

2.2. O campo de aplicação da distinção

1. Deveres comportamentais do Direito das Obrigações. 2. Autonomia e heteronomia na determinação da espécie de obrigação. 3. Obrigações de fazer, não-fazer e dar. 4. Obrigações contratuais e extra-contratuais. 5. Conclusão.

1. O Direito das Obrigações é um sub-ramo do Direito Civil. Sua especialidade advém de um corte relativamente artificial operado após séculos de refinamento da dogmática jurídica. Os romanos, hábeis formuladores de boa parte das regras e princípios que ainda constituem os pilares do nosso Direito das Obrigações¹, a despeito disso não conheceram uma definição de obrigação, nem delimitaram a extensão do assim chamado Direito das Obrigações. Decorrência da conhecida tendência romana a não elaborar conceitos gerais², a separação de um campo do direito a compor o chamado direito das obrigações é mais recente, datando da pandectística alemã do século XIX^{3 4}.

¹ Sobre a recepção das idéias e de muitas das regras e dos institutos jurídicos romanos de direito das obrigações, a despeito das inúmeras e inenarráveis alterações em todos os aspectos da vida social, são oportunas as considerações de LACERDA DE ALMEIDA, *Direito das Obrigações*, p. VIII, onde se encontra explicação sobre a adaptabilidade do direito das obrigações.

² F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, Firenze, 1995, p. 1.

³ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, 1º. vol., Rio de Janeiro, 1910, p. LXII e ss., em sua célebre obra, ainda adotou, como divisão magna dos capítulos do direito civil, sob a forma de projeto de código, a distinção entre direitos pessoais e direitos reais. Tratava-se de uma evolução da idéia romana de dividir as ações pessoais (*actio in personam*) das ações reais (*actio in rem*) que, conforme o próprio TEIXEIRA DE FREITAS, fundavam-se num critério equivocado, na medida em que as ações são efeitos dos direitos e, por isso, sobre os últimos é que uma classificação dever-se-ia basear.

⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA é bastante enfático sobre o problema, em passagem digna de nota: “Quando se vai falar de “direito das obrigações” já se restringe a tal ponto o conceito de obrigação, já se pré-excluem obrigações que não entram no quadro, e de tal modo se precisa o conceito, que em verdade melhor teria sido que às obrigações que são objeto do Direito das Obrigações se houvesse dado outro nome. Porque a direito corresponde dever, de que o devido é objeto a prestar-se, e a pretensão corresponde obrigação, sem que se possa negar que há pretensões e obrigações fora do Direito das Obrigações.

Essa restrição operou na mente humana como se fosse faixa que recobrisse parte dos fatos; e chegou-se, erradamente, a pretender que o dono do bem gravado deva ao titular do direito de garantia e assim se carrearía

A distinção de que se ocupa este estudo não abarca todas as espécies de posições jurídicas obrigacionais. Ela se restringe às relações jurídicas obrigacionais em cujo pólo passivo se encontra um dever jurídico comportamental. Isso quer dizer que a posição jurídica do poder formativo, contraposta à sujeição do sujeito passivo, não interessa diretamente. Os poderes formativos operam de uma forma diversa dos deveres comportamentais, na medida em que aqueles atuam automaticamente sobre a esfera jurídica do sujeito passivo, enquanto os deveres comportamentais dependem de uma atividade do devedor, que constitui o objeto da relação jurídica. Como os poderes formativos operam no plano estritamente lógico-jurídico, eis que prescindem de atuação concreta do titular da posição passiva, afastam-se do campo de aplicação de uma classificação das obrigações que requer como ponto de partida um determinado tipo de esforço de parte do devedor. Assim, a necessidade de colaboração do devedor é fator essencial para se invocar a classificação das obrigações em obrigações de meio e obrigações de resultado.⁵

2. Interessa ao estudo das obrigações de meios e de resultado os conceitos de prestação e de relação jurídica obrigacional, que se encontram no cerne mesmo da classificação. Em matéria de relação jurídica obrigacional e determinação da prestação, contudo, encontra-se o estudioso em pleno núcleo da autonomia privada. Sendo as partes livres para determinar, nos limites do ordenamento jurídico, o conteúdo dos respectivos negócios, os efeitos identificam-se, na parte autônoma das determinações negociais, com o interesse das partes deduzido no negócio. Vê-se, portanto, que a classificação encontra-se no

para o direito das obrigações a relação jurídica real. Tal deformação, contorcendo a realidade, acabou, em muitos, por cegar a psique. Os que não vêem que o sujeito passivo, nos direitos reais de garantia, são todos, e não o dono ou possuidor, são vítimas de daltonismo que a restrição do conceito de obrigação produziu, aqui e ali.

Temos, portanto, que tratar das "obrigações", em senso restrito, sem apagarmos o que também é obrigação e não está no Direito das Obrigações. Temos de ver que, do outro lado, ou logo após, estão obrigações que não cabem no terreno que exploramos: basta que o sujeito passivo delas seja total, "todos", e não só "alguém".” *Tratado de Direito Privado*, tomo XXII, 3^a. ed., Rio de Janeiro, p. 8.

⁵ W. N. HOHFELD, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*, New Haven, 1923, cit., p. 35 e ss. Note-se que o termo empregado para designar o poder formativo é, nessa obra, "power".

campo da eficácia jurídica mas, como a doutrina assinala, também na zona problemática da relação entre conteúdo e efeitos do negócio jurídico.⁶

De um lado, importa estudar de que forma opera a autonomia privada sobre a distinção das obrigações. De outro lado, resta analisar as situações heterônomas de determinação da natureza da obrigação, no que nos interessa aqui, o princípio da boa fé objetiva e da função social do contrato.

3. O campo próprio da distinção entre as obrigações de meios e as de resultado é o das obrigações de fazer. A razão para isso é a de que as obrigações de dar, definidas como a obrigação de transferir a titularidade do direito de propriedade, ou de constituir algum direito real limitado⁷ ou de transferir a posse incidente sobre uma coisa, é sempre caracterizada por um resultado: a efetiva transferência da posse ou da propriedade, o que as tornam sempre espécies de obrigações de resultado.⁸ Da mesma forma, as obrigações de não-fazer são sempre caracterizadas por um resultado concreto, vale dizer, a não-realização da conduta proibida.

Assim, como questão incidental deve-se distinguir as obrigações de fazer das de dar. Ao contrário do tema nuclear de nossos estudos, essa outra distinção mereceu acolhida, expressa e destacada, como critério de incidência de regimes jurídicos diversos, pelo Direito positivo nacional (arts. 233-249 do Código Civil), e tem sido a *summa divisio* do Direito das Obrigações.

⁶ Sobre o problema, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, pp. 84 e ss., e todo o estudo de A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966.

⁷ É válido assinalar a existência de posições divergentes como, por exemplo, a de O. GOMES, *Obrigações*, 11^a. ed., Rio de Janeiro, 1997, p.37, que considera abrangida entre as prestações de dar a simples entrega da posse incidente sobre um bem corpóreo.

⁸ Por todos, PASCUAL ESTEVILL, *Derecho de daños*, cit., p. 47-48, e J. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad*, cit., p. 74.

Apesar do reconhecimento legislativo, ainda faltam luzes para a melhor definição dos critérios classificatórios sobre essa divisão, para que se promova, com maior acerto, a aplicação das normas próprias a cada uma das espécies. Em particular, deve-se problematizar e assinalar possíveis soluções para a complexidade que costumeiramente caracteriza as obrigações relativas a certas figuras negociais, em que a distinção obrigações de dar e de fazer não exsurge com a nitidez suficiente para permitir a aplicação do método subsuntivo na sua forma mais pura.

Não há uniformidade na definição das obrigações de fazer pela doutrina brasileira. Alguns autores⁹ sustentam a contraposição entre as obrigações de fazer e as de dar. Em outras palavras, as duas seriam espécies distintas de obrigações, sem faixas de interpenetração dos conceitos.

PONTES DE MIRANDA, por sua vez, enfrenta o problema de forma original. Para o grande jurista, o *facere* abrange toda prestação positiva, sendo o gênero dentro do qual são ramos o fazer *stricto sensu* e o dar *stricto sensu*. A classificação completa dos tipos de prestação de dar e fazer proposta pelo Autor é melhor visualizada no quadro abaixo:

Fazer *stricto sensu*

a') atos de ordem física *stricto sensu*

a) atos pessoais

a'') atos de ordem psíquica

Fazer *lato sensu*

⁹ ORLANDO GOMES, *Obrigações*, cit., p. 37, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições*, vol. II, cit., pp. 49 e 55.

b) dação de objetos¹⁰

As prestações de atos pessoais, em interpretação ao pensamento do Autor, envolve qualquer tipo de atuação focada num ato do devedor, que não constitua uma prestação de objeto (*v.g.* prestação de serviço, de trabalho, de conservação ou guarda de coisa). A definição de prestação de objetos, por outro lado, se dá num sentido positivo, supondo que se haja de prestar qualquer bem já existente¹¹.

Vale destacar que a noção segundo a qual o fazer é o gênero, dentro do qual estão compreendidos o fazer em sentido estrito e o dar, não constitui inovação de PONTES DE MIRANDA. WINDSCHEID já manifestara essa opinião, lastreado em passagens do Digesto¹².

Os tipos de comportamento do devedor envolvidos numa prestação não se excluem reciprocamente. Com efeito, não raro uma prestação de objeto envolve um ato de ordem física ou psíquica¹³, sendo ainda possíveis outras combinações. Nesses casos de mais de um tipo de atividade dentro da mesma prestação, pode ser que cada uma das unidades mantenham, entre si, relação de complementaridade ou de dependência. No primeiro grupo, as diversas unidades podem ser consideradas de modo independente. Já no segundo grupo, a prestação principal polariza o vínculo obrigacional, não existindo de forma autônoma cada uma de suas partes¹⁴.

¹⁰ Expressão equivalente a “dar” em sentido próprio.

¹¹ *Tratado de direito privado*, t. XXII, cit., p. 73.

¹² B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6a. ed., vol. II, Frankfurt an Main, 1887, § 252, p. 10, com base em L.2 pr. D. de V.O 45.1,1.218 e D. de V.S.50.16).

¹³ Por exemplo, a situação na qual alguém se obriga a adquirir materiais (ato pessoal de ordem física) para, sobre esses materiais, compor uma obra intelectual (ato pessoal de ordem psíquica) e, por fim, entregar a outra pessoa (prestação de objeto).

¹⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito*, tomo XXII, cit., p. 74.

Considerar ou não que as prestações positivas são, sem exceção, enquadradas no gênero fazer, dentro do qual haveria a espécie fazer *stricto sensu* e dar, como leciona PONTES DE MIRANDA¹⁵, não nos parece ser controversia que mereça aprofundamento, para os propósitos deste estudo. Importa notar que, para o bem da coerência, para aqueles que consideram que toda a prestação é um dever comportamental, então lhes resta aceitar que a assertiva é perfeitamente lógica.

Mais relevante é termos em mente que o dar e o fazer (em sentido estrito) esgotam as hipóteses de prestação positiva (*tertio non datur*). As prestações que não constituírem um "dar" serão espécies de "fazer" e, portanto, são passíveis de serem classificadas dentre os conceitos de obrigação de meios e de resultado.

4. As obrigações de meios e de resultado aplicam-se somente às obrigações contratuais ou também às extracontratuais? Embora os exemplos mais claros afigurem-se sempre como obrigações contratuais, parte importante da doutrina entende que a distinção aplica-se indistintamente às duas espécies.

Alguns autores restringem-na ao campo contratual¹⁶. Por outro lado, autores também importantes entendem que não cabe a restrição.¹⁷ Embora haja argumentos para sustentar tanto uma quanto outra solução, deve-se entender, perante as soluções dadas a problemas de responsabilidade civil pelo Direito brasileiro, que será mais proveitoso concentrar os estudos da classificação das obrigações em meios e resultado somente os deveres contratuais. O motivo para isso é que, no campo extracontratual, as obrigações de meios e de resultado resolvem-se no binômio responsabilidade subjetiva *versus* responsabilidade objetiva, respectivamente. É possível considerar que os estudos de um e de

¹⁵ *Tratado de Direito Privado*, t. XXII, cit., p. 73.

¹⁶ PH. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 3^a. ed., Paris, n.º. 1083 e ss.

¹⁷ H. e L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique*, cit., n.º 103.

outro problema apartam-se o suficiente para serem considerados em momentos distintos, portanto.

5. Logo, o campo de aplicação da teoria das obrigações de meios e de resultado é o dos deveres obrigacionais de fazer em sentido estrito, de origem contratual.

2.4. Obrigações de garantia?

1. A dualidade obrigações de meios e de resultado esgota a classificação?

1. Há que se considerar mais uma questão palpitante, diretamente vinculada ao tema estudado. Toda classificação importante deve esgotar o espectro de fenômenos envolvidos. Caso contrário, padecerá de um vício lógico, que a infirmará enquanto instrumento operacional para a elaboração de juízos.

Nesse sentido, para tornar ainda mais complexa a tarefa de estudar as obrigações de meios e de resultado, a doutrina identificou mais uma espécie de obrigação, ao lado das obrigações de meios e das de resultado: as chamadas obrigações de garantia. COMPARATO, reformulando sua posição manifestada em trabalho de juventude¹⁸, reconhece a terceira espécie, afirmando que nesta o objeto não é nem a atividade diligente do devedor, nem um resultado, mas sim a assunção de um risco que pesa sobre o credor¹⁹.

BETTI também aceita a categoria das obrigações de garantia, ao identificar casos em que a expectativa do credor nem é dirigida a um comportamento do devedor, nem a um resultado útil a ser produzido. BETTI exemplifica essa situação por meio do contrato de seguro, em que a prestação do segurador consiste na garantia, ou seja, na segurança, de indenizar caso ocorram certos eventos causadores de prejuízos²⁰. A assunção de riscos pelo segurador não pode ser considerada, de qualquer forma, como o compromisso de enviaar esforços num certo sentido, ou de prestar um determinado resultado útil.

¹⁸ *Essai d'analyse*, cit, p. 39.

¹⁹ Obrigações de meios, cit., 428-429.

²⁰ *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., pp. 41-42.

Com efeito, o objeto do contrato de seguro, para prosseguir com o exemplo de BETTI, não se reduz ao dever da seguradora de pagar uma indenização quando da ocorrência de um sinistro segurado. A indenização, na generalidade dos casos, pode nem vir a ser paga, e nem por isso o contrato de seguro estará inadimplido, e terá o segurado direito a ser reembolsado pelo prêmio pago, ou por qualquer prejuízo que tenha sofrido em função da contratação do referido seguro não seguida da ocorrência de evento que enseje a indenização securitária. O objeto desse contrato é a própria segurança conferida pela apólice, a assunção de um risco que originalmente recairia apenas sobre a esfera jurídica do segurado ou do terceiro beneficiário.

Além do exemplo do contrato de seguro, avulta dentre os negócios que promanam obrigações de garantia as chamadas garantias autônomas, variantes dos *Garantieverträge* do Direito alemão. O impulso para a categoria negocial proveio da atividade bancária no contexto das relações comerciais internacionais, em que a necessidade de tutela dos interesses do credor é mais ampla, pela incidência de riscos não-existentes em relações entre partes situadas dentro do mesmo Estado.²¹ Dentre esses riscos, destacam-se as medidas de controle do fluxo de capitais, o confisco de capitais estrangeiros e o próprio desconhecimento de regras jurídicas incidentes, que podem afetar a existência, a validade e a eficácia da operação jurídica garantida. Dada a natureza objetiva desses riscos, ou seja, a inexistência do controle das partes envolvidas sobre esses eventos, que, numa relação obrigacional de meios ou de resultado, caracterizar-se-iam como força maior, somente uma obrigação de natureza diversa, como a de garantia, permite o atendimento dos interesses das partes.

Assim, ao lado das obrigações de meios e de resultado existe ainda terceira categoria, representada pelas obrigações de garantia.

²¹ A bibliografia sobre as garantia autônoma é bastante vasta. Dentre os estudos publicados releva o de F. NAPPI, *La garanzia autonoma, profili sistematici*, Napoli, 1992.

Um aspecto de grande importância do estudo da garantia é a de que a contraprestação do segurador deve limitar-se estritamente aos riscos previstos no contrato. Isso porque é da própria economia desse negócio o cálculo preciso dos riscos envolvidos, em virtude do fato de o segurador indenizar os riscos concretizados de maneira independente de seu controle, diferentemente do que se verifica nas indenizações devidas em função do descumprimento de obrigações de meios e de resultado, que de algum modo, seja por fatores subjetivos, seja pelo risco decorrente da própria atividade, são imputáveis à parte responsável.

De modo que, nos contratos de garantia, os riscos assumidos pelo garantidor não devem ser interpretados de maneira extensiva, sob pena de promover desequilíbrio indevido na relação, ressalvados apenas os casos de contratos de seguro por adesão, como os contratos de seguro saúde, em que a parte aderente espera ampla cobertura de riscos associados aos mais variados tipos de problemas de saúde, ao passo que as seguradoras procuram, por meio da rigorosa delimitação dos riscos assumidos, excluir aqueles cuja concretização representaria custos elevados, como doenças crônicas, cujo tratamento não-raro depende de internações sucessivas e intervenções médicas constantes.

A exclusão de riscos em contratos de seguro saúde, de um lado resulta, pela lógica empresarial que orienta o negócio, em que os prêmios pagos sejam proporcionalmente reduzidos, facilitando a adesão de um maior número de segurados. Por outro lado, a mesma exclusão pode ser considerada, numa perspectiva intervencionista, típica do dirigismo contratual, como contrária à função social típica do negócio, vale dizer, a de socializar os riscos da saúde de cada segurado, entre a massa de segurados, uma vez que os riscos mais custosos deixam de ser cobertos pelo sistema. Trata-se de um dilema, cuja solução pelos tribunais brasileiros tem se orientado claramente no sentido da extensão das coberturas securitárias.²²

²² Examina-se o REsp 651.713, julgado pela Terceira Turma do STJ em 12/04/2005, um caso interessante para ilustrar o problema em questão, na parte final deste estudo.

deveres ao sujeito passivo. Deve-se isso à aplicação do princípio da boa fé e da ponderação teleológica.

6. A doutrina alemã catalogou e classificou as posições típicas presentes em relações obrigacionais. Uma das classificações pode ser representada pela divisão dos deveres em (i) deveres primários de prestação principal (*Primäre Leistungspflichten*), (ii) deveres secundários ou acidentais de prestação (*Sekundäre Leistungspflichten*) e (iii) deveres laterais (*Nebenpflichten*).

Os primeiros são compostos pelo próprio dever de prestar e o correspondente crédito à prestação. Trata-se do cerne da relação jurídica obrigacional.

Os deveres secundários de prestação dividem-se em deveres meramente acessórios e deveres secundários com prestação autônoma. Os meramente acessórios servem à preparação do adimplemento ou para assegurar a sua perfeita realização. Como exemplo, pode-se mencionar o dever do vendedor de embalar adequadamente a mercadoria a ser despachada, de modo a protegê-la contra os riscos do embarque, envio e entrega. Os deveres secundários com prestação autônoma subdividem-se em deveres sucedâneos da prestação principal e deveres coexistentes. Como exemplo dos sucedâneos, pode-se mencionar o dever do devedor inadimplente de indenizar o credor pelo descumprimento; dos coexistentes, o caso do devedor em mora, que deverá, juntamente com a execução da prestação, indenizar o credor pelos prejuízos moratórios.

Por sua vez, os deveres laterais são aqueles provenientes de cláusula negocial, de norma específica ou do princípio da boa fé objetiva. Eles não interessam diretamente ao cumprimento da prestação, mas sim ao exato processamento da relação obrigacional, à exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação. Os deveres laterais podem ser classificados em (a) deveres de cuidado, previdência e segurança; (b)

deveres de aviso e informação; (c) deveres de cooperação; e (d) deveres de proteção e cuidado, à pessoa e ao patrimônio da contraparte.²³

7. O estudo dos deveres que compõem a relação jurídica complexa fornece instrumentos dogmáticos para catalogar os diversos elementos constitutivos das obrigações de meios e das de resultado. Os deveres prestacionais, nas obrigações de meios, assemelham-se aos deveres laterais (*Nebenpflichten*) e aos deveres secundários de prestação meramente acessórios, ambos das obrigações de resultado. Esse dado refuta as afirmações de alguns doutrinadores, céticos sobre a validade da distinção, no sentido de que todas as obrigações de resultado envolvem algum comportamento.

É certo que as obrigações de resultado envolvem algum comportamento, mas, de regra, tal comportamento constitui objeto de deveres laterais e deveres secundários de prestação meramente acessórios. O dever primário de prestação principal nas obrigações de resultado é o próprio resultado correspondente ao interesse do credor. Sem ele, resta caracterizado o inadimplemento, ressalvada a pré-exclusão deste em virtude da prova de força maior que impeça a execução seja do dever primário de prestação, seja de algum dever secundário de prestação meramente acessório.

Nas obrigações de meios, contudo, dado que o resultado útil não é objeto do dever primário de prestação principal, ele deve ser, em respeito ao princípio da boa fé objetiva, tomado como orientação constante para a conduta do obrigado. A obrigação de meios, nesse sentido, torna-se um plano dirigido a uma finalidade, plano esse móvel em função da alteração das circunstâncias, que podem tornar a consecução do resultado útil querido mais ou menos próximo da conduta desenvolvida pelo obrigado em cumprimento da prestação.

²³ ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 7^a. ed., Coimbra, 1999, p. 63.

Como se salientou acima, uma obrigação de resultado típica comporta deveres laterais de, por exemplo, proteger os interesses patrimoniais da contraparte, como o dever de um empreiteiro, durante a construção, de não causar danos a outra edificação existente no mesmo imóvel, de propriedade do empreitante. Os deveres de cuidado em face do patrimônio da contraparte podem ser, em um caso de obrigação de meios também típica, qualificados como dever primário de prestação principal. Pense-se no caso do mandatário, obrigado a administrar determinados bens do mandante. A correta administração dos bens, de acordo com a boa fé objetiva, no melhor interesse do credor constitui, simultaneamente, dever de proteção do patrimônio do credor, como espécie de dever prestacional, e não como dever lateral.

Outro exemplo digno de nota é dado pelo contrato de prestação de serviços médicos. Os cuidados empregados pelo médico em relação à saúde de seu paciente, no contexto de outra relação, poderiam mudar e deixar de ser caracterizados como deveres prestacionais primários para passarem a deveres laterais, em virtude do objeto da segunda relação não serem os cuidados com a saúde propriamente ditos, mas sim interesses de ordem diversa, que não excluam a necessidade de uma ou ambas as partes executarem condutas positivas em face da proteção da saúde da contraparte.

Assim, a doutrina da relação jurídica obrigacional complexa permite explicar fenômenos verificados no curso da experiência com a distinção das obrigações de meios e de resultado que deixaram parte dos juristas franceses contrariados. Por exemplo, as críticas dirigidas contra a *forçage contractuel*, em especial a consideração de que a ampliação do conteúdo dos contratos foi excessivamente artificial, poderiam ser respondidas devidamente mediante a demonstração de que os contatos sociais representados pelas vinculações contratuais engendram, em razão da boa fé objetiva, deveres para ambas as partes.²⁴

²⁴ Sobre a questão, M. A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, cit., p. 55 e ss.

Cumprе recordar a advertência de FROSSARD, segundo a qual em certos casos de obrigações classificadas por DEMOGUE como obrigações de meios, como no caso da obrigação de cuidados médicos, contraída pelos profissionais da medicina, se o resultado objetivado, vale dizer, a cura, for alcançado, os meios não importarão.²⁵ É necessário, contudo, discordar de FROSSARD. A teoria da relação jurídica complexa nega que em uma obrigação de meios a consecução do resultado seja bastante para o perfeito adimplemento da obrigação. Ainda que nenhum dano resulte ao credor da obrigação de cuidados médicos, fato esse que poderá impedir o surgimento de pretensão indenizatória, a falta de aplicação, pelo médico, dos devidos cuidados, pode ensejar outras conseqüências, como indenização por danos morais sofridos pelo paciente em função dos riscos a que foi exposto em virtude da inobservância do dever de cuidado pelo médico responsável.

Por sua vez, as obrigações de garantia têm por objeto a assunção de riscos por uma das partes. O dever de prestação primário, assumido pelo segurador é, portanto, a sujeição à geração, em sua esfera jurídica, de obrigação de indenizar, automaticamente à concretização dos riscos. A prestação, verificado o risco, converte-se no dever de prestação secundário. Esse estado de sujeição transforma-se em dever secundário com prestação autônoma de indenizar os riscos concretizados, na medida e na forma da estipulação negocial. Por sua vez, incide sobre o segurado uma série de deveres laterais, pela concretização do princípio da boa fé objetiva, orientados no sentido de que o segurado não deve contribuir para o agravamento dos riscos assumidos pelo prestador da garantia.

²⁵ J. FROSSARD, *La distinction cit.*, nº 140 e ss.

2.6. Teoria da prestação

1. Teorias e críticas que lhes são movidas. 2. Necessidade de aceitação de teoria intermediária. 3. A prestação como forma de cooperação social.

1. A prestação consiste no objeto da relação jurídica obrigacional. A sua realização é o fim a que se destina a relação jurídica; daí constituir o modo natural de extinção da dita relação (art. 304 do Código Civil).

Sendo a prestação objeto da relação obrigacional, o estudo de sua teoria poderá ser considerado uma continuação do item anterior.

As teorias da prestação dividem-se em dois grupos: (i) as subjetivas e (ii) as objetivas. As subjetivas, mais tradicionais, radicadas na tradição romanística, propugnam para que toda prestação seja constituída por um débito comportamental, a ser cumprido, na generalidade dos casos, pelo devedor²⁶. A origem dessa corrente se encontra na definição de Paulo D. 44, 7, 3 pr. “*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, vel ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*”.

As teorias subjetivas são solidamente fundamentadas por normas jurídicas, entre as quais se destacam aquelas referentes às obrigações de fazer, dar e não-fazer, e a que estabelece como requisito para a responsabilidade por atos ilícitos a culpa ou o dolo do agente, que evidenciam o caráter comportamental da prestação.

²⁶ Cf. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. II, 3ª. ed., Rio de Janeiro, 1972, pp. 17 e 21, no sentido de que a prestação é sempre uma atuação humana.

Os autores que perfilham essa corrente doutrinária não desconsideram, contudo, que o comportamento devido pelo sujeito passivo do vínculo obrigacional possa ser, em certos casos, apto a produzir um resultado que não se esgota no comportamento devido. O resultado, de qualquer forma, seria, sempre, irrelevante para a obrigação em si, que persistiria como dever comportamental.

As teorias objetivas, em sentido oposto, põem o cerne da relação obrigacional não no elemento pessoal, vale dizer, na atividade do devedor, mas no elemento patrimonial, partindo da consideração de que a satisfação do interesse do credor pode ser satisfeito tanto pelo adimplemento pelo devedor, como mediante a execução forçada ou o cumprimento por terceiro, dada a perfeita fungibilidade entre os instrumentos.²⁷

A crítica que se move contra essa concepção é a de que ela subestima a importância do elemento pessoal na estrutura da obrigação, ao dar importância decisiva e praticamente exclusiva ao resultado pretendido pelo credor. Segunda essa teoria, a relação obrigacional esgota a sua função ainda que o dever comportamental assumido pelo devedor não seja observado, bastando que a prestação venha de qualquer forma executada, ainda que sob a forma de um sucedâneo, como no caso da execução forçada em pecúnia.

Demais disso, a teoria objetiva referida equipara, na prática, o comportamento do devedor ao comportamento de terceiros – salvo se a prestação for infungível – e à atividade estatal dirigida à execução forçada da prestação inadimplida. A teoria equipara, portanto, coisas bastante díspares entre si.

Há ainda, dentre as teorias objetivas, aquela que identifica a prestação com o bem devido, bem a que tem direito o credor seja mediante a atividade do devedor, seja mediante a execução forçada ou o adimplemento por terceiro. A relação obrigacional teria,

²⁷ M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, p. 195.

assim, a função de fazer com que o credor obtenha um bem da vida, predispondo, a ordem jurídica, de meios para assegurar que esse resultado seja alcançado.

Dois seriam os momentos da relação: o débito, cujo objeto seria o bem para cuja consecução tende a relação, e a responsabilidade, cuja função seria assegurar que o credor obtenha, mediante a execução forçada, o bem em si.

Mediante essa teoria, evita-se o desequilíbrio excessivo entre os dois momentos da relação obrigacional, vale dizer, o favorecimento da sujeição à execução forçada em face do dever comportamental de cumprir a prestação.

Dada a possibilidade de que, dentre as atividades humanas que podem ser objeto de uma relação obrigacional, há algumas, como as que se qualificam como de fazer infungíveis, em que a satisfação do interesse do credor pode dar-se mediante um único meio; nesses casos, a execução forçada em sua forma específica não é permitida, de tal forma que, em caso de inadimplemento, o credor poderá obter somente o equivalente pecuniário ao dano sofrido. É bastante questionável considerar que o interesse que deve ser satisfeito pelo comportamento do devedor seja igualmente satisfeito mediante a reparação pecuniária dos danos. Ao contrário, é mais satisfatório reputar que o interesse é frustrado pelo inadimplemento, e que o ordenamento, mediante a indenização pecuniária, apenas repara os danos sofridos.

Dessa forma, considerar que o equivalente pecuniário equivale ao interesse do credor acaba por tornar pouco claros os limites da prestação, e, subseqüentemente, por enfraquecer a base da teoria aludida.

As teorias objetivas resultam da percepção da insuficiência das teorias subjetivas em explicar certas prestações nas quais o resultado a ser alcançado pelo devedor releva em primeiro plano. Segundo os defensores da teoria objetiva, as teorias agrupadas sob a denominação de subjetivas seriam incapazes de explicar satisfatoriamente uma série de

hipóteses nas quais nitidamente um resultado aparecia deduzido *in obligatione*, resultado esse que, ainda que imputável ao comportamento do devedor²⁸, não era, necessariamente, produto do comportamento do devedor. Assim, mais do que um comportamento, o devedor deveria atingir um certo resultado, pouco importando, para o adimplemento de sua obrigação, qual fosse o meio adotado.

As duas posições diferenciam-se pelo enfoque do problema. As teorias subjetivas propugnam que a prestação em si consista no comportamento do devedor, e que eventuais resultados da atuação do comportamento do devedor nada mais seriam que uma consequência natural, não deduzida *in obligatione*. Assim, o devedor deveria comportar-se, tal como obrigado, e a produção de resultados aptos a satisfazer o interesse do credor seria matéria estranha ao problema obrigacional. Nesse sentido, se o resultado não fosse atingido, ou (i) o devedor não se comportou da forma devida, ou (ii) o devedor teria se comportado, e a falta do resultado, por ser matéria estranha ao âmbito da relação jurídica, em nada afetaria a perfeita caracterização do cumprimento da prestação. Em conclusão, a execução da prestação, para os que perfilham essa corrente doutrinária, ocorreria independentemente da produção de qualquer mudança no mundo exterior que não a atuação do devedor (seja um *facere* ou um *dare*)²⁹.

As teorias objetivas, por seu turno, introduzem no centro do problema o resultado a ser produzido, passando a segundo plano o débito comportamental. O resultado, para seus seguidores, é a própria prestação, sendo meramente instrumental e secundário, e praticamente irrelevante para a determinação do conteúdo do vínculo obrigacional, o comportamento atuado pelo devedor para se atingir tal resultado.

²⁸ M. BIANCA nos dá um exemplo digno de nota: a obrigação do locador de garantir, ao locatário, o gozo pacífico da coisa locada (Código Civil italiano, art. 1575, n.3, Código Civil, art. 566, II). Neste caso, a obrigação do devedor não se determina em relação a um fazer ou não fazer, mas em relação a um resultado, a saber, o gozo pacífico do bem locado (*Diritto Civile*, vol. IV, Milano, 1990, pp. 69-70).

²⁹ Logicamente, não se está a aplicar a idéia para o caso das prestações negativas (*non facere*), em que o inadimplemento ocorre justamente pela produção do evento ou do comportamento vedado.

Para certos autores, filiados à corrente objetiva, o resultado devido é correspondente à satisfação do interesse do credor. A confusão de resultado, deduzido *in obligatione*, e a satisfação do interesse do credor não é absoluta, havendo uma série de situações em que o perfeito cumprimento da obrigação não é apto a satisfazer, integralmente, o assim chamado interesse do credor. Em outras palavras, não se pode confundir a prestação com a sua função. Conforme BIANCA, o devedor deve satisfazer o interesse do credor, mas através da prestação³⁰.

2. Há obrigações cujo cumprimento exige mais do que mero comportamento do devedor. Um resultado externo, não imputável somente à atuação do devedor, pode fazer parte do conteúdo da obrigação. O exemplo do contrato de empreitada de obra é paradigmático nesse sentido.

Por outro lado, o resultado nem sempre constitui a prestação que incumbe ao devedor. Em muitos casos, o comportamento é imprescindível, como nas prestações personalíssimas, em que o devedor não se pode fazer substituir por um terceiro, e no caso das prestações em que o comportamento, isolado de um resultado, compõe a prestação. Para ilustrar a última hipótese, tomemos um contrato de trabalho, pelo qual o trabalhador se dispõe a dirigir sua energia para a prestação de serviços diversificados ao empregador. Se o empregador desativar temporariamente uma linha de produção na qual o trabalhador desempenha sua atividade, digamos, por falta de demanda no mercado, e se, então, o trabalhador nada produzir, a despeito disso, continuará a ter direito ao salário.

No contrato de trabalho, a prestação do trabalhador, de regra, não constitui um resultado a ser atingido, mas sim a direção de seus esforços ou, em certos casos, a disponibilidade de sua energia física ou psíquica, mais ou menos apta a atingir o resultado visado pelo empregador.

³⁰ Cf. M. BIANCA, *Diritto Civile*, cit., p. 70.

Através dos exemplos acima, conclui-se que as teorias subjetivas e objetivas explicam, cada uma delas, aspectos parciais das prestações. As primeiras atendem às prestações eminentemente comportamentais enquanto as segundas explicam as prestações que envolvem um resultado determinado.

O ponto médio buscado, que nos permite enquadrar tanto as prestações comportamentais (de meios) quanto as de resultado, aparece na definição de VON TUHR. Para esse autor, a prestação é um ato do devedor que deve redundar em benefício do credor e que consiste, as mais das vezes, em produzir e por à disposição do credor um resultado material³¹. Resultado esse que, entretanto, não é necessário.

3. Importa ainda mencionar a posição de BETTI³², segundo a qual a prestação, entendida como cooperação devida pelo sujeito passivo, apresenta duas faces: uma, a subjetiva, correspondente ao comportamento devido; outra, a objetiva, a utilidade da prestação, de caráter típico para cada forma negocial, posição também manifestada por WIEACKER, que salienta que são inerentes às relações obrigacionais do Direito Civil dois aspectos: o primeiro consistente num dever comportamental do devedor e o outro um resultado a ser alcançado pelo devedor.³³

De modo semelhante, mas manifestando posição mais protetiva dos interesses do credor, PASCUAL ESTEVILL sustenta que a prestação consiste, *a priori*, simplesmente, na garantia do risco de eventual descumprimento em relação à segurança que deve ser dada ao credor e, *a posteriori*, no resultado útil de um agir ou bem uma atitude que se valore de acordo com a diligência, a prudência e a habilidade técnica.³⁴ Segundo essa concepção, o fundamento da vinculação negocial seria a confiança, de parte do credor, na

³¹ *Tratado de las obligaciones*, vol. I, cit., p. 33.

³² *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 39.

³³ *Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht*, in Rolf DIETZ e Heinz HÜBNER (org.), *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70 Geburtstag*, tomo I, München e Berlin, p. 1.

³⁴ *Derecho de daños*, cit., p. 43.

máxima social segundo a qual o devedor é garante de seus atos e omissões relativamente à prestação devida, de modo que a violação, pelo devedor, do direito de crédito, constituiria violação ético-jurídica, apta a desencadear o mecanismo da responsabilidade.

O direito de crédito assume, mediante as concepções de BETTI e de PASCUAL ESTEVILL, nítida conotação de forma de cooperação social. Nesse quadro, a distinção entre obrigações de meio e obrigações de resultado referir-se-ia apenas ao tipo de cooperação social devida. Mais particularmente, ao tipo de compromisso assumido pelo devedor. No caso das obrigações de resultado, enquanto um determinado resultado concreto não é alcançado, a despeito da conduta do devedor, não se verifica o adimplemento da obrigação. No caso das obrigações de meios, a questão resolve-se de modo mais complexo, em função da necessidade de apreciação da conduta em concreto executada pelo devedor, em função do resultado útil esperado pelo credor, mas não deduzido *in obligatione*. Por sua natureza aleatória, esse resultado útil não se encontra na esfera de controle do devedor, e por isso deve ser considerado como fora do objeto da obrigação.³⁵

A noção de cooperação social entre as partes de uma relação contratual deve nortear a interpretação dos negócios jurídicos, para a correta classificação das obrigações, e em atendimento à idéia de que o adimplemento, vale dizer, a satisfação do interesse do credor é o fim último de toda relação obrigacional.

³⁵ Idem, p. 47.

PARTE III: A FUNÇÃO

3.1. O reconhecimento: a interpretação e a integração dos negócios jurídicos

1. A autonomia privada e as dificuldades na ausência de determinação negocial. 2 A interpretação e a integração dos negócios jurídicos. 3. Os critérios de identificação previstos pelos Princípios UNIDROIT. 4. Alguns critérios adicionais. 5. Qualificação por tipos e advertência quanto ao uso excessivo da tipificação. 6. Função da tipicidade negocial em relação à determinação do conteúdo negocial. 7. “Tipos de meios” e “tipos de resultado”: (a) compra e venda; (b) permuta; (c) contrato estimatório; (d) doação; (e) locação de coisas; (f) empréstimo; (g) prestação de serviço; (h) empreitada; (i) depósito; (j) mandato; (k) comissão; (l) agência; (m) distribuição; (n) corretagem; (o) transporte; (p) seguro; (q) constituição de renda; (r) jogo e aposta; (s) fiança; (t) transação; (u) sociedade. 8. Necessidade do método tipológico. 9. Efeitos da boa fé objetiva. 10. O artigo 51 do CDC.

1. Há casos em que a classificação das obrigações em obrigações de meio e de resultado afigura-se bastante clara. Esses são os casos em que as partes deliberaram demarcar um resultado definido como objeto de seus deveres.

A doutrina francesa reconhece o papel da autonomia privada como critério principal da distinção das obrigações em meios e resultado. Em princípio, as partes são livres para estipular a espécie de suas obrigações.³⁶ Mesmo que as partes não tenham claramente definido a espécie de obrigação convencionada, é de se deduzir que, se elas estipularam prestação determinada, com contornos jurídicos e materiais precisos, haverá

³⁶ Por todos, G. VINEY, *Traité de droit civil – la responsabilité: effets, cit.*, pp. 545 e ss.

obrigação de resultado. Ao contrário, se foi reservado ao devedor uma liberdade relativamente ampla de ação, e se o resultado útil aguardado apresenta caráter aleatório, haverá obrigação de meios.

Esta solução aplica-se estritamente aos deveres primários de prestação. Nos deveres laterais (*Nebenpflichten*), em que os deveres promanam da boa fé, a autonomia privada é fenômeno residual, e o critério da estipulação das partes é de menor interesse prático.

Se, ao adimplemento de uma obrigação, exige-se que o devedor atinja alguma meta, ou parâmetros objetivos, estar-se-á perante obrigação de resultado. Exemplo óbvio é o da figura típica do contrato de corretagem, em que o corretor terá direito à comissão apenas no caso da conclusão do negócio objetivado, e não em função e até mesmo a despeito dos esforços aplicados. Ou o negócio é concluído e, poderíamos dizer, o corretor alcança o resultado, ou não alcança e, nessa hipótese, não fará jus à qualquer comissão, segundo um princípio de tudo ou nada³⁷.

Mas nem sempre é clara a distinção. As partes, não raro, deixam de esclarecer qual é o resultado a ser alcançado pelo adimplemento negocial. Noutros casos, faltam elementos, autônomos ou heterônomos, para a determinação da natureza da obrigação.

Essencial será, portanto, realizar estudo sobre critérios de identificação das obrigações de meios e de resultado. E, para tanto, deveremos investigar a interpretação e a integração dos negócios jurídicos.

³⁷ Nesse sentido, orienta-se a jurisprudência dominante do STJ. Cfr. Resp 50.254/RJ. No caso de contrato de trabalho, sujeito a uma tal regra, que submeteria o trabalhador a risco de deixar de receber remuneração, o exemplo é de duvidosa legalidade. Mas deve-se recordar a possibilidade de remuneração complexa: valor fixo mínimo garantido, independentemente do desempenho atingido e parte variável, conforme metas. Dependendo do equilíbrio entre as duas partes, poder-se-ia considerar como um exemplo em conformidade com as regras aplicáveis; aliás, de acordo com práticas usuais em certos ramos de atividades (recorde-se o exemplo de garçons e de vendedores de artigos de vestuário).

2. A primeira questão a ser enfrentada é a da interpretação do negócio jurídico, problema, segundo importante estudioso do assunto, situado no “coração da autonomia privada”, ou seja, no momento em que o ajuste de interesses estipulado pelas partes, expressão dos seus interesses, entra em contato com o ordenamento jurídico.³⁸

Mediante a interpretação do negócio jurídico, estabelece-se o conteúdo juridicamente relevante das manifestações das partes; mais do que uma investigação da real intenção das partes, exerce a função de determinação do conteúdo do negócio e de seus efeitos jurídicos^{39 40}.

A interpretação é anterior logicamente ao problema da qualificação dos negócios jurídicos em tipos. Para a determinação dos elementos determinantes do tipo *in concreto*, exige-se a prévia interpretação do negócio, para a posterior qualificação.

Superado o tempo em que a interpretação resumia-se à indagação do significado da declaração negocial⁴¹, cumpre partir de uma perspectiva que trata do binômio interpretação-integração do negócio jurídico como problema complementar.⁴² Na ausência de estipulação das partes que permita aferir com clareza a escolha da espécie de obrigação assumida, é de particular interesse a aplicação da assim chamada interpretação integrativa.⁴³

³⁸ R. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 1.

³⁹ SACCO e DE NOVA, *Il contratto I*, cit., p. 359.0

⁴⁰ Sobre a relação entre conteúdo e eficácia dos negócios jurídicos cf., por todos, C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, pp. 1 e ss. e S. RODOTÁ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pp. 76 e ss.

⁴¹ C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione*, cit., p. 11 e ss. E também na p. 273, em que o autor afirma que “(...) através da interpretação não se discriminam apenas os meros motivos do ato do seu efetivo conteúdo preceptivo, mas se determina a objetiva dimensão do interesse regulado em relação ao bem da vida para cuja consecução tende o regulamento predisposto pelos particulares.” (tradução livre)

⁴² M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, p. 141.

⁴³ K. LARENZ, *Allgemeiner Teil* cit., p. 530, a denomina de “ergänzende Auslegung”.

Por interpretação integrativa do contrato (*ergänzende Vertragsauslegung*) não se deve entender a interpretação estrita de declarações de vontade e de seu significado jurídico, mas sim como interpretação do significado objetivo da regulação representada pelo contrato. A função assemelha-se à interpretação das leis, mas dela diferencia-se em função do contrato dever ser considerado como uma regulação (*Regelung*) parcial, válida somente entre as partes e para um estado de coisas ou eventos concretos.⁴⁴

O fundamento legal para a interpretação integrativa é o artigo 113 do Código civil, correspondente ao artigo 157 do BGB – este mais restrito do que aquele, pois seu âmbito de aplicação é o contrato, e não o negócio jurídico. Referido dispositivo estatui que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração. Segundo LARENZ, a boa fé exige que cada uma das partes do contrato o interprete como contratantes honestos segundo a idéia básica e a finalidade do negócio, tomando em consideração os usos do tráfico. A referência aos usos do tráfico, por sua vez, partiria da presunção de que se não houver uma razão expressa em sentido contrário, as partes em geral estarão de acordo com a regulação usual dos usos.⁴⁵

A perspectiva finalista da interpretação integrativa fornece o enfoque adequado ao problema da classificação das obrigações em meios e resultado, pois coincide com o critério subjacente à classificação. Quando as partes de um dado negócio jurídico deixarem de convencionar expressamente o tipo de obrigação decorrente do negócio, a interpretação integrativa pode ser convocada para lançar luzes sobre o problema.

A interpretação integrativa não deve contrariar a convenção privada. Ao contrário, deve respeitar os fins das partes e seus fundamentos de valoração conhecidos (*erkennbare Bewertungsgrundlagen*). Para tanto, deve-se examinar o modo como as partes ajustaram reciprocamente seus interesses contrapostos, a partir da estrutura total do negócio e

⁴⁴ K. LARENZ, *Allgemeiner Teil* cit., pp. 29-30.

⁴⁵ Idem, p. 31.

as circunstâncias pressupostas pelas partes, determinantes para a celebração do mesmo; devem-se examinar, ainda, todas as circunstâncias que conferem a um contrato determinado seu caráter especial, vale dizer, deve-se determinar a sua causa concreta.⁴⁶

A interpretação integrativa não se confunde com a busca do que uma das partes quereria se tivesse oportunidade de inserir no negócio cláusula faltante.⁴⁷ Se há busca por uma vontade hipotética, trata-se da vontade hipotética de ambas as partes, vale dizer, do que as partes haveriam aceitado honestamente como justa composição de seus interesses.⁴⁸ É natural que o devedor pretenda que suas obrigações nunca assumam a forma de obrigações de resultado, tampouco de garantia, mas sim de meios, dado o menor grau de dificuldade para ele liberar-se dos dois primeiros tipos de obrigações. Entretanto, a correta qualificação das obrigações depende da verificação de certos elementos independentes do puro interesse do devedor.

A interpretação integrativa busca determinar em que medida a necessidade subjacente à celebração do negócio torna-se um interesse que objetivamente inspira a operação.⁴⁹

Os limites da interpretação integrativa dos negócios jurídicos encontram-se no momento em que a resposta pretendida não possa ser encontrada na finalidade e no contexto da regulação contratual.⁵⁰

⁴⁶ Idem, p. 531. A doutrina alemã recente, nos estudos sobre a base do negócio jurídico (*Geschäftsgrundlage*), tenta recuperar o perfil individual do ato de autonomia privada, para corrigir a tendência da jurisprudência alemã de substituir as valorações dos particulares pela valoração dos juízes, fundada em ideais de equidade e justiça distributiva (C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione*, cit., p. 135).

⁴⁷ “(...) a representação de cada um dos contraentes, sobre a prestação deduzida em convenção, modela-se sobre uma série de circunstâncias (a entidade da prestação em relação à própria esfera econômica individual, a expectativa de imprimir uma certa destinação à contraprestação recebida), que podem, por hipótese, não ter ligação lógica necessária com a prestação objetivamente considerada” (SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 213) (tradução livre).

⁴⁸ Nesse sentido, logo se percebe quão artificial é buscar uma vontade hipotética.

⁴⁹ C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione*, cit., p. 274.

A relevância de elementos relativamente desligados do texto negocial acordado pelas partes, em particular a busca por interesses das partes não regulados declaradamente, conduz à pergunta sobre a relevância dos motivos.

3. Dentre os elementos a serem considerados para a determinação da natureza da obrigação relevam os critérios previstos pelos Princípios UNIDROIT. Mais do que simplesmente reconhecerem a distinção entre obrigações de meio e de resultado, os Princípios fornecem orientação para sua aplicação, expressamente ressalvada como não exaustiva.⁵¹

⁵⁰ K. LARENZ, *Allgemeiner Teil* cit., p. 533.

⁵¹ Interessam os artigos 5.4 e 5.5 dos Princípios que, na versão italiana, apresentam a seguinte redação:

"Articolo 5.4

(Obbligazioni di risultato. Obbligazioni di mezzi)

(1) Quando l'obbligazione di una parte comporti il dovere di raggiungere uno specifico risultato, quella parte è tenuta a raggiungere quel risultato.

(2) Quando l'obbligazione di una parte comporti il dovere di adoperarsi con diligenza nell'esecuzione della prestazione, quella parte è tenuta a compiere gli sforzi che una persona ragionevole della stessa qualità compierebbe nelle medesime circostanze."

(Artigo 5.4

(Obrigações de resultado. Obrigações de meios)

(1) Quando a obrigação de uma parte comporte o dever de alcançar um resultado específico, essa parte deve alcançar esse resultado.

(2) Quanto a obrigação de uma parte comporte o dever de comportar-se com diligência na execução da prestação, essa parte deve aplicar os esforços que uma pessoa razoável da mesma qualidade aplicaria nas mesmas circunstâncias.) (tradução livre)

Articolo 5.5

(Determinazione del tipo di obbligazione)

Nel determinare quando l'obbligazione di una parte sia una obbligazione di mezzi o una obbligazione di risultato, bisogna avere riguardo, tra l'altro, a

(a) il modo in cui l'obbligazione è espressa nel contratto;

(b) il prezzo fissato nel contratto ed altre clausole del contratto;

(c) il grado di rischio che di norma è connesso al raggiungimento del risultato atteso;

Em atendimento ao princípio da autonomia privada⁵², os Princípios UNIDROIT elencam como primeiro critério de diferenciação o modo como a obrigação encontra-se expressa no contrato. Ou seja, as partes são livres para determinar a natureza de suas obrigações, ressalvados apenas os requisitos de validade do negócio. Deve-se entender que, salvo nos casos em que a autonomia privada exercida no sentido da escolha de uma determinada espécie de obrigação violar ou colocar em perigo posições jurídicas indisponíveis, como por exemplo o direito à vida ou à integridade física, ou contrariar o princípio da boa fé ou princípios de ordem ética a que se sujeite o devedor, a escolha é permitida.⁵³

Em segundo lugar, os Princípios UNIDROIT estabelecem o preço e outras cláusulas do contrato. Continua-se a versar sobre o próprio texto contratual, mas já levando-se em consideração fatores externos. Se, na inexistência de especificação clara a respeito da natureza da obrigação, o preço estabelecido é superior ao geralmente praticado pelo mercado, para o cumprimento de uma obrigação normalmente de meios, pode-se depreender que as partes convencionaram uma obrigação de resultado. Por outro lado, um

(d) la capacità dell'altra parte di influire sull'adempimento dell'obbligazione."

(Determinação do tipo de obrigação)

(Na determinação de quando a obrigação de uma parte seja uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado, é necessário considerar, entre outros:

- (a) o modo como a obrigação é expressa no contrato;
- (b) o preço fixado no contrato e outras cláusulas do contrato;
- (c) o grau de risco que normalmente é ligado à consecução do resultado desejado;
- (d) a capacidade da outra parte de influir sobre o adimplemento da obrigação.) (tradução livre).

⁵² “Articolo 1.1 (Libertà contrattuale) Le parti sono libere di concludere um contratto e di determinare il contenuto.”

(Artigo 1.1 (liberdade contratual) As partes são livres para concluir um contrato e para determinar o conteúdo.) (tradução livre)

⁵³ Assim, é bastante questionável se um médico, sujeito a uma obrigação de meios, pode prometer a cura para uma determinada doença. Essa hipótese pode configurar, inclusive, ilícito penal tipificado e punível segundo o artigo 283 do Código Penal brasileiro, como crime de charlatanismo.

preço anormalmente abaixo do preço de mercado, para uma obrigação que freqüentemente é caracterizada como de resultado, pode significar que as partes convencionaram obrigação apenas de melhores esforços de parte do devedor. Tratam-se de indícios da natureza da obrigação, que devem ser considerados em conjunto com outros, pois o preço exagerado, em face do normalmente praticado, poderá não ser suficiente para, por si só, determinar com clareza o tipo de obrigação assumida.

Ao tomar o preço como índice da vontade das partes acerca da espécie de obrigação assumida pelo devedor, os Princípios UNIDROIT adotaram clara visão econômica do fenômeno contratual.

Em terceiro lugar, afigura-se o risco no adimplemento de uma obrigação. Se o risco para a consecução do resultado for relativamente baixo, de modo que os esforços médios geralmente são aptos a produzirem-no, é de se concluir que a obrigação pactuada é de resultados, e não de meios. Por outro lado, o terreno fértil para a proliferação das obrigações de meios é o das obrigações cujo fim exige esforços excepcionais, não suficientes para fazer com que o objetivo seja alcançado. O critério da aleatoriedade do resultado é mais um indício de que as partes assumiram um determinado tipo de obrigação pois, salvo elemento que permita concluir o contrário, não é de se esperar que o devedor prometa algum resultado quando ele estiver fora de seu controle, sujeito a acontecimentos que, a despeito de seus esforços, podem impedir o atingimento do fim visado.

Em quarto e último lugar, os Princípios UNIDROIT referem-se ao grau de influência do credor sobre o adimplemento da obrigação. Se o credor deve cooperar para que o fim da obrigação se verifique, tal circunstância pode transformar em obrigação de meios uma obrigação que de outra forma seria de resultado. Trata-se de espécie similar ao caso anterior, pois a necessidade de cooperação do devedor para o atingimento do resultado constitui espécie de álea do resultado, se examinado o problema a partir da perspectiva do devedor.

4. Os critérios de reconhecimento da natureza de dada obrigação fornecidos pelos Princípios UNIDROIT sintetizam os parâmetros reconhecidos pela doutrina nesse particular. Pode-se acrescentar a eles ainda a natureza dos bens envolvidos, que, dependendo de seu valor perante a ordem jurídica, podem merecer tratamento especial, de modo a engendrar obrigação de resultado. Esse critério pode ser exemplificado pelo contrato de transporte de pessoas, que gera, em função da relevância dos bens envolvidos no transporte, em especial a vida e a integridade física dos passageiros, obrigação de segurança de parte do transportador tipicamente de resultado.

Outro critério que se pode acrescentar é o do grau de especialização ou de habilidade de que dispõe o obrigado. Se o obrigado apresentar qualidades tais que a álea do resultado diminua, essas qualidades deverão ser consideradas para fins de determinação da natureza da obrigação.

5. A par dos critérios examinados, é de grande importância a classificação dos contratos por tipos. Durante o processo de interpretação de um dado negócio, pode-se concluir que o negócio enquadra-se em maior ou menor grau num determinado tipo contratual.⁵⁴ A tipicidade de um negócio pode auxiliar na classificação das obrigações de meios e de resultado⁵⁵, tentando-se evitar, contudo, tornar o processo de tipificação panacéia

⁵⁴ O enquadramento nos tipos não se dá antes ou depois do processo de interpretação, mas sim como parte do processo da espiral hermenêutica da reconstrução do regulamento negocial.

⁵⁵ G. DE NOVA, *Il tipo*, cit., p. 43, expressa um entendimento diverso, no sentido de que o recurso à tipificação é, em linha de tendência, abandonado em favor de um instrumento mais flexível, vale dizer, a distinção entre as obrigações de meios e de resultado. Somos da opinião, contudo, que um expediente não necessariamente exclui o outro, dependendo de fatores jusculturais concretos verificados numa dada ordem jurídica. Embora a experiência francesa tenha redundado na pouca utilização da tipificação, nossa experiência ao redor do problema da determinação do conteúdo das obrigações pode empregar de maneira proveitosa ambos os recursos. Mesmo na França demonstrou-se a utilidade do uso conjunto da tipificação com o da classificação das obrigações no binômio meios/resultado. A. TUNC, *La notion juridique du contrat de coffrefort*, in Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti, Padova, 1950, vol. III, p. 34 e ss, ao enfrentar um problema da qualificação do negócio dos cofres bancários e da natureza das obrigações da instituição bancária, entendeu que a obrigação de guardar os objetos seria de resultado. Na Itália, a polêmica sobre o assunto centrou seu foco na tipificação do negócio como depósito ou como locação, qualificações essas que levariam a resultados diversos sobre a extensão da obrigação da instituição bancária. Sobre o assunto, G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto*, cit..

para resolver qualquer controvérsia em matéria contratual.⁵⁶ O recurso à tipificação não deve ser considerado, nesse sentido, como um recurso técnico exclusivo para balizar a busca dos tipos de obrigação que derivam de um determinado contrato.

Com efeito, a tipificação deve ser empregada como um instrumento, dentre outros, para a reconstrução do regulamento contratual⁵⁷, juntamente com a concretização de cláusulas gerais (*Generalklausen*) predispostas pelo direito positivo, em particular o princípio da boa fé objetiva⁵⁸ e, recentemente, após a promulgação do Código Civil de 2002, da função social do contrato⁵⁹; simultaneamente, comparecem como expedientes técnicos ainda normas contratuais de alcance mais amplo que as pertinentes aos tipos contratuais, como aquelas concernentes às estipulações em favor de terceiros (artigos 436 e seguintes do Código Civil) e aos contratos aleatórios (artigos 458 e seguintes do Código Civil).

Entre nós, a existência do princípio da autonomia privada, balizado pelo reconhecimento dos contratos atípicos⁶⁰, exige que a reconstrução do regulamento contratual seja feita de modo a evitar-se a tendência excessiva à tipificação; caso contrário, reduzir-se-ia o atípico ao típico, violentando-se a autonomia privada e, mais diretamente, a liberdade contratual.

⁵⁶ Essa tendência foi assinalada por DE NOVA no direito italiano como um verdadeiro “hábito mental dos nossos interpretes” (*Il tipo* cit., pp. 3 e ss.). Ainda se carece de confirmação se a tendência à tipificação entre nós é tão ou menos pronunciada quanto na Itália, mas a lição, de todo modo, afigura-se válida como advertência ao estudioso da matéria.

⁵⁷ De Nova, *Il tipo* cit., p. 6.

⁵⁸ Artigo 422 do Código Civil.

⁵⁹ Artigo 421 do Código Civil.

⁶⁰ Não há entre nós norma que limite a existência, validade ou eficácia contratuais a figuras típicas. O artigo 104, ao estabelecer os requisitos de validade de um negócio jurídico, apenas exige agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. Por sua vez, o artigo 425 estabelece ser lícito estipular contratos atípicos, “observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

A admissão de que a autonomia privada excede o campo da tipicidade contratual torna mais complexo o problema da identificação da natureza das obrigações derivadas de uma dada figura negocial. Caso a solução se desse no plano da qualificação em tipos, bastaria a interpretação dos dispositivos legais pertinentes ao tipo identificado em uma dada operação para se precisar a espécie de obrigação existente.

6. Superadas as breves advertências quanto aos riscos dos excessos que podem ser cometidos pelo recurso à tipificação contratual, cumpre passar ao problema da justa função do expediente. Em primeiro lugar, avulta a aplicação do regime jurídico predisposto pelo legislador para um determinado negócio que se enquadra no modelo legal típico.

Em segundo lugar, aparece a aplicação de um determinado regime jurídico quando há possibilidade de qualificação alternativa. Vale dizer, em casos em que o legislador diferenciou duas ou mais situações similares, estatuidos regimes diferentes com base em diferenças relativamente sutis, o emprego da tipificação é necessário para a aplicação do regime mais adequado ao caso concreto.⁶¹

Com efeito, uma operação econômica pode ser, dependendo das circunstâncias, qualificada como dois ou mais contratos típicos, ou ainda como um contrato atípico. Um exemplo é dado pela situação em que uma determinada sociedade empresária fornece, a título oneroso, bens de sua produção a uma outra, pelos contratos de distribuição e de fornecimento, conforme o adquirente de bens os receba para posterior revenda ou não, segundo o regulamento contratual predisposto pelas partes. Se o negócio for qualificado como fornecimento, dever-se-á regulá-lo como um contrato atípico, diferentemente do contrato de distribuição, sujeito às normas dos artigos 710 e seguintes do Código Civil. De maior relevância ainda é o caso da situação de fato que pode ser qualificada como contrato de prestação de serviços ou como contrato de trabalho. Na primeira hipótese, a autonomia das partes contratantes é marcadamente mais ampla do que na segunda, em função da natureza

⁶¹ G. DE NOVA, *// tipo*, cit., p. 24.

dispositiva das regras do Direito Civil em face da cogência da ampla maioria das regras do Direito do Trabalho.

Diversos são os critérios empregados pela lei para a distinção de tipos contratuais. Dentre eles, afigura-se o fato de o negócio ser apto a engendrar obrigações de meios e de resultado. Esta é essencialmente a distinção entre a *locatio operarum* e a *locatio operis faciendi* do Direito Romano, pois o conteúdo da prestação do *locator* na primeira é a atividade em benefício da contraparte, enquanto que na segunda figura negocia-se o resultado, e não a atividade instrumental ao fim (D. 50, 16, fr. 5,1). A distinção persiste nos dias atuais por meio das figuras do contrato de prestação de serviços e do contrato de empreitada.

Nem sempre, porém, os tipos são organizados em função da prestação que comportam. Pode haver casos em que dois negócios qualificáveis num mesmo tipo gerem obrigação de meios ou obrigação de resultado. Exemplo disso é dado pelo contrato de serviços médicos, cujo tipo é conformado essencialmente pela pessoa obrigada a prestar uma atividade – necessariamente um médico devidamente habilitado – e pela natureza da atividade, sem se levar em consideração se a obrigação assumida é de meios ou de resultado.⁶²

Contudo, nos casos em que da tipicidade é possível deduzir a natureza da obrigação assumida, o processo de tipificação revela-se passo indispensável do processo de qualificação das obrigações.

⁶² Sobre a polêmica acerca de se médicos assumem obrigações de meios ou de resultado, pp. e ss.

3.2. A aplicação: efeitos da distinção

1. Ônus da prova nos diversos tipos de obrigação. 2. Meio para a solução de controvérsias contratuais.

1. A conseqüência extraída, desde DEMOGUE, da distinção entre as obrigações de meios e as de resultado é a inversão do ônus da prova nas obrigações de meios. A regra geral do ônus da prova, em matéria de responsabilidade civil contratual, é a de que incumbe ao credor da obrigação provar a existência da obrigação, e ao devedor, contra o qual se alega o inadimplemento, provar ou o adimplemento ou a ocorrência de um fato impeditivo, que pré-exclua sua responsabilidade. DEMOGUE e inúmeros outros autores posteriores defendem que, nas obrigações de meios, o credor que alega o inadimplemento deve provar o elemento subjetivo, vale dizer, a culpa do devedor.

Essa conseqüência, cuja fundamentação legal é bastante questionada, é problemática no Brasil, em face da legislação consumerista. Os contratos que têm por objeto a prestação de serviços de profissionais liberais estão sujeitos à incidência do Código de Defesa do Consumidor (CDC), mas, ao mesmo tempo, sabe-se que o campo próprio das obrigações de meio é a atividade desses profissionais. O CDC, em seu artigo 14, §4º, estabelece a necessidade de comprovação do elemento subjetivo, vale dizer, da culpa do profissional na causação do dano. De seu turno, o artigo 6º, inciso VIII prevê, como direito básico do consumidor a inversão do ônus da prova, em favor do consumidor, quando for verossímil a alegação do consumidor, ou quando ele for hipossuficiente. Na generalidade dos casos, referidas normas, ainda que as obrigações de profissionais liberais sejam qualificadas como obrigações de meios, poderiam apagar a principal função prática da distinção entre obrigações de meios e de resultado, vale repetir, a de inverter o ônus da prova do inadimplemento, em favor dos profissionais liberais. O caminho apontado pela doutrina argentina, no sentido da

dinamização da atribuição do ônus da prova pode ser o meio para a solução do problema. Adequada, nesse sentido, afigura-se a classificação da obrigação dos profissionais liberais como obrigações de meios reforçadas, de modo a atribuir aos profissionais a prova da ausência de culpa.⁶³

Nas obrigações de resultado, a exoneração da responsabilidade do devedor em caso de incumprimento se dá mediante a ocorrência comprovada de evento impeditivo não imputável, ou seja, da prova do *casus*. Nas de resultado agravado, a exoneração depende da prova de eventos de força maior específicos; nos demais eventos de força maior, não suficientes para a não-responsabilização, a obrigação de resultado agravado assume a feição de obrigação de garantia.

2. A classificação das obrigações de meios e de resultado auxilia na determinação do conteúdo da prestação obrigacional. Se uma obrigação é qualificada como obrigação de resultado, resta o problema de se determinar qual é o exato resultado devido, o que dependerá de uma série de processos, em particular a interpretação e a integração do negócio, o enquadramento em tipos e a aplicação do princípio da boa fé objetiva. Uma vez concluído o processo de “descobrimento” da natureza da obrigação, simplificada restará a determinação da responsabilidade por inexecução.

⁶³ Nesse sentido, J. M. ALTERINI, *La responsabilidad del abogado en el marco de la teoría de las obligaciones de resultado atenuadas*, artigo acessado em 15 de janeiro de 2005, no endereço eletrônico http://www.alterini.org/tonline/to_ajm2.htm