

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

DARCY BESSONE

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

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

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

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

O tema comporta, todavia, revisão.

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

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

Observou **Chiovenda** que, a fim de assegurar a atuação concreta da

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

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

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

De Page lucidamente assinala que esse princípio, irrecusável em matéria de execução **voluntária**, não sofre modificação na execução **forçada**, pois que o inadimplemento do devedor não pode determinar a modificação do direito do credor, que, nas duas formas de execução, conserva a natureza primitiva. O credor exerce, tanto na execução voluntária como na coativa, o seu direito tal como sempre foi (Traité Élémentaire de Droit Civil Belge, vol. III, n. 94).

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

4) — As altas lições citadas abonam as conclusões de que:

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

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

5) — As conclusões formuladas tornam certo que:

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

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

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

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

7) — No Brasil, **Filadelfo de Azevedo** (Revista de Crítica Judiciária, vol. X, p. 601), **Carvalho Santos** (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XV, p. 132), **Orozimbo Nonato** (Revista Forense, 130/85 e outros têm afirmado que a obrigação **de fazer** comporta, em tese, execução coativa **in natura**, a excluir-se somente quando se torne necessário violentar a liberdade física do devedor.

8)) — No tocante à promessa de contratar, típica obrigação **de fazer**, os ordenamentos jurídicos vão consagrando a execução específica quando art. 894; Regulamento Executivo austríaco § 367; Código Civil Italiano, inadimplente o devedor (Cfr. Ordenamento processual alemão — Z P O — art. 2.932; C. P. C. brasileiro, art. 1006).

9) — As presentes considerações conduzem à conclusão de que a obrigação **de fazer**, ou de não fazer, não é necessariamente alternativa, de tal modo que o devedor possa optar entre executá-la voluntariamente **in specie** ou, tornando-se voluntariamente inadimplente, substituí-la pelo **id quod interest**, obtido em execução coativa.

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

Só a impossibilidade de obtê-la sem violência à liberdade pessoal do devedor é que poderia determinar a sua subrogação na indenização de perobrigações de fazer (arts. 879 e 880).

Note-se, porém, que também a impossibilidade da execução **in natura** da obrigação de dar conduz, salvo quando sem culpa o devedor, ao ressarcimento (arts. 865, 867, 870, 871, do C.C.)

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

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