

CRITÉRIOS PARA CLASSIFICAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE NÃO FAZER

CRITERIA FOR THE CLASSIFICATION OF NEGATIVE OBLIGATIONS

*Beatriz Uchôas Chagas**

Resumo:

As obrigações de não fazer são uma das grandes classes de obrigações no direito privado brasileiro. Apesar de sua importância, até o momento não receberam tratamento aprofundado. Acredita-se que um primeiro passo nesse sentido seja a análise da diversidade dessas obrigações e a proposição de critérios de classificação que sirvam a ordená-las. Examina-se, assim: (i) a divisão de obrigações de não fazer em sentido estrito e obrigações de tolerar; (ii) obrigações ou deveres de não fazer acessórios e principais; (iii) obrigações de não fazer instantâneas e duradouras; (iv) obrigações de não fazer divisíveis e indivisíveis. Ao final, recolhem-se os critérios de classificação que se mostraram úteis e os possíveis critérios que emergiram da análise e que justificam outros estudos.

Palavras-chave: Obrigações. Obrigação de não fazer. Classificação.

Abstract:

Negative obligations are an important type of obligations in Brazilian private law. Despite their relevance, there has not been a profound inquiry of this category up to this moment. This study assumes that a first step towards this inquiry is the analysis of the variety of negative obligations and the proposition of criteria for their classification, in order to improve their scientific organization. We examine, therefore: (i) the division of negative obligations *stricto sensu* and to forbear; (ii) primary and ancillary negative obligations; (iii) instantaneous and long-lasting negative obligations; (iv) divisible and indivisible negative obligations. Finally, are the criteria that proved useful assembled, as well as possible criteria of classification that justify further studies.

Keywords: Obligations. Negative obligations. Negative covenants. Classification.

Introdução

A obrigação negativa, ou obrigação de não fazer, é definida como a obrigação em que o devedor se obriga a abster-se de determinado ato que, de outro modo, poderia praticar.¹

* Mestranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito da USP e *Licence en Droit* pela *Université Lumière Lyon II*. Advogada em São Paulo. Endereço eletrônico: beatrizuchoaschagas@gmail.com.

¹ Nesse sentido: Pontes de Miranda (2012, p. 187); Martins-Costa (2009, p. 245); Nanni (2021, p. 103); Nonato (1959, p. 287), entre outros.

A despeito de sua importância prática e dogmática – trata-se de uma das três grandes classes de obrigações no Código Civil, ao lado das de dar e fazer –, a obrigação de não fazer recebeu do legislador e da doutrina um tratamento incompleto, residual e limitado.²

Dado que atualmente as obrigações de não fazer são variadas e relevantes na prática jurídica – verificando-se em obrigações de não concorrência, de confidencialidade, de não alienação de certo objeto, entre outros exemplos –, é possível cogitar que seu regime não seja homogêneo. A análise dessa hipótese, porém, depende da investigação mais aprofundada de seu pressuposto: o de que as obrigações negativas são diversificadas, a ponto de sua taxonomia sugerir que a categoria mereça subdivisões.

Este trabalho busca, assim, sistematizar algumas classificações de obrigações de não fazer, a fim de, com base na coleta de exemplos e na sua organização, propor algumas possibilidades de classificação das obrigações negativas que possam ser utilizadas, em estudos futuros, como ferramenta para tratar sobre o seu regime.

1. Não fazer e tolerar

Comumente, a categoria das obrigações de não fazer é subdividida entre, de um lado, obrigações de abster-se de um ato que originalmente era lícito ao devedor (*non facere*) e, de outro, tolerar que o credor adote determinada conduta a que o devedor inicialmente poderia opor-se (*pati*) (TEPEDINO; SCHREIBER, 2008, p. 74-75; no direito português, ALMEIDA COSTA, 1998, p. 610; e no direito italiano TAGLIAPIETRA, 2013, p. 241).

Parte da doutrina acrescenta, a esse rol, a obrigação de *permitir* a prática de determinada conduta por outrem, caso em que ao tolerar se acrescenta o dever de remover determinado obstáculo ou dificuldade para a conduta do credor (BARBOSA MOREIRA, 1979, p. 61-62; PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 190; GOMES, 2019, n. 34; MARTINS-COSTA, 2009, p. 246-247; BORGES, 2011, p. 129-130; DAL COL, 2004, p. 121-122).

Como já se apontou na doutrina, a rigor a categoria da obrigação de tolerar está contida na classe, mais abrangente, da obrigação de não fazer: quem tolera “*deve omitir protesto ou impedimento*”.³ É o caso da obrigação do locador, que deve

² Sobre o direito italiano, em que se verifica problema semelhante, constatou-o Deplano (2014, p. 2).

³ “Procurou-se sustentar que o *tolerar* não cabe no *omitir* e que não há dever de tolerar. Porém quem há de tolerar deve omitir protesto ou impedimento, há de carregar a carga, suportá-la, conduzi-la (o étimo é *tulo*, do latim velho): a submissão ativa fêz-se negativa, abstenção. Em verdade, há o tolerar que é o outro lado do direito, portanto o dever; e o tolerar que conservou a positividade sofrente, que estava no étimo, como se alguém promete deixar que outrem dê festa no seu salão: o conteúdo é positivo, porque há de abrir e entregar

se abster de comportamentos que perturbem a faculdade de uso da coisa pelo locatário (TAGLIAPIETRA, 2013, p. 269).

Parece oportuno, de fato, delimitar esse grupo em relação à generalidade das obrigações negativas: a omissão devida, aqui, é especificamente de manejar um meio de tutela conferido ao devedor pelo ordenamento jurídico.

Assim, o proprietário tem, antes de se obrigar pelo contrato de locação, direito ao uso exclusivo da coisa e, assim, pode opor-se à posse ou detenção por outrem;⁴ o contrato de locação o vincula a não exercer contra o locatário os meios de tutela que de outro modo estariam à sua disposição. Outra ilustração pode ser encontrada no contrato de licença de patente: o titular da patente pode, a princípio, impedir quaisquer terceiros de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar o produto ou processo objeto de patente ou obtido diretamente por processo patenteado,⁵ mas por meio do contrato de licença obriga-se a tolerar o uso da patente pelo licenciado.

Afirma-se, a propósito das obrigações de tolerar, que o interesse do credor é efetivamente satisfeito não tanto pela simples inércia do devedor, mas pelo exercício de uma ou mais faculdades que o devedor lhe concedeu. Por comparação, em uma obrigação negativa em sentido estrito, o comportamento negativo de um sujeito (devedor) é em si suficiente para realizar o interesse de um outro sujeito (credor), como se dá nos casos de vedação de concorrência ou vedação de alienar (TAGLIAPIETRA, 2013, p. 270-271; DEPLANO, 2014, p. 37). Daí não decorre, contudo, que o adimplemento dependa do exercício dessas faculdades pelo credor, pois o que é devido é apenas o não exercício dos meios de resistência pelo devedor.

À luz dessas considerações, parecem ser estruturalmente distintas as obrigações de tolerar e as obrigações de não fazer em sentido estrito, sendo estas as obrigações de *non facere* que não caracterizem obrigações de tolerar.

o salão” (PONTES DE MIRANDA, 2013, p. 507).

⁴ Conforme o art. 1.228, *caput* do Código Civil: “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

⁵ Conforme a Lei n. 9.279/1996: “Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:

I - produto objeto de patente;

II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.

§ 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo.

§ 2º Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente”.

A chamada “obrigação de permitir”,⁶ entretanto, não parece ter traços distintivos em relação à obrigação de tolerar que justifiquem sua construção como categoria separada.

Bem analisados, os deveres positivos que emergem dessas obrigações negativas (como, na obrigação de tolerar a passagem, o dever de abrir o portão) não servem a qualificar a obrigação porque não constituem deveres principais. Cuida-se de deveres de prestação secundários meramente acessórios, conforme a terminologia de Martins-Costa (2018, p. 239-240), que viabilizam o cumprimento exato do dever primário de prestação também conforme definido por Martins-Costa (2018, p. 241). A obrigação, nesses casos, continua sendo caracterizada pelo dever negativo.

A título ilustrativo, na obrigação do locador, o dever primário de prestação, que qualifica a obrigação, é o de tolerar o uso do bem pelo locatário. Para o cumprimento desse dever, é necessário cumprir certos deveres positivos, a exemplo da entrega da chave do imóvel locado e da autorização de entrada do locatário no condomínio de apartamentos. Esses deveres não chegam, porém, a identificar o tipo contratual.

Ao lado dessas categorias, já se acrescentou a obrigação de evitar a prática de determinado ato por terceiro, por quem o devedor é responsável (CARVALHO SANTOS, 1976, p. 97). Parece, contudo, que essa hipótese seria mais bem qualificada como obrigação de garantia, promessa de fato de terceiro⁷ ou como obrigação de fazer, a depender do conteúdo exato da obrigação. Nesse sentido, se determinada empresa assume obrigação de não concorrência e, em adição, se obriga contratualmente a indenizar outra, caso algum de seus funcionários pratique atos de concorrência contra a credora, há obrigação de garantia. Poderia se tratar de promessa de fato (negativo) de terceiro se a empresa tiver assumido a obrigação de obter dos empregados a vinculação a não concorrer contra a credora. De outro lado, haverá obrigação positiva na hipótese de a contratante, em lugar disso, vincular-se a inserir em seus contratos de trabalho cláusulas que vedem a prática de atos de concorrência contra a credora.

⁶ Referida por Barbosa Moreira (1979, p. 61-62); Pontes de Miranda (2012, p. 190); Gomes (2019, n. 34); Martins-Costa (2009, p. 246-247); Borges (2011, p. 129-130); Dal Col (2004, p. 121-122).

⁷ “Art. 439. Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar.

Parágrafo único. Tal responsabilidade não existirá se o terceiro for o cônjuge do promitente, dependendo da sua anuência o ato a ser praticado, e desde que, pelo regime do casamento, a indenização, de algum modo, venha a recair sobre os seus bens.

Art. 440. Nenhuma obrigação haverá para quem se comprometer por outrem, se este, depois de se ter obrigado, faltar à prestação”.

2. Acessoriedade

A obrigação de não fazer pode ser o próprio conteúdo da prestação ou, ainda, ser anexa a outra obrigação (por exemplo, a prestação do depositário de abster-se de qualquer ato que importe transferência da posse do bem enquanto detiver a coisa) (COUTO E SILVA, 2006, p. 135).⁸

A distinção remete à classificação das obrigações entre principais e acessórias: as primeiras caracterizam-se por não dependerem de outra para subsistirem, e as segundas por sua dependência em relação a uma obrigação principal (como é o caso, por exemplo, da retrovenda em relação à compra e venda e da fiança em relação à locação) (LIMONGI FRANÇA, 1970, item C.III; RIZZARDO, 2022, Cap. III, item 2.8).

Nesse sentido, uma obrigação de não fazer pode ser acessória a outra obrigação. Por exemplo, no âmbito de um contrato de *trespasse*, a obrigação de não concorrência assumida pelo vendedor.⁹

Em adição, a obrigação de não fazer ora se apresenta como pura abstenção, como é o caso da obrigação de não concorrência, ora como obrigação de abstenção vinculada a conduta positiva, como é o caso da obrigação de exclusividade (VENOSA, 2021, item 6.3.5). O segundo tipo consiste em um dever negativo *dependente*, que apenas existe em associação com um dever positivo (LEHMANN, 1969, p. 10). Nesse caso, por exemplo, o devedor cumprirá sua obrigação de apenas distribuir os produtos do credor por meio da conduta positiva principal de distribuí-los, mas também da conduta acessória negativa consistente em não distribuir os produtos de concorrentes.

Partindo de outra perspectiva para alcançar a mesma conclusão, afirma-se que uma obrigação positiva pode conter uma prestação negativa. Esse é o caso da obrigação de preferência, em que o devedor tem uma prestação positiva (contratar com o titular do direito) e uma prestação negativa (não contratar com terceiro se o promissário quiser o contrato nos mesmos termos) (ALMEIDA COSTA, 1998, p. 608). Dissecando os deveres que compõem a obrigação do devedor, o dever negativo é meio necessário para que o dever positivo cumpra sua função de modo útil ao credor. Em outros termos, cuida-se do “*verso*” do dever de fazer algo determinado.¹⁰

A classificação tem relevância, notadamente, porque o acessório segue o principal. No que diz respeito à validade, a regra é expressa, no art. 184. Aplica-se, ainda,

⁸ Na doutrina portuguesa, cf. também Menezes Cordeiro (2009, p. 458).

⁹ “Art. 1.147. Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.

Parágrafo único. No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato”.

¹⁰ No original em alemão, “*die Kehrseite der Pflicht, etwas bestimmtes zu tun*” (LEHMANN, 1969, p. 10).

nos casos de extinção da obrigação principal, que acarreta também a extinção da acessória (por exemplo, por adimplemento ou por impossibilidade superveniente não imputável) (RIZZARDO, 2022, Capítulo III, item 2.8).

Cogita-se que tal distinção possa ser relevante também para a admissibilidade de outros remédios, notadamente os relacionados ao sinalagma contratual, como a exceção do contrato não cumprido e a resolução – os quais podem não ser manejáveis caso o descumprimento seja de uma obrigação acessória.

Como síntese dos apontamentos acima, nota-se que a vinculação a um não fazer pode consistir em (i) obrigação principal (no âmbito de um contrato, por exemplo, em que seja o principal objeto) ou (ii) acessória. No segundo caso, pode se tratar de (ii.a) obrigação acessória *independente* (como é o caso da obrigação de não concorrência no trespasse) ou de (ii.b) um dever negativo acessório, que compõe uma obrigação complexa – ou seja, *dependente* –, como é o aspecto negativo da obrigação de exclusividade.

3. Duração

3.1. Obrigações instantâneas e duradouras

A classificação das obrigações entre instantâneas e duradouras é tradicional na doutrina. Nas primeiras, o cumprimento se dá em um só momento, após o qual a obrigação se extingue com satisfação do interesse do credor; nas segundas, o comportamento devido se distende no tempo. Nesse caso, se o cumprimento se realiza por partes, em momentos diferentes, trata-se de prestações *reiteradas* ou *sucessivas*; se a prestação consiste em uma única conduta que se prolonga ininterruptamente, trata-se de prestação *contínua* ou *de execução continuada* (GOMES, 2019, n. 35; PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 129-130).¹¹

Trata-se de divisão que também se aplica às obrigações de não fazer (NANNI, 2019, p. 404),¹² a despeito de parte da doutrina já ter afirmado que o caráter continuado é próprio da maioria das prestações negativas (ALMEIDA COSTA, 1998, p. 613-614; ANTUNES-VARELA, 2000, p. 93) ou mesmo parte de sua natureza.¹³

É importante, assim, firmar o entendimento de que a prestação negativa, assim como a positiva, pode ser “*única*”, “*reiterada*” ou “*contínua*”, como já salientava Pontes de Miranda (2013, p. 507).

¹¹ Na doutrina portuguesa, Almeida Costa (1998, p. 613) e, no mesmo sentido, Antunes Varela (2000, p. 92-94).

¹² No mesmo sentido, Couto e Silva (2006, p. 136); Barbosa Moreira (1979, p. 65); Borges (2011, p. 131).

¹³ “É caracter constante da obrigação de não fazer o ser sucessiva, porque impõe ao devedor abster-se de um acto em todas ocasiões em que o teria de cumprir e o podia cumprir segundo o direito comum” (FULGÊNCIO, 1928, p. 129).

Nesse passo, note-se que na prestação duradoura continuada o “*prestado*” permanece, enquanto na prestação duradoura reiterada ele se repete, se pluraliza, como “*pulsações*” na expressão de Pontes de Miranda (2012, p. 130). Tradicionalmente, aponta-se que a prestação do locador de tolerar o uso da coisa é continuada, enquanto a do locatário de pagar pontualmente os alugueres é reiterada. Em ambos os casos, a execução da obrigação não a extingue enquanto não sobrevier o termo, pois o adimplemento se protraí no tempo (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 129-131).

Ademais, a despeito de prolongar-se no tempo, a prestação continuada é una; não se trata, assim, de múltiplas prestações cujo fundamento é um mesmo negócio jurídico. Por sua vez, as prestações reiteradas são um conjunto de prestações cumpridas cada uma de uma vez, repetidas de modo periódico ou circunstancial (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 252-254).

O interesse da classificação de obrigações negativas instantâneas, reiteradas ou continuadas não é apenas teórico. Cuida-se, provavelmente, da classificação das obrigações de não fazer sobre a qual a literatura recente mais se ocupou, em particular para tratar sobre a possibilidade de mora nas obrigações negativas.

3.2. Obrigações negativas instantâneas e duradouras

Em breve síntese, a posição majoritária é de que a violação das obrigações negativas instantâneas em regra caracteriza inadimplemento definitivo, enquanto nas obrigações negativas duradouras – nas quais o interesse do credor é igualmente duradouro – verifica-se mora em caso de descumprimento (NANNI, 2019, p. 405 e p. 621-622; SILVA, J., 2002, p. 157; BORGES, 2011, p. 131 e 132-133).¹⁴

A título ilustrativo da primeira categoria, menciona-se que no pacto *de non licitando*, em que o devedor se obriga a não dar lance em certo leilão para a venda de um bem, a obrigação é instantânea, pois a prestação será cumprida em um determinado momento. A partir disso, a doutrina aponta que o inadimplemento será necessariamente definitivo, porque o interesse do credor só pode ser satisfeito pela não realização do fato no tempo preestabelecido; para o credor, não aproveitará a abstenção de ofertas para aquisição de um bem diverso (NANNI, 2021, p. 106).

Por sua vez, a prestação será reiterada na obrigação de um arrendatário de não plantar café nem milho, pois se cumprirá a cada ano no período do plantio desses grãos; ou na obrigação contraída perante o vizinho de não realizar festas em casa aos

¹⁴ Cf., no direito italiano, Deplano (2014, p. 116-117).

domingos à noite. Por fim, será contínua, no caso da obrigação de não fazer concorrência ou de não alienar determinado bem.¹⁵

A rigor, o caráter definitivo do inadimplemento no exemplo do pacto *de non licitando* decorre não apenas da qualificação como obrigação instantânea, mas principalmente do fato de que a obrigação é de termo essencial.¹⁶ Embora se cuide de uma hipótese contraintuitiva, pode-se cogitar que uma obrigação de não fazer seja instantânea, mas não esteja sujeita a termo essencial e, portanto, admita mora.

No direito alemão, essa situação é ilustrada pelo seguinte exemplo: uma empresa se obriga perante um instituto de pesquisa a não despejar resíduos em um rio por certo número de horas ou de dias, a fim de permitir que determinados estudos sejam conduzidos na água. No contrato, as partes ajustam o dia em que a empresa observará essa proibição, e o instituto de pesquisa se prepara para conduzir os estudos nessa data. Em caso de descumprimento da prestação de não fazer pela empresa na data ajustada, a obrigação ainda poderá ser utilmente adimplida em momento posterior: as partes podem reagendar a data da prestação e o instituto de pesquisa programar-se para realizar seus estudos na nova data. Se em razão da falta de adimplemento pontual o credor sofrer prejuízos, eles poderão traduzir-se em danos indenizáveis (KÖHLER, 1990, p. 522).

Nesse sentido, pode-se reputar que a classificação das obrigações de não fazer entre instantâneas e duradouras é consolidada na doutrina e que há um esforço de empregá-la para melhor delimitar a fronteira entre mora e inadimplemento definitivo.

Esse tópico, entretanto, ainda comporta aprofundamento, como se extrai do exemplo proposto acima. Em particular, o papel do tempo para o cumprimento da obrigação parece abrir margem para mais um critério classificatório: ao lado da divisão entre obrigações cujo adimplemento se protraí, ou não, no tempo, parece útil investigar uma divisão entre obrigações cujo adimplemento útil possa, ou não, dar-se tardiamente. Em outras palavras, outro possível critério classificatório, pendente de desenvolvimento pela doutrina, seria a sujeição ou não da obrigação a termo essencial.

4. Divisibilidade

4.1. Obrigações divisíveis e indivisíveis

As obrigações podem ser classificadas em divisíveis e indivisíveis, como já tradicionalmente se ensina (GOMES, 2019, n. 57). Nas obrigações divisíveis, o

¹⁵ Exemplos de Nanni (2021, p. 105-106); Deplano (2014, p. 82-83).

¹⁶ O termo essencial é caracterizado pela “importância absoluta” do termo, de modo que “não haverá espaço para o cumprimento tardio”, sendo essa circunstância objetiva o critério determinante da perda do interesse do credor no cumprimento (ZANETTI, 2019, p. 769).

adimplemento parcial é possível, isto é, o cumprimento por partes satisfaz parcialmente o interesse do credor; nas indivisíveis, por oposição, o adimplemento parcial não é possível (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 235).¹⁷ Sobre as obrigações divisíveis, incide o regime do art. 257 do Código Civil; sobre as indivisíveis, o dos arts. 258 a 263 do Código Civil.

O art. 258 estabelece que a indivisibilidade decorre da “natureza” da prestação, de “motivo de ordem econômica” ou da “razão determinante do negócio jurídico”.¹⁸

Na doutrina, propõe-se que a divisibilidade das obrigações seja analisada conforme possa o interesse do credor, que se almeja alcançar por meio da prestação do devedor, ser proporcionalmente atendido em caso de fracionamento da obrigação, de modo que a utilidade econômica seja, proporcionalmente, a mesma. Caso esse pressuposto não se atenda, a obrigação será indivisível (MARTINS-COSTA, 2021, n. 39).¹⁹

Em outras palavras, o conceito de divisibilidade se orienta conforme a divisibilidade do bem a ser prestado (coisa, fato ou não fato) (MARTINS-COSTA, 2021, n. 38; DEPLANO, 2014, p. 69; CICALA, 1953, p. 213). Trata-se do que tradicionalmente se denomina “objeto mediato” ou “indireto” da obrigação.²⁰

4.2. Divisibilidade e indivisibilidade nas obrigações negativas

A tradição romana, que encontra eco na doutrina atual, reputava-se que todas as obrigações de não fazer fossem indivisíveis (DEPLANO, 2014, p. 63 e 66). Note-se que, a contrariar essa tendência da tradição romano-germânica, o Código Civil espanhol tem regra expressa no sentido de que as obrigações de não fazer podem ser divisíveis ou indivisíveis.²¹

¹⁷ Limongi França distingue as figuras segundo outro critério: as obrigações divisíveis seriam as que “se podem partir em porções reais e distintas, formando cada qual um todo perfeito. Indivisíveis, o contrário” (LIMONGI FRANÇA, 1970, item C.II.2). O autor refere a divisibilidade da obrigação, portanto, à divisibilidade do objeto mediato (o bem da vida a ser prestado).

¹⁸ “Art. 258. A obrigação é indivisível quando a prestação tem por objeto uma coisa ou um fato não suscetíveis de divisão, por sua natureza, por motivo de ordem econômica, ou dada a razão determinante do negócio jurídico”.

¹⁹ No direito italiano, no mesmo sentido, Deplano (2014, p. 68) e Cicala (1953, p. 83-84 e 213).

²⁰ A propósito das noções de objeto mediato e imediato: “[C]abe distinguir o objecto immediato ou directo do objecto mediato ou indirecto da obrigação. O primeiro consiste na prestação devida, isto é, na actividade ou conduta a que o devedor se acha adstrito com vista à satisfação do interesse do credor; o segundo reside na coisa ou facto (positivo ou negativo) que deve ser prestado. Numa palavra, trata-se, respectivamente, da prestação em si e do próprio objecto da prestação” (ALMEIDA COSTA, 1998, p. 125).

²¹ “Artículo 1.151. Para los efectos de los artículos que preceden, se reputarán indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos y todas aquellas que no sean susceptibles de cumplimiento parcial. Las obligaciones de hacer serán divisibles cuando tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas u otras cosas análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial. En las obligaciones de no hacer, la divisibilidad o indivisibilidad se decidirá por el carácter de la

No direito brasileiro, afirmou-se com autoridade que a prestação de fato, seja positivo ou negativo, pode ser divisível ou indivisível, conforme se extraia da interpretação do conteúdo da obrigação (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 238).

Isso se dá, inclusive, nas obrigações duradouras continuadas. O objeto da prestação duradoura contínua pode ser divisível ou indivisível em função do tempo. Nas obrigações duradouras reiteradas, entretanto, não há divisibilidade em função do tempo, “porque foi o tempo mesmo que as fez repetidas e não mais intervém para as dividir”, sem prejuízo de o objeto de cada prestação reiterada ser divisível (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 238).

Assim, na obrigação de não fazer contínua, a prestação pode ser divisível por unidades de tempo (por exemplo, dias, anos ou meses), de modo que o credor encontre proveito proporcional no adimplemento parcial; ou indivisível, de modo que o adimplemento só ocorre se observada a conduta omissiva por todo o prazo, verificando-se em caso contrário inadimplemento total. Na obrigação de não fazer reiterada, por sua vez, entende-se cada prestação de não fazer (por exemplo, a cada domingo abster-se de promover festas em casa) como uma prestação, que se repete periodicamente, sem que seja pertinente tratar todo o conjunto de prestações reiteradas como uma só prestação de não fazer que seja divisível em função do tempo (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 238).²²

Nessa perspectiva, anotou-se por fim que em regra a omissão é indivisível, de modo que a obrigação de não fazer será indivisível por sua natureza. Não se exclui, entretanto, a possibilidade de que se possa fracionar o não fazer, em concreto (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 238-239).

No direito italiano, apontou-se que a questão passa por analisar se o objeto do interesse do credor de uma obrigação negativa é a própria prestação devida ou se, como nas obrigações positivas, distingue-se o objeto mediato e o objeto imediato. A esse propósito, sustentou-se que a obrigação de não fazer tem a peculiaridade de que o interesse do credor se satisfaz precisamente pelo comportamento omissivo do devedor, e não por um “não fato” separável da prestação. Nesse sentido, se na obrigação de não fazer o objeto mediato e imediato se confundem, correspondendo à abstenção do devedor, seria impossível cogitar de divisibilidade, pois a omissão é indivisível (DEPLANO, 2014, p. 71-73).

prestación en cada caso particular”.

²² Diversamente, no direito italiano, monografia dedicada ao tema da divisibilidade das obrigações concluiu que nas obrigações de adimplemento duradouro, qualquer que seja seu objeto, não há divisibilidade em função do tempo (CICALA, 1953, p. 213).

Esse argumento, contudo, não é inteiramente convincente. Ainda que apenas no plano teórico, é possível separar o objeto imediato da obrigação, consistente na prestação – o comportamento omissivo exigido do devedor – do objeto mediato, resultado dessa prestação – a não verificação do fato “perturbador” do interesse do credor, não querido pelas partes.²³

De resto, a divisibilidade ou indivisibilidade da obrigação de não fazer pode ser aferida pela análise da possibilidade de fracionamento do objeto da abstenção, a saber: o comportamento vedado.

Nesse sentido, o objeto imediato da obrigação negativa é a prestação de não fazer; o objeto da prestação de não fazer (objeto mediato da obrigação) é a negação de um determinado comportamento, ao qual aqui se refere como “comportamento vedado”. É a divisibilidade do comportamento vedado que indicará o caráter divisível da obrigação de não fazer.

A título de exemplo: se A e B convencionam que A não votará favoravelmente a três temas da pauta da assembleia da sociedade em que participam, o objeto mediato da prestação de A é a abstenção de voto em três itens da reunião, não relacionados entre si. O comportamento vedado é, nessa hipótese, divisível, do que decorre que a obrigação negativa pactuada é igualmente divisível. Se A vota favoravelmente a um dos tópicos, mas observa seu dever de abstenção nos dois outros, pode-se considerar que houve adimplemento parcial da obrigação negativa. De modo contrário, se a convenção fosse feita para que A não votasse favoravelmente a um item da pauta – aquisição, ou não, de uma máquina –, o comportamento vedado é indivisível, por sua natureza. Assim, não se pode votar parcialmente e, por consequência, não se pode cogitar de abstenção parcial. Nessa situação, a obrigação de não fazer será indivisível, por força de sua natureza.

Deve-se atentar, porém, para a relevância da interpretação da vontade das partes: nos termos do art. 258 do Código Civil, a indivisibilidade decorrerá da natureza, mas, também, da convenção. Assim, se no primeiro exemplo as partes consentissem em que o voto favorável a apenas um item caracterizaria descumprimento total, é certo que a obrigação de não fazer deve ser reputada indivisível.

Também aqui, em conclusão, há indícios de que a classificação jogue luz sobre o regime do inadimplemento. Como se nota, a indivisibilidade da obrigação se refletirá, ao menos, sobre a admissibilidade ou não de adimplemento parcial.

²³ Nesse sentido, também no direito italiano, distinguindo entre o *fatto* e o *facere*: Cicala (1953, p. 83).

Conclusão

Para aferir o correto tratamento jurídico dos inúmeros casos concretos de obrigações negativas que emergem da prática social, a ciência do direito deve pensá-los em abstrato e, então, classificar, qualificar, distinguir e ordenar.²⁴

Tomar ciência da diversidade das obrigações de não fazer que se apresentam na prática jurídica e, a partir dessa variedade, abstrair, construindo categorias e ordenando as espécies identificadas, é o primeiro passo para alcançar a construção de um modelo jurídico robusto para lidar com essa grande categoria de obrigações.

Nesse passo, foram analisadas neste artigo quatro possíveis classificações para as obrigações de não fazer:

- (i) a já conhecida divisão entre obrigações de não fazer em sentido estrito (*non facere*) e obrigações de tolerar (*pati*);
- (ii) a aplicação às obrigações de não fazer da dicotomia entre obrigações principais e acessórias, levantando-se também a possibilidade de deveres de não fazer que integrem uma relação obrigacional complexa;
- (iii) a aplicação às obrigações de não fazer da classificação de obrigações instantâneas, continuadas ou reiteradas, conforme o seu adimplemento se dê de uma só vez, permaneça por certo prazo ou deva ser sucessivamente realizado. A doutrina já oferece, a partir disso, uma consequência importante de regime: a possibilidade ou não de verificar-se mora. Como procurou se apontar, para esse fim pode ser relevante desenvolver a análise sobre a submissão da obrigação a termo essencial, que pode repercutir em mais um critério classificatório;
- (iv) a aplicação às obrigações de não fazer da classificação conforme a divisibilidade do seu objeto. Notadamente, essa categorização se reflete na possibilidade ou não de adimplemento parcial. Põe-se em destaque, aqui, a discussão sobre a impossibilidade de dividir as obrigações duradouras em função do tempo pelo qual devam ser cumpridas.

Como é evidente, este trabalho não se ocupa de todas as classificações possíveis. Outros critérios podem ser testados e, potencialmente, repercutir no regime jurídico da figura.

²⁴ “[E]mbora a realidade seja feita por uma infinidade de detalhes, ‘pensar es olvidar diferencias, es generalizar, es abstraer’, é classificar, qualificar, distinguir, ordenar e, por isto, sempre abstrair, o que demanda conhecer, meditar e refletir sobre o concreto para dele afinal se desprender” (MARTINS-COSTA, 2014, p. 24).

Um primeiro exemplo é a possível aplicação às obrigações negativas da categorização de obrigações de meio, de resultado e de garantia. No direito alemão, nesse sentido, já se cogitou que o devedor possa obrigar-se a omitir determinada conduta, da qual decorre o perigo de um resultado indesejado (como na obrigação de não fumar no local de trabalho); obrigar-se a assegurar que determinado resultado indesejado não ocorra, inclusive em decorrência da conduta de terceiros sobre os quais tenha alguma ingerência; ou mesmo a garantir que o fato nocivo não se dê, independentemente da conduta que precise adotar para evitá-lo (KÖHLER, 1990, p. 501).

Também desperta interesse a classificação de obrigações negativas conforme possam ou não ser transmitidas, ou seja, conforme seja ou não imprescindível a manutenção do credor ou do devedor.²⁵ Conforme se ensina, o parâmetro da natureza da obrigação impede que sejam cedidos créditos caso a alteração da parte altere o conteúdo da obrigação devida (HAICAL, 2013, p. 40; GOMES, 2019, n. 149). Ao ocupar-se do tema, a doutrina alemã leciona que, em determinados casos, a cessão do crédito dependerá da cessão, ou da possibilidade de cessão, de outro interesse, o qual é protegido pela obrigação negativa analisada (KÖHLER, 1990, p. 525-526). Trata-se, portanto, de tópico fértil para discussões.

Espera-se, em conclusão, que estes breves apontamentos sejam contributivos ao desenvolvimento das obrigações de não fazer no direito brasileiro e que provoquem a necessária discussão sobre suas possíveis classificações.

São Paulo, setembro de 2022.

Referências²⁶

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio Brito de. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela específica do credor nas obrigações negativas. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, n. 20, p. 61-79, out./dez. 1979.

²⁵ A propósito, o art. 286 do Código Civil estabelece que a impossibilidade de cessão pode decorrer da natureza da obrigação, da lei ou de convenção: “Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação”.

²⁶ A pedido da autora alguns autores não estão indicados pelo último sobrenome, conforme o item 8.1.1 da NBR 6.023, mas como são mais conhecidos no meio jurídico.

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

CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código civil brasileiro interpretado*: principalmente do ponto de vista prático. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. v. 11: parte geral (arts. 863-927).

CICALA, Raffaele. *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*. Napoli: Eugenio Jovene, 1953.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DAL COL, Helder Martinez. Obrigações negativas no código civil de 2002. *Revista Forense*: doutrina, legislação e jurisprudência, São Paulo, v. 100, n. 371, p. 117-136, jan./fev. 2004.

DEPLANO, Stefano. *Le obbligazioni negative*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. Do objeto do direito obrigacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 59, n. 422, p. 38-51, dez. 1970. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acesso em: 5 ago. 2022.

FULGÊNCIO, Tito. *Manual do código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1928. v. 10: Do direito das obrigações (livro III, título I): Das modalidades das obrigações (artigos 863-927).

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 19. ed., rev. e atual. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986025/>. Acesso em: 12 dez. 2021.

HAICAL, Gustavo. *Cessão de crédito*: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013.

KÖHLER, Helmut. Vertragliche Unterlassungspflichten. *Archiv für die civilistische Praxis*, Tübingen, Bd. 190, H. 5, p. 496-537, 1990. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40995451>. Acesso em: 10 jun. 2014.

LEHMANN, Heinrich. *Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht*. Frankfurt am Main: Saur & Auvermann, 1969.

MARTINS-COSTA, Judith. A autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 9-40.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, t. 2: arts. 389 a 420, do inadimplemento das obrigações.

MARTINS-COSTA, Judith. Resilição parcial e cessão de contrato (parecer). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 27, ano 8, p. 331-364, abr./jun. 2021. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/932/826>. Acesso em: 5 ago. 2022.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2009. v. 2, t. 1: direito das obrigações. Introdução, sistemas e direito europeu das obrigações, dogmática geral.

NANNI, Giovanni Ettore. Arts. 233 a 420. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao código civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019.

NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NONATO, Orosimbo. *Curso de obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1: generalidades, espécies.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 22: Parte especial; direito das obrigações; obrigações e suas espécies; fontes e espécies de obrigações. Atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 5: Parte geral; Eficácia jurídica; Determinações inexas e anexas; Direitos; Pretensões; Ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 20. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Capítulo III. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641994/>. Acesso em: 5 ago. 2022.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TAGLIAPIETRA, Susanna. *La prestazione: struttura e contenuti dell'obbligazione*. Padova: CEDAM, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4: Direito das obrigações, artigos 233 a 420.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021. v. 2: Obrigações e responsabilidade civil. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026696/>. Acesso em: 17 out. 2021.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. A perda de interesse do credor. In: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; PARGENDLER, Mariana. *Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019. p. 765-787.