

AS OBRIGAÇÕES.

HISTÓRICO.

O direito das obrigações foi introduzido no Código Civil (1916), em seu Livro III, Títulos I a IX, e o Novo Código Civil (2002), que mantendo a sua terminologia, consagra-o em seu Livro I, Títulos I a X, tendo a obrigação mantido o seu sentido, ou seja, designando um prestação a ser cumprida pelo devedor ao credor, existindo assim uma relação obrigacional, um crédito e uma dívida.

Esse ramo do direito está diretamente ligado às relações econômicas, e por tal razão não sofre muita interferência em relação as mudanças de valores e hábitos sociais. Vale dizer que é através das relações de obrigação que o regime econômico é estruturado.

A evolução histórica do direito das obrigações ocorreu a partir da divisão realizada por Aristóteles, a qual estabeleceu que as relações obrigacionais são divididas em dois tipos: as voluntárias, aquelas decorrentes de um acordo entre as partes, e as involuntárias, aquelas resultantes de um fato que nasce de uma obrigação.

O Direito Romano antes de utilizar o termo obrigação nas relações jurídicas, tinha como seu equivalente histórico a figura do nexum, uma espécie de empréstimo, que permitia ao credor o poder de exigir do devedor o adimplemento de prestação específica, sob pena de responder com seu próprio corpo, podendo também ser reduzido à condição de escravo.

De acordo com Washington de Barros Monteiro (2003, p. 5):

A palavra obligatio é, com efeito, relativamente recente. Não empregou a Lei das XII Tábuas, nem ela figurava na terminologia jurídica mais remota. O vocábulo primitivo, empregado para externar o vínculo obrigacional, era nexum, derivado do verbo nectere (atar, unir, vincular).

No direito romano o termo nexum significava o direito do credor exigir do devedor o cumprimento de uma prestação, que era considerada quase um direito real, e a obrigação no direito primitivo tinha como objeto o direito sobre a pessoa física do devedor, ou seja, a sujeição do seu corpo, não respeitando a sua liberdade e sua vida. Contudo este instituto foi sendo paulatinamente alterado, transformando-se num direito sobre os bens do patrimônio do obrigado, visando a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Concorda Caio Mário Pereira (2004, p. 11):

[..] quando se chega ao século VI de nossa era, já pode o Corpus Iuris Civilis consagrar uma definição que apresenta a obrigação como provinda da vontade,

sujeitando o devedor a uma prestação, um dare, um facere, e um praestare, e não uma sujeição do corpo ou da pessoa do obrigado [...].

Nesse sentido assevera Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2004, p. 03):

[...]do ponto de vista formal, o grande diferencial do conceito moderno de obrigação para seus antecedentes históricos está no seu conteúdo econômico, deslocando-se a sua garantia da pessoa do devedor para o seu patrimônio. Tal modificação valoriza a dignidade humana ao mesmo tempo que retira a importância central da obrigação do indivíduo no pólo passivo, o que possibilitou, inclusive, a transmissibilidade das obrigações não admitidas entre os romanos. (grifo nosso)

Cita-se Vicente de Paulo Saraiva (2003, p. 19-20):

[...] a intransmissibilidade da obrigação, contudo, foi uma constante em todas as fases de evolução do direito romano.

[...]

[...] a transmissibilidade das obrigações é a tônica, acentuando-se que, embora a relação jurídica se estabeleça entre as pessoas, o vínculo obrigacional repercute apenas sobre o patrimônio do devedor no momento da execução.

Assim o Código Civil Francês, antigo Código de Napoleão de 1804, estabeleceu em seu artigo 2.093, regra fundamental sobre as obrigações, a qual está sendo também utilizada para a construção teórica moderna do direito das obrigações pátria, qual seja de que os credores tem como garantia comum os bens do devedor, respeitando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Corroborando com tal entendimento Washigton de Barros Monteiro (2003, p. 10):

O objeto da obrigação consiste numa prestação pessoal. Só a própria pessoa vinculada, ou seu sub-rogado, adstrita está ao cumprimento da prestação. A obrigação submete exclusivamente o devedor, ou seu sucessor. Como, porém, ela não pode exercer-se diretamente sobre a própria pessoa, por atentatório à dignidade humana torna-se efetiva mediante atuação sobre o respectivo patrimônio. Em tais condições, embora a obrigação objetive uma prestação pessoal do devedor, na execução por inadimplemento desce-se aos seus bens.

Desse modo observa-se que o direito romano e o direito francês tiveram uma grande influência na constituição do direito das obrigações brasileiro, sendo tal entendimento aceita pela maioria da doutrina e jurisprudência do país, uma vez que tais preceitos são utilizados na prática até os dias atuais.

CONCEITO.

A obrigação pode ser conceituada como uma relação jurídica, determinada entre o devedor e o credor, tendo como caráter a transitoriedade, e como objeto, a prestação pessoal devida pelo primeiro ao segundo, garantindo o cumprimento por meio de seu patrimônio.

Concorda com tal entendimento o ilustre doutrinador Orlando Gomes (2000, p. 8) ao afirmar que a obrigação "é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra".

Acrescenta o civilista Silvio Rodrigues (2002, p. 4) afirmando que tal instituto é definido como "[...] vínculo de direito pelo qual alguém (sujeito passivo) se propõe a dar, fazer ou não fazer qualquer coisa (objeto), em favor de outrem (sujeito ativo)".

Acrescenta o professor Washigton de Barros Monteiro (2003, p. 8):

[...] obrigação é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre o devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio.

Corroborando Maria Helena Diniz (2004, p. 3) afirmando que a obrigação visa "regular aqueles vínculos jurídicos em que ao poder de exigir uma prestação, conferido a alguém corresponde um dever de prestar, imposto a outrem".

Destarte a obrigação é uma relação jurídica pessoal, a qual vincula duas pessoas, o credor e o devedor, onde um fica obrigado a adimplir uma prestação patrimonial de interesse do outro. As obrigações possuem elementos que o constituem, bem como são divididas de acordo com o seu objeto, visando a realização de específica ação ou omissão do devedor, ou seja, o cumprimento por este de uma obrigação.

OS ELEMENTOS DA OBRIGAÇÃO.

É importante informar que a obrigação possui uma estrutura, ou seja, ela é formada por elementos que compõem a relação jurídica obrigacional, sendo constituída pelo vínculo jurídico, pelas partes da relação e pela prestação.

O primeiro elemento da obrigação, conhecido também como um elemento espiritual ou abstrato, é o vínculo jurídico que relaciona o poder do credor de impor o cumprimento de uma obrigação ao devedor, e o dever deste de adimplir o compromisso firmado entre as partes.

Caio Mário Pereira (2004, p. 23) entende que:

É ele que traduz o poder que o sujeito ativo tem de impor ao outro uma ação positiva ou negativa, e exprime uma sujeição que pode variar largamente, dentro porém de

dois extremos, que são os seus limites externos: a seriedade da prestação e a liberdade individual.

O segundo elemento subjetivo da obrigação é dividido em sujeito ativo (credor) e sujeito passivo (devedor); onde o credor tem o direito de exigir a realização da prestação, e o devedor tem o dever de cumpri-la.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2003, p. 18) o credor "[...] sujeito ativo da relação obrigacional, é o titular do direito de crédito, ou seja, é o detentor do poder de exigir, em caso de inadimplemento, o cumprimento coercitivo (judicial) da prestação pactuada [...]", e o devedor "[...] sujeito passivo da relação jurídica da obrigação, é a parte a quem incumbe o dever de efetuar a prestação [...]".

Por fim o terceiro elemento da obrigação, ou seja, o elemento objetivo é a prestação do devedor, o objeto da obrigação firmada entre os sujeitos dessa relação jurídica. Vale dizer que o objeto da obrigação é diferente da coisa que a prestação se especializa, tendo estas finalidades completamente diferentes.

Aduz Caio Mário Pereira (2004, p. 17) que "[...] o objeto da obrigação é uma prestação, e esta sempre constitui um fato humano, uma atividade do homem, uma atuação do sujeito passivo [...]".

A obrigação possui dois tipos de objeto, o direto e imediato e, o indireto e mediato. As prestações que constituem o objeto direto e mediato da obrigação podem ser divididas em: positivas, as quais englobam a obrigação de dar coisa certa e incerta, e a obrigação de fazer e; as obrigações negativas, as quais são relativas as obrigações de não fazer.

Afirma Orlando Gomes (2000, p. 14) que o objeto imediato da obrigação "[...] é a prestação, a atividade do devedor destinada a satisfazer o interesse do credor [...]", e o objeto mediato é "[...] o bem ou o serviço a ser prestado, a coisa que se dá ou o ato que se pratica [...]".

Assim o instituto da obrigação apresenta três elementos necessários a sua constituição, quais sejam: o vínculo jurídico, as partes na relação obrigatória e a prestação, sendo primordial a presença dos mesmos juntos para a formação deste instituto, pois caso contrário, sua concepção não ocorre.

CLASSIFICAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES.

A classificação mais importante das obrigações, adotada pela legislação brasileira, foi inspirada no direito romano, o qual tomou como base o objeto da obrigação, ou seja, a sua prestação sendo que esta consiste em um dare (dar), facere (fazer) e non facere (não fazer).

Observa o civilista Silvio da Salvo Venosa (2002, p. 74-75):

Ambos os Códigos brasileiros ativeram-se, sem dúvida, a essa classificação romana, tendo distribuído as obrigações igualmente em três categorias: obrigação de dar (coisa certa ou coisa incerta), obrigações de fazer e obrigações de não fazer. Assim afastou-se o Código somente das obrigações de "prestar" termo que era ambíguo. Essa estrutura é mantida integralmente no novo Código.

As obrigações podem ser classificadas em positivas ou negativas, sendo estas últimas as obrigações de não fazer, que realizam-se através da abstenção de um ato pelo devedor. Já as obrigações positivas, são as obrigações de dar e fazer, as quais efetivam-se mediante um ato do devedor.

Quanto ao sujeito (elemento subjetivo) as obrigações podem ser divididas em: fracionárias, dá-se quando ocorre uma pluralidade de devedores e credores, devendo cada um responder por parte da dívida, ou tem somente direito a uma parte proporcional do crédito; conjuntas, também conhecidas como obrigações unitárias, caracteriza-se pela pluralidade de devedores ou credores, sendo imposto a todos o pagamento em conjunto de toda a dívida; disjuntivas, quando existem devedores que se obrigam alternativamente a quitação da dívida; e solidárias, quando cada devedor pode ser obrigado a realizar o pagamento da dívida por inteiro.

Em relação ao elemento objetivo, a prestação, as obrigações podem ser decomposta em: alternativas ou disjuntivas, são aquelas que tem como objeto duas ou mais prestações, e tendo o devedor a obrigação de cumprir apenas uma delas; facultativas, tem apenas um objeto, mas o devedor tem a opção de substituir a prestação devida por outra; cumulativas ou conjuntivas, são aquelas que têm como objeto a pluralidade de prestações, que devem ser adimplidas juntas; divisíveis, permitem o cumprimento em fração ou parcial da prestação, e as indivisíveis, podem ser adimplidas integralmente; líquidas, são obrigações certas e determinadas, e ilíquidas, obrigações que necessitam de especificação da sua quantidade para serem cumpridas.

As obrigações podem ser classificadas como obrigações meio, de resultado e de garantia, sendo o critério a aferição do descumprimento destas. A obrigação de meio é aquela onde o devedor se obriga a cumprir sua atividade, sem a garantia do resultado esperado; na obrigação de resultado, o devedor se obriga a realizar a atividade e produzir o resultado esperado pelo credor; e as obrigações de garantia têm o objetivo de eliminar os riscos que pesam sobre o credor, reparando as suas conseqüências.

Segundo o doutrinador Washigton de Barros Monteiro (2003, p. 57) as obrigações podem ser classificadas em puras e simples, "[...] quando a sua eficácia não fica subordinada a qualquer das modalidades dos atos jurídicos, mencionadas nos arts. 121 e seguintes do Código Civil de 2002". Há ainda as obrigações condicionais "[...] quando dependentes de acontecimento futuro e incerto, que pode se verificar ou não

[...]" e as modais, ocorrem "[...] quando se impõem a eficácia do ato é submetida a prazo, certo ou incerto, inicial ou final [...]".

Por fim alguns civilistas como Silvio de Salvo Venosa, Maria Helena Diiniz e Washigton de Barros classificam as obrigações em principais e acessórias, utilizando o critério da mútua importância. As obrigações principais são aquelas que possuem vida própria, sendo autônoma, já as obrigações acessórias são subordinadas a primeira, tendo a sua existência dependência direta com a existência daquela.

Acrescenta Vicente de Paulo Saraiva (2003, p. 143-145):

Obrigação principal é aquela que tem a individualidade própria, sem submissão a outra relação jurídica [...].

[...]

Obrigação acessória é a que supõe uma obrigação principal, à qual adere, e sem a qual não pode sequer existir [...].

Assim a doutrina brasileira realizou a classificação das obrigações, tendo como base para a realização desta os elementos que compõem tal instituto, entretanto, a divisão mais importante das obrigações é aquela que foi originada do direito romano, tendo como fundamento a prestação ou objeto da obrigação, distinguindo-se em obrigações em dar, fazer e não fazer.

AS OBRIGAÇÕES DE DAR, FAZER E NÃO FAZER.

O Código Civil (2002) manteve o entendimento constante no Código Civil (1916), realizando a divisão das obrigações de dar, fazer e não fazer através dos artigos contidos nessa legislação. Essa classificação está fundamentada em um dos elementos que constitui a obrigação, o seu objeto, ou melhor, a sua prestação. Vale dizer que essa separação foi originada pelo Direito Romano, cuja base do direito das obrigações brasileira foi retirada do mesmo.

A Obrigação de dar.

A obrigação de dar é uma prestação que o devedor deve realizar para o credor, através da entrega de um bem móvel ou imóvel, tanto para formar um direito novo, como para restituir o mesmo bem ao seu titular.

Afirma Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2003, p. 42):

As obrigações de dar, que têm por objeto prestações de coisas, consistem na atividade de dar (transferindo-se a propriedade da coisa), entregar (transferindo-se a posse ou a detenção da coisa) ou restituir (quando o credor recupera a posse ou a detenção da coisa entregue ao devedor).

Essa obrigação se desdobra em obrigação de dar coisa certa (art. 233 e s., C.C.) e coisa incerta (art. 243 e s., C.C.), sendo a primeira, a obrigação de dar coisa certa, o cumprimento pelo devedor de entregar ou restituir ao credor um objeto determinado, certo e específico; e a segunda, a obrigação de dar coisa incerta, a entrega ou restituição da coisa determinada apenas pela espécie e quantidade do objeto.

Para Mário Luiz Delgado Régis (2003, p. 226-233):

Obrigação de dar coisa incerta: Se o objeto da prestação já estiver certo e determinado, ter-se-á que a obrigação é de dar coisa certa, em que o devedor não se desobrigará oferecendo outra coisa, ainda que mais valiosa, conforme já dispunha o art. 863 do Código Civil de 1916.

[...]

Obrigação de dar coisa incerta: É aquela em que a coisa objeto da prestação não está especificamente determinada, apenas genérica e numericamente. Ou seja, a prestação não está individualizada, mas apenas mencionada pelo gênero a que pertence a limitada pela quantidade, sendo indiferente ao credor [...].

É de ver-se que a obrigação de dar, é a prestação realizada pelo devedor em entregar ou restituir coisa certa ou incerta ao credor, sendo coisa certa aquela em que possui características particulares e específicas, e coisa incerta aquela que possui tão somente caracteres genéricos.

Obrigação de fazer.

A obrigação de fazer é aquela onde o devedor se compromete a realizar um ato, ou praticar uma tarefa ao credor, estando essa modalidade de obrigação prevista no Código Civil nos artigos 247 a 249.

Afirma o professor Silvio Rodrigues (2002, p. 33) "[...] a obrigação de fazer é aquela que tem por conteúdo um ato a ser praticado pelo devedor, donde resulte benefício patrimonial para o credor [...]".

Acrescenta o civilista Silvio de Sávio Venosa (2003, p. 99) que a obrigação de fazer "[...] é uma "atividade" do devedor, no sentido mais amplo: tanto pode ser a prestação de uma atividade física ou material [...], como uma atividade intelectual, artística ou científica [...]".

A obrigação de fazer pode ser dividida em fungível e infungível, estando esta divisão pautada no critério de fungibilidade, que tem conceito previsto no art. 85 do Código Civil. A fungibilidade foi introduzida na doutrina para distinguir as duas diferentes classes de obrigação de fazer, ou seja, aquelas onde a pessoa do devedor constitui preocupação fundamental do credor, e aquelas onde isso não acontece.

Nas obrigações de fazer infungíveis a prestação somente poderá ser cumprida ao credor pelo próprio devedor, tendo nesta obrigação o seu negócio estabelecido intuitu personae, este funda-se em condições particulares escolhidas pelo credor no momento da escolha do devedor.

Nesse sentido afirma Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2004, p. 56):

[...]se ficar estipulado que apenas o devedor indicado a título da obrigação possa satisfazê-la, estaremos diante de uma obrigação infungível. Trata-se das chamadas obrigações personalíssimas (intuitu personae), cujo adimplemento não poderá ser realizado por qualquer pessoa, em atenção às qualidades especiais daquele que se contratou.

A obrigação de fazer fungível ocorre quando a prestação contraída permite que o devedor possa ser substituído, ou seja, não há exclusividade para o cumprimento desta obrigação podendo terceiro realizá-la, sem prejudicar o credor.

O professor Silvio de Salvo Venosa (2006, p. 82) aduz que "[...] quando a pessoa do devedor é facilmente substituível, [...] a obrigação é fungível [...]".

Assim as obrigações de fazer são aquelas em que o devedor presta um serviço ao credor, tendo como característica do objeto da obrigação a fungibilidade. Este Instituto, a fungibilidade, limita as possibilidades do adimplemento da prestação obrigacional, ao passo que quando a obrigação de fazer é fungível, um terceiro poderá substituir o devedor para adimplir a obrigação, mas quando a obrigação é infungível, apenas o devedor poderá realizar a prestação.

Obrigação de não-fazer.

A obrigação de fazer está classificada quanto ao seu objeto como uma prestação negativa, pois seu cumprimento ocorre através da abstenção do devedor em praticar um ato, podendo ser limitada ou não no tempo. Vale dizer que o Código Civil regulou essa espécie de obrigação nos artigos 250 e 251.

Segundo Silvio Rodrigues (2002, p. 41) a obrigação de não fazer "[...] é aquela em que o devedor assume o compromisso de se abster de um fato, que poderia praticar, não fosse o vínculo que o prende. Trata-se de obrigação negativa [...]".

Completa o civilista Orlando Gomes (2000, p. 40):

A obrigação de não fazer tem por fim impedir que o devedor pratique ato que teria o direito de realizar se não tivesse se obrigado a abster-se. Importa auto-restrição mais enérgica à liberdade pessoal, admitindo-se que não valem as que ultrapassam as fronteiras da liberdade jurídica.

A obrigação de não fazer tem como finalidade a omissão pelo devedor, ou seja, a obrigação de não praticar um ato que se realizado poderá prejudicar o direito do credor.

Corroborando com tal entendimento Caio Mário Pereira (2004, p. 64) ao aduzir que "[...] a obrigação de não fazer é a negativa típica. O devedor obriga-se a uma abstenção, conservando-se em uma situação omissiva. A sua prestação é o non facere, seja mediante uma contraprestação, seja independente dela".

Assim as obrigações de não fazer tem como característica a conduta omissiva do devedor de praticar um ato, sendo esta considerada uma prestação negativa. Tal abstenção deverá ocorrer durante um período que poderá possuir ou não limites temporais.

Ressalta-se ainda que a classificação das obrigações de dar, fazer e não fazer são importantes, posto que no momento em que o magistrado for analisar o processo poderá com mais facilidade distinguir que tipo de prestação jurisdicional o autor da demanda pleiteia, que tipo de decisão deverá tomar acerca do mesmo, tornando mais fácil também para o devedor cumprir a sua obrigação, ou seja, se irá adimpli-la através de uma obrigação de dar, fazer e não fazer, podendo vir inclusive a impor uma multa, a fim de compelir o devedor a cumprir a obrigação determinada.

REFERÊNCIAS

DAAL?AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Tutela das obrigações de fazer e de não fazer (art. 461). Revista de processo. Ano 31. nº 134. abril de 2006. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. Vol. 1. São Paulo. Saraiva, 1998.
. Curso de Direito Civil Brasileiro, 2º volume: teoria geral das obrigações. 20 ed. rev.,
aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002) e o
Projeto de Lei nº 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIUZA, Ricardo (coord.). Novo Código Civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações. vol. II. 2º. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

SARAIVA. Vicente de Paulo. Modalidades das obrigações: de acordo com o novo Código Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002: arts. 233-240. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

