

Direito das obrigações: em busca de elementos caracterizadores para compreensão do Livro I da parte especial do Código Civil

Por
Rodrigo Xavier Leonardo¹

Referência para citação: LEONARDO, Rodrigo Xavier. Direito das obrigações: em busca de elementos caracterizadores para compreensão do Livro I da parte especial do Código Civil. In: CANEZIN, Claudete (org). **Arte Jurídica**. v.I. Curitiba : Juruá, 2004, p. 277-291.

I. Introdução

Dentre as novidades encaminhadas pela Lei n.º 10.406/2002 pode-se ressaltar a iniciativa do legislador por iniciar a parte especial do novo código pelo livro “do direito das obrigações”.

O presente ensaio busca revisitar uma antiga questão doutrinária fundamental para interpretação desse primeiro livro da parte especial do Código Civil. A questão é a seguinte: qual a abrangência do direito das obrigações? Quais são os critérios para determinar o que se submete ao regime jurídico disposto no livro primeiro da parte especial do Código Civil?

Se o primeiro passo a ser dado partir pela busca de um conceito de *obrigação*, ao contrário do que se pode pensar, a tarefa toma proporções absurdas. Uma tentativa de aproximação do conceito jurídico de *obrigação* perpassa, inevitavelmente, pela dificuldade de se conjugar os diversos sentidos nos quais essa

¹ Professor de Direito Civil da UFPR. Professor Titular de Direito Civil no Curso Prof. Luiz Carlos. Mestre e Doutor em Direito Civil pela USP. Advogado em Curitiba e São Paulo. Autor dos livros *Redes contratuais no mercado habitacional*, editado pela Revista dos Tribunais em 2003 e *Imposição e inversão do ônus da prova*, editado pela Renovar em 2004. Para maiores informações, acesse: www.rodrigoxavierleonardo.com.br

expressão é empregada pela própria teoria geral do direito.²

Ainda que os propósitos sejam reduzidos a um melhor esclarecimento do que vem a ser o *direito das obrigações*, a tarefa permanece penosa³ por inúmeras razões, dentre as quais merece destaque, pelo menos, duas.

A *primeira razão* é esclarecida por Karl Larenz, a partir de Wiacker, logo na introdução do seu livro *direito das obrigações*. Diz Larenz que o direito das obrigações “*não tem por objeto um setor vital uniforme*”⁴, ao contrário do que ocorre com outros ramos do direito civil, tais como o direito de família, o direito societário e outros.

Analisando algumas matérias indiscutivelmente pertencentes ao direito das obrigações, percebe-se essa disjunção. O *significado vital* ou social de um determinado contrato típico pode ser absolutamente diverso de outro contrato típico. Ainda assim, ambos encontram-se submetidos à disciplina das mesmas regras da *parte geral* do Código Civil e da *teoria geral* dos contratos e das obrigações.

Se a disjunção aparece dentro do direito dos contratos, ela amplia-se ainda mais quando se propõe comparar, por exemplo, o

²Mario Júlio de Almeida Costa destaca que “na linguagem comum, utiliza-se a palavra *obrigação* para designar de modo indiscriminado todos os deveres e ônus de natureza jurídica ou extrajurídica. O termo engloba, pois, indiferentemente, em face do direito e de outros complexos normativos (moral, religião, cortesia, usos sociais, etc.), as situações que se caracterizam pelo facto de uma ou várias pessoas se encontrarem adstritas a certa conduta” (ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. **Direito das obrigações**. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.55).

³Segundo Pontes de Miranda “quando se vai falar de ‘direito das obrigações’, já se restringe a tal ponto o conceito de obrigação, já se pré-excluem obrigações que não entram no quadro, e de tal modo se precisa o conceito, que em verdade melhor teria sido que às obrigações que são objeto do Direito das Obrigações se houvesse dado outro nome. Porque a direito corresponde dever, de que o devido é objeto a prestar-se, e a pretensão corresponde obrigação, sem que se possa negar que há pretensões e obrigações fora do Direito das Obrigações (...) Temos, portanto, de tratar das ‘obrigações’, em sendo restrito, sem apagarmos o que também é obrigação e não está no Direito das Obrigações. Temos de ver que, *do outro lado*, ou *logo após*, estão obrigações que não cabem no terreno que exploramos: basta que o sujeito passivo delas seja total, ‘todos’, e não só ‘alguém’ (...) O Direito das Obrigações é ramo de direito em que se constituem relações jurídicas de estrutura pessoal; mas, ainda assim, há direitos de estrutura pessoal que estão fora dêle. Por aí se vê quão artificial é o conceito, e como havemos de ter cuidado no trato do artificial, sem que artificialidade nos engane” (PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**.v.XXII. Rio de Janeiro : Borsoi, 1958, p.7-8).

⁴LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. t.I Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p.13.

significado vital ou *social* do contrato e aquele pertinente ao dever de indenizar danos (fundados em atos por vezes lícitos, por vezes ilícitos, segundo os critérios de imputação previamente determinados).

Nem mesmo a tentativa de se unificar o direito das obrigações como a disciplina do *tráfico de riquezas* seria plenamente frutífera. Conforme explica Karl Larenz, podem ser destacados diversos negócios obrigatórios que não implicam na transferência de bens, tais como os contratos de arrendamento, o mandato, o contrato de sociedade, razão pela qual não se poderia “contemplar o direito das obrigações exclusivamente do ponto de vista dos negócios de tráfico em sua relação com a distribuição dos bens”.⁵

A Professora Judith Martins-Costa, por sua vez, destaca a desvinculação do direito das obrigações das atividades de *tráfico jurídico*, justificando seu pensamento por intermédio de situações nas quais certos contratos, ao invés de serem destinados à circulação de riquezas, acabam sendo destinados à *criação de riquezas*.⁶

Pense-se, por exemplo no desenvolvimento de atividades de *empresa* por intermédio da simples organização de contratos em rede (alguns *sites* da *internet* consubstanciam um exemplo eloqüente) nas quais a gestão de contratos aparece como o dado fundamental para a

⁵ LARENZ, p.17.

⁶ “(...) é também objeto da atenção dos estudiosos a nova *racionalidade* que preside as relações econômicas na sociedade, que vem sendo chamada, própria ou impropriamente, de sociedade pós-industrial, locução utilizada para indicar o fenômeno denotado por uma certa desmaterialização que, desde os finais do século XX, acompanha uma série de ‘acontecimentos sociais’, apanhando inclusive a palavra ‘produto’. No âmbito das relações obrigacionais avultam, como exemplos deste crescente fenômeno, certos contratos que ‘não servem mais apenas para fazer circular as coisas, mas *tout court*, para fazê-las, e em especial para criar produtos financeiros”. A afirmação é justificada na nota de rodapé n. 14. MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. v.V. t.I. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p.5-6.

criação de riquezas.⁷

Em suma, a multiplicidade do *significado vital* ou *social* das situações abrangidas pelo direito das obrigações, por si só, dificulta imensamente o trabalho de conceituação desse ramo do direito.

A *segunda razão* destacada para justificar a dificuldade para se aproximar de uma melhor conceituação do *direito das obrigações* reside, justamente, na centralidade desse ramo do direito civil na construção moderna do pensamento jurídico.⁸

Pode-se dizer que até mesmo a estrutura das relações pertinentes ao *direito das obrigações* foi abstraída do próprio conteúdo obrigacional por elas engendrada. Essa abstração, por sua vez, serviu para propiciar a construção genérica da *teoria geral da relação jurídica* pretensamente aplicada a todas as relações, *potenciais* e *efetivas*, regradas pelo Direito.⁹

Essa afirmação, por sua vez, é confirmada pelo pensamento de teóricos¹⁰ que buscaram refletir sobre a *teoria geral da relação jurídica*,

⁷ Em outras oportunidades pudemos desenvolver melhor este tema LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais: sua contextualização entre a empresa e o mercado*. **Revista de Direito Público Econômico**, São Paulo, v.7, 2004 (no prelo).

⁸ Nas palavras de Giorgi introdutórias de seu tratado sobre o direito das obrigações: “De las partes en que se divide la ciencia del derecho privado, merece estudio preferente de los juriconsultos, la que tiene por objeto las obligaciones. En efecto, al encontrar nuevos elementos en la actividad, en el seguro y en la asociación, y en la facilidad de comunicaciones, la civilización moderna, entregada por completo a la industria y al comercio, ha hecho tan frecuentes en los tiempos que vivimos las relaciones de crédito, que el mayor número de nuestros asuntos legales, son, sin duda, aplicaciones prácticas de la teoría de las obligaciones” (GIORGI. **Teoría de las obligaciones en el derecho moderno**. v.I. Trad. Redacción de la Revista General de legislación y jurisprudencia. Madrid : Revista de la Legislación, 1909, p.2).

⁹ Pontes de Miranda é enfático: “a noção fundamental do direito é a de fato jurídico; depois, a de relação jurídica” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**.v.I. Rio de Janeiro : Borsoi, 1954, p.XV).

¹⁰ Nesse sentido, dentre tantos, esse enfoque é percebido na leitura de Henrich Hoster a respeito da relação jurídica: “A relação jurídica em sentido abstrato é uma relação virtual que equivale a determinado tipo (a sua fisionomia típica) tal como ele está regulamentado na lei, quer dizer, corresponde ao tipo negocial legal (p.ex, as normas que regulam o contrato do arrendamento urbano ou o contrato de compra e venda). A relação jurídica concreta é uma relação jurídica em que as regras da relação jurídica em abstrato ganham vida num caso concreto mediante a aplicação (ou transposição) a este caso concreto do tipo regulamentado da lei” (HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do Código Civil Português**. Coimbra : Almedina, 1992).

encontrando no *direito das obrigações* o solo seguro para a concreção de suas reflexões, por vezes movediças ao tratar de outros ramos do direito.

Segundo escreveu Louis Josserand – tendo por base a primeira metade do século XX –, todos os ramos do direito partiriam da teoria geral das obrigações para alicerçar suas bases a partir das quais seriam realizadas as adaptações necessárias para o tratamento de interesses muito diversos.¹¹

Talvez por essa razão, alguns teóricos apontam a obrigação como a noção central da filosofia do direito moderno, vez que esta propiciaria a própria articulação entre o indivíduo e a expressão moderna do direito: a Lei.¹²

Uma vez ressaltadas essas dificuldades, restam dois caminhos: desistir do propósito de aproximação do conceito de obrigação ou restringir os âmbitos deste propósito. O leitor pode perceber que optamos pela segunda alternativa.

Para tanto, pode-se seguir por alguns caminhos já trilhados pela doutrina. Proponho algumas das trilhas destacadas por Karl Larenz.

A primeira diz respeito ao que seria um enforque possível para

¹¹ “Cette théorie est à la base, non seulement du droit civil, comme on a pu le constater en étudiant les personnes et la famille qui sont le centre de rapports obligatoires innumérables, mais *du droit tout entier*: le droit commercial, le droit administratif, le droit international, privé ou public, son à base de rapports obligatoires dont ils tendent à réaliser l’adaptation à des intérêts très divers, plus ou moins spécialisés, et il n’est nullement exagéré de dire que le concept obligationnel constitue l’armature et le *substractum* du droit et même, d’une façon plus générale, de toutes les sciences sociales” (JOSSERAND, Louis. **Cours de droit civil positif français**. 12.ed. Paris : Sirey, 1933, p.3)

¹² Segundo René Sève: “l’obligation est sans nul doute la notion centrale de la philosophie du droit moderne car elle assure l’articulation nécessaire entre l’individu et l’expression même du droit – pour les Modernes – la loi. Sans rentrer dans les détails historiques, il faut rappeler que le but poursuivi par la philosophie du droit moderne, celle des jusnaturalistes, fut de susciter un consensus sur des principes admissibles par tous, au moins au sein de la Chrétienté, permettant une fondation globale du droit par-delà la diversité de ses manifestations” (SÈVE, René. L’obligation et la philosophie du droit moderne. In: L’obligation. **Archives de philosophie du droit**. t.44. Paris : Dalloz, 2000, p.88).

fundamentar a unidade dos direitos das obrigações: a pertinência a este ramo do direito pelo destaque das particulares características de seus efeitos jurídicos.

Seguimos, assim, Karl Larenz:

a unidade do direito das obrigações não deriva da igualdade dos acontecimentos vitais por ele regulamentados, nem tão pouco de sua função econômica, mas provém exclusivamente da identidade dos efeitos jurídicos. Existe uma relação obrigatória sempre que existe uma obrigação frente a determinadas pessoas para cumprir uma determinada prestação, qualquer que seja o acontecimento no qual esta relação se fundamente.¹³

Cabe procurar, portanto, sublinhar minimamente o conjunto eficaz que possibilita qualificar uma *relação jurídica* como obrigatória.

O segundo caminho – igualmente traçado por Larenz e desenvolvido no Brasil por Clóvis do Couto e Silva¹⁴ –, refere-se à noção da *obrigação como processo* ou, *rectius*, da *relação jurídica obrigacional como processo*.

Por intermédio desse enfoque, pretende-se estudar a relação obrigacional sob o *ângulo da totalidade*, tanto em sua estrutura quanto em sua função.¹⁵

Note-se bem que esses dois caminhos não excluem outros como, *v.g.*, aqueles provenientes da reflexão da filosofia do direito. Estipula-se aqui, previamente, apenas os limites da reflexão que se pretende desenvolver.

¹³ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. t.I Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p.17.

¹⁴ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. São Paulo : Bushatsky, 1976, p.10.

¹⁵ O Prof. Clóvis do Couto e Silva traça as linhas gerais dessa perspectiva na introdução de sua obra *A obrigação como processo*: “A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor. Dogmaticamente, contudo, é indispensável distinguir os planos em que se desenvolve e se adimple a obrigação” (COUTO E SILVA, p.10).

II. Elementos identificadores da relação jurídica obrigacional

A expressão *direito das obrigações* consagra uma forma elíptica da idéia de relação jurídica obrigacional. Assim, a despeito da expressão destacar o lado passivo da relação – como reminiscência de uma tradição romana¹⁶ –, inexistiria qualquer vantagem em substituí-la pela expressão *direito de crédito*¹⁷, quando o que se pretende justamente é identificar os elementos caracterizadores dessa *relação*.

Sendo assim, nossa pesquisa deve buscar pelos elementos identificadores da relação jurídica obrigacional que seriam capazes de justificar a própria criação de um capítulo autônomo para o direito das obrigações que determina um regime jurídico específico. Pela caracterização da relação jurídica obrigacional, por sua vez, poderemos traçar critérios para determinar quando a disciplina do direito das obrigações é aplicável ou não.

II.I O vínculo.

Para explicar a relação jurídica obrigacional, tradicionalmente, a doutrina costuma partir da noção de *vínculo jurídico*, sendo muito comum justificar esse ponto de partida a partir da noção romana encontrada nas Institutas de Justiniano: “*obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei*”.

Em favor desse caminho, a própria análise sintática da expressão obrigação – pautada na terminologia latina *ob + ligatio* –, destaca a idéia de vínculo ou liame.¹⁸

Note-se bem, todavia, que esse vínculo é dotado de um

¹⁶ BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile. L'obbligazione*. t.IV. Milano : Giuffrè, 1993, p.3.

¹⁷ ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das obrigações*. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.11.

¹⁸ “L’obligation (*ob ligare*) est un lien de droit (*vinculum juris*)” (JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. 12.ed. Paris : Sirey, 1933, p.2)

adjetivo muito especial: o ‘jurídico’.

A qualificação do vínculo como *jurídico* traz pelo menos duas consequências: a) o destaque dessa relação das demais relações sociais (para alguns autores, juridicamente irrelevantes); b) a garantia que se impõe a esse vínculo por intermédio do Direito.

Ocorre que, para a doutrina clássica, o que distingue o vínculo jurídico dos demais vínculos é a Lei e, ainda, dentre os diversos vínculos jurídicos pode se perceber uma verdadeira *gradação* da garantia das posições jurídicas, por eles engendradas. Essa gradação, por sua vez, também é especificada pela Lei.

Essa gradação eficaz é pormenorizadamente explicada por Pontes de Miranda no *plano da eficácia* pelo qual podem perpassar os fatos jurídicos, dentre os quais, aqueles aptos a engendrar relações jurídicas obrigacionais. Refere-se, aqui, a diferenciação esclarecida por Pontes de Miranda entre *direito subjetivo, pretensão, ação em sentido material, pretensão em sentido processual e ação em sentido material*.

O vínculo jurídico costuma ser tratado sob os auspícios da clássica dicotomia entre *obrigações naturais e obrigações civis*. Nesse sentido, conforme explica Pontes de Miranda.¹⁹

Note-se bem que o assunto merece um esclarecimento: há que se distinguir o vínculo jurídico dos demais vínculos sociais e, dentre os vínculos jurídicos, aqueles que engendram obrigações *perfeitas* (ditas obrigações civis) e as obrigações mutiladas (as obrigações

¹⁹ “Já vimos que há direitos, pretensões e até ações mutilados. Àqueles e a essas correspondem posições jurídicas imperfeitas, obrigações naturais, pela perda do efeito ou pelo encobrimento do efeito. Não é o mesmo ser sem pretensão ou ação o direito, ou estar prescrita a pretensão ou a ação. Os *deveres morais* são deveres a que faltam a obrigação e a ação, ou somente a ação. O Estado não pode prometer a respeito deles, a execução forçada. Por outro lado, reconhece que o adimplemento deles não é doação, nem pode dar ensejo à ação de enriquecimento injustificado (...).” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. t.XXII. Rio de Janeiro : Borsoi, 1958, p.30).

naturais), utilizando-se, aqui, da terminologia de Pontes de Miranda.²⁰

Essa distinção é esclarecida, v.g, no Direito Português por intermédio de regra expressa que reconhece o vínculo jurídico nas obrigações naturais: “**Art. 402.** A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça”.²¹

A tentativa de se fundar o vínculo jurídico obrigacional na Lei e suas correspectivas limitações acaba se refletindo na chamada *crise da teoria das fontes do direito das obrigações*²², por meio da qual reluz a insuficiência das classificações bipartidas, tripartidas, quadripartidas e quinquipartidas das fontes das obrigações desenvolvidas do direito romano até hoje.

II.II A prestação

O segundo elemento a ser destacado corresponde ao objeto *imediato* da relação jurídica obrigacional²³, que determinaria os limites

²⁰ Por vezes, essa distinção não é clara na doutrina. Cite-se, por exemplo, o pensamento de Orlando Gomes, segundo o qual a *obrigação natural* seria destituída de *vinculum juris*: “(...) o titular do direito do crédito há de dispor dos meios próprios para compelir judicialmente o devedor a satisfazer a prestação, se este não cumpre a obrigação espontaneamente. A *coercibilidade* do vínculo é, *em suma*, juridicamente necessária. O direito, entretanto, não se desinteressa, de todo, de situações nas quais o dever de prestar é legalmente inexigível. São relações obrigacionais que não geram *pretensão*. O credor não pode exigir judicialmente o cumprimento da obrigação. Falta-lhe, numa palavra, o *vinculum juris*. A essas relações dava-se a denominação de obrigações naturais. Na dogmática moderna a construção é mais ampla. As diversas figuras que se enquadram nessa categoria ampliada se designam, melhormente, como *obrigações imperfeitas*” (GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986, p.96).

²¹ “(...) como a lei não admite enriquecimento sem causa, toda e qualquer atribuição patrimonial deve fundar-se numa causa <donandi>, <solvendi> ou <credendi>; ora, visto que nas obrigações naturais não se verifica nenhuma dessas causas, embora o credor possa reter a prestação, segue-se que a obrigação natural constitui uma causa autônoma de atribuições patrimoniais válidas” (ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. **Direito das obrigações**. 9.ed. Coimbra : Almedina, 2003, p.174).

²² COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. São Paulo : Bushatsky, 1976, p.74.

²³ No Brasil, a distinção é feita por Pontes de Miranda, Orlando Gomes, Luiz Edson Fachin, dentre outros autores. Cite-se, por todos, Orlando Gomes: “*Objeto imediato* da obrigação é a prestação, a atividade do

do vínculo jurídico em relação.

Na atualidade, prevalece a concepção de que o “**objeto ou conteúdo da relação obrigatória é a prestação** ou seja, aquilo que é devido pelo devedor ao credor”.²⁴

Seguindo a clássica noção de Bevilacqua, por intermédio da obrigação, constrange-se um sujeito de direito a uma prestação consubstanciada em um *dar, fazer* ou *não fazer* alguma coisa.²⁵

Referida concepção, todavia, não é resguardada de grandes controvérsias.

A identificação do objeto/contéudo da obrigação como uma prestação é reflexo da chamada doutrina *pessoalista*, segundo a qual a obrigação propiciaria o surgimento de uma *relação pessoal* na medida em que vincularia dois sujeitos de direito a um dever de prestar.²⁶

Refere-se, aqui, a um sentido *eminente moderno* da doutrina *pessoalista*, absolutamente diverso, v.g., do sentido encontrado em determinada época do direito romano, segundo o qual o credor teria um direito sobre a pessoa do devedor, inclusive como uma forma de

devedor destinada a satisfazer o interesse do credor. *Objeto mediato*, o bem ou o serviço a ser prestado, a coisa que se dá ou o ato que se pratica. O objeto da obrigação específica de um comodatário é o ato de restituição da coisa ao comodante. O objeto dessa prestação é a coisa emprestada, seja um livro, uma jóia, ou um relógio. Costuma-se confundir o objeto da obrigação com o objeto da prestação, fazendo-se referência a este quando se quer designar aquele, mas isso só se permite para abreviar a frase. Tecnicamente, são coisas distintas.” (GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986, p.17).

²⁴ BIANCA, C. Massimo. **Diritto civile. L'obbligazione**. t.IV. Milano : Giuffrè, 1993, p.32, sem grifo no original.

²⁵ É recorrente nos manuais de direito civil a explicação do que vem a ser obrigação por intermédio da definição de Clóvis Bevilacqua: “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 essa ação ou omissão.” (BEVILACQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. 8.ed., Rio de Janeiro: ed. Paulo de Azevedo, 1954, p.14).

²⁶ Segundo Judith Martins-Costa trata-se da corrente teórica do *pessoalismo*, tributável a Savigny, com grande influência no século XX. Sobre o assunto, na doutrina brasileira, cf. MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. v.V. t.I. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p.13. Nesse sentido, v.g., encaminha-se a definição dada por Pontes de Miranda: “os negócios jurídicos de direito das obrigações irradiam pretensões *pessoais*, isto é, pretensões a que alguém possa exigir de outrem, *debitor*, que dê, faça, ou não faça, em virtude de relação jurídica só entre eles. A pretensão supõe o crédito; a obrigação, a dívida” (PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. v.XXII. Rio de Janeiro : Borsoi, 1958, p.9).

sujeição pessoal em garantia ao adimplemento, sendo igualmente vedada qualquer cessão desse vínculo ou da posição jurídica correspectiva a ele.²⁷

Opositores dessa corrente, com destaque para Eugène Gaudemet, procuraram sustentar que a relação obrigatória, muito mais do que vincular dois sujeitos, acabaria por vincular dois patrimônios.

Justifica-se esse posicionamento, por sua vez, com o que seria uma tendência do direito contemporâneo retratada por uma suposta *diminuição da importância* da personalidade, o que se poderia demonstrar por intermédio, por exemplo, pelo fenômeno da ampla transmissibilidade de créditos e dívidas.²⁸

Segundo Massimo Bianca o conjunto de teorias, genericamente chamadas de objetivistas ou patrimoniais, tendencialmente procurariam ressaltar, no direito das obrigações, a posição do *poder do credor* em detrimento da posição de *dever* do devedor: “Ora, o poder principal que tem o credor é aquele de atuar por meio da execução forçada. Pelas teorias patrimoniais, assim, o direito de crédito é fundamentalmente aquele direito sobre o patrimônio do

²⁷ Segundo Massimo Bianca, “in prevalenza si convenne che il creditore non ha un diritto sulla persona del debitore. Una tale concezione poteva ammettersi in relazione all’originaria obbligazione dello ius civile, che prevedeva attraverso il nexum una forma di assoggettamento personale a garanzia dell’adempimento, e consentiva che attraverso l’addictio l’inadempiente venisse materialmente asservito al creditore” (BIANCA, C. Massimo. **Diritto civile. L’obbligazione**, t.IV. Milano : Giuffrè, 1993, p.33).

²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. v.V. t.I. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p.14 Faz-menção, aqui, da confluência entre elementos da noção romana das obrigações com a noção germânica. Conforme explica Pontes de Miranda: “No direito romano, as relações jurídicas do direito das obrigações eram mais estritamente pessoais do que hoje. O *vinculum iuris* prendia as pessoas do devedor e do credor, de modo que o objeto da prestação era secundário. O direito germânico foi que oncorreu para essa deslocação dos pontos de ligação, caracterizando a *pessoalidade* do direito e das pretensões como relação entre sujeito ativo e passivo porém sem a inserção da pessoa em si” (PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. v.XXII. Rio de Janeiro : Borsoi, 1958, p.8).

devedor que pode ser realizado por meio da via executiva”.²⁹

Massimo Bianca, todavia, esclarece que o *poder* ao qual se referem os defensores das teorias patrimonialistas apenas diz respeito a um momento *patológico* da relação jurídica obrigacional enquanto *remédios contra o inadimplemento*, o que não se confunde com o direito primário do credor que corresponde à pretensão ao adimplemento, ainda que esse resultado seja alcançado prescindindo-se de uma ação do devedor (como, v.g., no pagamento feito por terceiro).³⁰

Em uma tentativa de síntese do pensamento entre as teorias *pessoalistas* e *patrimonialistas*, destacam-se as doutrinas mistas ou analíticas, que procuram destacar na relação obrigatória dois elementos diferenciados: o dever-obrigacional (*schuld*) contraposto à responsabilidade (*Haftung*).

Na relação obrigatória é perceptível que o devedor pode ser constrangido a cumprir o *dever-obrigacional* que está vinculado, visando satisfazer o interesse do credor. Para além do seu dever de prestar, todavia, seria também perceptível a automática *responsabilidade* que recairia sobre o seu patrimônio.

Nesse sentido, explica a Professora Judith Martins-Costa:

(...) visualizou-se a existência de uma distinção analítica entre a dívida (*Schuld*) e a garantia (*Haftung*) conferida ao seu cumprimento, daí nasce a *relação de responsabilidade*. Quando constituída a obrigação, o devedor restaria induzido ao dever de efetuar determinada prestação. Esse dever, no entanto, por si só, não permitiria ao credor exigir, coativamente, a sua execução. Esta pertenceria ao campo da *Haftung*, ou responsabilidade (ou, também, garantia), pela qual a pessoa do devedor ou de terceiro ficam

²⁹ Massimo Bianca apresenta organizadamente diversas correntes que poderiam ser chamadas de patrimoniais. BIANCA, C. Massimo. **Diritto civile. L'obbligazione**. t.IV. Milano : Giuffrè, 1993, p.36-37.

³⁰ BIANCA, p.38-40.

sujeitos à agressão patrimonial do credor, em caso de inadimplemento.³¹

Justamente por intermédio dessa diferenciação seriam justificadas as situações em que há dívida sem responsabilidade (v.g., a dívida prescrita) e as situações em que há responsabilidade sem dívida (v.g, fiador).

Ainda que seja criticável a possibilidade de total distinção entre esses dois momentos, a análise propicia explicações interessantes, como, por exemplo, nos casos de *fraude contra credores*.

A fraude contra credores serve para anular negócios de transmissão de bens ou remissão de dívidas que sejam lesivos aos direitos de crédito de titularidade dos credores quirografários ainda que a dívida não tenha se tornado *exigível* no momento do ato de disposição. Mostra-se necessário, apenas e tão somente, a existência do crédito (§ 2.º do artigo 158 do Código Civil) e não a sua exigibilidade. Em outras palavras: basta a existência do direito subjetivo, ainda que não tenha surgido a *pretensão*.

A fixação da prestação como o objeto da relação jurídica obrigacional, ainda, destaca a *cooperação* entre as partes como um dado essencial à relação jurídica obrigacional.

Essa característica foi ressaltada por Emilio Betti como essencial para a própria definição de obrigação³² e tem sido adotada por influentes civilistas brasileiros como o verdadeiro traço

31 MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. v.V. t.I. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p.17

32 “No diremo, pertanto, che nei rapporti di diritto reale si risolve un problema di attribuzione di beni, nei rapporti di obbligazione, invece, un problema di cooperazione o di riparazione nell’impotese di responsabilità aquiliana” (BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**.t.I. Milano : Giuffrè, 1953, p.10).

característico da relação jurídica obrigacional.³³

Seria este elemento suficiente? Não existiriam em outros ramos do direito outros deveres de prestar a despeito de inexistir verdadeira relação jurídica obrigacional?

II.III A patrimonialidade

A prestação pode existir em outros ramos do direito civil. No direito das obrigações, todavia, a prestação tem uma característica essencial: a patrimonialidade.

A patrimonialidade da prestação é considerada na doutrina italiana como uma característica essencial para a determinação da relação jurídica obrigacional, até mesmo por provocação do que determina o artigo 1.174 do Código Civil Italiano.³⁴

Note-se bem que o requisito da *patrimonialidade* diz respeito à prestação e não ao interesse do credor. A patrimonialidade, nesse sentido, corresponderia à *suscetibilidade de valoração econômica da prestação*.

O requisito da patrimonialidade da prestação é justificado por diversas razões, dentre as quais as seguintes, tratadas por Umberto Breccia³⁵: a) possibilidade da conversão da obrigação original, nas

³³ Segundo Marcos Bernardes de Mello: “o traço característico da relação jurídica pessoal, diferentemente das de direito real, é o de que a cooperação de outrem, em regra, mas não somente, o devedor, constitui elemento indispensável para o exercício dos direitos e pretensões que a integram. Sem o adimplemento da obrigação pelo devedor, espontâneo ou forçado (por meio do exercício da ação), ou por terceiro, quando possível, não se realiza o direito do credor. Ninguém pode fazer adimplir, por si próprio, obrigação, de que seja credor. Em qualquer hipótese, na obrigação de dar, na de fazer ou na de não fazer, há necessidade de que outrem a satisfaça, mesmo em lugar do devedor, substituindo-o, quando possível (obrigações não personalíssimas), até pela substituição do adimplemento por indenização (obrigações personalíssimas de fazer). E esse ato de adimplemento configura, precisamente, a necessidade de cooperação que caracteriza o direito pessoal” (BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. São Paulo : Saraiva, 2003, p.206).

³⁴ “**Art. 1174. Carattere patrimoniale della prestazione.** La prestazione che forma oggetto dell’obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore”.

³⁵ BRECCIA, Umberto. **Le obbligazioni**. Milano : Giuffrè, 1991, p.46-52.

hipóteses de inadimplemento, em uma prestação pecuniária substitutiva que possa ser equivalente; b) a possibilidade da realização de juízos de valor ligados ao sinalagma das obrigações por meio de institutos como a lesão (pode-se citar, no mesmo sentido, o *estado de perigo* e a *base objetiva e subjetiva do negócio*); c) a determinação de um critério para a licitude ou a ilicitude de determinados vínculos constituídos por meio do exercício da autonomia privada.

O requisito da *patrimonialidade* da prestação propicia outras reflexões. Peço a atenção para duas.

A primeira delas diz respeito às possibilidades de avaliação objetiva do que venha a ser essa patrimonialidade, até mesmo para que ela efetivamente possa representar um critério limítrofe para o exercício lícito da autonomia privada.

Segundo Umberto Breccia, na análise do artigo 1176 do Código Civil Italiano, a principal conclusão a respeito do requisito da patrimonialidade corresponderia a uma equivalência com a idéia de negociabilidade:

(...) Para fins normativos ou preceptivos o único critério relevante aponta para ressaltar que a prestação não é tal em termos jurídicos se não é 'negociável': o artigo 1174, segundo esta controversa leitura aparece como uma das normas que contribuem para definir a obrigação e as linhas essenciais das noções de contrato e de liberdade contratural, naquela incerta zona na qual é posta os limites entre a valoração da licitude e a valoração da relevância jurídica da relação.³⁶

Não se pode negar, todavia, que o requisito da patrimonialidade representa uma das grandes dificuldades do direito contemporâneo para tratar das situações não patrimoniais. Isso fica

36 BRECCIA, p.51.

bem claro com a relevante distinção feita pelo Código Civil italiano segundo a qual a prestação deve ser patrimonialmente avaliável, ainda que o interesse não o seja.

O segundo aspecto que merece realce indica o *teor protetivo* aos direitos de personalidade que a característica da *patrimonialidade* acaba ensejando. Se o direito das obrigações circunscreve-se ao campo patrimonial reafirma-se a impossibilidade de que as medidas para cumprimento coativo da obrigação recaiam sobre a pessoa.³⁷

II.IV O interesse do credor

Seguindo a distinção acima realizada entre *prestação* e *interesse* seria inevitável identificar o *interesse do credor* como um dos elementos caracterizadores da relação jurídica obrigacional. Segundo Pontes de Miranda

O interesse do credor é o que se satisfaz quando se solve a dívida. Tal interesse é de importância, por exemplo, para se saber se foi satisfeito quando terceiro solveu a dívida, ou, no plano do direito pré-processual, para se responder à questão sobre se há, ou não, *in casu*, necessidade da tutela jurídica (...)

Qualquer interesse, ainda que não patrimonial, pode ser o do credor. Tanto a prestação pode interessar ao credor quanto a outrem, sendo indireto o interesse do credor. O interesse de beneficência, altruístico, ou de caridade, é interesse como qualquer outro. Se o interesse é moral, à infração do dever corresponde à indenizabilidade do dano moral.³⁸

Massimo Bianca, por sua vez, esclarece que “o interesse é elemento constitutivo da relação obrigatória no sentido de que a obrigação é essencialmente instrumento de satisfação do interesse do

³⁷ Mario Júlio de Almeida Costa alerta que “sob outro ângulo, a patrimonialidade da obrigação significa que, no direito moderno, ao contrário dos sistemas antigos, o inadimplemento só confere ao credor a possibilidade de agir contra o patrimônio do devedor e não contra a sua pessoa” (ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. **Direito das obrigações**. 9.ed. Coimbra : Almedina, 2003, p.84).

³⁸ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. v.XXII. Rio de Janeiro : Borsoi , 1958, p.13-14.

credor”.³⁹

O interesse do credor é que estabelece o norte teleológico da relação jurídica obrigacional⁴⁰, sendo especialmente identificado no direito positivo por intermédio das regras a respeito do adimplemento.

As conseqüências desse elemento identificador da relação jurídica obrigacional são inúmeras, destacando-se, dentre elas⁴¹: a) a liberação do devedor é dependente da satisfação do interesse do credor, ainda que a prestação seja realizada por terceiro; b) o não cumprimento da prestação não pode ser imputado ao devedor se sua *causa* for a perda do interesse do credor;

III. A relação jurídica obrigacional como processo

O conjunto de características acima descritos traça caminhos para uma melhor identificação da relação jurídica obrigacional. Tratando-se, todavia, de uma simples conjugação de elementos, pode-se perder de vista o caráter unificador que se possa vislumbrar sobre a matéria.

Este caráter unificador aponta para uma metodologia de compreensão da relação jurídica obrigacional como processo, desenvolvida por Karl Larenz⁴² e refletida no direito brasileiro pelo pensamento do Professor Clóvis do Couto e Silva.

Segundo Clóvis do Couto e Silva: “a obrigação, vista como

³⁹ BIANCA, C. Massimo. **Diritto civile. L'obbligazione**. t.IV. Milano : Giuffrè, 1993, p.42.

⁴⁰ Conforme explica Mario Julio de Almeida Costa: “ (...) a satisfação do interesse do credor, cujo conteúdo exacto varia de caso para caso, constitui o fim e a razão de ser do vínculo obrigacional” (ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. **Direito das obrigações**. 9.ed. Coimbra : Almedina, 2003, p.93).

⁴¹ BIANCA, C. Massimo. **Diritto civile. L'obbligazione**. t.IV. Milano : Giuffrè, 1993, p.42-47.

⁴² LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. t.I Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p.37.

processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor [sendo precisamente a unidade teleológica de adimplemento que determina a obrigação como processo”.⁴³

Trata-se de uma relação complexa que, a despeito de ser caracterizada pelas posições de crédito e débito, pode ser vislumbrada em sua totalidade como um conjunto de acontecimentos perceptíveis no mundo exterior que é polarizado pelo adimplemento.

O caráter dinâmico das relações jurídicas obrigacionais *processualiza* a conduta das partes vinculadas em relação para um fim, para uma diretriz unitária, que é o adimplemento. Ao contrário de outras, as relações jurídico-obrigacionais tendem (são, verdadeiramente, tensionadas) para o adimplemento mediante a satisfação do credor (sem prejuízo de outros deveres laterais que permaneçam para além da relação).

O credor é aquele que “crê” no obrigado. Acredita que o detentor da posição passiva na relação jurídica irá cumprir com a prestação devida. O credor crê que o devedor – que ocupa o polo passivo da relação –, irá cumprir com sua prestação.⁴⁴ Se a atuação dele devedor (espontânea ou forçada), a satisfação do credor é impossível. Daí o traço da cooperação como elemento fundamental para caracterização da relação jurídica obrigacional.

Em uma relação obrigatória simples, podem-se verificar duas partes: o credor e o devedor.

⁴³ COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. São Paulo : Bushatsky, 1976, p.10.

⁴⁴ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. t.I Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p.18.

A idéia de obrigação simples, todavia, torna-se cada vez mais meramente acadêmica e mais inútil para compreensão da disciplina na realidade contemporânea. A maior parte das relações jurídico-obrigacionais são complexas, vez que ambas as partes ocupam, simultaneamente, posições ativas e passivas.⁴⁵

Mais do que uma simples concepção doutrinária, a noção de obrigação como processo apresenta uma metodologia para releitura, estudo e ensino do direito das obrigações. Sob as luzes da noção de *relação jurídica obrigacional como processo* fica difícil continuar a se estudar e ensinar o direito das obrigações por meio de programas que, simplesmente, repetem o sumário do Código Civil. O sumário é estático. As relações são dinâmicas e processualizadas...

Trata-se de um terreno fértil para sustentar uma releitura do direito das obrigações a partir da renovada teoria das cláusulas gerais (v.g., da boa-fé objetiva e da função social do contrato).

Não se pode pensar em uma oxigenação do direito das obrigações (até mesmo por provocação de uma interpretação crítica) se a relação jurídica obrigacional continuar a ser tratada como um binômio de crédito e débito.

IV. Considerações finais

O leitor mais crítico pode estar se perguntando: o texto carece de uma menção sobre as insuficiências da separação entre os planos obrigacional e real; falta no texto a reflexão sobre situações intermediárias, tais como as obrigações *propter rem* e *ob rem*; são

⁴⁵ Nesse sentido, segundo Orlando Gomes “predominam (...) as *relações complexas*, nas quais a mesma parte ocupa, concomitantemente, as posições ativa e passiva, porque lhe tocam direitos e obrigações que, inversamente, correspondem ao outro sujeito” (GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986, p.17).

poucas as menções às novas tendências do direito das obrigações, mormente no que diz respeito às cláusulas gerais.

É hora de um *habeas corpus* preventivo. Não se desconsidera nenhum desses assuntos. Tampouco, todavia, acredita-se que a reflexão sobre os elementos caracterizadores da relação jurídica obrigacional seja impertinente! O leitor deve-se lembrar que no início do ensaio optou-se por uma delimitação dos objetivos deste estudo até mesmo para que seus objetivos fossem alcançados.

Acreditamos que por meio da reflexão crítica sobre os elementos caracterizadores da relação jurídica obrigacional, pode-se superar a velha identificação do fenômeno obrigacional pelo binômio crédito e débito. Neste caminho, alargam-se as fronteiras para compreensão da noção de relação jurídica obrigacional como processo e da nova metodologia de estudo do direito das obrigações que lhe é inerente. E por aí pode-se encontrar combustível para vãos muito mais longos do que aqueles que este ensaio poderia ter.

V. Bibliografia

ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. **Direito das obrigações**. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. São Paulo : Saraiva, 2003.

BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**.t.I. Milano : Giuffrè, 1953.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. 8.ed., Rio de Janeiro: ed. Paulo de Azevedo, 1954.

BIANCA, C. Massimo. **Diritto civile. L'obbligazione**. t.IV. Milano

: Giuffrè, 1993.

BRECCIA, Umberto. **Le obbligazioni**. Milano : Giuffrè, 1991.

COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. São Paulo : Bushatsky, 1976.

GIORGI. **Teoría de las obligaciones en el derecho moderno**. v.I. Trad. Redacción de la Revista General de legislación y jurisprudencia. Madrid : Revista de la Legislación, 1909.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do Código Civil Português**. Coimbra : Almedina, 1992.

JOSSERAND, Louis. **Cours de droit civil positif français**. 12.ed. Paris : Sirey, 1933.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. t.I Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Redes contratuais: sua contextualização entre a empresa e o mercado. **Revista de direito público econômico**, São Paulo, v.7, 2004 (no prelo).

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. v.V. t.I. Rio de Janeiro : Forense, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**.v.I. Rio de Janeiro : Borsoi, 1954.

_____. **Tratado de Direito Privado**.v.XXII. Rio de Janeiro : Borsoi, 1958.

SÈVE, René. L'obligation et la philosophie du droit moderne. In: L'obligation. **Archives de philosophie du droit**. t.44. Paris :

Dalloz, 2000.