

Exemplar nº

FÁBIO KONDER COMPARATO

Professor Titular da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo
Doutor em Direito da Universidade de Paris.

ENSAIOS E PARECERES
DE
DIREITO EMPRESARIAL

3916

DEP.º DIR. CIVIL º
BIBLIOTÉCA ESPÍNOLA

FORENSE
Rio de Janeiro
1978

“Obrigações de meios, de resultado e de garantia”, na *Revista dos Tribunais*, 386/26).

Se na promessa de fato de terceiro a obrigação do promitente é diversa da obrigação do terceiro, cuja execução se promete, já na *assunção da dívida alheia* permanece a mesma obrigação, sem novação objetiva: novo devedor adere ao vínculo, reforçando portanto a garantia do credor.

O mesmo não acontece na *cessão de débito*, em que há sub-rogação do devedor primitivo por outro. Penso haver demonstrado alhures que, ao contrário da opinião assaz difundida, o princípio da personalidade do devedor continua a marcar a obrigação moderna (*Essai d'Analyse Dualiste de l'Obligation en Droit Privé*, Paris, 1964, p. 62 e segs.). E isto não em razão da relação crédito-débito, que tem como conteúdo a prestação (salvo nas obrigações chamadas personalíssimas; Código Civil, art. 928), mas sim em virtude da relação garantia-responsabilidade, que tem por objeto o patrimônio do devedor. Ora, o patrimônio não se reduz à soma algébrica dos bens que o compõem, mas abrange também, antes de tudo, a aptidão para adquirir direitos, em função das qualidades pessoais do seu titular. Por conseguinte, salvo as exceções expressamente consignadas em lei, não há cessão de débito, ou sucessão em dívida a título particular, sem o consentimento do credor, pouco importando, para esse efeito, que a iniciativa da cessão parta do cessionário (expromissão), ou do cedente (delegação).

2

OBRIGAÇÕES DE MEIOS, DE RESULTADO E DE GARANTIA

1. Se a matéria das obrigações é a parte teórica por excelência do Direito Privado, aquela que mais tem suscitado estudos e controvérsias através dos tempos, não deixa de causar estranheza o fato de que alguns de seus capítulos — tal como a classificação das obrigações — venham atravessando impavidamente os séculos, desde a sistematização dos glosadores medievais, em plácida imutabilidade. Será este o sintoma de que se atingiu na matéria a *summa ratio*, capaz de resistir à formidável evolução da vida jurídica privada desde a época de Irnério, Bártolo e Acúrcio? Por outras palavras, os esquemas que tão bem serviram a catalogar as relações jurídicas privadas da idade pré-industrial continuariam a apresentar a mesma utilidade na era da cibernética e da economia de massa?

Qualquer sociólogo não hesitaria em responder *a priori* pela negativa tão evidente se lhe afigura a correlação entre a forma jurídica e a realidade social. O jurista, porém, habituado a se mover com facilidade e destreza no mundo fechado de suas categorias, parece resistir por instinto a qualquer indagação crítica desta natureza.

E, no entanto, nem sempre esta desadaptação da doutrina à realidade jurídica existiu. Assim, por exemplo, quando Gaio (3, 88) apresenta as *obligationes ex contractu* e as *obligationes ex delicto* como a *summa divisio* na matéria, exprime fielmente a realidade jurídica de sua época. A estrutura íntima de umas e outras (predominâncias nas obrigações delituais do elemento garantia-responsabilidade sobre o elemento crédito-débito), os seus efeitos, o formalismo de sua realização judicial (*actiones ex contractu* ou *ex delicto*) traem a profunda diferença de sua formação histórica. Da mesma forma, a classificação das obrigações contratuais em quatro tipos (Gaio, 3, 89) — *re, verbis, litteris aut consensu contractae* — é de grande importância prática no quadro de um Direito formalista e ainda fortemente impregnado de elementos religiosos.¹

Ora, a civilização moderna assistiu ao surgimento de um novo tipo histórico de sociedade: a sociedade industrial. Ela se caracteriza no plano técnico pelo domínio do maquinismo, com a progressiva mecanização das atividades humanas, não só no que se refere ao esforço físico, como também no campo da produção intelectual. No plano social, a sociedade industrial desencadeou um processo de socialização crescente, com a multiplicação e a complexificação das relações entre indivíduos e grupos. Finalmente, no plano econômico, a revolução industrial deu início a um regime de economia de massa, caracterizado pela produção em série, pelo aumento e a padronização do consumo.

Essa transformação substancial da vida em sociedade, caracterizada por alguns historiadores como nova era histórica em sucessão a já "clássica" História Moderna,² multiplicou por um

¹ Cf. Noailles, *Du droit sacré au droit civil, cours de droit romain approfondi*, Paris, 1941-42.

² É este, por exemplo, o pensamento de G. Barraclough, sucessor de A. Toynbee na cátedra de História Internacional da Universidade de Londres — cf. *Introdução à História Contemporânea*, trad. Alvaro Cabral, Rio de Janeiro, 1966.

lado as relações humanas de serviço, e por outro tornou mais rigorosas e automáticas as prestações de atos ou fatos obrigados entre os sujeitos de direito, em atenção ao valor de certeza jurídica. A multiplicidade e a complexidade das relações sociais de nossa época estão de fato a exigir que os negócios jurídicos ou as relações de direito produzam efeitos certos e incontestáveis. O ideal de uma justiça perfeita do caso individual, podendo variar ao infinito segundo as espécies, torna-se cada vez mais remoto e incompatível com a socialização da vida humana.³

Tudo isto, que já se prenunciava na formidável transformação do regime da responsabilidade civil, a partir de meados do século passado, acabou afinal desembocando, no campo doutrinário, numa tentativa de nova classificação compreensiva das relações de obrigação na vida jurídica privada.

Queremos nos referir à conhecida distinção entre obrigações de meios e obrigações de resultado.⁴

³ Paradoxalmente, a nossa época tende, a um tempo, a uma "insegurança legal" e a uma "certeza jurisprudencial". A multiplicação dos comandos legislativos, conseqüentes à economia dirigida, já suscitou várias proclamações de "crise do Direito" (cf. G. Ripert, *Le Déclin du Droit*, Paris, 1949; *La Crisi del Diritto*, Pádua, 1953, com os contribuições de G. Ripert, G. Capograssi, A. Ravà, G. Delitala, A. C. Jemolo, G. Balladore Palhier; P. Calamandrei e F. Carnelutti; Orlando Gomes, *A Crise do Direito*, São Paulo, 1955). Em nosso País, a experiência recente neste particular é instrutiva.

Mas a jurisprudência de vários países de tradição romanista, promovida à categoria de fonte criadora do Direito, adquire uma rigidez relativa, de que é exemplo marcante o estabelecimento entre nós da "Súmula de Jurisprudência Predominante" do Supremo Tribunal Federal, com o procedimento sumário de arquivamento dos recursos que sustentem tese contrária aos enunciados daquele condensado jurisprudencial.

Esta rigidez relativa da jurisprudência, aliás, tem suscitado ultimamente o problema da violação do direito adquirido em caso de alteração radical pelos tribunais do seu entendimento tradicional na aplicação do Direito (cf. P. Roubier, *Le Droit Transitoire*, 2ª ed., Paris, 1960, p. 23 e segs.; e sobretudo Wilhelm Knittel, *Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung. Eine Untersuchung zum deutschen und US-amerikanischen Recht*, Bielefeld, 1965).

⁴ A bibliografia é vasta, a partir de R. Demogue, *Traité des Obligations, en Général*, t. 5, n. 1.237, p. 358. Cf., entre outros, A. Tunc, *La Distinction des Obligations de Résultat et des Obligations de Diligence*,

2. A distinção é geralmente atribuída a Demogue, que a formulou incidentalmente ao tratar do problema da repartição do ônus da prova em matéria de obrigações contratuais e delituais.⁵ Em certas relações de obrigação, observava ele, o devedor é simplesmente adstrito a observar o comportamento do *bonus paterfamilias*, competindo ao credor a prova de que tal não ocorreu. Em outras, ao contrário, o credor tem o direito de exigir a produção de um certo resultado, sem o que a obrigação se considera inadimplida; nesta hipótese, compete ao devedor provar que a falta do resultado previsto ocorreu sem culpa de sua parte.

A distinção assim proposta obteve desde logo considerável sucesso na doutrina francesa, e alcançava, dez anos após a publicação do Tratado de Demogue, sua consagração definitiva pela Corte de Cassação, em célebre aresto referente à prestação de serviços médicos.⁶

Mas embora a paternidade da teoria seja atribuída a Demogue, a verdade é que ela já aparecia de forma mais ou menos explícita na doutrina germânica desde fins do século XIX, no grande trabalho de fermentação de idéias que preparou a elaboração do *Bürgerliches Gesetzbuch*. Em erudito estudo crítico sobre

Juris-Classeur Périodique, 1945, I, nº 449, reproduzido na *Nuova Rivista di diritto commerciale, diritto sociale, diritto dell'economia* 1947-48, I, p. 126, 145; Mazeaud e Tunc, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile, délictuelle et contractuelle*, 5ª ed., Paris, t. I, nº 103; E. Betti, *Teoria Generale delle Obligazioni*, t. I, Milão, 1ª ed., § 3; Mengoni, *Obbligazioni di risultato di obbligazioni di mezzi*, na *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, 1954, I, p. 185 e segs., 280 e segs., 366 e segs.; A. Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 15ª ed., Pádua, 1966, p. 513 e segs.; Orlando Gomes, *Obrigações*, Rio de Janeiro, n. 11.

A terminologia ainda é fluente. "Obrigações de meios" e "obrigações de resultado" foram as denominações empregadas por Demogue. André Tunc prefere as expressões "obrigações determinadas" e "obrigações gerais de prudência e diligência". As obrigações de meios para Mengoni são "obrigações de simples comportamento", e para Betti "obrigações de conduta" (contegno).

⁵ Op. cit.

⁶ Acórdão de 20 de maio de 1936, "Rec. Dalloz", 1936, I, p. 88. Não é sem interesse lembrar que o relator do aresto foi Louis Josserand.

o tema, Mengoni,⁷ cita os precedentes doutrinários de Bernhoeft,⁸ e de Fischer.⁹ Para o primeiro, "toda relação de obrigação implica numa tensão da vontade do devedor na direção de um certo resultado. Assim, a relação pode ser de tal natureza, que o devedor é obrigado simplesmente a fazer o que está em seu poder para conseguir o resultado, e com isto é liberado independentemente do conseguimento efetivo do escopo. Ou então tem-se em vista o resultado em si mesmo, e aí a obrigação não se extingue enquanto o resultado não é alcançado, salvo impossibilidade superveniente". Alguns anos mais tarde, Fischer retomou a elaboração de Bernhoeft, aplicando-a à teoria da força maior enquanto excludente da responsabilidade. Para ele, as obrigações dividem-se quanto ao seu conteúdo em subjetivas e objetivas. Nas primeiras, o *id quod debetur* nada mais é do que um esforço pessoal, um *agere quantum possum* na direção de um resultado em si mesmo não compreendido no vínculo obrigacional; o limite da responsabilidade aí é a culpa, entendida como falta de diligência do devedor. Nas segundas, o conteúdo do *vinculum iuris* é o resultado econômico-social visado pelas partes, de forma que a exclusão da responsabilidade só pode ocorrer pela superveniência do *casus*, entendido como evento estranho à vontade do obrigado.

De nossa parte, lembraremos também, nesta linha de elaboração da doutrina germânica sobre o conteúdo da prestação, a observação de Von Thur, segundo a qual "a prestação é uma maneira de se comportar do devedor, que deve aproveitar ao credor, e que consiste freqüentemente no fato de que um resultado exterior é produzido em benefício do credor".¹⁰

⁷ Op. cit.

⁸ *Kauf, Miete und verwandte Verträge, caderno XXI dos Beiträge zur Erläuterung und Zeurteilung des Entwurfes BGB für das d. Reich*, sob a direção de Bekker e Fischer, Berlim, 1889, p. 17.

⁹ *Vis major im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung*, nos *Jherings Jahrbücher*, 37 (1897), p. 254, 267, 269.

¹⁰ *Partie générale du Code fédéral des obligations*, trad. por Torrenté e Thilo, Lausanne, 2ª ed., 1933, § 7.

3. A distinção entre a *locatio operarum* e a *locatio operis faciendi* em Direito Romano nos parece adequada a exemplificar o diferente conteúdo da prestação nas obrigações de meios e nas obrigações de resultado.¹¹ Conteúdo da prestação do locator na *locatio operarum* é a sua própria atividade em benefício do patrão. Já na *locatio operis faciendi*, o que se tem em vista não é tanto a atividade do *conductor*, mas o resultado desta atividade: *opus*. No primeiro caso, o locador *se locat*, ou *operas suas locat* de modo indeterminado; no segundo, *locat vinum transportandum, vestimenta polienda, insulam aedificandam* (D. 50, 16, fr. 5, 1).¹²

Há, assim, certas obrigações cuja prestação não consiste em um resultado certo e determinado a ser produzido pelo devedor, mas simplesmente numa atividade diligente deste em benefício do credor. O exemplo-padrão é o contrato de prestação de serviços profissionais pelo médico ou pelo advogado. O paciente que procura um médico deseja obviamente o restabelecimento de sua saúde. Mas este resultado, embora seja a causa essencial do contrato, não pode constituir o objeto do pactuado. O que o paciente está no direito de exigir é que o médico lhe dispense um tratamento consciencioso, diligente e conforme aos progressos da ciência médica.¹³ Não pode, porém, exigir que o médico ob-

¹¹ Contra, Mengoni, op. cit., nº 2.

¹² É interessante recordar que o contrato de transporte, no qual a obrigação do transportador é tipicamente de resultado, era em Direito Romano uma *locatio operis faciendi*. Esta qualificação persistiu, no Código de Comércio de Napoleão, para o contrato de transporte marítimo (*louage de vaisseau*, arts. 273 e segs.).

¹³ São as fórmulas empregadas pelo citado aresto da Corte de Cassação francesa, de 20 de maio de 1936.

Cf., entre nós, os seguintes acórdãos do Tribunal de Alçada de São Paulo:

— "O médico só se obriga a cuidar do doente e a tratá-lo convenientemente. Trata-se de uma obrigação de diligência e não de resultado." (Ap. civ. nº 39.893, rel. Pacheco de Matos, RT, v. 309/475).

— "O fato de a operação não haver trazido cura ao paciente não o isenta de pagar o serviço médico-cirúrgico que lhe foi prestado. Via de regra, o médico só se obriga a cuidar do doente e tratá-lo con-

tenha infalivelmente a sua cura; nem pode este inculcá-la ou anunciá-la como infalível, sob pena até de navegar nas águas do curandirismo (Código Penal, art. 283). Por outras palavras, o conteúdo da obrigação, na hipótese, não é um resultado determinado, mas a própria atividade do devedor, isto é, os meios tendentes a produzir o resultado almejado.

4. Objetou-se, contra a distinção assim proposta, que toda prestação comporta um resultado mais ou menos determinado, e que uma obrigação de meios pode ser mais ou menos precisa quanto ao seu conteúdo, o que acarretaria dúvidas em relação ao seu regime jurídico. Um marceneiro, por exemplo, pode se obrigar a consertar uma mobília da melhor maneira possível, como pode se obrigar a fazer um determinado conserto, com o emprego de certos materiais indicados pelo proprietário; um médico pode incumbir-se do tratamento de um doente, como pode obrigar-se a fazer uma intervenção cirúrgica determinada.¹⁴

A objeção seria procedente caso se afirmasse que certos contratos só comportariam obrigações de meios e outros só obrigações de resultado. Mas esta rigidez sistemática é fora de cogitações.

É evidente que os materiais especiais empregados pelo marceneiro e exigidos pelo proprietário dos móveis são coisas tangíveis, incorporadas ao resultado objetivo estipulado no contrato; a obrigação na hipótese é de resultado e não simplesmente de meios.¹⁵ Mas quando o médico se obriga a fazer uma operação

venientemente, na conformidade dos dados adquiridos pela ciência. Trata-se, em regra, de uma obrigação de diligência e não de uma obrigação de resultado. Salvo estipulação excepcional, o médico ou cirurgião não se obriga a curar o doente" (Ap. civ. nº 27.067, rel. Lafayette Salles Jr., RT, vol. 283/641). O acórdão invoca o ensinamento de Savatier (*Traité de la Responsabilité Civile*, nº 775), sem explicar em que casos a obrigação do médico seria de resultado.

¹⁴ São os exemplos forjados por Ripert e Boulanger (*Traité de Droit Civil*, II, 1957, nº 783), em sua crítica à distinção proposta.

¹⁵ "Sic", Tunc, op. cit., nota 35.

determinada, ainda aí não está prometendo um “resultado”.¹⁶ Não há culpa presumida, nem muito menos responsabilidade objetiva do cirurgião pelo desfecho funesto ou ineficaz de sua intervenção. Sem dúvida, responde ele pela não intervenção, a menos que prove a ocorrência de caso fortuito impedindo-o de operar como previsto. Mas é óbvio que a operação cirúrgica não represente em si o resultado final desejado pelo paciente. Ninguém se deixa operar pelo prazer da operação... O que sucede é que em relação ao emprego deste meio preciso, previsto no contrato, o regime de prova é diverso, como veremos mais adiante.¹⁷ Mas tal fato não elimina a utilidade prática da distinção, nem *a fortiori* abala a sua verdade lógica.

5. O mesmo se diga em relação ao contrato de prestação de serviços advocatícios.

Na advocacia judicial, por exemplo, o advogado não pode se obrigar a obter ganho de causa para o seu constituinte, pois este resultado depende normalmente (e não apenas acidentalmente) de circunstâncias alheias à sua vontade. Assim, não obstante o insucesso de seu patrocínio, o advogado faz sempre jus a honorários, que representam a paga de serviços, e não o preço de um resultado.¹⁸

Sem dúvida, de acordo com a longa tradição hoje em dia consagrada em lei (Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, art. 97), os honorários advocatícios são fixados habitualmente em percentagem sobre o valor da causa. Mas este último representa, para empregarmos analogicamente a tecnologia do Direito Tributário, a base de cálculo e não o fato gerador da prestação. Os honorá-

¹⁶ Contra, Tunc, “*ibidem*”

¹⁷ *Infra*, nº 12.

¹⁸ Veja-se o seguinte aresto do Tribunal de Justiça de São Paulo: “A obrigação que o advogado assume para com o cliente é uma obrigação de meios e não uma obrigação de resultado. Se agiu corretamente, com diligência normal, na demanda, tem direito a honorários, ainda que não obtenha êxito” (5ª Câm. Civil, ap. civ. nº 148-419, rel. Rodrigues de Alckmin).

rios do advogado são a contraprestação de um serviço profissional, e não o resultado alcançado por este serviço, de tal forma que, no arbitramento judicial de honorários, o que se leva em conta não é este resultado, mas as circunstâncias em que se desenvolveu o serviço para o profissional: o seu grau de zelo e de competência, o lugar da prestação do serviço, o caráter da intervenção, conforme se trate de cliente avulso, habitual ou permanente; a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos ou de encontrar dificuldades peculiares no exercício do mandato (Lei nº 4.215, art. 97, § 5º).

6. Neste particular, porém, surge uma dificuldade quando se contende sobre honorários fixados, total ou parcialmente, em função do êxito da demanda ou do sucesso da intervenção profissional. Ainda estaremos aí diante de uma obrigação de meios?

Um acórdão da 8ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça da Guanabara, de 21 de outubro de 1965, referido por Moura Bittencourt,¹⁹ entendeu que a obrigação do advogado nesta hipótese ainda é de meios, motivo pelo qual, não obstante o êxito parcial na causa, teria o advogado direito a receber integralmente os honorários ajustados.

A solução foi criticada por aquele insigne jurista, para o qual a fixação de honorários em função do êxito da demanda constituiria autêntica obrigação de resultado, não se concebendo assim o pagamento integral de honorários na hipótese de ganho parcial de causa. É isto, aliás, o que resultaria não só da letra como do espírito do contrato. Esta mesma interpretação, no que se refere à prestação de serviços médicos, é caucionada pela autoridade de Trabucchi.²⁰

Realmente, a decisão do Tribunal carioca discrepa daquilo que habitualmente se convencionou com a vinculação total

¹⁹ “Honorários de advogado (obrigações de meios e de resultado)”, na *Folha de São Paulo*, de 2 de janeiro de 1966

²⁰ *Op. cit.*, p. 514.

ou parcial do pagamento de honorários ao êxito da demanda. A interpretação que se deu, se generalizada, tornaria esta cláusula praticamente inoperante, o que indica a toda evidência um desvio interpretativo.

Mas a verdade é que o condicionamento da prestação de honorários advocatícios à vitória judicial, ou dos honorários médicos à cura do paciente, não tem a virtude de sujeitar o profissional a uma obrigação de resultado. Aqueles fatos não constituem na hipótese o *id quod debetur*, pois do contrário a não obtenção desse resultado corresponderia a um inadimplemento contratual, com a sujeição do profissional à composição das perdas e danos. O resultado estipulado não é objeto da obrigação, mas a condição do pagamento de honorários, o que é coisa bem diversa. Por outras palavras, o direito à remuneração em tais hipóteses fica submetido, no todo ou em parte, à superveniência de um evento futuro e incerto, independente da vontade do devedor. Mas o objeto da obrigação do profissional liberal continua sendo a sua atividade diligente e perita, de modo que ele só será responsabilizado se esta não se verificar, cabendo a prova, como de regra nas obrigações de meios, ao credor.

7. Em resumo, toda obrigação comporta naturalmente um resultado, que corresponde à sua utilidade econômico-social para o credor. Mas nem sempre este resultado é compreendido no vínculo como elemento da prestação; algumas vezes, deixa de exercer a função de objeto ou conteúdo da obrigação, para ser tão-somente a sua causa no sentido teleológico.²¹

²¹ Alguns autores distinguem o objeto do conteúdo da obrigação, este último entendido como sinônimo da relação crédito-débito (cf. Orlando Gomes, nº 12). Esta análise não nos parece exata, pois a relação crédito-débito é o próprio *vinculum iuris*, ou melhor, um dos seus elementos constitutivos (cf. o nosso *Essai d'Analyse Dualiste de l'Obligation en Droit Privé*, Paris, 1964, p. 32 e segs.). Quando se fala em objeto da obrigação quer se indicar justamente o objeto da relação crédito-débito, ou seja, a prestação.

É escusado lembrar que segundo uma doutrina de origem medieval, largamente difundida entre nós, a causa de obrigação de uma

O próprio Demogue esclarece sobremaneira seu pensamento, quando compara a distinção assim estabelecida àquela clássica em Direito Penal entre crimes materiais e crimes formais, que por sinal foi objeto das mesmas críticas.²² Sem dúvida, todo crime comporta um resultado, ou modificação do mundo exterior. Nos crimes formais, porém, esse resultado se confunde com a própria conduta do agente, enquanto que nos delitos materiais não há consumação sem a produção de um evento separável objetivamente da ação ou omissão delituosa.

8. Mas aí se põe desde logo uma interrogação. A distinção em exame aplicar-se-á apenas às obrigações contratuais, ou poderia estender-se também ao domínio das obrigações originadas de delito? Embora os exemplos comumente sugeridos como ilustração da tese sejam todos de obrigações contratuais, é curial notar que foi justamente ao procurar realizar uma maior aproximação entre os dois grandes gêneros de obrigação que Demogue concebeu sua teoria.

A dificuldade encontrada em estender a classificação ao campo delitual deriva do fato de que ela supõe, neste tipo de obrigação, a preexistência ao delito de um dever legal.

Dissemos bem “dever legal”, e não “obrigação legal”, como sustenta uma parte da doutrina francesa.²³

Com efeito, a análise dualista da relação de obrigação distingue claramente o dever da obrigação.²⁴ O dever está na obrigação, mas não é toda a obrigação. A relação de obrigação compõe-

das partes é a correspondente obrigação da outra parte no contrato bilateral. Neste sentido, a causa das doutrinas romanistas equivale à *consideration* do Direito anglo-norte-americano. Cf. sobre este assunto, a instrutiva pesquisa de R. David, *Cause et Consideration*, inserto em *Mélanges Jacques Maury*, Paris, 1959.

²² Cf. Basileu Garcia, *Instituições de Direito Penal*, 2ª ed., t. I, p. 204.

²³ Cf. Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 11ª ed., t. II, nº 863, p. 876; H. Mazeaud, *Essai de classification des obligations*, na *Revue trimestrielle de droit, civil*, 1936, p. 1.

²⁴ Cf. o nosso *Essai d'Analyse Dualiste de l'Obligation en Droit Privé*, cit.

se de dois liames distintos: o de débito-crédito e o de responsabilidade-garantia. O débito é juridicamente uma situação de dever, ou seja, a vinculação de alguém a determinado comportamento, comissivo ou omissivo, no interesse de outrem.

Mas o ordenamento jurídico conhece dois tipos de dever.²⁵

Há o dever geral imposto a todos no interesse da coletividade, e que constitui a contrapartida exata dos direitos absolutos: *neminem laedere, suum cuique tribuere*. E há o dever especial, que incumbe a uma pessoa determinada em relação a outra pessoa também determinada; trata-se de um dever temporário e limitado, não só quanto aos sujeitos como em relação ao objeto.

A dívida é um dever especial, não um dever geral; é isto não só nas obrigações contratuais como nas delituais. Nestas últimas, o dever de indenizar é perfeitamente delimitado quanto ao montante, e incumbe tão-só ao autor do dano.

O que sucede é que este dever especial de indenizar pressupõe — e é isto o que se quis dizer desajeitadamente com a expressão “obrigação” — um dever geral de não causar prejuízo a outrem. Sem a preexistência deste dever geral não se compreenderia realmente a obrigação delitual de reparação.

A rejeição da teoria de Planiol e de seus discípulos, segundo a qual este dever geral de não lesar o próximo faz parte da relação de obrigação, não nos deve impelir ao extremo oposto de negar a preexistência deste dever ao delito civil, como seu pressuposto necessário.

Para a distinção que ora nos ocupa, a referência a esse dever geral nas obrigações extracontratuais é importante, pois é ele que determina afinal se a obrigação em causa é de meios ou de resultado. Com efeito, o dever imposto a todos os membros da coletividade pode referir-se a um resultado objetivo do agir humano — “não matar”, “respeitar a integridade física de outrem”, “não destruir os bens alheios” — ou ao contrário dizer respeito à pró-

²⁵ Cf. o nosso trabalho, cit., n.º: 24.

pria maneira de agir: “não prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos moradores de prédio vizinho com o mau uso de sua propriedade”, ou “exercer concorrência desleal no comércio ou na indústria”. No primeiro caso, ao exigir reparação, a vítima não carece de demonstrar *ab initio* a culpa do autor do dano. O homicida, pelo simples fato objetivo da morte da vítima, tem o dever de indenizar, salvo se conseguir demonstrar a concorrência de uma causa justificativa ou dirimente que exclua o crime.

No segundo caso, porém, de nada adianta ao autor, na ação de indenização, demonstrar o prejuízo que sofreu, se não conseguir provar também a culpabilidade específica do agente, caracterizada pelos meios desonestos ou abusivos empregados. O prejuízo em si é, aliás, em certos casos, perfeitamente normal. Pense-se na hipótese de concorrência entre empresas. É indubitável que toda nova empresa concorrente é suscetível de causar prejuízo econômico a um concorrente anterior; tal prejuízo é mesmo consciente e desejado, como parte integrante do sistema econômico em que vivemos. A concorrência só se torna ilícita ou desleal²⁶ pela desonestidade ou anormalidade dos meios empregados. De maneira que é em torno deste abuso de direito caracterizado que deverá se centralizar a prova, cujo ônus incumbe à suposta vítima.

Temos, assim, obrigações extracontratuais de meios e obrigações extracontratuais de resultado.

²⁶ Uma parte da doutrina do Direito comercial entende distinguir nitidamente a concorrência desleal da atividade ilícita. Enquanto esta última importa em dano patrimonial, e pressupõe o elemento subjetivo da culpabilidade, a concorrência desleal apresenta uma anti-juridicidade objetiva, independente de qualquer lesão efetiva aos bens alheios, e com culpabilidade presumida (cf. Giuseppe Ferri *Manuale di Diritto Commerciale*, 2ª ed., Turim, 1962, p. 125, 126).

A pretensa antijuridicidade objetiva da concorrência desleal é inexistente, e a distinção importaria em criar um extravagante *tertium genus* entre a atividade lícita e a ilícita, na teoria geral da responsabilidade civil.

A análise por nós esposada é confortada pela autoridade de Ascarelli *Teoria della Concorrenza e dei Beni Immateriali* 2ª ed., Milão 1957, p. 140 e segs

9. A distinção corresponde, afinal, a uma correta análise da prestação como conteúdo da relação de obrigação, de forma a superar as concepções unilaterais até agora em voga.

Com efeito, a concepção clássica da prestação, consagrada por exemplo no Código Civil francês, era fundamentalmente objetiva e material. Para o legislador napoleônico, parecia claro que o *id quod debetur* era sempre uma coisa, um objeto material. Assim, as obrigações são ali tratadas no livro III, sob o título geral “dos diferentes modos de aquisição da propriedade”; e o art. 711, que possui valor de princípio, declara: “a propriedade dos bens se adquire e se transmite por sucessão, por doação entre vivos ou testamentária, e em virtude das obrigações”. Mais adiante, no título III, capítulo II, seção III do mesmo livro (“Do objeto e da matéria dos contratos”), o assunto é tratado de forma específica, reproduzindo *ipsis verbis* o ensinamento de Pothier:²⁷ “todo contrato tem por objeto uma coisa que uma parte se obriga a dar, ou que uma parte se obriga a fazer ou a não fazer” (art. 1.126).

Em reação contra essa concepção objetivista do conteúdo das obrigações, a maior parte da doutrina moderna, na esteira do Código Civil alemão (§ 241), faz questão de frisar que o devido na obrigação é sempre uma ação ou comportamento do devedor.²⁸ “O que há de essencial no objeto da obrigação”, escreve o Prof. Carbonnier, “é a atividade, o serviço, o esforço a um tempo corporal e psíquico do devedor.”

A verdade parece ser menos unilateral do que essas interpretações contraditórias. Toda prestação compreende normalmente dois elementos: um elemento objetivo, que corresponde ao bem ou

²⁷ *Traité des Obligations*, ed. Bugnet, Paris, 1848, nº 53.

²⁸ “Em virtude da relação de obrigação”, dispõe o Código Civil alemão (§ 241), “o credor tem o direito de exigir do devedor uma prestação (*Leistung*). A prestação pode também consistir numa abtenção”. Cf. Ripert e Boulanger, cit., II, nº 241-242; Carbonnier, *Droit Civil*, Paris t. II, 2ª ed., 1959, nº 87; Esmein, no *Traité pratique de Planiol et Ripert*, VI, nº 218; Gaudemet, *Théorie Générale des Obligations*, Paris, 1937, p. 89; J. Esser, *Schuldrecht*, 2ª ed., Karlsruhe, 1960, § 29.

resultado (que não é forçosamente material) a ser produzido em benefício do credor, e um elemento objetivo, consistente no comportamento do devedor em vista deste resultado. Algumas vezes, porém esse resultado final não pode entrar no vínculo, pelo fato de depender normalmente, segundo o critério do *id quod plerumque accidit*, de fatores estranhos à vontade do devedor. A prestação então compreenderá tão-só um comportamento diligente e honesto do devedor em vista da obtenção desse resultado.

Por conseguinte, é no critério da aleatoriedade do resultado esperado que se situa, em última análise, o fundamento da nova classificação das obrigações.²⁹

10. É curioso verificar que essa classificação pode ser encontrada *mutatis mutandis* em sistemas jurídicos não filiados ao Direito Romano, como a *Common Law*.

A teoria da prestação (*performance*), no Direito anglo-americano, é dominada pelo princípio da *reasonable expectation* de parte do credor.³⁰ Os Tribunais de *Common Law* entendem que há certos tipos de obrigações contratuais suscetíveis de prestação completa (*complete or satisfactory performance*), e outros não. No primeiro caso estão as obrigações de pagamento pecuniário ou as obrigações de restituição; no segundo, as obrigações de construção de um edifício, ou de cultivo de uma área de terra.³¹ Nestas últimas, considera-se impossível que o devedor execute sua prestação sem um mínimo desvio da perfeição ideal, devido às limitações normais

²⁹ Cf. Tunc, op. cit. A distinção não se funda numa diferença de intensidade ou de grau na diligência ou no resultado esperados (contra, Mengoni, op. cit., nº 1 e 2). O regime das obrigações de meios não representa um enfraquecimento do vínculo obrigacional relativamente ao das obrigações de resultado. O que sucede é que as primeiras comportam uma prestação cuja natureza é sensivelmente diferente da prestação das segundas.

³⁰ Cf. Harold F. Lusk, *Business Law Principles and Cases*, 7ª ed., 1963, Homewood p. 293.

³¹ São os exemplos tirados dos *leadingcases* — cf. Lusk, cit., p. 298 e 299 — cf. também A. L. Lavine, *Manual of Commercial Law*, 2ª ed., Englewood Cliffs, 1962, p. 78 e segs.

da habilidade humana. O credor, em tais hipóteses, não poderá arguir o inadimplemento contratual, se sua pretensão não se fundar numa *reasonable expectation* em relação ao resultado previsto, que no caso da obrigação de construção foi explicitada pelos tribunais como sendo uma atividade do construtor correspondente a uma *good and workmanlike manner*.

É ainda com referência a esse critério que se situa a teoria da *substantial performance* ou seja, uma prestação levemente inferior ao grau de perfeição razoavelmente previsto, tendo havido um esforço honesto de parte do devedor na execução, e não sendo possível uma reposição das partes no estado anterior, através da devolução da contraprestação (*consideration*).

11. A classificação das obrigações segundo o seu conteúdo não se completa, porém, segundo pensamos,³² apenas com as obrigações de meios e as obrigações de resultado. Há ainda um *tertium genus* a ser considerado: as obrigações de garantia.

Para a compreensão deste tipo de obrigação, podemos partir de uma obrigação de meios. Tício procura um médico, solicitando-lhe o tratamento de uma depressão nervosa provocada pela ameaça de morte que recebeu de Caio. Provavelmente, o simples tratamento médico não chegará a bons resultados; e se os serviços do profissional forem prestados com diligência, Tício não poderá obviamente se eximir de pagar os honorários. Neste tipo de contrato, como vimos, a cura do paciente não poderá nunca constituir a matéria da obrigação assumida pelo médico, pois ela depende normalmente de fatores estranhos à vontade deste. Conteúdo da

³² Corrigimos assim a errônea opinião expendida em trabalho anterior (*Essai d'Analyse Dualise de l'Obligation en Droit Privé*, cit., nº 21, *in fine*) segundo a qual as obrigações de garantia não se distinguiriam quanto ao objeto das obrigações de resultado.

Sobre as obrigações de garantia, cf. Mazeaud e Tunc, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, cit., I, nº 103-8; Betti op. cit., p. 41 e segs.; Bernard Gross, *La Notion d'Obligation de Garantie dans le Droit des Contrats*, Paris, 1964, este último, porém apresentando uma concepção assaz diversa da que expomos.

obrigação é a própria atividade diligente do profissional em vista do resultado almejado.

Decepcionado com o insucesso do tratamento médico, Tício decide responder a Caio com as mesmas armas, contratando um guarda-costas que velará pela sua vida durante as 24 horas do dia. Aí então, provavelmente, terá eliminado a causa de sua moléstia. Pode mesmo suceder que o guarda-costas não tenha nunca oportunidade de se haver com Caio, ou seus sicários, ou ainda que Caio desista de seus malignos intentos devido à proteção armada doravante dispensada a Tício. Em qualquer hipótese, o guarda-costas terá cumprido fielmente a sua obrigação, pelo simples fato de assumi-la, fazendo jus à remuneração prometida.

Neste terceiro tipo de obrigação, portanto, a prestação não consiste numa simples atividade diligente e honesta do devedor em vista de um resultado, nem muito menos na efetiva produção de um resultado determinado. Se isto fosse exigido, o guarda-costas de Tício não teria direito a remuneração alguma, caso não tivesse de intervir contra Caio.

Por conseguinte, conteúdo das obrigações de garantia é a eliminação de um risco que pesa sobre o credor.³³ Eliminar um risco significa *a fortiori* reparar as conseqüências de sua realização. Mas mesmo que esta não se verifique, a simples assunção do risco pelo devedor de garantia representa o adimplemento de sua prestação. "O fato de se não ter verificado o risco, em previsão do qual se fez o seguro", reza o Código Civil, "não exime o segurado de pagar o prêmio que se estipulou" (art. 1.452).

³³ É o "dever de prestar segurança" (*Sicherheitsleistung*), da doutrina jurídica alemã — cf. Esser, op. cit., § 67.

São exemplos de obrigações de garantia as do segurador e do fiador, a obrigação do contratante com relação aos vícios redibitórios nos contratos comutativos (Código Civil, art. 1.101 e segs.), a obrigação do alienante com relação à evicção nos contratos comutativos pelos quais se transmite domínio, posse ou uso (Código Civil, art. 1.107 e segs.), a promessa de fato de terceiro (Código Civil, art. 929).

A razão disto está em que a eliminação de um risco que pesa sobre o credor representa por si mesma um bem da vida, traduzível muita vez em preciso valor econômico, como os prêmios de seguro, objeto de cálculos atuariais, ou as garantias bancárias obtidas através do desconto antecipado de juros ou ágios.

12. Evidentemente, a importância prática da classificação reside no diverso regime de responsabilidade a que dão ensejo esses três tipos de obrigação.

Tratando-se de uma obrigação de meios, o devedor só será responsável na medida em que se provar não a falta de resultado (que não entra no âmbito da relação), mas a total ausência do comportamento exigido, ou um comportamento pouco diligente e leal. O ônus da prova incumbe pois ao credor.

Uma total ausência do comportamento exigido ocorre, por exemplo, com a sociedade propagandística que deixa de inserir nos jornais o anúncio do produto expressamente previsto no contrato de propaganda. Ou o reestabelecimento do comerciante que trespassou o seu fundo de comércio, com o mesmo ramo de negócios e na área de clientela expressamente cedida. Num caso, comportamento omissivo, quando se exigia uma atividade; no outro, comportamento comissivo, quando era devida uma abstenção.³⁴

Mas pode suceder que o devedor tenha prestado, embora de forma desleal ou pouco diligente.

As duas hipóteses — lealdade e diligência — não se confundem. A primeira é sinônimo de boa fé (*Treu und Glauben*, segundo a terminologia da dogmática alemã).³⁵ A segunda é a perícia

³⁴ Resolve-se, assim, segundo pensamos, o problema da qualificação das obrigações negativas dentro da classificação de que ora nos ocupamos. A prova aí incumbe sempre ao credor, como bem salienta Mengoni (op. cit., p. 316 e 318).

³⁵ Cf. Esser, op. cit., § 31. *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern* (BGB, § 242).

ou habilidade técnica do devedor, com relação ao resultado que constitui a causa do negócio.³⁶

Já na obrigação de resultado, a problemática se simplifica, pois só se considera adimplida a prestação com a efetiva produção do resultado. A ausência deste constitui por si só o devedor em mora, cabendo-lhe o ônus da prova de caso fortuito ou força maior para se exonerar de responsabilidade. Mas em tal hipótese, não terá direito à contraprestação.

Finalmente, nas obrigações de garantia, nem mesmo a ocorrência de caso fortuito ou de força maior exime o devedor de sua prestação, pois o conteúdo deste tipo de obrigação é a eliminação de um risco que, por definição, é um evento de realização fortuita, independente portanto da vontade do devedor. O vendedor, mesmo sem culpa, é obrigado a indenizar o comprador evicto. A companhia seguradora, mesmo que o sinistro seja provocado intencionalmente por terceiro, deve indenizar o segurado.

13. Dir-se-á que tudo se resume afinal numa nova explicação compreensiva do mecanismo da responsabilidade civil, sem inovar quanto ao seu regime.

Sem dúvida, não se procurou outro resultado. Mas o esforço interpretativo nem por isso é menos válido.

Não basta, com efeito, saber como fazer atuar empiricamente a norma jurídica em vista de certas soluções. Ainda é mister compreender por que tais soluções são defensáveis no plano racional.

³⁶ *Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale*, dispõe o Código Civil Italiano (art. 1.176, segunda alínea), "la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata."