas e danos daquele, para com quem sofreu o delito, mesmo que este não tenha tentado ação contra o falecido. Isso é o que confirma Justiniano (*tab. sobre as Just., tit de act., §§ paenales*)" (*op. cit.*, pp. 602-603).

exegese do artigo 248 do CC/2002, a estabelecer que “se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos”. Ou seja, inexistindo culpa do devedor, resolve-se a obrigação, retornando-se ao *status quo ante*, sem que o credor tenha direito a qualquer reparação, além da devolução do que eventualmente já houver pagado.⁶³ Ora, com a morte do devedor, a prestação torna-se impossível, ante a impossibilidade de se compelir o herdeiro a fazer aquilo que somente competia ao *de cuius*.⁶⁴

Como bem coloca o mestre Clóvis do Couto e Silva, “se a impossibilidade ou insolvência ocorrer em virtude de fato não imputável ao devedor, cabendo-lhe a prova, resolvido estará o negócio jurídico. Não cabe direito formativo ao credor, porque esse não mais pode ter interesse na prestação primária ou principal, dirigindo-se a sua pretensão, na hipótese de culpa de devedor, somente ao equivalente, mais perdas e danos. O negócio jurídico ficou sem objeto. O que o credor possui é a pretensão de rever o que entregou ao devedor”.⁶⁵

No mesmo sentido o magistério atemporal de Orosimbo Nonato:

“Se a prestação de fato se impossibilitar, *quid iuris*? A resposta comporta, naturalmente, distinção. Se a prestação se impossibilitar por culpa do devedor, responderá este por perdas e danos. (...) Se, entretanto, ocorre impossibilidade derivada de *vis maior*, inculpada o devedor, prevalece o *ad impossibilia nemo tenetur*. (...) se, ao revés, a prestação se torna impossível sem culpa do devedor, ela se resolve simplesmente, restabelecendo-se a situação prístina.”⁶⁶

É certo que se a obrigação de fazer não é daquelas que só o devedor pode executar, e havendo recusa pelo devedor, pode o credor optar entre mandar executar a obrigação por terceiro, à custa do devedor, ou simplesmente receber perdas e danos. O CC/2002, no seu artigo 249, parágrafo único,⁶⁷ chega, inclusive, a inovar de maneira subs-

tancial o direito anterior ao permitir que o credor, em caso de urgência, realize ou mande realizar a prestação, independentemente de autorização judicial. Trata-se, segundo Álvaro Villaça Azevedo, de “princípio salutar de realização de justiça pelas próprias mãos do lesado, pois a intervenção do Poder Judiciário retardaria, muito, a realização do seu direito”.⁶⁸

Entretanto, na hipótese que submetemos à discussão, não houve recusa do devedor. O devedor simplesmente morreu! E morrendo o devedor, por óbvio impossibilitou-se a prestação sem culpa dele.⁶⁹ A morte tanto pode constituir evento de força maior,⁷⁰ como também consequência desse

63. Se o devedor se houve com culpa, contribuindo para a impossibilidade da prestação, o credor fará jus, também, às perdas e danos. Vide Código Civil espanhol, artigo 1.098; Código Civil do Equador, artigo 1.596; Código Civil italiano, artigo 1.256; Código Civil mexicano, artigo 2.207; BCB, § 275.

64. O Código Civil português, ao tratar do contrato de empreitada, possui dispositivo expresso, nos termos seguintes: “extinto o contrato por morte ou incapacidade do empreiteiro, considera-se a execução da obra como impossível por causa não imputável a qualquer das partes” (Art. 1.230º, nº 2).

65. In *A obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 152.

66. *Op. cit.*, pp. 293-294.

67. “Art. 249 - Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível. Parágrafo único - Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.”

68. *Teoria geral das obrigações, cit.*, p. 74.

69. A não ser que o devedor tenha cometido suicídio, comprovado o intuito de descumprir a obrigação. Provando-se que o devedor agiu culposamente (resolução por culpa) deve o espólio arcar com as perdas e danos decorrentes da inexecução. Essa foi a conclusão a que chegamos a partir das discussões travadas no Grupo de Estudos Professora Giselda Hironaka - GEGHI, com apoio, entre outros, dos professores José Fernando Simão, Marcos Catalan e Flávio Tartuce.

70. Os casos de extinção do contrato por causa superveniente à sua formação subdividem-se em resilição (que decorre da vontade das partes), resolução (que decorre 1 - de caso fortuito ou força maior, 2 - de culpa de um dos contratantes e 3 - onerosidade excessiva) e morte das partes (no contrato personalíssimo). Assim, como regra, a Doutrina elenca a morte como causa de extinção. Alguns autores chamam a morte de causa de cessação do contrato. No caso das obrigações de prestação de fato, consideramos a morte como causa de resolução do contrato e por força maior. Nesse sentido também a opinião de José Fernando Simão, nas discussões travadas no Grupo de Estudos Professora Giselda Hironaka - GEGHI.

evento.⁷¹ E o principal efeito dessa impossibilidade superveniente é exatamente a extinção da obrigação, como pontifica **Antunes Varela**:

“Efeitos da Impossibilidade: A – Extinção da Obrigação: a principal consequência da impossibilidade (superveniente) da prestação não imputável ao devedor é a extinção da obrigação, perdendo o credor o direito de exigir a prestação e não tendo, por conseguinte, direito à indenização dos danos provenientes do não cumprimento. Efeito que se verifica, quer a impossibilidade provenha de facto do credor ou de terceiro, quer resulte de caso fortuito ou da própria lei.”⁷²

O cumprimento da obrigação por terceiro, inclusive nas obrigações de prestar declaração de

vontade, como veremos adiante, só teria algum sentido quando houvesse recusa do devedor. Mas não é o caso! A morte caracteriza impossibilidade subjetiva superveniente e, ainda que a prestação seja fungível e possa ser realizada por outrem, deve-se considerar extinto o vínculo e liberados tanto o devedor como os seus sucessores.⁷³

E o principal efeito dessa impossibilidade superveniente é exatamente a extinção da obrigação.

Idêntico ao nosso, o entendimento de **Clóvis do Couto e Silva**, firmado ainda à luz do CC/1916:

“(…) A impossibilidade superveniente pode ocorrer através de impedimento natural; a matéria com que deveria ser feito o quadro não mais existe na praça; o piano que deveria ser utilizado no concerto veio a ser queimado. Esses casos são de hipóteses de impossibilidade superveniente de obrigação de fazer. Pergunta-se, porém, em razão da possibilidade de poder ser feita por outrem a prestação, o devedor se libera quando a prestação por ele se tornar impossível? Não temos dúvida em afirmar que sim. Certo, pode o devedor, na hipótese do artigo 878, quando não for convenionado que ele o faça pessoalmente, efetivar a prestação através de terceiro (arg. a contr.). É uma faculdade que cabe ao devedor de poder adimplir, ainda que a prestação não seja por ele pessoalmente realizada. Na hipótese de impossibilidade, porém, ou na inaptidão, como não há fato imputável, ele se libera (...).”⁷⁴

Essa solução de considerar resolvida a obrigação de fazer pela morte do devedor, aplicando-se a norma do artigo 248 do CC/2002 (art. 879 do CC/1916), já foi trilhada pelo Tribunal de

71. Direito Civil. Transporte Rodoviário. Morte de Passageiro decorrente de roubo ocorrido dentro do ônibus. **Força Maior**. Exclusão da responsabilidade do transportador de indenizar. Precedentes. Recurso acolhido. Imprudência do pedido. 1 - A presunção de culpa da transportadora pode ser ilidida pela prova da ocorrência de **força maior**, como tal se qualificando a morte de passageiro decorrente de assalto com violência, comprovada a atenção da ré nas cautelas e precauções a que está obrigada no cumprimento do contrato de transporte. 2 - Na lição de “Clóvis”, caso fortuito é “o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes”, enquanto a **força maior** é “o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer”, com a observação de que o traço que os caracteriza não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade (STJ, REsp nº 118.123, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, LEXSTJ, vol. 120, p. 147).

72. *Op. cit.*, p. 81.

73. Em sentido contrário, a doutrina de Francesco Messineo “*En las obligaciones de hacer, la imposibilidad de cumplimiento debida a 'causa no-imputable', es concebible, pero se verifica muy raramente. Puede darse principalmente en los casos: a) de muerte del deudor, o de su inhabilidad física o mental permanente, cuando sea esencial el cumplimiento por parte de él y no sea admisible el cumplimiento de otra persona en su lugar (intuitus personae debitoris: obligación de hacer infungible); por el contrario, no hay imposibilidad en la obligación de hacer fungible (cfr. § 99, n. 5, y § 12, n. 8)(...)*” (in *Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 224).

74. *Op. cit.*, p. 169. No mesmo sentido a doutrina de Orosimbo: “Se o pintor obrigado a fazer um quadro foi empreendido pela cegueira e pela paralisia, a *obligatio faciendi*, a que se avinculara, resolve-se, como no caso de o operário contratado para uma construção se tornar impossibilitado, por doença, de qualquer esforço físico” (*op. cit.*, p. 295). Entendendo pela intransmissibilidade *causa mortis* das obrigações de fazer, vide, ainda, a doutrina de Héctor Lafaille (in *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Ediar, 1947, vol. 1, pp. 51-52).

Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento ocorrido no ano de 2003 e resumido na seguinte ementa:

“Contrato – Indenização e cobrança – Inadimplemento de contrato de obrigação de construção, outras avenças e confissão de dívida – Ação ajuizada contra o espólio de cessionário, que se obrigou, em vida, a construção de um prédio de apartamentos – Substituição do Espólio por um dos herdeiros no pólo passivo que, na partilha, realizada *a posteriori*, se obrigou pessoalmente a resgatar o valor da cessão perante os cedentes – Ação julgada parcialmente procedente para condenar o réu (herdeiro) nas cominações contratuais – **Obrigação de fazer que se impossibilitou pela morte do devedor** – Aplicação do artigo 879 do Código Civil de 1916 – **Retorno ao *status quo ante*** – **Obrigação apenas do pagamento, pelo herdeiro, do valor assumido pela cessão e não das demais cominações contratuais** – Apelação do réu provida em parte e improvidos seus agravos retidos – Prejudicado o recurso adesivo ofertado pelos autores.”⁷⁵

Particularmente elucidativo da linha de entendimento adotada pelo Tribunal paulista, o seguinte excerto do voto proferido pelo jurista **Carlos Roberto Gonçalves**, então Desembargador Relator:

“Assim, nessa linha, em decorrência do falecimento do devedor da obrigação de fazer, a contra-prestação avençada, ainda inexigível, se resolveu, restando impossibilitada, ou seja, tornou-se obrigação de cumprimento inexecutável, com plena incidência do artigo 879 do Código Civil. Daí, uma vez resolvida a obrigação pela morte do devedor, e muito antes do termo final, o que se transmitiu a seus herdeiros foi meramente a obrigação de dar, qual seja, o pagamento da dívida original (...). Dessarte, resolvida a obrigação sem culpa do devedor, não se há falar em perdas e danos, a teor do artigo 879 do Código Civil de 1916, incidente na espécie. Assim, as partes retornam ao *status quo ante* (...).”⁷⁶

Se o devedor, no entanto, tivesse se recusado ao cumprimento da obrigação antes do óbito, já estando em mora quando da abertura da sucessão, a hipótese seria diversa, porquanto a obrigação teria transmudado a sua natureza, de *facere* para *dare*, com a conversão em perdas e danos. E se essas serão sempre expressas em pecúnia, sendo a obrigação pecuniária típica *obligatio dandi*, naturalmente haveria a sua transmissão aos herdeiros ou sucessores do *de cuius*, dentro das forças da herança. Entretanto, se o óbito do devedor se deu antes da constituição em mora, não tendo havido, ainda, a conversão da obrigação de *facere* para *dare*, não se há que falar em transmissão *causa mortis*. Por força da resolução da obrigação sem culpa do devedor, a responsabilidade dos herdeiros restaria atrelada, apenas, à reposição do credor ao *status quo ante*, sem qualquer indenização. Apenas se o devedor já houver sido condenado em perdas e danos, ou pelo menos já estiver em mora ao morrer, é que a obrigação passa aos herdeiros, pois não integrará mais a classe de obrigações de *facere*, tornando-se obrigação de *dare*, cujo objeto da prestação deixou de ser um atuar físico ou intelectual, tornando-se uma obrigação de entrega de coisa certa fungível (pecúnia).

8 As obrigações de prestar declaração de vontade

Ao distinguirmos as obrigações *dare* e *facere*, vimos que não são apenas os atos físicos ou materiais que integram o objeto das obrigações de fazer. Estas também podem ter por objeto certos atos que não implicam execução de qualquer trabalho, nem esforço físico ou mental do devedor, tais como a

75. ACi nº 284.440.4/5-00, j. 23/9/2003, Rel. Des. Carlos Roberto Gonçalves.

76. Fls. 9 e 10 do voto do Relator. Disponível no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, www.tj.sp.gov.br.

obrigação de emitir uma declaração de vontade, de outorgar uma procuração, de quitar, de prestar fiança, a de reforçar uma garantia, a de formar sociedade, a de renunciar certa herança, etc.

Ou seja, nem sempre as obrigações de fazer terão por objeto um atuar palpável do devedor. O objeto da prestação devida tanto pode ser a prática de um ato físico, como pintar uma casa, reparar um automóvel, como a prática de um ato jurídico. No contrato de mandato, por exemplo, o mandatário se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos em nome do mandante.⁷⁷ Na promessa de recompensa, o devedor assume a obrigação de fazer o prometido (CC, art. 854), ou seja, de praticar um ato jurídico, consistente na recompensa. Nesses casos, é irrelevante o dispêndio de energia requerido para a prática do ato. O importante é a vantagem, o proveito que do ato resulta para o credor. O elemento preponderante da *obligatio faciendi*, aqui, será “o proveito carregado ao credor, ainda que diminuto o dispêndio de atividade do devedor”.⁷⁸

77. Nesse sentido, a doutrina de João de Matos Antunes Varela: “O facto que constitui objecto da obrigação pode ser um facto material (reparar uma viatura, pintar uma casa, etc.) ou um facto jurídico (emissão de uma declaração de vontade, assunção de certa dívida, patrocínio de certa causa, etc.). A distinção interessa, por exemplo, à caracterização do mandato, que o artigo 1.157 define como “o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta de outra”. Entre os actos jurídicos, a cuja prática o mandatário se pode obrigar, avultam os negócios jurídicos. Já o contrato de empreitada tem como prestação típica a realização de certa obra, que é um facto material (art. 1.207º)” (in *Das obrigações em geral*, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, vol. 1, p. 84).

78. A expressão é de Orosimbo Nonato, *op. cit.*, p. 288.

79. “Art. 639 - Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.”

“Art. 641 - Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.”

80. Nem sempre é possível a substituição do devedor. Nesse aspecto, o Código Civil do México foi mais direto do que o nosso: “Artículo 2.027 - Si el obligado a prestar un hecho, no lo hiciera, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquel se ejecute por otro, cuando la substitucion sea posible”.

81. O exemplo foi colhido de Carreira Alvim, *op. cit.*, p. 42.

82. *Op. cit.*, p. 48.

Pois bem, quando o objeto da prestação consistir na prática de um ato jurídico, o ordenamento jurídico prevê, em algumas situações, uma forma específica de execução, por meio da ação de adjudicação compulsória, em que a sentença substitui o devedor, produzindo os mesmos efeitos da declaração sonogada. A vontade é declarada pela sentença judicial.

Com esteio nos artigos 639 e 641 do CPC,⁷⁹ ou ainda com base em dispositivos análogos das Leis dos Juizados Especiais, estaduais e federais, o credor promove a execução específica da obrigação de fazer, obtendo de um terceiro (o Estado-Juiz) os mesmos resultados práticos buscados por meio da declaração de vontade que deveria ter sido prestada pelo devedor inadimplente. A negativa deste é suprida pelo Estado, por seus órgãos jurisdicionais, independentemente de qualquer atuar físico do devedor.

Importante ressaltar que essa possibilidade de substituição do devedor pelo Estado vai depender muito da natureza da declaração pretendida, se fungível ou infungível o objeto da prestação. Incide aqui a regra geral de que a obrigação de fazer fungível pode ser executada pelo próprio devedor ou por terceiro à custa deste (art. 249, CC/2002), sendo que o terceiro, no caso, será o Estado-Juiz. Se a natureza da declaração permitir a substituição,⁸⁰ como no caso de quem prometeu dar quitação e não deu, a sentença judicial produzirá os mesmos efeitos do ato sonogado. O mesmo não acontece nas obrigações de fazer infungíveis. É o caso, por exemplo, de quem prometeu casar e não casou, e que jamais poderá ser casado por sentença.⁸¹ O exercício da atividade jurisdicional, como bem posto nas lições de Carreira Alvim, encontra certas limitações, “seja em decorrência da impossibilidade de substituir a vontade individual do obrigado ou de atuar sobre ela, seja em virtude de imposição do próprio ordenamento jurídico, que, em determinadas hipóteses, inviabiliza tal execução”.⁸²

A obrigação de fazer é a que mais de perto toca o indivíduo como pessoa, vinculando a prática de um determinado ato à própria emanção da personalidade do devedor, o que, em última instância, tem a ver com o conceito de liberdade. Como bem coloca **Tito Fulgêncio**, “sagrada é a liberdade pessoal e não se lhe tolera violação por negócio meramente financeiro”.⁸³ Esse direito fundamental estaria comprometido se viesse o Estado a substituir o devedor na prestação de uma declaração de vontade personalíssima, que voluntariamente ele não quis prestar. Se assim o fizesse, estaria, segundo **Araken de Assis**, interferindo “no âmbito do auto-regramento de vontades”.⁸⁴ A vontade é incoercível e por isso não se lhe pode determinar coativamente que tome esta ou aquela direção. Já dizia **Ferri** que a vontade coagida deixa de ser a vontade daquele que sofre a coação para se converter na vontade daquele que a emprega.⁸⁵

De igual forma estaria comprometido o direito fundamental à liberdade se, falecendo o devedor antes de emitir a declaração, viesse o Estado a se substituir aos herdeiros daquele na emissão da declaração prometida.

E mesmo nas hipóteses em que a declaração de vontade puder ser prestada pelo Estado em substituição ao devedor (obrigação fungível), ainda assim não se verificará a transmissão *causa mortis* da obrigação. Isso porque, ainda que se trate de um ato jurídico, não deixa de ser um ato pessoal do devedor, cujo inadimplemento sujeitá-lo-á aos efeitos equivalentes⁸⁶ aos da declaração de vontade que ele não quis prestar, mas nunca obrigá-lo, *manu militari*, ou mesmo transmitir-se por sucessão hereditária. Os sucessores do devedor não poderão ser forçados a emitir uma declaração de vontade prometida pelo *de cuius*, nem muito menos poderia o Estado, em sede de adjudicação compulsória, substituir-se àqueles. E por que não poderia? Pelas mesmas razões já expostas anterior-

mente, ou seja, por que com a morte, impossibilitou-se a prestação sem culpa do devedor, antes do vencimento da dívida, o que provocou a resolução do contrato, com a extinção do vínculo (ou a cessação do contrato como preferem alguns autores). O credor não vai ter direito a qualquer indenização, mas tão-somente a pretensão de rever o que eventualmente entregou ao devedor.

Se aquele que se comprometeu a prestar uma fiança em favor de alguém se recusa posteriormente a fazê-lo, não poderá o Estado forçá-lo a firmar o contrato, mas tal recusa poderá ser suprida judicialmente. Caberá ao credor optar entre postular o sancionamento pecuniário do devedor pelo descumprimento da promessa ou a emissão do ato por terceiro às custas do devedor (art. 249, CC/2002), por meio do suprimimento judicial. Todavia, se o devedor falecer antes de prestar a fiança, jamais estarão seus herdeiros, ou mesmo o espólio, compelidos a afiançar em seu lugar. O que vai se transmitir, se for o caso, será apenas a obrigação de indenizar, se o devedor já estivesse em mora ao falecer.⁸⁷ Mas se o devedor da obrigação de emitir a declaração de vontade ainda não estava em mora, a obrigação se resolve, cabendo aos herdeiros tão-somente a reposição do credor ao *status quo ante*, mediante a devolução de quaisquer valores que eventualmente tenham sido antecipados, consoante já explicamos anteriormente.

83. *Apud* Orosimbo Nonato, *op. cit.*, p. 295.

84. Araken de Assis, *Manual do processo de execução*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2001, p. 456.

85. Cf. Luigi Ferri, *La Autonomia Privada*, trad. espanhola, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1969, pp. 262-263. Acrescenta o autor, citando Croce, que uma vontade coagida é algo que não se entende, porque os dois termos (vontade e coação) se repugnaram mutuamente.

86. Ao proferir a sentença, o Juiz não concede a tutela específica ao credor, pois não pode emitir a declaração no lugar do devedor, mas apenas “outorga resultado prático equivalente àquela, consubstanciado no provimento jurisdicional” (Guilherme Rizzo Amaral, *op. cit.*, p. 91).

87. Da mesma forma que se um fiador vem a falecer no curso do contrato, estando já o afiançado em mora, a dívida resultante das parcelas vencidas antes do óbito se transmitirá aos sucessores do fiador, dentro das forças da herança.

Situação aparentemente diversa é aquela verificada no contrato preliminar de compra e venda de imóveis. A Jurisprudência, em numerosos casos, vem entendendo que, se aquele que se obrigou a outorgar uma escritura definitiva de um imóvel vem a falecer antes de realizar o ato, tal obrigação se transmite por sucessão hereditária, e se os herdeiros não a cumprirem, poderá o credor postular do Estado a prestação, inclusive com direito à adjudicação compulsória.⁸⁸ Esse entendimento somente encontra respaldo doutrinário, a nosso ver, pela natureza peculiar desse tipo de contrato preliminar.⁸⁹

Isso porque, nessas hipóteses, não se pode falar sequer em obrigação de fazer, uma vez que o *facere* não seria elemento preponderante da obrigação. Nesse sentido é a Doutrina de Clovis do Couto e Silva à qual anuímos:

“(...) se admite que as obrigações consistentes em declaração de vontade podem ser executadas e a sentença judicial se substituirá à manifestação de vontade do devedor. Muitos autores, *verbi gratia*,

88. Contrato. Obrigação de outorgar escritura de compra e venda de imóvel financiado. Tendo o adquirente satisfeito todas as suas obrigações - pagamento do preço e de prestações atrasadas do financiamento - e faltando o alienante cumprir a transferência do financiamento quando veio a falecer, resulta em benefício do primeiro a quitação pelo seguro do saldo devedor do financiamento. Não tendo o adquirente dado causa a rescisão do contrato, impossível admiti-la. Dever do espólio outorgar a escritura definitiva. Apelo provido, por maioria (ACi n° 194049706, 9ª Câm. Cível, TACRS, Rel. Des. Antônio Guilherme Tanger Jardim, j. 26/4/1994).

89. O direito do promitente comprador de imóvel é considerado direito real desde a edição do Decreto-Lei n° 58, de 10/12/1937. A natureza real desse tipo de contrato encontra-se atualmente consagrada no artigo 1.225 do CC/2002.

90. Clóvis do Couto e Silva, *A obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976, pp. 167-168.

91. *In Promessa de compra e venda de imóveis*, p. 84.

92. *Apud* Orosimbo Nonato, *op. cit.*, p. 308.

93. *Idem*. Orosimbo, no entanto, manifesta opinião contrária, citando, ainda, Carrara e Ascoli.

94. Víctor Vial Del Río, *Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil Chileno*, Editorial Biblioteca Americana, Chile, 2003, p. 109.

95. Nesse sentido, a Doutrina de Pontes de Miranda, já citada no início deste artigo: “Em suma, pela própria enunciação dos atos que recaem sobre o conceito de obrigação de dar, já se vislumbra que →

ção como exemplo de obrigação de fazer a conclusão do contrato. Mas, é preciso ter presente aquilo que afirmamos a respeito da distinção entre obrigações de dar e fazer (...), na obrigação de pintar um quadro e entregá-lo, existiam dois deveres, um tipicamente de fazer (pintar o quadro) e outro de dar (a entrega). Na obrigação de fazer negócio jurídico, de emitir volição, há *facere* (a emissão da vontade). Mas, pode não ser elemento preponderante, pois se se tratar de negócio dirigido à transmissão de direitos reais ou mesmo de negócio dispositivo de direito de crédito (cessão de direitos), constituir-se-á a *solutio* em adimplemento de obrigação de dar. Não é, portanto, totalmente exato afirmar que a obrigação de fazer negócio jurídico seja sempre *obligatio faciendi*.⁹⁰

Essa discussão é antiga. Já registrava Darci Bessone⁹¹ a opinião de Faggella: “a vontade do outorgante se objetiva e se destaca e se torna irrevogável com a promessa, completando-se até definitivo com a adesão posterior do beneficiário da promessa”.⁹² Chironi, citado por Orosimbo Nonato, já se inclinava “a ver, no caso, de envolta com uma *obligatio faciendi*, uma obrigação de dar, suscitadora, nesta qualidade, de execução específica”.⁹³

A Doutrina chilena também considera tal hipótese obrigação de dar, a se ver pela anotação de Víctor Vial Del Río:

“*La Doctrina define la obligación de hacer como aquella que impone al deudor la ejecución de un hecho cualquiera, siempre que este no sea la transferencia del dominio o la constitución de un derecho real, pues en tal caso la obligación es de dar. En nuestro concepto, según la noción que tenemos de la obligación de dar, obligación de hacer es aquella que impone al deudor la ejecución de un hecho que no sea la tradición de una cosa.*”⁹⁴

Ao tratarmos da distinção entre obrigações de fazer e obrigações de dar, vimos ser característica essencial desse último tipo de relação obrigacional a atribuição patrimonial,⁹⁵ a obrigação se

forma com o fito de constituir um direito real, de transferir o domínio sobre uma coisa móvel ou imóvel⁹⁶ e, em se tratando de imóveis, esse fim não se alcança sem a outorga da escritura definitiva e subsequente registro. Se o devedor, depois de firmar a promessa, recusa-se, posteriormente, a outorgar a escritura definitiva, estará obstando a *solutio* da obrigação.

Ora, a obrigação, no sentido de um complexo unitário, conforme expusemos no início deste trabalho, composta de diversos atos concatenados de modo a alcançar um fim determinado e a extinguir-se com a obtenção deste fim, sendo que este fito não é outro senão a plena satisfação dos interesses do credor (adimplemento), somente estará solucionada, no caso em tela, depois da efetiva transferência do domínio, o que ocorrerá com a outorga da escritura definitiva e subsequente registro. Ninguém celebra um contrato preliminar de compra e venda de imóvel se não for para *adquirir o domínio*. A vontade do devedor em obrigar-se a transferir a propriedade da *res* se torna irrevogável com a promessa, completando-se com a outorga da escritura definitiva. Esta é a última fase ou o último ato do **processo obrigacional** exteriorizado por meio do contrato de promessa de compra e venda de coisa imóvel.⁹⁷ O elemento preponderante dessa relação obrigacional não é o **fazer**, não é **lavrar a escritura**, e, sim, o **dar, entregar** o bem, transferindo-lhe o domínio.

Assim, nesses casos, em que o elemento preponderante da prestação devida é muito mais o *dare* do que o *facere*, o Estado pode, perfeitamente, substituir-se ao devedor inadimplente e emitir logo a declaração de vontade objeto da prestação, como também pode se substituir aos herdeiros daquele. Isso porque, o que se transmitirá por sucessão hereditária, na verdade, será a obrigação de concluir uma *obligatio dandi* iniciada pelo devedor. E nas obrigações de dar, conforme sustentamos desde o início deste trabalho, opera-se, sem problemas, a transmissão *causa mortis*.

Em suma, na obrigação de outorga de escritura, a transmissão *causa mortis* somente é possível, a nosso ver, porque a obrigação, no caso, caracteriza-se mais como obrigação de dar, do que como obrigação de fazer. Em outros casos, tais como a promessa de recompensa, a obrigação de prestar fiança ou a de formar sociedade, em que o *facere* é preponderante, não vemos como se possa operar a transmissão da *obligatio faciendi* aos herdeiros do devedor.⁹⁸

9 Conclusão

Concluimos, portanto, que na obrigação de fazer a regra geral é que a sua execução seja feita pelo devedor com quem se contratou. Nesse sentido, a síntese lapidar de **Tito Fulgêncio**: "Assim como nas obrigações de dar, também nas de fazer e por identidade de razão, a regra geral é a execução direta, a execução em natureza, a dizer, o

→ ele coincide perfeitamente com o de atribuição patrimonial" (*Apud* Clóvis do Couto e Silva, *op. cit.*, p. 103).

96. Vide também o Código Civil argentino: "Art. 574 - *La obligación de dar, es la que tiene por objeto la entrega de una cosa, mueble o inmueble, con el fin de constituir sobre ella derechos reales, o de transferir solamente el uso o la tenencia, o de restituirla a su dueño*". Código Civil uruguaio: "Art. 1.333 - *La obligación de dar es la que tiene por objeto la entrega de una cosa mueble o inmueble*". Código Civil do México: "Art. 2.011 - *La prestación de cosa puede consistir: I - En la traslación de dominio de cosa cierta; II - En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta; III - En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida*".

97. Também considerando a promessa como uma primeira fase já do próprio contrato prometido, *vide*, por todos, F. Castro, citado por Antunes Varela (*op. cit.*, p. 309).

98. Importante diferenciarmos aqui a natureza das obrigações assumidas na promessa de recompensa e na promessa de compra e venda, pois poderia parecer que, no primeiro caso, haveria também obrigação de dar (entregar a recompensa). Entretanto, na promessa de recompensa (ato unilateral de vontade), o elemento preponderante é o *facere*, pois o devedor assume a obrigação de fazer aquilo que prometera, ou seja, assume a obrigação de "recompensar". Essa "recompensa" pode até consistir na entrega de uma coisa, normalmente dinheiro, mas o elemento preponderante não é a coisa entregue, e sim o ato de recompensar. A prática do ato, em si, já representa a *solutio* da obrigação. Na promessa de compra e venda, por sua vez, o *facere* deixa de ser preponderante, pois somente a tradição efetiva da coisa atenderá aos interesses do credor. A entrega da coisa prometida, e não o ato da entrega, é que vai constituir o elemento preponderante da obrigação.

credor tem o direito de exigir do devedor a coisa devida, que é o fato, ou serviço prometido, sempre que for possível”.⁹⁹

Nessa espécie de obrigação prepondera o caráter da pessoalidade, pois o credor contrata com pessoa determinada, de quem exige a prestação de fato. Ao contratar uma obra de engenharia, ou mesmo o mais elementar trabalho manual, como um engraxate de sapatos, o credor procura quem lhe inspira confiança e melhor habilidade para realização do serviço.

Dáí porque entendemos, à falta de previsão legal em sentido contrário,¹⁰⁰ não se poder admitir a transmissão *causa mortis* da obrigação de fazer, pelo menos enquanto não convertida em perdas

e danos. Entretanto, uma vez inadimplida culposamente a prestação, quando vivo o devedor, e determinada a sua conversão em obrigação pecuniária, esta poderá ser transmitida, por sucessão, quando do passamento da pessoa que foi judicialmente obrigada ao pagamento.

Repetindo **Orlando Gomes**, “somente as obrigações de dar se transmitem por sucessão hereditária”.¹⁰¹ Nas obrigações de fazer o que vai se transmitir é dívida decorrente da prestação não cumprida por culpa do devedor e já constituída em data anterior à abertura da sucessão.

Mas se o descumprimento se deu sem culpa do devedor, havendo decorrido justamente do falecimento deste, não se há que falar em conversão em perdas e danos e muito menos em transmissão aos herdeiros daquela prestação positiva que só ao *de cuius* cabia realizar. O ato somente se destaca do devedor depois de descumprido e, por tal razão, tornado conversível em perdas e danos (*obligatio dandi*). Antes disso, não se há que falar em transmissão *causa mortis*.¹⁰²

Em suma, a obrigação de fazer, ainda que fungível, podendo, portanto, ser desempenhada ou satisfeita por qualquer pessoa, não poderá obrigar aos herdeiros do devedor, senão à reposição do credor ao *status quo ante*, sem qualquer indenização. Jamais à execução direta da própria prestação. ■

99. Tito Fulgêncio, *Do direito das obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 121.

100. Os artigos 10 e 11 da Lei n° 8.245/1991 prevêem a transmissão dos deveres decorrentes da condição de locador e de locatário para os herdeiros. Alguns desses deveres, como o de permitir a vistoria do imóvel pelo locador ou o de informar imediatamente ao locador sobre defeitos ou danos no imóvel, podem consistir em obrigações de fazer. Nesses casos haverá a transmissão *causa mortis* da obrigação de fazer por expressa disposição legal.

101. *Op. cit.*, p. 52.

102. “(...) Nesse tipo de obrigação tem o credor contra o devedor certamente a pretensão de exigir o adimplemento. Essa pretensão é, contudo, somente acionável no que toca à exigência de perdas e danos, conforme faculta a parte final do art. 881. Impede a execução contra o devedor a circunstância de a pretensão dirigir-se contra certa atividade a ser praticada. O ato somente se destaca da pessoa depois de realizado” (Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, *op. cit.*, p. 167).

Bibliografia

- ALVIM, J. E. Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o Processo Civil brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.
- ARÉVALO, Daniel Peñailillo. *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- ASSIS, Araken. *Manual do processo de execução*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2001.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*, 9ª ed., São Paulo, RT, 2001.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1934, vol. 4.
- _____. *Direito das obrigações*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Paulo de Azevedo, 1954.
- CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, vol. 11.
- CATALAN, M. J. *Descumprimento Contratual - Modalidades, conseqüências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar*, Curitiba, Juruá, 2005.
- CORDEIRO, António Menezes. *Direito das Obrigações*, Lisboa, AAFDL, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990-1991, vol. 2.
- _____. *Código Civil anotado*, São Paulo, Saraiva, 1995.
- FERRI, Luigi. *La autonomia privada*, trad. espanhola, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969.
- FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações - das modalidades das obrigações*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1958.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976.
- LAFAILLE, Hector. *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Ediar, 1947, vol. 1.
- LIMA, João Frazen de. *Curso de Direito Civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1958, vol. 2.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito das obrigações*, Brasília, Brasília Jurídica, 1999.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*, São Paulo, Saraiva, 2003, vol. 2.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo I: dos direitos das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, vol. 1.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, vol. 4: direito das obrigações, 1ª Parte: das modalidades, das obrigações, dos efeitos das obrigações, do inadimplemento das obrigações, 32ª ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf, São Paulo, Saraiva, 2003.
- MOREIRA, Guilherme Alves. *Instituições do Direito Civil português*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1925, vol. 2.
- NETO, Abílio. *Código Civil anotado*, 11ª ed., Lisboa, Ediforum, 1997.
- NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, vol. I.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, São Paulo, Saraiva, 2003, vol. 1.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, vol. 2.
- POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*, trad. de Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira, Campinas, Servanda, 2001.
- RÍO, Víctor Vial Del. *Manual del derecho de las obligaciones en el Código Civil chileno*, Chile, Editorial Biblioteca Americana, 2003.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, 24ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, vol. 2.
- RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*, trad. da 6ª ed. italiana, São Paulo, Livraria Acadêmica, 1937, vol. III.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Ações cominatórias no Direito brasileiro*, São Paulo, Max Limonad, 1985, vol. 1.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957, vol. 2.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, vol. 1.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, São Paulo, Atlas, 2001, vol. 2.
- WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil brasileiro - obrigações e contratos*, 3ª ed., São Paulo, Sugestões Literárias, 1972.