

## A OBRIGAÇÃO DE FAZER INFUNGÍVEL E AS MEDIDAS JUDICIAIS COERCITIVAS RELATIVAS A SEU DESCUMPRIMENTO

Vinícius BRANCO<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho visa a analisar a Obrigação de Fazer Infungível, dissertando com olhar crítico a respeito das medidas a ela cabíveis no caso de inadimplemento, bem como propondo critérios que orientem utilizá-las de modo plausível, orientando-se pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Palavras-chave: 1. Introdução; 2. As obrigações de fazer infungíveis; 3. As medidas cabíveis quando do descumprimento das obrigações de fazer infungíveis; 4. Considerações  
Finais.

### 1. INTRODUÇÃO

Ao nos depararmos com o Direito das Obrigações, bem como a todos os institutos do Direito, devemos ter sempre presente os princípios e as normas constitucionais que norteiam o legislador, quando da produção das leis, bem como o hermeneuta e o aplicador das normas, visando, deste modo, promover o Estado Democrático de Direito em sua plenitude.

Não se pode, portanto, prescindir dos fins almejados pela lei magna, dispostos, por exemplo, em seu artigo 3º, e os valores fundamentais, principalmente ao longo de seu artigo 5º. Neste sentido é que a forma de interpretação teleológica nos servirá de auxílio, sendo de bom grado sua presença no exercício da atividade jurídica.

Ao abordarmos a obrigação de fazer infungível e seu descumprimento estaremos lidando de frente com o direito à liberdade – pois não se pode obrigar alguém a fazer algo, ainda que se tenha obrigado; o direito à igualdade – pois devem existir critérios de desigualdade jurídica em relação ao cumpridor e

---

<sup>1</sup> Discente do 3º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: [viniciusbranco@gmail.com](mailto:viniciusbranco@gmail.com)

descumpridor, com vistas a atingir uma igualdade fática; o direito a segurança – sobretudo a segurança jurídica; e ainda, com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Claro, existem outros princípios e normas que tangenciam a matéria, objeto de ampla extensão, mas que aqui serão abdicados, em favor dos supracitados.

## 2. AS OBRIGAÇÕES DE FAZER INFUNGÍVEIS

Cumpra, primeiramente, antes de definir as obrigações de fazer infungíveis, definir o próprio Direito das Obrigações e situar o instituto das Obrigações na seara jurídica. Assim, para Maria Helena Diniz, o direito das obrigações “consiste num complexo de normas que regem relações jurídicas de ordem patrimonial, que têm por objeto prestações de um sujeito em proveito de outro”.

É clássica a classificação que divide o direito civil em dois grandes ramos: não patrimoniais e patrimoniais. Este último, subdividido em direitos reais e direitos obrigacionais, também conhecidos como pessoais ou de crédito. É a lição de Carlos Roberto Gonçalves, que conceitua, ainda, obrigação como “o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. Corresponde a uma relação de natureza pessoal, de crédito e débito, de caráter transitório (extingue-se pelo cumprimento) cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível”.

As obrigações podem ser de dar (entregar ou restituir), fazer, ou não fazer. Ateremos-nos a conceituar apenas a segunda modalidade, objeto do presente estudo. Na definição de Flávio Tartuce, consistem as obrigações de fazer (*obligatio faciendi*) no “cumprimento de uma tarefa ou atribuição por parte do devedor”.

Interessa-nos, entretanto, espécie ainda mais restrita – as obrigações de fazer infungíveis, quais sejam, aquelas cujo implemento é de natureza personalíssima (*intuitu personae*). Tão somente o devedor pode cumprir uma

obrigação infungível. Cabe ainda ressaltar, como faz Tartuce, que a infungibilidade pode advir tanto de regra contratual, como estar intrinsecamente ligada à natureza da obrigação. O primeiro caso poderia ser exemplificado pelo credor que contrata pedreiro para construir um muro, incluindo uma cláusula contratual que não permite enviar outrem em substituição. O segundo, pelo contrato cujo devedor é um renomado cantor, cuja substituição é impossibilitada pela própria natureza da prestação. A quem adquire ingressos para assistir Caetano Veloso, não agradaria ver outro em seu lugar, ainda que seja Chico Buarque.

Conceituado o objeto de nosso estudo cumpre adentrar, por fim, o âmago do tema.

### **3. AS MEDIDAS CABÍVEIS QUANDO DO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER INFUNGÍVEIS**

Temos que, em regra, quando inadimplida a obrigação de fazer infungível por culpa do devedor, esta se resolve em perdas e danos, dada a impossibilidade de se imporem as medidas cabíveis à obrigação fungível, disposta no artigo 249 do Código Civil. Não se pode pretender, pois, como já exposto, que outrem a execute no lugar do devedor. Do mesmo modo, não se pode forçar diretamente o devedor a cumpri-la, sob pena de cercear sua liberdade de ação, e atentar inclusive contra sua dignidade.

Todavia, atualmente admite-se, sendo inclusive tendência, a adoção de medidas coercitivas que visam forçar o devedor a cumprir sua parte no contrato. É o caso citado por Carlos Roberto Gonçalves de fixação de uma multa diária enquanto não for implementada a obrigação (as astreintes do direito francês, presentes conforme o referido doutrinador, nos artigos 287, 461 e 644 do Código de Processo Civil).

Se por um lado, tais ações são úteis na medida em que prezam pelo cumprimento do contrato, e, por conseguinte, atendem ao princípio da conservação

do negócio jurídico, deve-se zelar para o não desvirtuamento das referidas medidas e sua banalização.

Para tanto é imprescindível a adoção de critérios para sua aplicação, com vistas a manter a proporcionalidade entre o eventual descumprimento de uma obrigação e a consequência sofrida pelo devedor.

Primeiramente, insta salientar que, em certos casos, sequer a multa diária é cabível. No já citado exemplo do cantor inadimplente não há sentido em cominar multa diária quando o show fora convencionado em determinada data. Diferente é o caso do pintor, cuja obra fora encomendada sem urgência, e, concluída a obra, se nega a entregá-la.

Levantemos, portanto, como primeiro critério orientador para a aplicação da multa diária, a utilidade da medida em face ao adimplemento da obrigação.

Por outro lado, muitas vezes a aplicação de uma multa diária combinada com perdas e danos pode ultrapassar desproporcionalmente o dano experimentado pelo credor. Daí ser a proporção, indispensável quando da aplicação da referida medida. É de bom alvitre inclusive abrir mão dela quando, pelas circunstâncias, o devedor já se mostrar prejudicado em demasia devido às perdas e danos. Não é de todo impossível que, por culpa, um devedor deixe de cumprir sua obrigação, causando enormes prejuízos ao credor, cujo montante é incompatível com o patrimônio do devedor.

Outro fator a ser avaliado com cuidado é a culpa do devedor da obrigação de fazer infungível. Não se pode pretender, como sugere Washington de Barros Monteiro, que, podendo ser superado o obstáculo, ainda que por grande esforço e sacrifício, não se eximirá da obrigação. O correto, por outro lado, seria, com base no princípio da razoabilidade, aferir no caso concreto a impossibilidade, se real e suficiente para impedir a prestação. Do mesmo modo, esta há de ser levada em conta, caso insuficiente para eximir o devedor da obrigação, para a fixação de perdas e danos. Há de ser enfatizado a importância de se analisar o caso em concreto, pois o que configura um obstáculo de difícil transposição em certos casos, pode ser uma circunstância periférica em outro. Se, por exemplo, uma inflamação na

garganta pode não desobrigar um arquiteto de fazer o seu projeto, por outro é inexigível de um cantor que se apresente nestas condições, até mesmo porque implicaria em péssima qualidade da prestação que poderia ter repercussões negativas não só ao credor, como também ao devedor, pois sua imagem seria prejudicada.

Não se pode dar azo, ainda, a medidas que visem, por exemplo, à busca e apreensão de um objeto na modalidade fazer. Tal conduta é de flagrante atentado a liberdade do indivíduo, e muitas vezes, contra a própria propriedade intelectual, e sua dignidade. Suponhamos o mesmo caso do pintor, ou músico que se compromete a fazer uma obra por encomenda. Supondo que, trabalhando arduamente em sua obra, o artista a conclui, julgando-a muito além de suas expectativas. Este, por apego à sua propriedade intelectual resolve não entregá-la como adimplemento. Seria de uma frustração indigna ao artista, caso coativamente fosse retirado da posse do bem, justamente a obra que até então tinha em maior apreço. Por outro lado, as perdas e danos caberiam com vantagem neste caso, evitando tamanha onerosidade para o devedor.

#### **4. Considerações Finais**

Por fim, como exposto no início, propomos, ao deparar-se o jurista com situações que gerem, ou possam gerar desproporções, gravames excessivos, conjunturas injustas, proceda-se conforme os ditames principiológicos do Direito, e se adequando aos fins do Estado Democrático de Direito, visando a promoção da igualdade, liberdade, segurança, e jamais se olvidando da dignidade da pessoa humana. Assim deve-se proceder frente às medidas cabíveis no descumprimento das obrigações de fazer infungível, do contrário, enseja-se resultados nocivos tendentes à iniquidade.

## Referências Bibliográficas

TARTUCE, Flávio; Direito Civil (série concursos públicos); vol.2; 3.ed. (2008)

DINIZ, Maria Helena; Instituições de Direito Civil, Direito das Obrigações; vol.4

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro vol.2. 1.ed. São Paulo. Saraiva, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997, vol 4.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Código Civil (2002) LEI N. 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.