

OBRIGAÇÕES DE FAZER E DE NÃO FAZER. RELEVÂNCIA E APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

*Claudete Carvalho Canezin**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Relação jurídica; 3. Da relação jurídica consumerista; 4. Conceito de Obrigações; 5. Das obrigações de fazer e não-fazer na relação jurídica consumerista; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. Introdução

O Código de Defesa do Consumidor, instituído pela lei 8078/90, inovou a ordem jurídica brasileira e, por isso, é considerado um estatuto de qualidade e precisão técnica imensuráveis, comparando-se às legislações de países europeus, nessa área.

A mudança fundamental está no âmbito da reparação de danos provindos da relação jurídica consumerista, que o Código de Defesa do Consumidor, consubstanciado pelo Código de Processo Civil, tratou de modo diverso ao da legislação civil vigente, então lacunosa em decorrência dos novos contornos sociais dessa área jurídica. É importante asseverar que as modificações nas relações de consumo, vistas principalmente nas últimas décadas, fez com que o legislador constitucional elevasse à tal patamar a proteção ao consumidor.

Portanto, numa tentativa de trazer à luz os posicionamentos pertinentes à matéria, propôs-se uma análise da legislação consumerista, ao lado da legislação processual, desde a gênese das obrigações até a nova idéia de reparação de dano, introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor, a qual tem o intuito de dar celeridade ao processo e, ainda, equilibrar a relação

* Mestranda em Direito das Relações Privadas, no Centro Universitário de Maringá - CESUMAR. Profª. Direito Privado da Universidade Estadual de Londrina. Vice-Coordenadora da Pós Graduação "lato sensu" em Direito Civil e Processo Civil da UEL. Profª Direito Civil da Universidade Norte do Paraná - UNOPAR. Advogada.

jurídica após o inadimplemento de obrigação beneficiando ambas as partes deste vínculo instaurado.

2. Da relação jurídica

A relação jurídica pressupõe um elo entre pessoas, de acordo com o qual uma delas pode pretender determinada coisa a que a outra está obrigada. Apresentando pelo menos dois sujeitos, o ativo (titular da faculdade ou pretensão) e o passivo (a cargo de quem fica a obrigação), a relação jurídica, no mais das vezes, assume caráter duplo e complexo, porque a mesma pessoa que é investida da faculdade ou pretensão é também investida de uma obrigação, e vice-versa.

Cada indivíduo pode ser partícipe, ao mesmo tempo, de um grande número de relações jurídicas, sujeitando-se a muitos direitos e deveres concomitantes. Essa sujeição derivada da obrigação encontra respaldo na proteção conferida pelo Estado, que lhe dá a garantia de coerção no cumprimento, de uma maneira distinta, contudo, daquela dispensada ao dever e ao ônus.

A relação jurídica obrigacional nasce da vontade dos indivíduos ou da lei e, deve ser cumprida no meio social, espontaneamente.

2.1. Da relação jurídica como fonte das obrigações

Como fonte deve ser entendido o gerador de um fenômeno que se instaura. A expressão latina “fons et origo” indica a origem primária de algo. Assim, fonte do Direito são os processos ou os meios pelos quais o fenômeno jurídico se exterioriza, brota à vigência e eficácia, numa estrutura normativa.

Da mesma forma ocorre com as obrigações quando se alude às suas fontes. Tratam-se, portanto, dos meios em virtude dos quais surgem as obrigações aos sujeitos de direito. Também às obrigações a lei serve como fonte imediata¹. Como fonte mediata, e gênese das próprias fontes outrora enumeradas, a relação jurídica.

Como se infere da lição de Giorgio Del Vecchio², a lei (aqui entendida como instrumento introdutório de norma no ordenamento jurídico) instaura uma relação jurídica, a partir de sua incidência sobre um fato social. Ou, destarte o dizer de Lourival Vilanova, “a norma de direito faz a

¹ Inspirados no Direito Civil italiano tem-se por fontes imediatas das obrigações, ainda, o contrato; a declaração unilateral de vontade e o negócio jurídico. O Código Civil Brasileiro não possui disposição semelhante, entretanto é este o entendimento doutrinário brasileiro.

² Del Vecchio, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*, p. 442-443.

causalidade jurídica, estabelecendo relações-de-causalidade, que inexistem sem ela, a norma”³. Logo, com a junção de fato social e norma sobrevem a relação jurídica, com todos os seus efeitos desencadeando o que se entende por obrigação entre os sujeitos a ela subordinados.

A relação jurídica é, portanto, um modo de relação intersubjetiva, entre sujeitos denominados *sujeitos-de-direito*, pelo que um tem determinada pretensão à qual o outro estará obrigado. Uma vez que apresenta, pelo menos, dois sujeitos - ativo e passivo - acaba por assumir um caráter de complexidade e duplicidade, implicando que a pessoa titular da pretensão também o é de uma obrigação, e vice-versa.

2.2. Da relação jurídica obrigacional

Cabe observar que ao direito de pretender determinado comportamento de outrem (atribuído ao sujeito ativo da relação) e ao dever a que se obriga o outro pólo da relação (sujeito passivo) encaixam-se as três modalidades genéricas de obrigações⁴. São elas as obrigações da dar; fazer e não- fazer.

Assim sendo, a relação jurídica obrigacional exterioriza-se pela possibilidade de o sujeito ativo em exigir um comportamento positivo (obrigação de dar ou a de fazer) ou negativo (obrigação de não- fazer), e a imposição correspondente de um dever ou uma sujeição em relação ao sujeito passivo.

São elementos constitutivos da relação jurídica obrigacional: a) sujeitos: ativo (credor) e passivo (devedor); b) objeto: imediatamente a prestação de dar, fazer ou não fazer, e, mediatamente o bem material de conteúdo econômico ou mesmo conversível economicamente; c) vínculo: contratual, ato unilateral ou ato ilícito; d) garantia: poder do credor de exigir do devedor a efetivação da obrigação⁵.

³ Vilanova, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*, p.123.

⁴ Diz-se modalidades genéricas uma vez que trata-se dos três tipos mais comuns de obrigações, que servem sempre como fundo para todas as outras classificações de que fala a doutrina. As obrigações de dar, fazer e não-fazer são parte da classificação quanto ao objeto da obrigação. Sobre o assunto, vide Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 2º volume - Teoria Geral das Obrigações, capítulo III.

⁵ Autores como Caio Mário da Silva Pereira preferem não considerar o elemento “garantia”, acima elencado. Para ele subsistem somente os elementos subjetivo, objetivo e o vínculo. Sobre o assunto vide Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol.II, 19ª ed., p. 9 e ss.

3. Da relação jurídica consumerista

Em virtude das exigências que emergem da Constituição de 1988, nos termos dos arts. 5º, XXXII e 170, V, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei 8078, de 11 de Setembro de 1990. A proteção ao consumidor tomou status constitucional devido às próprias modificações sociais nesse setor. Ou seja, com o aumento do consumo desencadeado pela evolução do sistema de publicidade e da produção industrial no país, viu-se crescer a possibilidade de lesões ao consumidor final de um produto. Desse modo a legislação vigente - o Código Civil de 1916 - tornou-se lacunosa perante a nova disposição social, relativamente às relações de consumo.

O surgimento do Código de Defesa do Consumidor, entretanto, não revogou tais normas já existentes, aqui incluindo-se o Código Comercial (1850) e a Lei de Economia Popular (Lei nº 1521/51), *a contrario sensu*, como ensina o magistrado Antônio de Pádua Ferraz Nogueira⁶, as normas dispostas naquele Código devem ser estudadas “sem perder de vista sua origem, seus alicerces políticos e jurídicos, seus objetivos imediatos e mediatos”. Ademais, no que diz respeito a relações jurídicas travadas entre partes economicamente iguais o Código de Defesa do Consumidor é utilizado concomitantemente às normas dos Códigos Civil e Comercial.

Assim, ao elevar à condição Constitucional a proteção ao consumidor, não pretendeu o legislador introduzir no ordenamento um conflito entre tal preceito e aquele consagrador da livre iniciativa como base da ordem econômico-financeira nacional (art.170, *caput*). Logo, era necessária a intervenção estatal no campo das relações de consumo para que os interesses de produtor e consumidor fossem conciliados, permitido que a produção nacional aumentasse, contudo, minorando a possibilidade de lesão a este último.

A questão central da relação entre produtor e consumidor reside na reparação dos danos causados pelo agente detentor de poder econômico, daí a necessidade imediata da formulação de uma legislação apta a proteger o consumidor que, na maioria das vezes, apresenta-se como parte hipossuficiente (ou vulnerável, como preferem alguns autores) da relação em face ao poderio do produtor. Não quer dizer, porém, que o consumidor por ser considerado parte mais fraca da relação esteja livre de qualquer

⁶ Nogueira, Antônio de Pádua Ferraz. *Considerações sobre os princípios do Código de Defesa do Consumidor*, in Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, ano1, n. 2, p. 38.

responsabilização em virtude de culpa, ou inadimplência, ou uso indevido com inobservância das instruções ou advertências⁷.

Isto posto, cumpre ressaltar que a Carta Constitucional pretendeu com o advento da legislação de defesa do consumidor, estabelecer equilíbrio entre produtor e consumidor, amenizando os efeitos de uma relação caracterizada, principalmente, pela hipossuficiência em que se encontra o consumidor. Nesse sentido, é visível que, a maioria das relações obrigacionais são abarcadas pelas normas do Código de Defesa do Consumidor. Ou seja, em todos os casos em que houver presente na relação jurídica obrigacional o elemento da vulnerabilidade de uma das partes - logo, reconhecível a relação jurídica consumerista - esta será regulada pelas disposições contidas naquele estatuto⁸.

Embora a legislação brasileira não defina, expressamente, o que seja relação de consumo esta pode ser entendida, a partir do exposto, como sendo nas palavras de Ricardo Lorenzetti⁹, “o vínculo que se estabelece entre o produtor que, a título oneroso, fornece um produto ou presta um serviço e quem o adquire ou utiliza como destinatário final”¹⁰. Assim, é importante estabelecer que a relação consumerista não está, somente, delineada por elemento objetivo (ser consumidor final), mas também e, principalmente, por um elemento subjetivo, que será a qualificação de vulnerabilidade em favor do produtor/ fornecedor.

São elementos da relação jurídica consumerista: a) sujeitos: produtor e consumidor vulnerável¹¹; b) objeto: produto ou serviço; c) causa: finalidade de consumo; aquisição ou utilização como destinatário final; d) vínculo: contratual, ato unilateral ou ato ilícito.

4. Conceito de obrigações

A palavra obrigação, de origem latina, tem sentido de vínculo, uma certa submissão de uma pessoa a outrem. Assim, todos os conceitos jurídicos

⁷ É o que ensina a doutrina de Cambler, Everaldo. Curso Avançado de Direito Civil, vol.2, *Direito das Obrigações*, p. 34.

⁸ A proteção invocada pela Lei 8078, no caso da reparação de dano, equipara-se a consumidor todas as vítimas do evento (art. 17), não somente o consumidor final como preceitua o art.2º.

⁹ Lorenzetti, Ricardo. *La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del Mercosur*, in Revista de Direito do Consumidor, nº 21, p.25.

¹⁰ *El vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final*”.

¹¹ Consumidor também pode ser o usuário, não contratante, (vide nota de rodapé 7), ainda, individual ou coletivo.

até o momento proferidos a respeito de obrigações contempla tal elemento, entendido agora como relação jurídica.

Para o Direito Romano, de cunho extremamente formal, de modo geral a obrigação era tida como vínculo jurídico ao qual se submetiam as pessoas, sujeitando-se a uma prestação, segundo o direito quiritário. Em tal definição existe a predominância do pólo passivo, o que a torna deficiente.

Ainda para o Direito Romanístico, o adimplemento das obrigações ocorria sem a manifestação de vontade, característica claramente percebida no direito hodierno. E, ao inadimplemento o devedor pagaria com a própria vida, conforme os preceitos contidos na Lei das XII Tábuas abolido, posteriormente, pela *Lex Poetelia Papira* que determinava a execução sobre os bens do devedor e não mais sobre a sua pessoa.

Porém, é importante observar que a idéia de vínculo jurídico como condição *sine qua non* à concretização da obrigação, é inevitável desde os tempos da codificação justinianéia. Os conceitos desde os clássicos até os modernos repetem tal idéia, não obstante as modificações em virtude da própria movimentação e evolução do Direito.

Numa concepção clássica de obrigações, Pontes de Miranda - para quem os direitos de obrigação advém dos direitos absolutos, uma vez que aquele que infringe estes, fica obrigado, tratando-se esta de um direito relativo - entende que, em sentido estrito “obrigação” é a 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, prestação. Do lado do credor, há a pretensão; do lado do devedor, a obrigação¹².”

Ainda, no mesmo sentido, porém de maneira mais extensa assevera Clóvis Beviláqua: “relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não- fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós esta ação ou omissão”¹³.

Modernamente, o conceito de obrigação tem sofrido certas alterações, pelo caráter econômico das mesmas e as inevitáveis modificações em tal setor. Entretanto, ainda pode ser considerado o setor do Direito que sofre uma carga menor de influências sociais face ao Direito das Coisas ou de Família.

Dessa forma, numa explanação mais ampla do que aquelas ensejadas pela doutrina clássica, conceitua Álvaro Villaça Azevedo¹⁴: “obrigação é a

¹² Pontes de Miranda, Francisco Cândido. Tratado de Direito Privado. *Direito das Obrigações*, tomo XXII, 2ª ed. p. 12.

¹³ Beviláqua, Clóvis. *Direito das Obrigações*, 9.ed, v.4, §1º.

¹⁴ Azevedo, Álvaro Villaça. Teoria Geral das Obrigações, 9 ed. p.23.

relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, devendo cumprir determinada prestação pessoal, positiva ou negativa, cujo inadimplemento enseja a este executar o patrimônio daquele para satisfação de seu interesse.

Everaldo Cambler, numa concepção intimamente ligada ao que consta da codificação justinianéia, embora resumidamente, conceitua obrigação como sendo “o vínculo de direito que adstringe alguém a solver alguma coisa, de acordo com o direito civil”¹⁵.

Logo, numa comparação entre os conceitos de obrigações fácil é perceber que as modificações mais marcantes no direito obrigacional estão ligadas à manifestação de vontade e ao caráter econômico, hodiernamente presentes. Há, ainda, semelhança entre tais conceitos, clássicos e modernos, no atinente à transitoriedade da relação jurídica, do vínculo estabelecido entre credor e devedor. Não fosse assim, caracterizar-se-ia a servidão humana, outrora permitida pelo Direito Romano.

Não obstante às várias classificações das obrigações, quanto às suas modalidades, estas podem ser positivas ou, ainda, negativas. Subdividindo-se em as positivas em obrigações de dar e obrigação de fazer e, as negativas em obrigação de não-fazer.

4.1. Das obrigações de fazer

As obrigações de fazer - *obligatio faciendi* - assim como as obrigações de dar, encontram-se no campo das prestações positivas, na qual o devedor obriga-se a realizar uma atividade em benefício do seu credor. Aqui, entenda-se a atividade como lícita e dotada de certa vantagem ao sujeito ativo da relação. Daí infere-se que a obrigação de fazer depende de uma atividade humana individualizada, específica, previamente estabelecida.

Então, a partir do que ensina Álvaro Villaça Azevedo tem-se, na obrigação de fazer “o compromisso do devedor junto ao credor de prestar ato ou fato seu ou de terceiro”¹⁶.

As obrigações de fazer são consideradas de cunho material ou imaterial, conforme as qualidades pessoais do devedor. Nas obrigações materiais o devedor compromete-se a um fazer físico, puramente material. Tanto o é que em caso de impossibilidade deste em cumprir a obrigação poderá providenciar o objeto da prestação com terceiro - como o supra referido: compromisso do credor em prestar ato ou fato seu ou de terceiro. Em contrapartida, às obrigações de fazer imateriais é atribuído o caráter de *intuitu personae*, personalíssimas, uma vez que o cumprimento destas

¹⁵ Cambler, E. *op.cit.*, p.22.

¹⁶ Azevedo, Álvaro Villaça. *op. cit.*, p.69.

depende de qualificação específica do devedor, ou seja, dada a sua aptidão, seja ela científica, intelectual ou artística. O elemento pessoal diferenciador de tais modalidades de obrigação de fazer assume importância tal que, naquelas de cunho personalíssimo ao credor é facultado recusar o cumprimento da prestação por terceiro, como preceitua o art.878 do Código Civil de 1916.

4.2 Das obrigações de não-fazer

Por obrigação de não-fazer - *obligatio non faciendi* - entende-se aquelas prestações negativas, ou seja, as que exigem do devedor um comportamento omissivo, sob pena de inadimplemento da mesma. É, em verdade uma abstenção imposta ao devedor.

Mais simples do que as obrigações positivas, de dar e de fazer, não está a obrigação de não-fazer sujeita a qualquer outra classificação. Logo, para as obrigações de caráter negativo não se condiciona nenhum outro elemento intrínseco, como o pessoal nas obrigações de fazer personalíssimas. Nem pode ser compreendida como uma abstenção por tempo indeterminado, somente. Pode a obrigação de fazer estar condicionada a certo tempo em que fica vinculado o devedor a não praticar determinado fato. É por isso que muitas vezes não se percebe a existência da obrigação, uma vez que mantendo-se omissivo, o devedor a está cumprindo.

5. Das obrigações de fazer e não-fazer na relação jurídica consumerista

É no campo do inadimplemento; da lesão a direito e da reparação de danos que reside a questão central das obrigações de fazer e não-fazer na relação jurídica consumerista. As inovações trazidas à legislação nacional pela Lei 8078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, implicou em modificações ao sistema do Código Civil e, principalmente, Processual Civil Brasileiro, no que atina à reparação de dano causado pelo inadimplemento de uma obrigação de fazer ou de não-fazer.

Para entender a nova possibilidade de exigir o adimplemento da obrigação pelo credor ao devedor vislumbrada pelo Código, faz-se necessário apresentar o constante nas normas do Código quanto ao inadimplemento da *obligatio faciendi* e *non faciendi*, ainda que de forma muito simples.

O inadimplemento das obrigações positivas de fazer podem ocorrer a partir de duas hipóteses relacionadas à pessoa do devedor, quais sejam: a sua recusa em adimplir a obrigação ou a sua impossibilidade em fazê-lo.

No primeiro caso, em sendo uma obrigação de caráter personalíssimo, a recusa do devedor implica ao credor, destarte o art. 880 do Código Civil, o direito de ser indenizado por perdas e danos.

Ao passo que, em sendo a obrigação de fazer de cunho material o credor, diante da recusa ou atraso no adimplemento da prestação pelo devedor, pode optar por uma das duas possibilidades que se lhe apresentam. Pelo art. 881 é livre ao credor mandar executar a obrigação por terceiro às custas do devedor ou, ainda, simplesmente reclamar indenização por perdas e danos. A execução por terceiro deve ser feita através da máquina judicial, uma vez que não pode o credor compelir o devedor ao cumprimento em espécie. Além disso, é vetado o sistema de autotutela no Direito contemporâneo, pois o monopólio da jurisdição é do Estado.

Ainda quanto a pessoa do devedor, a obrigação pode não ser cumprida em virtude da impossibilidade deste e não a partir de recusa voluntária. Nessa hipótese, a verificação da existência de culpa do devedor define o comportamento do credor.

Assim sendo, resolve-se a obrigação, - ou seja extingue-se, retornando as partes à situação inicial - se para tanto não houver contribuído o devedor. Logo, não pode o credor reclamar o cumprimento da obrigação nem mesmo as perdas e danos, diante da ocorrência de caso fortuito e força maior.

Existindo a culpa do devedor no fato do inadimplemento, o art. 879 do Código Civil¹⁷ permite ao credor reclamar pelos prejuízos sofridos, invocando a indenização por perdas e danos.

Simplificadamente, em não havendo a possibilidade do cumprimento da obrigação por terceiro ou pelo próprio devedor, ao credor é reservado o direito de exigir as perdas e danos. Caso contrário, em que seja possível o cumprimento da obrigação por terceiro, esta não é obstaculizada pelo Direito.

O Código de Processo Civil Brasileiro reserva um capítulo para regular a execução das obrigações de fazer (arts. 632 a 641).

O inadimplemento das obrigações negativas (de não-fazer), assim como as positivas (de fazer), também está sujeito à recusa voluntária do devedor ou, ainda, à impossibilidade de cumprimento.

Ante a recusa do devedor em cumprir a obrigação, não se abstendo da prática de determinado ato (donde presume-se a culpa deste), é facultado ao credor exigir a recomposição dos prejuízos sofridos, através da indenização por perdas e danos (pelo preceito do art. 159 do Código Civil, pelo qual fica obrigado a reparar o dano aquele que o tiver dado causa) ou, se

¹⁷ O mesmo dispositivo que regula os casos de resolução da obrigação sem que para tanto exista a culpa do devedor, conforme apresentado no parágrafo anterior.

preferir, pode ainda requerer o desfazimento do ato, retornando à situação anterior, conforme indica o art. 883 do mesmo estatuto. Importa observar que trata-se de uma faculdade, ou seja, feita a opção, pelo credor, exclui-se a possibilidade de que se exija a outra restante.

Havendo, pois, a impossibilidade de o devedor cumprir a obrigação de não-fazer a ele imposta, sem a verificação de culpa por parte deste, direciona o art. 882 do Código Civil à extinção do vínculo obrigacional.

Outrossim, diante do descumprimento da obrigação de não-fazer com a presença do elemento subjetivo culpa, o devedor fica obrigado a indenizar o credor por perdas e danos, ou, desfazer o ato, conforme opte o credor. Se, por outro lado, não concorrer o devedor para o inadimplemento, exaure-se a obrigação.

O Código de Processo Civil Brasileiro reserva à disciplina de execução das obrigações de não-fazer os arts. 642 e 643.

Trazendo a disciplina às relações de consumo, percebe-se, numa leitura do Código de Defesa do Consumidor que, a maior modificação trazida por este estatuto diz respeito à substituição do regime de conversão em perdas e danos, anteriormente apresentado pelo Código Civil, pelo da exigência do cumprimento específico nos casos em que se apresente aquela espécie de relação. A disciplina consta do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e foi, posteriormente, corroborado pelo Código de Processo Civil, no seu art. 461, quando da modificação trazida pela Lei 8952, de 13 de dezembro de 1994.

Dessa forma, não há que se pensar em caso de subsidiariedade entre a norma trazida pelo Código de Defesa do Consumidor e aquela contemplada pelo Código de Processo Civil. O que há, em realidade é a identidade de regimes, muito embora alguns doutrinadores prefiram não reconhecê-la em virtude da ressalva contida no *caput* da regra geral do art. 461 da legislação processual, no momento em que permite somente o cumprimento específico “se procedente o pedido”.

Com base nas normas ora em questão vislumbra-se a possibilidade de que se conceda uma tutela de conteúdo inibitório de uma possível ação ou omissão, por parte do devedor, e que seja prejudicial ao credor. Assim, o requerente poderá, individual (ação inibitória regulada pelo art. 461 do Código de Processo Civil e art. 84 nos casos de relação de consumo) ou coletivamente (regulada pelo art. 84 do Código de Defesa do Consumidor) pedir ao aparelho jurisdicional uma tutela mandamental¹⁸, ou seja, aquela que ordena sob pena de aplicação de uma multa, exigindo um fazer ou um

¹⁸ A tutela mandamental poderá ser concedida em sentença ou, ainda, liminarmente por força do § 3º dos arts. 461 do Código de Processo e 84 do Código de Defesa do Consumidor, em igualdade de regimes.

não-fazer (comportamento mais comum pedido nas ações inibitórias) do devedor¹⁹.

A tutela inibitória tem resguardo no art. 5º da Constituição Federal, que prevê, à cada direito ali consagrado, uma ação que o proteja e, ainda, que o Poder judiciário não excluirá de sua apreciação ameaça ou lesão a direito. Assim, entende-se que este tipo de tutela tem caráter preventivo e, pode assumir três formas, quais sejam: evita que se viole certo direito; evita que seja repetida a violação do direito; e, finalmente, impede a continuação da violação de direito. É, portanto, uma ação de conhecimento autônoma de caráter preventivo, com resultado antes concedido pela ação cautelar, que ainda pode ser proposta, mas que, no mais das vezes é deixada em preferência daquela, pela sua especificidade, trazida pela reforma do Código de Processo Civil e o advento do Código de Defesa do Consumidor.

Pelo caráter preventivo da ação inibitória constante dos Códigos de Processo e de Defesa do Consumidor, não fazem parte dos pressupostos o elemento subjetivo, seja dolo ou culpa, tampouco o elemento objetivo dano. É, pois, a proteção que se dá ao sujeito de direito que esteja na iminência de ter seu direito violado. O dano, será uma consequência eventual da violação deste direito, que, existindo será incluído na tutela inibitória, quando da imposição de indenização por perdas e danos, que será visto mais adiante.

Diante disso, é possível fazer uma análise da legislação consumerista e, de forma clara e sucinta, mostrar como encontra-se a tutela relativa às obrigações de fazer e não-fazer sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor, nas relações de consumo.

Pelo *caput* do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor infere-se que, havendo o inadimplemento da obrigação de fazer ou não-fazer, dar-se-á preferência à tutela específica, ou resultado prático equivalente, ou seja, que o credor possa exigir do devedor que este cumpra a obrigação inadimplida, afastando, assim, o sistema de conversão em perdas e danos imposto ao devedor da obrigação. Tal sistema será, todavia, possível em dois casos específicos, conforme a seguir, todos constantes do art.84 § 1º do Código de Defesa do Consumidor, igualmente, do Código de Processo Civil:

1) Nos casos em que seja impossível o cumprimento da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente;

A tutela específica ou o resultado prático equivalente tornam-se impossíveis quando surgem impedimentos jurídicos ou materiais a tal cumprimento, de modo que ao juiz é dada a possibilidade de conversão em perdas e danos. Ao reconhecimento de impossibilidade jurídica ou material

¹⁹ Nas hipóteses de ação inibitória proposta coletivamente (tutela de direitos coletivos ou difusos) o art. 82 do Código de Defesa do Consumidor aponta aquelas pessoas legitimadas à sua proposição em juízo.

do cumprimento posterior da obrigação violada estará vinculada ao processo cognitivo exercido pelo juiz.

Assim, auferido pelo juiz, através de processo cognitivo qualquer hipótese que obste, jurídica ou materialmente, a consecução da tutela específica ou do resultado prático correspondente será convertido o inadimplemento em perdas e danos, sem prejuízo da cobrança de multa.

Não se pode, contudo, equiparar esta situação àquela em que sobrevenham fatores alheios os quais tornem a obrigação demasiadamente onerosa ao devedor. Nesse caso, a obrigação exaure-se e as partes retornam ao *status quo* anterior²⁰.

Outra hipótese de impossibilidade da tutela específica ou do resultado prático equivalente que permite a incidência da indenização através da conversão por perdas e danos verifica-se quando não exista mais o interesse, pelo credor em que se cumpra a obrigação. O desinteresse aqui referido cabe apenas em casos em que seja justificável. Assim, o mero desinteresse, por motivos subjetivos, coroado pelo elemento volitivo relativos ao credor excluem a possibilidade de conversão em perdas e danos. Logo, a perda do interesse, pelo credor, deve ser vista como inutilidade para este do que foi acordado, de modo que tal constatação, no processo cognitivo deve estar pautada em critérios externos à vontade do credor, segundo o que expõe Eduardo Talamini²¹ “aferíveis por dados técnicos ou pelo senso comum”.

2) Mais um fator que permite ao juiz a conversão em perdas e danos é a opção feita pelo credor.

É, contudo uma opção que deve ser vista com certa restrição, uma vez que a simples recusa do credor em receber a tutela específica ou o resultado prático equivalente, quando assim for possível e o devedor assim se dispuser configura em violação ao próprio direito do devedor, trazendo a este último, muitas vezes, um ônus maior e incompatível com a realização do direito.

Porém, por ser um direito disponível a possibilidade da conversão em perdas e danos existe e, não bastasse é consubstanciada pelos dispositivos contidos no Código Civil (supra citados) que conferem ao credor a faculdade de escolha pela indenização por perdas e danos. Nesses casos há que se considerar o que dispõe a legislação civil uma vez que a norma em questão, também contida na legislação processual civil, não tem o poder de revogar norma de direito material.

²⁰ É o que ensina o paranaense Talamini, Eduardo. *Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e Não-Fazer*, p.324. Segundo o autor, “havendo causas supervenientes estas excluem o inadimplemento culposo e o dever de indenizar, pelo devedor, razão pela qual foi exposto acima que assim ocorrendo exaure-se a obrigação para ambas as partes”.

²¹ Idem, *ibidem*, p.327.

Corroborando o que preceitua o art. 287 do Código de Processo Civil, o § 2º do art.84 do Código de Defesa do Consumidor (da mesma forma ao art. 461 daquele Código) traz à luz a possibilidade ao juiz de impor ao devedor a cobrança de multa, independente e sem prejuízo à indenização por perdas e danos, como medida coercitiva, incentivando o devedor ao cumprimento da determinação judicial. No entanto, mesmo com a existência da multa não perde o credor o direito de exigir a prestação específica, uma vez que tal medida não tem caráter reparador, somente coercitivo, reiterando.

Então, por não ser o dano o pressuposto de tal tutela inibitória, pode o juiz, constatando-o, impor a indenização à reparação do mesmo simultaneamente à multa, que tem por fim compelir à prática de fazer ou de não-fazer. Logo, pelo § 3º dos dispositivos legais, tanto do Código de Processo civil como do Código de Defesa do Consumidor, em havendo o dano ao requerente o requerido será compelido a pagar a multa (que poderá ser progressiva, ainda que silencie a legislação) cumulada em perdas e danos. A primeira revertida ao Estado, enquanto a última ao próprio requerente.

O procedimento adotado em tais casos é o rito ordinário, como é a regra geral do Processo Civil Brasileiro. No entanto, é permitido ao juiz, durante a análise do caso concreto no processo cognocivo, reconhecendo justificável receio de ineficácia do direito se concedido no final do processo e, ainda, sendo relevante o fundamento da demanda, conceder a tutela antecipada em favor do credor. Ou seja, essa decisão interlocutória está pautada em pressupostos legais, mas que conterão a análise subjetiva do juiz.

Regulada também no Código de Processo Civil, a concessão de tutela antecipatória pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, assim como que a concedeu, nos casos em que cesse a razão da sua manutenção²².

Ainda no âmbito da imposição de multas com finalidade coercitiva, o § 4º do mesmo art. 84 da legislação consumerista garante, além daqueles parágrafos anteriores, maior poder de decisão ao juiz, no concernente à adequação do cumprimento efetivo da obrigação às peculiaridades do caso *sub judice*, principalmente no que atina à capacidade econômica do requerido. Dessa forma, a multa diária que tem o juiz a faculdade de impor não prejudica o recebimento da obrigação específica pelo credor, nem tampouco a indenização por perdas e danos. Tal multa tem, conforme dito outrora, a finalidade de equilibrar o cumprimento da obrigação específica ou

²² Art. 273 do Código de Processo Civil, no parágrafo 4º dispõe sobre a revogação e modificação da tutela concedida antecipadamente. Não obstante a isso, o processo corre normalmente até o julgamento final.

do resultado prático equivalente às características particulares do caso concreto, inclusive das partes.

É fácil notar, então, que o que pretendeu o legislador com a elaboração do Código de Defesa do Consumidor²³ e as posteriores modificações introduzidas no Código de Processo Civil através de legislação infra-constitucional, foi tornar, de maneira substancial, efetivo o direito. Com o intento de aproximar o direito de sua efetiva realização, o novo sistema de cumprimento de tutela específica ou consecução do resultado prático correspondente facilitou, para ambas as partes o ressarcimento em casos de inadimplemento de obrigação de fazer ou de não-fazer, tornando até mesmo o processo mais célere, uma vez que passa a ser mais rápido do que o procedimento normal de aferição de valores das perdas e danos.

6. Conclusão

Tudo isso posto, cumpre realizar um esforço de retrovisão dos caminhos científicos trilhados, depurando os raciocínios e ilações trabalhados, e reunindo-os consolidados em uma visão panorâmica sobre a relevância e aplicação das obrigações de fazer e de não-fazer, relativamente nas relações de consumo.

Assim, num primeiro aspecto deve-se ressaltar da importância do entendimento da relação jurídica como fonte das obrigações, no caso do presente trabalho, das obrigações de fazer e de não-fazer, mais precisamente.

À junção de fato social e norma jurídica sobrepõem a relação jurídica, a qual não existia sem a qualidade que a incidência da norma legal lhe dá, com todos os seus efeitos desencadeando o que se entende por obrigação entre os sujeitos a ela subordinado, aos quais se denomina sujeitos de direito. É, portanto, a relação jurídica a fonte mediata das obrigações.

Surgida através do contrato, do ato unilateral ou, ainda, do ato ilícito, que são as fontes imediatas das obrigações, a relação jurídica obrigacional exterioriza-se pela possibilidade de o sujeito ativo em exigir em determinado comportamento positivo - seja ele uma obrigação de dar ou de fazer - ou um comportamento negativo - qual seja uma obrigação de não-fazer.

Assim, a relação jurídica consumerista, como reflexo da relação jurídica obrigacional, caracteriza-se, principalmente, pela situação de hipossuficiência - ou vulnerabilidade - de uma das partes, o consumidor que, muito embora seja considerado parte mais fraca da relação não está livre de

²³ Note-se que a norma do art.84 foi inspirada no anteprojeto de Código de Processo Civil, de 1985 e que, posteriormente, tomou forma com a legislação que modificou o atual Código Processual.

responsabilização quando assim for caracterizado. A deficiência de condições existentes entre produtor/ fornecedor e consumidor fizeram com que o legislador nacional, numa tentativa de equilibrar tal relação, minorando as possibilidades de prejuízo ao consumidor face ao produtor, elevou à *status* constitucional a proteção ao consumidor e, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor - Lei 8078/90 - tratou de colmatar as lacunas oferecidas pela legislação até então vigente, o Código Civil. Vale dizer que as normas dessa legislação específica não revogou aquelas contidas no Código Civil e são, em alguns casos, utilizados concomitantemente.

Ante tudo isso, entende-se por obrigação a relação jurídica marcada pela transitoriedade, - ou seja, dura até que seja cumprida a prestação - pela qual fica o devedor vinculado ao credor ao cumprimento de determinado comportamento previamente estabelecido. Dentre as modalidades de obrigações, encontramos as de fazer, que consistem na realização de um benefício, do devedor ao credor. Ensejam, ainda, a caracterização conforme haja a aptidão científica, intelectual ou artística do devedor - são as chamadas obrigações de fazer *intuitu personae*. Outra modalidade de obrigação relevante à relação jurídica consumerista tratam-se das obrigação de não-fazer, cuja essência diz respeito a uma abstinência comportamental por parte do devedor.

Disso decorre que, estando no campo da reparação de danos, causados pelo inadimplemento das prestações de fazer e de não-fazer, as questões centrais quanto à aplicação destas em âmbito das relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 84, corroborado pelo Código de Processo Civil, no art. 461, modificou, substancialmente o regime indenizatório pela reparação de danos.

Assim, preferiu o legislador, atendendo a necessidade de que o credor fosse protegido no seu direito de receber a prestação a que esperava, e que o devedor não fosse onerado injustamente, substituir o sistema de conversão da prestação inadimplida em perdas e danos pela possibilidade de, mesmo após o inadimplemento, o devedor prestar a obrigação, recebendo o credor a tutela específica ou o resultado prático equivalente. Sem, contudo, haver prejuízo da conversão em perdas e danos quando existir a impossibilidade do resultado específico, ou, quando assim preferir o credor.

É, portanto, com um processo mais célere e que permite ao juiz um julgamento mais adequado às peculiaridades do caso concreto que inovou o legislador, respondendo aos reclames da sociedade que, vive num constante modificar-se.

7. Referências

- ALVIM, Arruda. ALVIM, Tereza. *Código do Consumidor Comentado*. 2ª ed. ver. E ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela Inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. 9. ed. , v. 4., Rio de Janeiro: [s.l.], 1955.
- CAMBLER, Everaldo. *Curso avançado de Direito Civil*. Vol.2. direito das obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CARNEIRO, Maria Francisca. *Pesquisa jurídica. Metodologia da aprendizagem*. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol.2. teoria geral das obrigações. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo Donato. *Proteção do Consumidor . Conceito e Extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *et alii. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª ed. revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LORENZETTI, Ricardo. La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del Mercosur *in Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n.21, , pp.9 - 37, Janeiro/Março 1997.
- MARQUES, Fernando de Oliveira. (org.). *Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (individual e coletiva)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica arts. 461, CPC e 84, CDC*. 2.ed. revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- NOGUEIRA, Antônio de Pádua Ferraz. Considerações sobre os princípios do Código de Defesa do Consumidor *in Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, ano 1, n. 2, pp. 38-57, Julho - Dezembro 1998.
- PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. Vol.2. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol.III. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PODESTÁ, Flávio Henrique. *Direito das Obrigações - teoria geral e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cândido. *Tratado de direito privado - direito das obrigações*. Tomo XXII. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de filosofia do direito*. Trad. por Antônio José Brandão. 5. ed., Coimbra: Arménio Amado, 1979.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer - CPC, art.461; CDC, art.84*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.