

Pontes de Miranda

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XXII

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Obrigações e suas espécies.

Fontes e espécies de obrigações

2.ª tiragem

Atualizado por

Nelson Nery Jr.

Rosa Maria de Andrade Nery

EDITORA  100 anos
REVISTA DOS TRIBUNAIS

CAPÍTULO II

DIREITOS MUTILADOS

§ 640. DIREITO, PRETENSÃO E AÇÃO

1. CONCEITO. – Há direitos que *não têm* ou *perderam* pretensão ou ação. Circunstâncias históricas deram ao fato nome impróprio, pois ao complexo “direito, pretensão e ação”, tirando-se a ação, ou a ação e a pretensão, ficaria direito. Em verdade, trata-se de direitos desprovidos de pretensões ou da ação, ou de direitos mutilados. Em vez disso, falou-se de *obligatio tantum naturalis*, vendo-se do lado do devedor, e não do credor, o fato, a despeito de se atender, do lado do credor, ao que se tira: poder-se-ia dizer direito sem pretensão, ou sem ação, ou direito sem pretensão e sem ação, ou obrigação sem posição passiva na ação; e diz-se, heterogêneamente, obrigação sem ação. Não é só. O nome *naturalis obligatio* alude a regra de direito natural, ou segundo a opinião natural, o que não corresponde, ou, pelo menos, não mais corresponde ao que se passa. (Aliás pensou-se que *obligatio naturalis* aludisse a *naturale*, ou *ius gentium*, e em verdade é conceito oriundo da filosofia grega, que se importou.) Tentou-se substituir a expressão por outra: obrigação imperfeita; mas, em verdade, a obrigação, se é, perfez-se, e a ação não é essencial à noção de obrigação. Imperfeição e mutilação são fatos inconfundíveis, e as obrigações naturais nem são sempre imperfeitas, nem mutiladas. O próprio direito perfa-se sem ação; ainda que fôsse de esperar-se a ação, nem por isso seria imperfeito: se ela falta, ou se êle a perde, dir-se-ia mutilado (de *mutilus*, cortado), e não imperfeito.

2. “OBLIGATIO NATURALIS”. – A expressão latina *obligatio naturalis* leva a pôr-se o problema como se ainda estivéssemos no direito romano.

Ora, casos de *obligationes naturales* desapareceram, e casos de direitos e pretensões mutilados exsurgiram, que aconselharam a ciência a evitar o termo ambíguo e, por vêzes, equívoco. Mais grave ainda é colocarmos como *obligatio naturalis* o que não é hoje, nem no era, ao tempo do direito romano, obrigação natural. (As expressões “*obligatio naturalis*” “*obligatio civilis*”, contrapostas, são empregadas, em textos romanos, como em “*naturalis possessio*”, “*civilis possessio*”. Não se trata do outro sentido, que também aparece nas fontes, em que há obrigações que são só naturais, obrigações só civis e obrigações naturais e civis. O primeiro sentido, a que nos referimos, está na L. 5, pr., D., *de pignoribus et hypothecis*, 20, 1 (MARCIANO): *obligatione tantum naturali*”.)

3. INACIONABILIDADE. – Diz-se que as obrigações naturais ou as obrigações imperfeitas são obrigações sem ação, portanto sem realização mediante execução forçada; verdade é, porém, que não são somente a ação de condenação e a de execução que se excluem, – às vêzes a ação declaratória também fica excluída. Por outro lado, tais direitos mutilados não são todos de um só tipo: alguns mantêm a pretensão sem a ação; outros, a pretensão sem a ação autônoma, porém com a exceção; alguns, ainda, permitem que sejam objeto de negócio jurídico declarativo, ou de negócios jurídicos de garantia, e outros, não. O corte, a amputação, não é sempre à *mesma altura*. Além disso, às vêzes se lhes tira a compensabilidade. Seja como fôr, todo direito mutilado supõe esquema de direito, a que algo se amputou: *amb(i)putare*; e não se aproveitou a outra parte. (Se se aproveita a outra parte, o direito não foi mutilado: a outra parte mudou de sujeito.)

4. MUTILAÇÃO E DEVER SÓ MORAL. – Não se confunde o direito mutilado, cuja satisfação pelo sujeito passivo, ciente da mutilação, não pode ser repetida, com aquêles casos em que a lei exclui a repetição por se tratar de *dever moral*. Aqui, o dever não é *jurídico*; mas, cumprido, a lei tem o cumprimento, pelo devedor moral, como *causa acquirendi* suficiente (L. ENNECCERUS, *Lehrbuch*, II, 31.^a-35.^a ed., 10); não há, *antes*, solução de dívida; há negócio jurídico unilateral, *nôvo*. Nos arts. 970 e. 1.187, “obrigação natural” é dever moral.

Na vida quotidiana, dizemos, como se estivéssemos em terreno jurídico: “Devo convite a A”, “Devemos atenções a B” “Você é amigo, tem direito (ou pode exigir)”, “Estou pagando visita”. Tôdas essas frases aludem a sistema de regras – de costumes (não-jurídicos), de bom tom, ou de certos círculos sociais – em que nascem deveres ou obrigações. Foi a êsse

lastro social, subjacente ao direito, que se referiu o § 814, *in fine*, do Código Civil alemão: “O que se prestou com o fim de solução de obrigação não pode ser repetido, ... quando a prestação corresponder à consideração de dever moral ou das conveniências”. No Código Civil brasileiro, o art. 970 disse: “Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação natural”. No art. 1.187, III, estatuiu-se que se não revogam por ingratidão as doações que se fizerem em cumprimento de obrigação natural. O sentido de obrigação natural, ali e aqui, é o de dever moral.

O art. 970 do Código Civil brasileiro e o § 814, *in fine*, do Código Civil alemão de modo nenhum excluem a repetição, se se trata de negócio jurídico *nulo* por defeito de forma; pois não há dever moral de se cumprir o que foi contratado nulamente, por defeito de forma, ou por outra causa de nulidade (*e. g.*, proibição de operações de bolsa). Quanto à dívida prescrita, ainda se se julgou, acolhedoramente, a exceção, exclui-se a repetição do que depois se pagou.

A dívida prescrita, se não lhe é oposta a exceção de prescrição, leva à condenação do devedor. Somente se o credor alega a prescrição, e é acolhida, é que se pode pensar em algo semelhante à mutilação do direito ou à obrigação sem ação, porque só então se deu, em virtude da exceção, a superficial mutilação: *Civilis obligatio per exceptionem elissa salva tamen naturali obligatione*. Mutilação, aí, por encobrimento de eficácia da pretensão: encobrível, antes do exercício da exceção; encoberta, depois dele.

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 640. A – Legislação

O art. 970 do CC/1916 [revogado] corresponde parcialmente ao art. 882 do CC/2002, que utilizou o termo “obrigação judicialmente inexigível” no lugar de “obrigação natural” do CC/1916 [revogado]. O art. 1.187, I, do CC/1916 [revogado] equivale ao art. 564, I, do CC/2002. O art. 1.187, II, do CC/1916 [revogado] corresponde parcialmente ao art. 564, II, do CC/2002, que ressalta a hipótese de impossibilidade de se revogar por ingratidão as doações oneradas com encargo “já cumprido”. O art. 1.187, III, do CC/1916 [revogado] tem correspondência com o art. 564, III, do CC/2002. O art. 1.187, IV, do CC/1916 [revogado] equivale ao art. 564, IV, do CC/2002.

§ 640. B – Doutrina

A natureza jurídica das denominadas “obrigações naturais” é ainda ponto tormentoso na doutrina brasileira, para se limitar apenas a esta. A substituição do termo “obrigação natural” por “obrigação juridicamente inexigível”, ocorrida no art. 882 do CC/2002, não dirimiu *de lege data* as incertezas dogmáticas sobre o tema. A não conservação do art. 75 do CC/1916 [revogado] (“A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”) no Código de 2002 não serviu para desfazer as dúvidas sobre a natureza jurídica da obrigação natural. A referência a direitos que correspondem a uma ação liga-se à tradição imanentista do Código revogado, cujo marco processual era bastante antigo e não se havia favorecido com a enorme evolução doutrinária no século XX sobre a natureza pública do direito de ação. É insustentável a tese de que, ao retirar essa regra do ordenamento, o codificador teve em consideração as obrigações naturais.

É certo que ainda subsistem no Código Civil de 2002 a “obrigações naturais” no âmbito do jogo e da aposta (arts. 814 a 817 do CC/2002). Alguns doutrinadores entendem que essas obrigações adquirem sua juridicidade apenas no momento do cumprimento, antes se encontrando em um estado de latência (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. vol. 2, p. 57). A obrigação natural situar-se-ia numa zona cinzenta, entre as obrigações ditas jurídicas e aquelas ditas morais (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. vol. 2, p. 57).

Há, porém, os críticos dessa orientação e que conferem prestígio à tese de que a obrigação natural é jurídica, mas lhe falta somente a exigibilidade. A obrigação natural não se constitui em mero “dever moral ou social”, é *aliud* (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Atualizado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. 2, p. 31; WALD, Arnaldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 19. ed. com a colaboração dos Professores Semy Glanz, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti e Liliana Minardi Paesani. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 2, p. 13).

As controvérsias também dizem respeito à questão de saber se a dívida prescrita enquadra-se ou não na categoria das obrigações naturais. Considerando a dívida prescrita uma espécie do gênero de obrigação natural: “É a dívida prescrita uma das espécies das obrigações naturais. (...) Nelas incluem-se também as dívidas de jogo e as apostas” (MATHIAS, Carlos Fernando. *Código civil comentado: direito das obrigações, várias espécies de contrato (fiança, transação e compromisso), atos unilaterais: artigos 818 a 886*. Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2004. vol. 9, p. 159). Em sentido aproximado: WALD, Arnaldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 19. ed. com a colaboração dos Professores Semy Glanz, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti e Liliana Minardi Paesani. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 2, p. 13; NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*. 5. ed. Forense, 2010. vol. 2, p. 50; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 6. ed. Saraiva, 2009. vol. 2, p. 169 e s.; RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. 6. ed. Rio de

Janeiro: Forense, 2011. p. 64; MONTEIRO, João Baptista. Análise da teoria geral da prescrição, considerando se o fato, de direito positivo (direito brasileiro), de que a ação é definido como direito abstrato. *Revista de Processo*. vol. 26. p. 95 e ss. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1982). Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. Atualizado por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. 2, p. 28 a 33), com extensa argumentação, defende que as obrigações naturais ocupam um *tertium genus*, não sendo susceptíveis de caracterização como dever moral puro.

§ 640. C – Jurisprudência

Na jurisprudência, encontram-se julgados que consideram a pretensão prescrita como obrigação natural (STJ, REsp 622.165/PE, 1.^a T., j. 10.08.2004, rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 30.08.2004; reiterada em: STJ, AgRg no Ag 736.990/MG, 1.^a T., j. 03.05.2007, rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 31.05.2007; ver também STF, AgRg no AgIn 795.050/SP, 1.^a T., j. 07.02.2012, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 14.03.2012; STF, RE 104.655/PE, 1.^a T., j. 26.08.1988, rel. Min. Sydney Sanches, *DJU* 17.02.1989). A obrigação natural, por sua vez, é caracterizada como “sem direito de ação para sua exigibilidade” (STJ, REsp 1.032.846/RS, 3.^a T., j. 18.12.2008, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 16.06.2009). Há, porém, dificuldades em distinguir apropriadamente os âmbitos das obrigações naturais do que é chamado de “dever moral” (ver, *e.g.*, TJSP, ApCiv 137.925-1/0, 4.^a Câ., j. 01.08.1991, rel. Des. Penteado Navarro, *RT* 674/101), sendo as dívidas de jogo logo situadas no campo “moral” (TJDF, ApCiv 44.921/97, 2.^a Câ., j. 14.10.1999, rel. Des. Adelith de Carvalho Lopes, *RT* 763/105), logo no campo apenas da inexigibilidade (STJ, REsp 822.922/SP, 3.^a T., j. 06.03.2008, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJe* 01.08.2008; STJ, REsp 1.070.316, 3.^a T., j. 09.03.2010, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Min. Massami Uyeda, *DJe* 03.08.2010). A não exigibilidade parece, porém, ser o critério norteador para enquadrar obrigações no campo das naturais (acerca do art. 12 da Lei 1.060/1950, ver: STJ, REsp 1.153.163, j. 26.06.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 02.08.2012).

§ 640. D – Direito Comparado

A recepção da figura dogmática da *obligatio naturalis* do Direito Romano pelo Direito alemão, nos dias de hoje, restringe-se a duas categorias isoladas: (a) coretagem matrimonial (§ 656 do BGB); (b) jogos e as apostas (§§ 762 e ss. do BGB), conforme: ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations*. Oxford: Oxford University Press, 1996. p. 8.

Em decorrência disso, o âmbito de aplicação da norma do § 814 do BGB (2.^a alternativa), que estatui a exclusão da *condictio indebiti* para os casos de obrigações naturais ou hipóteses de “obrigações morais”, ficou também bastante reduzido (SCHWAB, Dieter. § 814. RIXECKER, Roland; SÄCKER, Franz Jürgen. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB*. 5. Auflage. C. H. Beck, 2009. § 814, I, 2.^a alínea, e 214, II, do 814, nota marginal 18). A menção expressa, nos §§ 814, I, 2.^a alínea, e 214, II, do