

ORLANDO GOMES
CATEDRÁTICO DE DIREITO CIVIL
NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

OBRIGAÇÕES

5.ª edição

FORENSE
Rio de Janeiro
1978

0220

deu-se para a absorção do Direito Comercial pelo Direito Econômico, aceito como um novo ramo da árvore jurídica e expressão das mudanças na vida econômica e da participação do Estado na economia, até como empresário.¹⁴

CAPÍTULO 2

A OBRIGAÇÃO

SUMÁRIO: 7. Conceito. 8. Acepções da palavra obrigação. 9. *Debitum* e *obligatio*. 10. Estrutura da obrigação. 11. Sujeitos. 12. Objeto. 13. Conteúdo. 14. Fato jurídico. 15. Garantia. 16. Distinções. 17. Obrigações reais. 18. A obrigação no Direito moderno.

7. CONCEITO. A obrigação pertence à categoria das relações jurídicas de natureza pessoal.

Na sua definição, tem-se levado em conta, preferentemente, o lado passivo, que se designa pelo termo *obrigação* ou, mais à justa, *divida*. Vista, porém, do lado ativo, chama-se *crédito*. O acento pode recair tanto no *direito* como no *dever*. Em consequência, a parte do Direito Civil que se ocupa dessa relação jurídica, conhecida tradicionalmente como *Direito das Obrigações*, também admite a denominação *Direitos de Crédito*.

Obrigação é um *vinculo jurídico* em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra. É a definição clássica dos romanos, incorporada às Institutas: "*obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvenda rei*." Conquanto mereça, ainda, aplausos dos civilistas, o conceito não é inteiramente satisfatório em razão das interpretações que comporta a expressão "*solvere rem*". Tomada no sentido literal e restrito de pagar uma coisa, não abrange todas as espécies de obrigação; na acepção ampla de prestação, compreende todos os deveres jurídicos.¹ Admite-se, no entanto, que a expressão se refere a todas as prestações patrimoniais.

¹ ALLARA, *Le nozioni fondamentali di Diritto Civile*, vol. 1, pág. 422; PACCHIONI critica a definição porque não diz explicitamente qual é a ver-

¹⁴ CONS. ORLANDO GOMES e ANTUNES VARELA, *Direito Econômico*, FARJAT, *Droit Economique* — LAUBADERE, *Droit Publique Economique*; SANTOS BRIZ, *Derecho Economico y Derecho Civil* — GARIBAYES, *Hacia un nuevo Derecho Mercantil*.

unificadora, sob a influência de TEIXEIRA DE FREITAS. CONS. as monografias de BENEDITO COSTA NETO e PHILOMENO DA COSTA, bem como a notável conferência de PHILADELPHO AZEVEDO, *A unidade do Direito Obrigacional no Anteprojeto de Código de Obrigações*. CONS. JOÃO EUGÊNIO BORGES, *Curso de Direito Comercial Terrestre*, vol. 1, págs. 77 a 115. V., do autor, *Introdução ao Direito Civil*, Forense, Rio, 5.ª edição, pág. 31.

A afirmação de que a obrigação constitui um *vínculo jurídico* não é redundante. Explica-se, para distingui-la de outras relações que não configuram sujeição de direito como, *v. g.*, os deveres puramente morais.²

Elemento decisivo do conceito é a *prestação*. Para constituir uma *relação obrigacional*, uma das *partes* tem de se comprometer a *dar*, *facere* ou *praestare*, como esclareceu o juriconsulto PAURO, isto é, a transferir a propriedade de um bem ou outro direito real, a praticar ou abster-se de qualquer ato ou a entregar alguma coisa sem constituir direito real.³

Necessário, finalmente, que a *prestação* satisfaça ao interesse do titular do direito de crédito, porque o vínculo se estabelece estritamente para esse fim.⁴

Encarada pela face ativa, a *relação obrigacional* apresenta-se como *direito de crédito*, correspondente a uma de suas *partes*, o credor.

A *pretensão* de seu titular, dirigida à outra parte, consiste no poder de exigir a *ação* ou *omissão* prometidas, e tende à satisfação do seu interesse,⁵ extinguindo-se, pois, quando este é atendido de qualquer modo.⁶ O fim do direito de crédito, caracterizado nesse interesse privado do titular, é a nota que permite distingui-lo de certas faculdades, nascidas de outras relações jurídicas de na-

² ENNECCERUS, KRIP e WOLFF, *Trat. de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, I, pág. 5.

³ VAN WETTER, *Les obligations in Droit romain*, t. 1.º, pág. 3. Assim, pelo contrato de compra e venda, o vendedor obriga-se a transferir o domínio da coisa vendida, contraindo, pois, uma obrigação de dar; pelo de empreitada, obriga-se a confeccionar determinada obra; ou, pelo de trabalho, a realizar serviços; pelo de locação, a entregar o bem ao locatário sem lhe transferir a propriedade do mesmo ou constituir direito real.

⁴ ENNECCERUS, KRIP e WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, t. 2.º; *Derecho de Obligaciones*, I, pág. 5.

⁵ ENNECCERUS, KRIP e WOLFF, *ob. cit.*, pág. 5.

⁶ Deste modo, se terceiro pague a dívida, o direito do credor se extingue.

dadeira natureza e o objeto do *vinculum*, se espiritual ou físico. *Dritto Civile Italiano*, 2.ª parte, vol. 1, pág. 4.

tureza *pessoal*, muito semelhantes, mas disciplinadas em outras partes do Direito Civil, notadamente o Direito de Família.⁷

O objeto do *direito de crédito* é a *prestação*, isto é, a *ação* ou *omissão* da parte vinculada, mas, por abreviação, costuma-se dizer que a coisa a ser entregue ou o fato a ser prestado constituem-no. O *conteúdo* compreende o poder de exigir, do credor, e a necessidade jurídica de satisfazer, do devedor.

Positivado que a *relação obrigacional* compreende *dívida* e *crédito*, que mais não são do que aspectos sob que se apresenta, não é correto conceitá-la unilateralmente,⁸ ainda quando se insista em designá-la com o vocábulo *obrigação*, que é o correíquelro. A definição, para ser completa, deve ressaltar as duas faces, ativa e passiva.

Encarada em seu conjunto, a *relação obrigacional* é um vínculo jurídico entre duas partes, em virtude do qual uma delas fica adstrita a satisfazer uma prestação patrimonial de interesse da outra, que pode exigí-la, se não for cumprida espontaneamente, mediante agressão ao patrimônio do devedor.

Nesta definição, o *dever* de *prestar* e o *direito de crédito*, aspectos *passivo* e *ativo* da relação obrigacional ou creditória, estão igualmente contemplados. Conforme as expressões de LARENZ, é a relação jurídica pela qual duas ou mais pessoas se obrigam e adquirem o direito a exigir determinadas prestações.⁹

A superioridade da outra definição é que salienta a *sujeição* do patrimônio do devedor ao poder de ação do credor, seja na sua totalidade, seja em parte, que se tem como indispensável elemento de caracterização das *obrigações perfectas*.

⁷ Seria absurdo chamar de crédito a faculdade de o marido exigir da mulher que o acompanhe na mudança de domicílio. O dever de segui-lo não é obrigação resultante de relação jurídica do tipo obrigacional propriamente dito.

⁸ CONS. ORLANDO GOMES, *Transformações gerais do Direito das Obrigações*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1967, págs. 148 e segs.

⁹ *Derecho de Obligaciones*, t. 1.º, pág. 18.

8. ACEPÇÕES DA PALAVRA OBRIGAÇÃO. No mais amplo sentido, a palavra *obrigação* é sinônimo de *dever*. Até *deveres* não-jurídicos se dizem vulgarmente *obrigações*, mas nem mesmo todos os *deveres* jurídicos podem ser designados por esse nome. Tecnicamente, *obrigação* é espécie do *gênero dever*, reservando-se o termo para designar o dever correlato a um *direito de crédito*.

Quando empregada na acepção puramente técnica, ainda assim se usa em vários significados. Ora designa um dos lados da relação obrigacional, seja o crédito, seja a dívida; ora o fato que lhe dá nascimento, vale dizer, a sua fonte; ora o instrumento de sua prova.¹⁰

Comumente, designa toda a *relação obrigacional*, significando o vínculo entre o *reus aestipulandi* e o *reus promittendi*.

Conquanto a obrigação *stricto sensu* seja disciplinada numa das partes especiais do Direito Civil, isso não significa que se esgota nesse capítulo de tal ramo do Direito. Obrigações estruturam-se no *Direito das Coisas*,¹¹ no *Direito de Família*, e no *Direito das Sucessões*,¹² como no *Direito Comercial*, no *Direito do Trabalho* e no *Direito Público*. Importa assinalar tais projeções, para advertir que se sujeitam, ordinariamente, aos princípios gerais que os Códigos estatuem no livro do *Direito das Obrigações*.

9. "DEBITUM" E "OBLIGATIO". Na moderna dogmática, distinguem-se, no conceito de *obrigação*, os de *debitum* e *obligatio*.¹³ A distinção não é aceita por todos os autores. Alguns consideram-na artificial, esforçando-se por mostrar a identidade substancial dos dois conceitos.¹⁴ Outros inclinam-se para a dissociação, procurando demonstrar sua utilidade.

¹⁰ VAN WETTER, ob. cit., pág. 4; STERN, *Obbligazioni*, in *Nuovo Digesto Italiano*. Do autor: *Transformações gerais do Direito das Obrigações*, página 150.

¹¹ HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil*, vol. III: *Derecho de Obligaciones*, pág. 21. Exemplo: no usufruto.

¹² Exemplo: a obrigação de alimentos e o legado, respectivamente.

¹³ Cons. a respeito do assunto a monografia de F. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en Droit Privé*.

¹⁴ HEDEMANN, ob. cit., pág. 80.

Ao se decompor uma *relação obrigacional*, verifica-se que o direito de crédito tem como fim *imediatamente* uma prestação e *remoto* a sujeição do patrimônio do devedor. Encarada essa dupla finalidade sucessiva pelo lado passivo, pode-se distinguir, correspondentemente, o *dever de prestação*, a ser cumprido espontaneamente, da *sujeição do devedor*, na ordem patrimonial, ao poder coativo do credor. Analisada a obrigação perfeita sob essa dupla perspectiva, descorrem-se os dois elementos que compõem seu conceito. Ao *dever de prestação* corresponde o *debitum*, à *sujeição a obrigação*, isto é, a *responsabilidade*. A esta responsabilidade patrimonial empresta-se grande importância no direito moderno, a ponto de se afirmar que a obrigação é uma relação entre dois patrimônios.¹⁵ Em princípio, há coincidência entre *debitum* e *obligatio*, por evidente que a responsabilidade se manifesta como consequência do débito.¹⁶ Há situações, porém, nas quais a decomposição se impõe para clarificar a exposição dogmática de vários institutos e pontos do Direito das Obrigações.¹⁷ Existem obrigações sem a coexistência dos dois elementos. Há, com efeito, relações jurídicas obrigacionais:

- a — de *debitum* sem *obligatio*;
- b — de *obligatio* sem *debitum* próprio;
- c — de *obligatio* sem *debitum* atual;
- d — de *debitum* sem *obligatio* próprio.

Um só débito pode corresponder a uma pluralidade de responsabilidades e a sujeição do responsável limita-se, em alguns casos, a parte do seu patrimônio.

Há *debitum* sem *obligatio* na *obrigação natural*, pois que o credor não pode exercer seu poder coativo sobre o patrimônio do devedor.

¹⁵ Esclarece GAUDEMER que o caráter de vínculo entre duas pessoas, sem jamais desaparecer, perde, de mais em mais, sua importância e efeitos — ob. cit., pág. 12.

¹⁶ TRABUCCCI, *Istituzioni di Diritto Civile*, pág. 471.

¹⁷ ARRARA, ob. cit., vol. 1.º, pág. 426. A necessidade e utilidade da distinção, no direito moderno, são postas em dúvida por alguns escritores. Vide DUSI, *Istituzioni di Diritto Civile*, vol. 2.º, pág. 4.

Há *obligatio sem debitum* próprio quando uma garantia real, como o penhor ou a hipoteca, é oferecida por terceiro.

Na *fianga*, o fiador é responsável, sem débito atual. A *obligatio* nasce antes do *debitum*.

Na obrigação imperfeita, garantida por terceiro, há *debitum sem obligatio* própria.

Pluralidade de *obligatio* existe para um só débito na garantia dada por terceiros que se responsabilizam *pro rata* pela dívida. Por último, a responsabilidade do devedor pode ser limitada por ele próprio, como se verifica nas sociedades de responsabilidade limitada, ou em decorrência de preceito legal, como na aceitação da herança a benefício de inventário.

Evidencia-se, assim, o interesse de distinguir *debitum de obligatio*, uma vez se admitta serem aspectos do mesmo fenômeno.¹⁸ Aprofundada a análise, verifica-se que a *obligatio* é da essência da relação obrigacional, pois não contém apenas o *dever de prestação*, mas, *sujeição* do patrimônio do devedor, ou de outrem, ao pagamento da dívida. O *direito de crédito* valeria pouco se seu titular não pudesse exercê-lo coagindo o devedor, pela execução de seus bens, a satisfazer a prestação. Sem *obligatio*, a relação obrigacional não se torna perfeita. Necessário, pois, separá-la do *debitum* para definir, com maior precisão, o conteúdo dos direitos de crédito.

10. ESTRUTURA DA OBRIGAÇÃO. Estrutura-se a obrigação pelo vínculo entre dois sujeitos, para que um deles satisfaça, em proveito do outro, certa prestação.

A subordinação do interesse de alguém ao de outrem manifesta-se sob a forma de correspondência a uma *pretensão* determinada. Não se configura um poder imediato sobre a coisa. Só indiretamente afeta ao patrimônio. Exprime, numa palavra, um *ius ad rem*. Caracteriza-se pela vinculação de dois sujeitos determinados ou determináveis, que assumem posições opostas. Um é *sujeito passivo*, o outro *sujeito ativo*. Nas *relações obligationais* de teor mais simples, os dois sujeitos contrapõem-se, figurando cada qual, exclusivamente, numa das posições. Predominam, no

¹⁸ ALVARA. ob. cit., vol. 1.º, pág. 428.

entanto, 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.¹⁹

Os dois sujeitos, o *ativo* e o *passivo*, são, elementos estruturais da *relação obrigacional*. Não é necessário, porém, que um deles esteja determinado no momento em que a relação nasce.

O *sujeito ativo* chama-se *credor*. O *passivo*, *devedor*.

Objeto da relação obrigacional é a *prestação*, isto é, o ato ou omissão do devedor. Não é pacífico, todavia, esse entendimento. Houve quem sustentasse que o *objeto* da obrigação é o próprio *devedor*,²⁰ mas, evidentemente, trata-se de opinião extravagante. Para outros, a obrigação tem como objeto os bens e os direitos reais;²¹ por isso que sua obtenção é o fim visado pelo titular do direito de crédito. Predomina no entanto a opinião de que o objeto dos direitos creditórios é a *prestação*.

Para dissipar dúvidas, deve-se distinguir, na relação, o *objeto imediato* do *mediato*, ou, por outras palavras, o *objeto da obrigação do objeto da prestação*.

Objeto imediato da obrigação é a *prestação*, a atividade do 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.

¹⁹ Assim, na relação obrigacional de venda, o vendedor tem direito a receber o preço e obrigação de entregar a coisa, e, co-respectivamente, o comprador tem direito de exigir que a coisa lhe seja transferida e obrigação de pagar o preço.

²⁰ BRINZ, HARTMANN, OSTI.

²¹ BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, t. II.

Inadmissível, outrossim, a confusão entre *objeto da obrigação* e *conteúdo* da relação obrigacional.²² A *prestação* não é *conteúdo* da relação. Este encerra o poder coativo do credor e o dever de prestar, que é, para o devedor, uma necessidade jurídica.

Os outros elementos estruturais da *relação obrigacional* — *fato e garantia* — não requerem esclarecimentos particulares, bastando os prestados na exposição das generalidades do Direito Civil.²³

II. *Sujeitos*. A relação jurídica obrigacional constitui-se pelo vínculo jurídico entre partes contrapostas.

Tanto podem ser *sujeitos* da obrigação as pessoas naturais como as jurídicas. Exige-se que sejam capazes, como, de regra, para a constituição de toda relação jurídica. Distingue-se, porém, a *capacidade negocial* da *capacidade delitual*, tendo-se em vista que a obrigação tanto pode resultar de um negócio jurídico como de um ato ilícito, sendo imposta, neste caso, pela lei.

Os *sujeitos* da relação obrigacional são ordinariamente *singulares*. De regra, cada *parte* constitui-se de uma só pessoa, mas, se admite a *pluralidade de credores e devedores*. Ou uma só das *partes* se integra de várias pessoas, que ocupam a posição, em comum, de credor ou de devedor²⁴ ou as duas partes são plurais. O número de pessoas ocupantes da mesma posição não influi no de *partes*.

Não é necessário que os *sujeitos* da relação sejam pessoas determinadas. Basta que possam ser determinadas. Por isso, diz-se que devem ser *determináveis*, embora, de ordinário, o vínculo se estruture entre pessoas individualizadas. Admite-se que o sujeito ativo só se determine posteriormente ao nascimento da obrigação. A *indeterminação* há de ser limitada, no sentido de que se faz

necessária qualquer indicação que possibilite averiguar-se quem é credor.²⁵

Aponta-se a substituição dos sujeitos originários da relação como atenuação da regra da *determinação dos sujeitos*. Sempre que tal substituição participa do destino natural dos direitos oriundos da relação, diz-se que há *obrigação ambulatória*. Caso típico é o das obrigações por *título ao portador*.

A substituição verifica-se também no *lado passivo*. Nas obrigações *ob* ou *propter rem*, sem intenção específica, dando-se uma determinação *mediata*.²⁶

Na relação obrigacional intervêm frequentemente, tanto na formação como na extinção, certas pessoas denominadas *auxiliares*. Não têm a condição de *sujeitos*, mas cooperam, ajudando-os.

São cooperadores: a) os *representantes*; b) os *núncios*; c) os *auxiliares executivos*.

Os *representantes* agem em nome e no interesse de qualquer dos sujeitos da relação, emitindo declaração de vontade que a estes vincula. Por seu intermédio, as pessoas absolutamente incapazes contraem obrigações. Quando voluntariamente constituídos para esse fim, chamam-se procuradores. Dos *representantes*, distinguem-se os *núncios* ou *messengeres*. Embora tenham atuação mais limitada, circunscrita à transmissão da vontade do credor ou do devedor, colaboram na prática dos atos que incumbem às *partes* da relação. A rigor, não devem ser incluídos entre os *auxiliares executivos*, que são ajudantes utilizados pelo devedor para o cumprimento de sua obrigação. São auxiliares as pessoas que se encontram num estado de *subordinação jurídica* ou *hierárquica* para com os sujeitos da relação, em virtude, ordinariamente, de um contrato de trabalho. Esse vínculo abre-lhes ampla margem de ação, assegurando-lhes maior liberdade do que os núncios, pois a sua função não se limita à transmissão da vontade. Não se ins-

22 BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, t. II, pá-gina 10.

23 *Introdução ao Direito Civil*, do autor, 5.ª edição, Forense, 1977.

24 HEDERMANN, *ob. cit.*, pág. 39.

25 HEDERMANN, *ob. cit.*, pág. 41. Entre os sinais indicativos apontam-se a exibição do título e a realização das condições da prestação correspondente.

26 ТРАВУСКИ, *ob. cit.*, pág. 488.

rem, entretanto, na relação, como ocorre com os representantes, permanecendo no vínculo somente o devedor.²⁷

A colaboração também pode ser dada ao *credor*, como no exemplo da pessoa a quem o devedor entrega mercadorias, sem que, para recebê-las, tenha poderes de representação.

12. OBJETO. Enquanto os direitos reais têm como objeto uma coisa, os direitos obrigacionais visam à prática de determinada ação ou omissão do sujeito passivo.

A ação, ou a omissão, do devedor chama-se *prestação*, que é, com efeito, o *objeto da obrigação*.²⁸

Nem toda ação juridicamente devida constitui *prestação* no restrito sentido do termo. Importa que a obrigação, da qual seja objeto, tenha caráter patrimonial. A *patrimonialidade* da *prestação* foi motivo de controvérsia, enquanto não se distinguiu o *interesse* do credor em ser satisfeito e seu *objeto*. A confusão ensejava dúvida a respeito da necessidade de ter a obrigação valor econômico. Com fundamento nas fontes romanas, sustentava-se que a economicidade era requisito essencial da obrigação; "*ea enim in obligatione consistere, quae pecunia cui praestazione possunt*".

IHERING insurgiu-se contra essa interpretação, defendendo a tese de que todo interesse merecedor de proteção seja, ou não, suscetível de avaliação pecuniária, pode consubstanciar uma *prestação*. Interesses morais justificam a constituição de vínculo obrigacional tanto quanto interesses econômicos. Nada que contestar. No entanto, o problema da *patrimonialidade* da *prestação* não encontrara solução completa, uma vez que a tese dispensava o requisito da economicidade no *interesse* do credor, mas não decidia se a *prestação* pode ter conteúdo que não seja *econômico*. Necessário era, como se reconheceu, distinguir duas características essenciais: a *patrimonialidade* e a *da correspondência a um interesse*, também moral, do credor.²⁹ O interesse não precisa ser econômico,

mas o *objeto* da prestação há de ter conteúdo patrimonial. Na sua contextura, pois, a *prestação* precisa ser patrimonial, embora possa corresponder a interesse extrapatrimonial. A patrimonialidade da prestação, objetivamente considerada, é imprescindível à sua caracterização, pois, do contrário, e segundo ponderação de CORAGROSSO, não seria possível atuar a *coação jurídica*, predisposta na lei, para o caso de inadimplemento.

Na definição do objeto da obrigação é necessário, em suma, ressaltar que deve ser suscetível de avaliação econômica, e corresponder a um interesse do credor, que, todavia, pode não ser patrimonial.

Não é pacífica, por outro lado, a determinação do *objeto imediato* do direito do credor. Cabe-lhe, sem nenhuma dúvida, exigir a *prestação* a que se obrigou o devedor, mas é controvertido se a ação deve consistir apenas numa atividade ou, ainda, no seu resultado. O direito do credor não pode ter conteúdo diverso da obrigação do devedor, mas, em verdade, enquanto o comportamento deste se há de manifestar por uma ação ou omissão, a pretensão do credor dirige-se ao resultado dessa atividade ou inação, que é, precisamente, o que lhe interessa. Para compreender a discrepância, impõe-se a distinção entre as *obrigações de meios* e as *obrigações de resultado*.³⁰ Corroboram as primeiras a uma atividade concreta do devedor, por meio da qual faz o possível para cumpri-las. Nas outras, o cumprimento só se verifica quando o resultado é atingido.³¹

O comportamento do devedor resume-se a *dar*, *fazer* ou *não-fazer* alguma coisa.

13. CONTEÚDO. O conteúdo da obrigação define-se pela relação *crédito-débito*. É o poder do credor de exigir a prestação e a necessidade jurídica do devedor de cumpri-la.

³⁰ FROSSARD — *La distinction des obligations de moyens et de obligations de resultat*.

³¹ ТРАВУСКИ exemplifica com a obrigação de fazer contraída por um médico, que será de resultado se foi acordado o pagamento no caso de cura, e de meios, se empregou a diligência do bom pai de família no tratamento, sendo a cura irrelevante, ob. cit., pág. 473.

²⁷ HERDMANN, ob. cit., pág. 42.

²⁸ ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, Forense, Rio, 1977, pág. 71.

²⁹ COLAROSSO, *Il libro delle obbligazioni: Commento al Nuovo Codice Civile Italiano*, pág. 12.

A obrigação é vínculo de natureza pessoal. Seu adimplemento depende de uma ação do devedor, seja para dar alguma coisa, seja para prestar um serviço. Importa restrição à liberdade individual, por evidente a *sujeição* do devedor ao credor, mas o *poder do credor* não se exerce sobre toda a pessoa do devedor, senão, tão-somente, como adverte SAVATY, sobre atos isolados seus, que devem ser concebidos como subtraídos à sua liberdade e submetidos à vontade do credor.³² Trata-se de *sujeição específica*, necessária a que outro sujeito possa contar com a realização do ato pessoal, ou seu equivalente em dinheiro. O *poder* do credor deveria estender-se logicamente até ao sacrifício da *liberdade natural* do devedor, para consentir que chegue a esse extremo. Quando o devedor não cumpre a obrigação, sua *responsabilidade pessoal* converte-se em *responsabilidade patrimonial*, resguardando-se, por esse processo, sua liberdade individual. No *patrimônio* do devedor tem o credor a garantia do seu direito. Executando-o, por meio próprio, obterá a prestação devida ou o seu equivalente em dinheiro.³³

O direito do credor de reclamar o cumprimento da prestação configura-se, como *pretensão* que é, na expressão de VON THUN, como a medida do crédito. Adverte esse escritor que, embora sejam confundidos teórica e praticamente os conceitos de *crédito* e *pretensão*, uma análise precisa da obrigação revela que são distintos.³⁴ O *crédito* existe tão logo contrada a obrigação, enquanto a *pretensão* nasce no momento em que a prestação se torna exigível, isto é, quando a dívida está vencida.³⁵ Dirige-se contra a pessoa do devedor, mas a ação executória, a que corresponda, visa a seu patrimônio.

O *direito de crédito* compreende, além da *pretensão*, outras faculdades, que se configuram como *direitos potestativos, facultades legais* e *exceções*. Juntamente com essas faculdades os direitos

³² *Le droit des obligations*, pág. 6.

³³ DUSI, *Istituzioni di Diritto Civile*, vol. 2, pág. 4; VON THUN, *Tratado de las obligaciones*, vol. 1, pág. 10.

³⁴ VON THUN, *Tratado de las Obligaciones*, vol. 1, pág. 8.

³⁵ VON THUN, ob. cit., pág. 8.

creditórios estão equipados com certos *direitos auxiliares* ou direitos necessários³⁶ que, embora tenham existência própria, se acham ligados ao *crédito* para servir a seus fins. Alguns são, realmente, *accessórios*, como os destinados a garantir a dívida; outros, simples prolongamentos do próprio crédito, como o de exigir juros mortuórios.³⁷

Para o *devedor*, o conteúdo da *obrigação* esgota-se no *dever* de prestar, que assegura, empenhando a palavra e o *patrimônio*, eis que todos os seus bens respondem pela dívida.

Conquanto a *relação obrigacional* vise à satisfação do interesse do credor, sua *extinção* não implica necessariamente a do *crédito*. Um crédito pode sobreviver à obrigação, entendida esta no sentido de vínculo jurídico entre dois sujeitos. Assim, apesar de extinto um contrato de trabalho, subsiste o crédito de salário não pago durante sua vigência.³⁸

O *conteúdo* da obrigação deve ser determinado para que o devedor conheça a *extensão* do direito de crédito, pois, do contrário, ficaria à mercê do credor.

Posto não se confunda com o *objeto da obrigação*, a necessidade jurídica do devedor de satisfazer a prestação submetete-se, sem dúvida, à influência das modificações que ela sofre no curso da relação obrigacional, especialmente as alterações quantitativas. Demais, o objeto da prestação pode ser destruído sem culpa do devedor, que assim se libera da obrigação, e poderá obter uma vantagem. É o que se verifica, por exemplo, se a coisa estava segura. Se ao devedor se atribuisse o direito de não a restituir, por ter desaparecido sem sua culpa, mas, do mesmo passo, lhe fosse dado reter a indenização, estaria tirando injustificável proveito. Por isso, aplica-se o princípio: *ejus est commodum cuius est periculum*, isto é, o proveito deve pertencer a quem suporta o prejuízo. Configura-se, na hipótese, o *comodo de representação*.

³⁶ VON THUN, ob. cit., pág. 13.

³⁷ VON THUN, ob. cit., pág. 12.

³⁸ VON THUN, ob. cit., pág. 4.

Quanto aos *acréscimos*, variam as soluções conforme a *qualidade da prestação*. Nas *obrigações de dar coisa certa*, prevalece a regra de que as vantagens acrescidas pertencem ao *credor*. Nas *obrigações genéricas* não há possibilidade de aplicação desse princípio. Nas *obrigações de fazer*, o devedor não pode escusar-se de praticar o ato ou prestar o serviço sob a alegação de que lhe é mais vantajoso indenizar o credor, mas não pode ser compelido a cumpri-la especificamente se a sua liberdade é ameaçada.

Nas relações obrigacionais complexas, o devedor contrai, ao lado da obrigação típica, obrigações secundárias que consistem na observância de certa conduta.

14. **FATO JURÍDICO.** Toda relação jurídica tem como pressuposto um *fato* qualificado pela lei como hábil à produção de efeitos. Entre os homens, travam-se relações sociais, diretas ou indiretas, que se compõem de um fato e um vínculo. Se esse vínculo social se converte em *vínculo jurídico*, por ter sido atribuída força jurídica ao *fato* que lhe deu origem, a relação adquire qualidade jurídica, e, assim, qualificada pelo Direito, por ele é disciplinada. Constituem-se, pois, as relações jurídicas quando ocorrem os atos previstos no ordenamento jurídico para a sua formação.

O pressuposto da *relação obrigacional* é um *fato* que se distingue por suscitar o contato direto e imediato entre duas pessoas, as quais se convertem em sujeitos de direito.

Fato do comércio jurídico, isto é, idôneo a criar, modificar ou extinguir direitos subjetivos, pouco importando que seja *natural* ou *humano*.³⁹

No comércio jurídico, os principais fatos constitutivos das obrigações consistem no intercâmbio de bens, na dação de coisas ou na prestação de serviços.⁴⁰ É, principalmente, sob a forma de *negócios jurídicos* que tais fatos entram no campo do Direito.

Na formação das relações obrigacionais, os negócios jurídicos mais freqüentes e fecundos são os *contratos*.

³⁹ PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, pág. 51.

⁴⁰ LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, t. 1.º, pág. 14.

Ao lado desses fatos, alinham-se os que causam *dano*, entendida a palavra no seu mais amplo sentido.⁴¹ Quem o provoca fica obrigado, por determinação legal, a indenizar o prejudicado, em alguns casos por ser culpado, em outros, por ter criado o risco. Embora sejam diversos, esses fatos assimilam-se pela identidade dos efeitos jurídicos, da qual deriva a unidade do direito das obrigações. (LARENZ.)

A obrigação terá ainda como causa geradora para alguns um *fato de produção jurídica*, isto é, uma *norma*, mas, verdadeiramente, há sempre um *fato* como elemento catalisador.

Em suma, a conversão do fato material em *fato jurídico* o integra na relação obrigacional como um de seus elementos estruturais.

O fato jurídico é a fonte da obrigação.

15. **GARANTIA.** A relação obrigacional realiza-se normalmente com a produção dos efeitos próprios, em consequência do cumprimento voluntário do dever de prestar que gera. Mas o direito de crédito pode não encontrar satisfação na conduta do devedor. Se não a obtém, a ordem jurídica confere ao credor o direito de acionar o devedor, para obter, coativamente, a realização do crédito.

Esse direito integra a relação obrigacional, embora seu exercício seja eventual. Está implícito em toda obrigação. A singularidade que apresenta nas relações patrimoniais de natureza pessoal consiste em que há de ser exercido, de modo imediato, contra a pessoa de quem diretamente depende a satisfação do titular e do direito de crédito.⁴² Pela *ação judicial* própria, o credor exige o cumprimento da obrigação, investindo contra o patrimônio do devedor.

Exorbita do Direito Civil o estudo da *relação jurídica processual*, mas certos aspectos da *proteção jurídica* dos interesses do

⁴¹ LARENZ, ob. cit., pág. 15.

⁴² ESTINOLA, Ed. *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, vol. 2.º, t. 1.º, pág. 94.

credor manifestam-se na órbita do Direito Civil, pelo que serão fiados adiante.⁴³ A execução coativa é um direito processual correpondente ao poder substantivo do credor, que integra relação obrigatoria.

16. **DISTINÇÕES.** Da obrigação propriamente dita devem distinguir-se os *deveres* que, embora tenham o mesmo perfil, caracterizam-se pela *extrapatrimonialidade* da prestação. Resultam de vínculos familiares. Conquanto sejam *jurídicos*, não se confundem com as *obrigações*, de conteúdo patrimonial. São disciplinados por normas inaplicáveis a estas. Para evitar confusão, deve-se reservar o vocábulo *obrigação* para significar o dever de prestação correpondente a um direito de crédito.

Convém insistir na distinção entre *obrigação* e *ônus jurídico*. Não devem ser confundidos porque a obrigação consiste na impositão do sacrifício de um interesse próprio em proveito de um interesse alheio, enquanto, no ônus, o sacrifício do interesse próprio é imposto em relação a outro interesse próprio.⁴⁴

17. **OBRIGAÇÕES REAIS.** Há obrigações que nascem de um *direito real* do devedor sobre determinada coisa, a que aderem, acompanhando-o em suas mutações subjetivas. São denominadas *obrigações "in rem"*, "ob", ou "*propter rem*", em terminologia mais precisa, mas, também conhecidas como *obrigações reais* ou *mistas*. Caracterizam-se pela *origem* e *transmissibilidade automática*.

Consideradas em sua origem, verifica-se que provêm da existência de um direito real, impondo-se a seu titular. Esse cordão umbilical jamais se rompe. Se o direito de que se origina é transmiúdo, a obrigação o segue, seja qual for o título translativo.

A transmissão ocorre automaticamente, isto é, sem necessidade a intenção específica do transmitente.

Por sua vez, o adquirente do direito real não pode recusar-se a assumi-la.

⁴³ V. cap. 23.º

⁴⁴ TRABUCCHI, ob. cit., pág. 44. MANUEL ANDRADE, *Tercio Geral das Obrigações*, pág. 2.

Conquanto não se enquadrem na categoria das *obrigações ambulatorias*, que constituem a mais frísante exceção ao princípio da *determinação dos sujeitos* da relação obrigatoria, as *obrigações reais* distinguem-se, sob esse aspecto, pelo fato de admitirem, por sua própria natureza, a substituição do sujeito passivo, que, assim, se determina imediatamente. Para caracterizar incisivamente tais obrigações na sua vinculação ao bem, pode-se dizer, com as devidas reservas, que têm *seqüela*.

Algumas obrigações reais admitem o abandono liberatório, pela qual o devedor se exonera do seu cumprimento se prefere abandonar a coisa.

Entre as obrigações *in rem* devem incluir-se prestações conhecidas como *ônus reais*, como, por exemplo, o *foro* que incumbe ao enfiteuta pagar. Tem natureza obrigatoria, pois somente seu pressuposto é *real*.⁴⁵ Estas e outras obrigações reais traduzem-se num vínculo pessoal do devedor, oriundo, embora, da sua condição de titular do direito real a que aderem. Tal é o caso das rendas constituídas sobre imóveis, qualificadas entre nós todavia, como direito real.

Não obstante, a sua natureza é controversa.⁴⁶ A tese da *personalidade* sobre contestação por parte dos que, como GIERKE, atribuem maior importância ao aspecto real da relação. Objeta-se-lhes, porém, que, consistindo a prestação num *facere*, não se quadra à natureza do direito real. Hesitantes ante as duas soluções, defendem outros a opinião de que constituem *figuras mistas*, situadas numa zona intermediária, que teria como fronteiras opostas os direitos reais e os direitos pessoais.⁴⁷

⁴⁵ BARBERA, ob. cit., pág. 3. Tal opinião é controversa. TRABUCCHI esclarece que, nas obrigações reais, o devedor responde apenas pelas prestações ocorrentes após o início de sua relação com a coisa, enquanto nos ônus reais é responsável pelas anteriores. Ademais, os ônus têm sempre como conteúdo uma prestação positiva, enquanto as obrigações *propter rem* podem consistir em não-fazer, ob. cit., pág. 488. Os ônus reais distinguem-se das obrigações *ob* ou *propter rem* porque neles o titular de direito está vinculado a obrigações constituídas antes de sua aquisição.

⁴⁶ Vide *Direitos Reais*, n.º 7, do autor.

⁴⁷ *Direitos Reais*, do autor, loc. cit.

A despeito de ser predominante no direito positivo brasileiro a tese da realidade das obrigações *propter rem*,⁴⁸ é irrecusável que, em substância, constituem vínculo jurídico pelo qual uma pessoa, embora substituível, fica adstrita a satisfazer uma prestação no interesse de outra. Não consistem em fazer de algo uma coisa nossa, mas em *alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel prestandum*, no conceito clássico do juriconsulto PAULO. Mas, tal como os *direitos reais*, as obrigações *in rem*, ob ou *propter rem* obedecem ao princípio do *numerus clausus*, não se conhecendo outros tipos além dos configurados na lei, pois que não podem ser constituídos livremente pelas partes.⁴⁹

Qualificados de acordo com a teoria da *realidade*, seriam tutelados por meio de *ações reais*. A tendência é, no entanto, para admitir que o credor tem *ação pessoal*, "*in rem scriptae*", contra o devedor.

Das obrigações reais distinguem-se as obrigações com eficácia real, nestas são oponíveis a terceiros o direito correlato, se houver anotação preventiva no registro imobiliário, como nos casos de locação e compromisso de venda.

18. A OBRIGAÇÃO NO DIREITO MODERNO. No direito romano, a *obrigação* era vínculo estritamente pessoal. Não se permitia a transferência a terceiro do crédito ou da dívida. No direito moderno, perde esse cunho de pessoalidade, passando a constituir muito mais uma relação entre patrimônios do que entre pessoas determinadas, no sentido de que o crédito e a dívida são francamente transmissíveis. A *obrigação* passou a ser um *valor*, impessoalizando-se de tal modo que se chega a afirmar serem o *credor* e o *devedor* simples representantes jurídicos de seus bens. Podem ser substituídos sem que o crédito ou a dívida se extingam, facilitando-se a sua circulação.

⁴⁸ Cód. Civil, arts. 569, 588, § 1.º, 624, 701, 749 a 754.

⁴⁹ Exemplos de obrigações reais no direito pátrio: a do condômino de contribuir para as despesas de conservação da coisa; as do proprietário de apartamento num edifício sujeito à lei que regula a propriedade horizontal, as rendas constituídas sobre imóveis, a obrigação do proprietário confinante de concorrer para as despesas de construção do muro divisorio.

A transmissibilidade ativa e passiva da *obrigação* não significa, porém que o moderno Direito das Obrigações é constituído sobre considerações puramente econômicas, sem intervenção de fatores psicológicos e morais.⁵⁰

O conceito de obrigação tem dividido os civilistas. Duas correntes principais enfrentam-se, a dos personalistas e a dos patrimonialistas. A teoria mais representativa da primeira deve-se a SAVIGNY, que concebeu a obrigação como um poder real do credor sobre o ato que deve ser praticado pelo devedor. Tudo se passaria como se fora um proprietário a exercer seu direito sobre esse ato. Objetam seus opositores que esse ato — a prestação do devedor — é um comportamento inseparável da sua pessoa, inconvertível em coisa para se tornar objeto de domínio. Os patrimonialistas, por sua vez, sustentam, na posição mais radical, que a obrigação é uma relação entre dois patrimônios, esquecidos, como advertiu PLANIOL, de que uma relação pessoal pressupõe necessariamente dois sujeitos. Patrimônio é coisa e entre coisas não se forma uma relação jurídica.

A fragilidade dessas construções reconduz a doutrina moderna ao conceito clássico de obrigação como *vínculo pessoal*, que tem como objeto uma ação, ou omissão, do devedor, não o desacreditando o fenômeno de sua *despersonalização*, por serem indispensáveis os sujeitos, originários ou não.⁵¹

Releva notar, por fim, que a função de cada obrigação, sendo satisfazer o interesse do credor, não se integra, no entanto, na estrutura da relação obrigacional, embora influa no *regime* a que está subordinada, especialmente em relação a sua *causa*. Tanto assim que, se o interesse do credor deixar de existir, a obrigação extingue-se, evidente sendo que não se trata de interesse subjetivo.⁵²

⁵⁰ GAUDENNET, *Théorie générale des obligations*, pág. 13.

⁵¹ A respeito das doutrinas sobre o conceito de obrigação, encontram-se bons ressumos em MANUEL ANDRADE, *Teoria geral das Obrigações*, págs. 33 a 47; ANTUNES VARELA, *As obrigações em geral*, págs. 93 a 118; e OROSIMBO NONATO, *Curso de obrigações*, vol. 1, págs. 62 a 76.

⁵² ANTUNES VARELA, *Direito das obrigações*, pág. 112.