

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA
Professor Emérito na Universidade Federal do Rio de Janeiro
e na Universidade Federal de Minas Gerais

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL

Volume II

TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES

24ª edição

De acordo com o Código Civil de 2002

Revista e atualizada por:
Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Giovanini f^o Advogados



Rio de Janeiro

126. CONCEITO DE OBRIGAÇÃO

Se bem que numerosíssimas as definições de obrigação, a bem dizer cada escritor apresentando a sua, não é difícil formular-lhe o conceito.

O ordenamento social é referto de deveres: do cidadão para com a sua Pátria, na órbita política; do indivíduo para com o grupo, na ordem social; de um para com os outros, dentro do organismo familiar; de uma pessoa para com outra pessoa, na vida civil. Não importa onde esteja, o homem acha-se rodeado de experiências, das quais lhe resultam situações que traduzem imposições, deveres ou obrigações. Algumas não chegam mesmo a penetrar os limites do jurídico, permanecendo, como deveres morais, espirituais ou de cortesia; outras adentram na órbita do direito e assumem ora o sentido positivo de compromisso de natureza patrimonial, ora negativa de respeito aos bens jurídicos alheios, atinentes a sua integridade física, moral ou econômica. Falando de tais deveres, não destoariamos da boa linguagem por apelidá-los de obrigações.¹ Mas não é nesta acepção que aqui pretendemos fixar um conceito. A palavra *obrigação* tem para nós, agora, um sentido técnico e restrito, que se cultiva desde as origens da especialização jurídica, guardado nos tratados e conservado nas legislações. Não alude o Código a deveres outros, ainda que juridicamente exigíveis. Tem em vista uma ocupação própria e específica, devendo o hermeneuta reportar-se, mais do que em outros setores, ao Direito Romano. Quando, pois, cogitamos de definir aqui obrigação, é este o propósito que nos anima. E ao desenvolvermos a sua dogmática não nos podemos esquecer daquela observação de Saleilles, a propósito desta parte do *projeto* de Código Civil alemão, e que sempre calha bem em qualquer obra sobre o assunto: de todo o Direito Civil são as obrigações que maior cunho guardam de elaboração científica, e maior expressão ideal da lógica jurídica apresentam no direito moderno, prestando maior fidelidade ao Direito romano, pois foi o direito obrigacional, em decorrência de seu caráter especulativo, a obra-prima da legislação romana.²

O recurso à etimologia é bom subsídio: *obrigação*, do latim *ob + ligatio*, contém uma ideia de vinculação, de liame³ de cerceamento da liberdade

1 Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, II, § 125.

2 Saleilles, *Obligations*, n^{os} 1 e 2.

3 Giorgi, *Obbligazioni*, I, n^o 19.

de ação, em benefício de pessoa determinada ou determinável. Sem cogitar, por enquanto, de sua fonte ou de sua *causa genitrix*, tradicionalmente vislumbramos na obrigação uma norma de submissão, que tanto pode ser autodeterminada, quando é o próprio agente que escolhe dada conduta, como pode provir de uma heterodeterminação, quando o agente a sofre em consequência ou como efeito de uma norma que a dita. Num ou noutro caso, uma pessoa denominada *sujeito passivo* ou *devedor* está adstrita a uma prestação positiva ou negativa em favor de outra pessoa que se diz *sujeito ativo* ou *credor*, a qual adquire a faculdade de exigir o seu cumprimento.

A noção fundamental de obrigação aí reside, mais ou menos a mesma nos diversos sistemas jurídicos, e em variadas épocas. É certo que fatores diferentes têm atuado na sua etiologia, sem contudo alterar-lhe a essência. Se focalizarmos o excessivo rigor individualista do Direito romano, o notório pendor espiritualista medieval, ou a influência socialista marcante do direito moderno, e analisarmos, às respectivas luzes, a estruturação dogmática da obrigação, não encontramos diversidade essencial. Podem variar os efeitos ou a intensidade do vínculo, a sua pessoalidade ou a sua projeção econômica. Mas as características fundamentais não passaram por metamorfose radical. É por isso que Carvalho de Mendonça, civilista, prelecionou que a definição romana, suficientemente modificada, contém o conceito moderno do instituto,⁴ e aqui e alhures os especialistas sempre assinalam na sua conceituação hodierna a predominância da noção dada pelo codificador do século VI, que sua na verdade não era, porém, resultado de compilação fragmentária.⁵

É certo que alguns se insurgem contra o *laço* ou o *vínculo*, ali referido, preferindo substituir-lhe “relação ou situação jurídica”.⁶ Inevitável retorno faz, entretanto, sentir na obrigação a ideia de vinculação, acentuada nas *Institutas*: “*Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur, alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitalis iura*”,⁷ que seria na nossa língua: *obrigação* é o vínculo jurídico ao qual nos submetemos coercitivamente, sujeitando-nos a uma prestação, segundo o direito de nossa cidade. Ponha-se de lado a última cláusula (*secundum nostrae civitatis*

4 M. I. Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Prática das Obrigações*, I, nº 4, pág. 76.

5 Mazeaud et Mazeaud, *Leçons*, II, pág. 1; Giorgi, *Obbligazioni*, I, pág. 14; Planiol, Ripert et Boulanger, II, nº 2; Barassi, *Obbligazioni*, I, nº 4.

6 Demogue, *Obligations*, I, nº 7; Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, V, nº 48.

7 *Institutas*, Livro III, tít. 14.

iura), que guarda um total ressaibo quiritário, e a redação justinianeia revive na atualidade. Perfeita na verdade não é, como se tem acentuado, pois que nela predomina o lado passivo, além de não oferecer uma diferença nítida da obrigação em sentido técnico de qualquer outro dever juridicamente exigível.⁸ Podada, porém, a definição das demasias peculiares àquele sistema,⁹ a ideia contida na definição justinianeia não pode receber a repulsa do jurista de hoje. A predominância do *vinculum juris* é inevitável. Cremos mesmo que as tentativas de substituí-lo pela ideia de *relação* não passam de anfibologia, já que na própria *relação obrigacional* ele revive. Por mais que o civilista pretenda evitá-lo, jamais logrará afastar a insinuação de que em toda obrigação há um liame, um laço entre os sujeitos,¹⁰ vínculo que o Prof. Serpa Lopes assinala não ser de subordinação, porém de coordenação, porque respeita a essência da liberdade humana,¹¹ e que no entanto sempre encadeia as partes em função do *solutio* que se espera. Despreocupado de dar uma definição, o jurisconsulto Paulo cuidou antes de salientar a sua ausência e assim se exprimiu: “*Obligationum substantia non neo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum*”:¹² consiste a substância da obrigação não em sujeitar a própria pessoa do devedor ou fazê-lo servo do credor; mas em constrangê-lo a uma prestação abrangente de um dar ou de um fazer.

Na contemporaneidade, contudo, é fundamental observar que parte da doutrina tem focado a obrigação sob um viés dinâmico (e não estático), representativa de uma relação jurídica obrigacional composta por um conjunto de direitos, faculdades, poderes, ônus e deveres das partes.¹³

Há, assim, a consideração da obrigação como um processo em que o credor também tem dever de cooperar para fins do adimplemento baseado no princípio da boa-fé objetiva, sem que por óbvio não seja obrigado ao cumprimento da prestação principal.¹⁴

8 Clóvis Beviláqua, Comentário ao art. 863 do Código Civil de 1916; Washington de Barros Monteiro, *Curso*, vol. IV, pág. 9; Mazeaud et Mazeaud, ob. cit., nº 4.

9 Orosimbo Nonato, *Curso de Obrigações*, I, nº 3.

10 Mazeaud et Mazeaud, ob. cit., nº 9.

11 Serpa Lopes, *Curso*, pág. 6.

12 *Digesto*, Livro 44, tit. 7, fr. 3.

13 Antunes Varela, *Obrigações*, pág. 64.

14 Clóvis Couto e Silva. *A obrigação como processo*, pág. 120.

Regressando ao direito de nosso tempo, e examinando as definições que fizeram carreira, nelas vemos com efeito vibrar a constância de certas tônicas, aliás não dissonantes dos conceitos clássicos.

Savigny, por exemplo, minucioso e frio, ensina: “A obrigação consiste na dominação sobre uma pessoa estranha, não sobre toda a pessoa (pois que isto importaria em absorção da personalidade), mas sobre atos isolados, que seriam considerados como restrição à sua personalidade, ou sujeição à nossa vontade.”¹⁵

Mais sucinto é Vittorio Polacco, quando diz da obrigação: “Relação jurídica patrimonial em virtude da qual o devedor é vinculado a uma prestação de índole positiva ou negativa para com o credor.”¹⁶

Mais analítico é Giorgi: “Um vínculo jurídico entre duas ou mais pessoas determinadas, em virtude do qual uma ou mais delas (devedor ou devedores) são sujeitas à outra ou às outras (credor ou credores) a fazer ou não fazer qualquer coisa.”¹⁷

Muito extenso, Clóvis Beviláqua define: “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.”¹⁸

Deste, aproximado é o Prof. Washington de Barros Monteiro: “Obrigação é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor, e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio.”¹⁹

Já o nosso Coelho da Rocha definia-a como “o vínculo jurídico pelo qual alguém está adstrito a dar, fazer ou não fazer alguma coisa”,²⁰ que Lacerda de Almeida observa ser quase *ipsis litteris* a definição das Institutas.²¹

Mais longe leváramos a pesquisa, e sempre, em termos analíticos ou sintéticos, a *obligationum substantia* de Paulo estará presente no conceito de hoje; a definição justinianeia revive na palavra do jurista do século

15 Savigny, *Le Obligazioni*, § 2º, pág. 8.

16 Polacco, *Obbligazioni*, nº 4.

17 Giorgi, loc. cit.

18 Clóvis Beviláqua, *Obrigações*, § 1º.

19 Washington de Barros Monteiro, *Curso*, IV, pág. 12.

20 Coelho da Rocha, *Direito Civil*, § 112.

21 Lacerda de Almeida, *Obrigações*, pág. 3.

XXI, ainda quando se afasta da fórmula ou da linguagem do codificador do século VI.

Também nós, procurando um meio sucinto, definimo-la, sem pretensão de originalidade, sem talvez elegância do estilo e sem ficarmos a cavaleiro das críticas: *obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável*. E, diante da visão contemporânea, tal vínculo deve se basear na obediência aos valores e princípios constitucionais, inclusive a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social. Assinalamos, ainda, a indispensabilidade de configurar a obrigação cada vez mais como uma relação de cooperação, não podendo, atualmente, o Direito das Obrigações ser considerado o estatuto do credor, e sim informado pelos valores e princípios constitucionais.²² Trata-se de adotar a perspectiva dinâmica e funcional das obrigações.

A nossa definição não repete, é óbvio, a noção justinianeia, nem podia fazê-lo, pois que atende às emendas sugeridas pelos doutos. Nela, contudo, salienta-se o clássico *iuris vinculum*, de que não pode fugir nenhum escritor que disserta das obrigações, ainda quando se encaminha para a relação de direito. Nela estão os seus elementos subjetivos, o credor e o devedor, o sujeito ativo e o sujeito passivo, a pessoa que pode exigir e a que deve cumprir a prestação. Nela está caracterizado o requisito objetivo, a prestação, que a nosso ver há de ser dotada de patrimonialidade. E nela ainda é de vislumbrar-se a dualidade de aspectos, o débito e a responsabilidade, que na concepção moderna lhe são peculiares. Todos estes requisitos, que lhe são elementares, hão de receber o devido exame no n° 128, *infra*.

127. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA OBRIGAÇÃO

Como bem ressalta Pietro Perlingieri, numa visão contemporânea da relação obrigacional, há uma diversificação dos interesses que decorrem dela, inclusive de índole não patrimonial, o que exige a reconstrução da noção de obrigação, doravante orientada pelos valores e princípios constitucionais, exemplificando com a necessidade de individuação e concretização das cláusulas gerais da boa-fé objetiva, de lealdade, de diligência,

22 Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, págs. 211/212.

129. OBRIGAÇÃO CIVIL E OBRIGAÇÃO NATURAL

Procedemos à análise da obrigação (nº 128, *supra*), nos seus três elementos – sujeito, objeto e vínculo jurídico. Normalmente, estão todos presentes. E a obrigação, assim integrada de seus fatores fundamentais, classifica-se de *civil*: um sujeito ativo, credor, e um sujeito passivo, devedor; objeto, a prestação; e estabelecendo o liame entre os sujeitos, ao mesmo tempo que contém o tegumento de garantia, o vínculo jurídico, que faculta ao *reus credendi* mobilizar o aparelho do Estado, para perseguir a prestação, com projeção no patrimônio de *reus debendi*.

Os juristas de todos os tempos têm sido atenazados pela indagação: *quid iuris* se faltar este poder de garantia? Que acontecerá se houver duplo sujeito, se houver objeto, mas faltar a responsabilidade do devedor?

Para responder à questão, foi engendrada uma categoria especial de obrigação, que tradicionalmente se denomina *obrigação natural* (*obligatio naturalis*), e mais modernamente na técnica dos escritores alemães *obrigação imperfeita*, e foi construída a sua teoria. A imaginação romana criou uma dogmática que pôde penetrar o direito moderno sem perder as suas linhas estruturais, embora restrita na sua extensão, e no número das hipóteses que abrange.

A obrigação sem garantia, ou a obrigação sem sanção, sem ação para se fazer exigível, existe. E existe no campo do direito. Na vida em sociedade, o indivíduo está vinculado por obrigações perfeitas, por cujo cumprimento responde com seus bens, e são as obrigações civis. A todo momento as assume, por ato voluntário, ou a elas se vê jungido por imposição legal. Acha-se, igualmente, determinado por numerosos deveres, que não chegam a tomar corpo de obrigações juridicamente consideráveis, desde as que consistem em mera modelação de conduta, até as que se infiltram no seu patrimônio, embora desacompanhadas de um teor de exigibilidade, como se dá com aqueles deveres que a solidariedade humana institui, e que, sem perderem o senso de economicidade, permanecem no terreno moral, sem o poder de conversão em figura jurídica.

A obrigação natural é um *tertium genus*, entidade intermediária entre o mero dever de consciência e a obrigação juridicamente exigível, e por isso mesmo plantam-na alguns (Planiol, Ripert e Boulanger) a meio caminho entre a moral e o direito. É mais do que um dever moral, e menos do que uma obrigação civil. Ostenta elementos externos subjetivos e objetivos desta, e tem às vezes uma aparência do *iuris vinculum*. Pode revestir,

até, a materialidade formal de um título ou instrumento. Mas falta-lhe o conteúdo, o elemento intrínseco; falta-lhe o poder de exigibilidade, o que lhe esmaece o vínculo, desvirtuando-o de sua qualidade essencial, que é o poder de garantia.⁷⁰ O Código Civil de 2002 preferiu nominar tal espécie como obrigação judicialmente inexigível, acolhendo, assim, a posição que já era defendida nessas *Instituições*.

No Direito romano já ocupava a *naturalis obligatio* esta posição intermédia. E ali encontrava razões explicativas muito mais lógicas do que no Direito moderno, porque o romano focalizava em primeiro plano a *actio*, e por via de consequência o *ius*. Indagava da ação, para definir o direito. Quando encaravam, então, a *obligatio naturalis*, tinha a maior facilidade de compreendê-la, porque partia da inexistência da *actio*, como elemento que a distinguiu da obrigação civil. E tão relevante era este fator, que de todo o intrincado conceitual da *naturalis obligatio* no Direito romano, Serpa Lopes frisa que o assunto ainda permanece confuso, dele podendo extrair-se, entretanto, que de seguro há apenas conceituá-la como uma obrigação não protegida pela *actio*.⁷¹ Seria, portanto, uma *obligatio* revestida de todas as características da obrigação perfeita, menos uma, a ação. O credor seria credor; o devedor, devedor; existiria o objeto; mas faltava a ação, e por isto o sujeito ativo não tinha o poder de tornar efetiva a prestação. Negava-se-lhe a faculdade de proceder *diretamente*, mas não se lhe recusava um meio indireto, pois que, na ausência da *actio*, instituíam-se a *exceptio*, técnica de defesa, com que o *reus credendi* daquela obrigação paralisava uma ação contrária, a ele movida pelo *reus debendi*, ou obtinha o reconhecimento da eficácia do pagamento efetuado espontaneamente por este. O devedor, *reus promittendi*, não podia ser compelido ao pagamento. Mas se o realizava espontaneamente, o credor, *reus stipulandi*, tinha em seu benefício a *soluti retentio*, que lhe assegurava a conservação da coisa recebida, como se se tratasse da prestação normal de uma obrigação civil. O traço de distinção mais característico entre a *civilis obligatio* e a *obligatio naturalis* era a *actio*, presente na primeira e ausente na segunda, e isto lhe retirava a qualidade de vínculo jurídico, deslocando-a para um plano em que somente uma inspiração da equidade a mantinha: *solo vinculo aequitatis sustinetur*.

70 Sobre a noção de obrigação natural: Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, II, § 125; Aubry e Rau, *Cours*, IV, § 297; Georges Ripert, *La Règle Morale*, nºs 186 e segs.

71 Serpa Lopes, *Curso*, II, nº 15.

Muito embora a teoria da obrigação natural no Direito Romano seja uma terra devastada pelas discussões sem fim, os romanistas procuram estabelecer uma sistematização dos casos considerados nas fontes, procurando assim reconstituir uma classificação. Dizem, conseqüentemente, que a figura da *obligatio naturalis* abrangia aquelas que nasciam perfeitas, e que, em razão de uma causa superveniente, vinham a perder a *actio*, convertendo-se de civil em natural, e neste caso, era uma obrigação civil *degenerada*. De outro lado, havia outras que nunca haviam surgido no mundo do direito como dotadas de ação, e que já nasciam com a característica que as enquadrava nesta classe. Eram as que não podiam atingir o caráter de obrigações civis, por faltar um elemento hábil a gerar, desde o seu nascimento, a ação.

Cumprido, desde já, notar que a mesma ideia sobrevive no direito moderno, repartindo-se as obrigações naturais em dois grupos: o das que sempre existiram como obrigações naturais e o das obrigações civis degeneradas, por terem perdido sua força cogente.⁷²

Sua principal fonte geradora, em Direito Romano, era a *capitis deminutio*, sob diversos aspectos. Assim, dizia-se que o escravo, em razão de faltar-lhe o *status libertatis*, não podia obrigar-se nem para com o seu *dominus* nem para com um terceiro; mas, se o fazia, embora despida de ação, a *obligatio* originava-se, *naturalis tantum*. Assim, também, o empréstimo feito ao *filius familias*, inexigível por força do *senatus consulto* macedoniano, gerava um pagamento espontâneo válido. Além desta causa, outra é indicada, sem pacificidade embora, argumentando-se que a obrigação civil que perdia a *actio* se convertia em natural, e por isso era válido o pagamento realizado. Os pactos, distinguindo-se dos contratos, não geravam ações — *ex nudo pacto actio non nascitur* — e por isso diz-se que a obrigação deles oriunda era natural e não civil.

Muito debatem os doutores em torno dos vários aspectos da *obligatio naturalis* no Direito romano, não permitindo a natureza desta obra que os acompanhemos.

O Direito moderno retoma o assunto, e não é menos controverso. Uns sustentam (Beviláqua) a desnecessidade desta figura, cuja fluidez lhes parece manifesta. E, cogitando da *soluti retentio*, que era seu principal efeito, estranham que uma obrigação se caracterize pela retenção do pagamento, deduzindo que ela só se afirma na hora da execução. Como o pagamen-

72 Hudelot et Metmann, *Des Obligations*, pág. 10.

to é causa extintiva e não geradora de obrigações, negam-lhe consistência, raciocinando que nascem com o pagamento. Há, contudo, um desvio de perspectiva neste parecer. Se a obrigação imperfeita nascesse com o pagamento, nunca se teria formado, e mais se assemelhava a um ato de liberdade. Ela há de preexistir, sob pena de se caracterizar o maior ilogismo. O débito está contraído (*Schuld*), apenas o credor não tem o poder de efetivar a responsabilidade do devedor (*Haftung*), mas se o sujeito passivo solve espontaneamente, o outro é protegido pela *soluti retentio*, que não dá origem à obrigação, porém consolida o seu efeito. Observando esta consequência, não falta quem lhe reconheça um vínculo menos intenso e a caracterize por não poder o credor forçar o devedor a executá-la.⁷³

Não há, por outro lado, confundir a obrigação natural com o dever de consciência. Quem dá uma esmola, e da mesma forma o que solve dívida prescrita, assim procede porque quer. Mas o fundamento difere, já que a caridade assenta num impulso de solidariedade humana enquanto a solução de uma dívida prescrita pressupõe a existência anterior de um débito, que não podia ser exigido pelo credor, mas que nem por isso deixava de ter corpo. Forçoso é, pois, reconhecer a impropriedade de expressão, na doutrina e na jurisprudência, em referência a casos típicos de dever de consciência, como se fosse obrigação natural. A sua confusão com o dever moral é antiga, pois já ressaltava do pensamento de Pothier, e ainda subsiste até hoje.⁷⁴

Dentro da sistemática brasileira, o problema da obrigação natural tem sido tratado em termos objetivos. Dedicando-lhe um dispositivo, o Código de 1916 autorizava, entretanto, admiti-lo como uma tomada de posição, e reconhecimento do efeito retentor do pagamento.⁷⁵ Compreendendo que tanto em Direito Romano quanto em Direito Civil debate-se a equiparação da dívida prescrita à obrigação natural, o inciso as destacou, embora as envolva no reconhecimento do mesmo efeito (*soluti retentio*). Trata-se, contudo, de uma figura inconfundível com o dever moral, e que as suas

73 Planiol, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire*, II, nº 1.137.

74 Georges Ripert, *La Règle Morale*, nºs 194 e segs.; Planiol, Ripert e Boulanger, ob. cit., nº 1.334; Colin e Capitant, *Droit Français*, II, nº 467; Josserand, *Cours de Droit Civil Positif Français*, II, nº 717; Raymundo Salvat, *Derecho Civil Argentino, Obligaciones*, I, nº 274.

75 Código Civil de 1916, art. 970. Ver nº 170, *infra*. O Código Civil de 1916 era daqueles que faziam referência à obrigação natural, mas não apresentava sua definição, diversamente do que posteriormente veio a ocorrer com o Código Civil português de 1966.

linhas etiológicas análogas à configuração das obrigações imperfeitas da técnica alemã: é uma obrigação sem sanção e sem poder de exigibilidade, um verdadeiro crédito, apenas despido de execução forçada.⁷⁶

Não minudenciou as hipóteses de obrigação natural, permitindo assim que a doutrina aponte os casos reconhecidos como tais. O mais frequentemente lembrado é a dívida de jogo, que não obriga a pagamento; mas, efetuado este, não pode o solvente recobrar o que voluntariamente pagou, salvo dolo, ou se o perdente for menor ou interdito. A dívida não é acompanhada do poder de garantia, mas dela toma conhecimento a lei, tão somente para proteger o credor contra a repetição de pagamento, assegurando-lhe a *soluti retentio* (retenção do pagamento). Outro caso, previsto no art. 1.262 do Código Civil de 1916, era o de pagamento de juros não convencionados. De acordo com o antigo diploma, os juros de empréstimos de dinheiro ou de coisas fungíveis não eram devidos se não fossem expressamente fixados; mas se o mutuário pagasse os não estipulados, era impedido de reavê-los ou imputá-los no capital; a obrigação pelos interesses era inexigível, mas o cumprimento era protegido pela retenção de pagamento. Atente-se para a circunstância de que para a irrepetibilidade do pagamento feito em razão de obrigação judicialmente inexigível não há relevância acerca do estado anímico daquele que efetua o pagamento, motivo pelo qual o erro não alterará a situação de fato verificada após o pagamento. A equidade e a moral social devem ser consideradas quando do inadimplemento da obrigação judicialmente inexigível.⁷⁷

Conforme dispõe o art. 591 do Código Civil de 2002, quaisquer contratos de mútuo destinados a fins econômicos presumem-se onerosos, ficando a taxa de juros compensatórios limitados aos dispostos no art. 406, com capitalização anual.

Há ainda outras hipóteses, bastante discutidas, como a que se refere à indagação se a obrigação nula se converte em natural no mesmo instante em que morre; outra é se há obrigação natural no cumprimento de legado, instituído em testamento nulo ou na subsistência da adoção sem ato au-

76 Enneccerus, Kipp e Wolff, *Obligaciones*, vol. II, t. I, pág. 12; Von Tuhr, *Obligaciones*, I, pág. 23.

77 Guilherme Calmon Nogueira da Gama *et alli*. “Novo Código Civil: situações subjetivas existenciais e situações subjetivas patrimoniais à luz da nova ordem civil”. In: *Revista de Direito Privado*, nº 23, jul./set. 2005, pág. 89.

têntico.⁷⁸ Se o pagamento for parcial, continuará qualificada a obrigação como judicialmente inexigível em relação ao restante.⁷⁹

O nosso Anteprojeto de Código de Obrigações, inspirado em razões de ordem prática, preferiu não aludir à *obligatio naturalis*. Quando reconhece validade ao pagamento espontâneo, negando repetição ao *solvens* nos casos em que falta o ligamento protetor, alude a obrigações judicialmente inexigíveis (art. 907).

E o Projeto revisto pela Comissão, e encaminhado ao Congresso Nacional de 1965, aceitou a nossa orientação (Projeto, art. 894), conforme salientamos no Relatório, que é a sua Exposição de Motivos. O de 1975 seguiu a nossa orientação (Projeto 634-B). O Código Civil de 2002, por fim, consagrou esta posição no art. 882.

130. FONTES DA OBRIGAÇÃO

A variedade de tratamento desta matéria nos diversos sistemas legislativos reflete as múltiplas concepções doutrinárias. Na verdade, a classificação das *fontes geradoras* de obrigações (tomado o vocábulo *fonte* não no sentido de *título*, como algumas vezes é usado, porém, no de *elemento gerador* ou *causa*, tal qual faziam os romanos, ou no de *fato* que lhe dá nascimento, como preferem Mazeaud *et* Mazeaud) encontra entre os autores a maior divergência. Alguns, e aqui ficamos somente com os nacionais, indicam seis (Clóvis Beviláqua), enquanto outros as reduzem a uma única (Tito Fulgêncio). Não obstante campear controvérsia, o assunto deve ser tratado em termos da maior singeleza. Uma ligeira incursão pelo Direito romano auxilia o entendimento. Depois que se aceitou o poder jurígeno da vontade, os textos mencionam que a obrigação *vel ex contractu nascitur, vel ex delicto*,⁸⁰ significando a dualidade de origens: ou deriva do acordo de vontade ou do ato ilícito.

Este esquema, se traz o mérito da simplicidade, não dilucida analiticamente todos os seus aspectos, especialmente se se levar em conta que

78 Georges Ripert, loc. cit., discute as hipóteses e reproduz o debate, lembrando a contradição fundamental na ideia de um negócio jurídico inválido, por iliceidade de objeto ou defeito de forma a gerar uma obrigação.

79 Gustavo Tepedino, *Obrigações*, pág. 20.

80 Gaio, *Institutiones*, Commentarius Tertius, n° 88.