

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

Responsabilidade solidária da fabricante com fundamento na teoria da aparência, eis que a lojista é caracterizada como sua vendedora exclusiva. Solidariedade reconhecida com fundamento nos arts. 7.º, 20, 25, § 1.º e 34 do CDC. Dano moral comprovado na frustração das expectativas do autor em contrair matrimônio da forma como esperada” (TJSP, Ap. 0135770.21.2007.8.26.0001, 34.ª Câ. Dir. Priv., j. 06.02.2012, v.u., rel. Des. Soares Levada).

O STJ também editou a Súmula 381, versando sobre cláusulas contratuais abusivas em contrato bancário e a proibição de reconhecer *ex officio* a abusividade: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”. (cf. art. 2.035, parágrafo único, do CC/2002; art. 51, *caput*, do CDC).

Acerca das dimensões dos Direitos Humanos, tem o STF manifestado-se do seguinte modo:

Direitos de primeira geração. “Direitos de primeira geração (direitos civis e políticos), compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais e realçam o princípio da liberdade” (STF, MS 22164/SP, Pleno, v.u., j. 30.10.1995, rel. Min. Celso de Mello, DJU 17.11.1995).

Direitos de segunda geração. “Os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade” (STF, MS 22164/SP, Pleno, v.u., j. 30.10.1995, rel. Min. Celso de Mello, DJU 17.11.1995).

Direitos de terceira geração. “Os direitos de terceira geração materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade” (STF, MS 22164/SP, Pleno, v.u., j. 30.10.1995, rel. Min. Celso de Mello, DJU 17.11.1995).

## § 2.680. FIGURANTES DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

1. DEVEDOR E CREDOR. – O devedor tem de fazer ou de não fazer, de dar ou de não dar, que também são fazer e não fazer. Deve fazer, ou deve não fazer. (Algumas vezes, leis e juristas empregam a palavra “dever” em sentido mais largo: dever do comprador de apontar os defeitos, dever de apresentar o crédito à falência. Mas, aí, não há dever: quem deixa de apontar os defeitos da coisa comprada, ou de concorrer à falência, acarreta com a preclusão da ação redibitória e *quantum minoris*, ou sofre a consequência de comparecer à via recursal. Trata-se de ônus ou de incumbências.)

A relação jurídica a que correspondem os direitos reais recai sobre a coisa, a *res*, razão por que pode ser entre o titular do direito e todos: não tem de incidir em ato positivo ou negativo de determinada pessoa, o que a personalizaria. O poder, o senhorio exclusivo, sobre a coisa está ligado a isso. Na relação jurídica do direito pessoal há objeto que está no patrimônio do devedor e é *devido*, ou é *devido como ato do devedor*; na relação jurídica do direito real, o objeto já está no patrimônio do sujeito ativo, de jeito que os sujeitos passivos só devem a abstenção, o atendimento, o respeito. No patrimônio dêesses o objeto não está; está no patrimônio do sujeito ativo. Ao passo que, tratando-se de direitos de obrigação, está no patrimônio do credor a pretensão a que o objeto venha a êle. O objeto pode ainda não existir, ter de ser feito pelo devedor (contrato de obra ou de serviço, contrato de trabalho, encomenda de livro, ou de obra de arte).

2. DÍVIDA, CRÉDITO; OBRIGAÇÃO, PRETENSÃO. – É indiferente ver-se a relação jurídica do pólo ativo para o pólo positivo, ou dêesse para aquêle. Não há credor sem alguém que deva: nem devedor sem alguém a quem se deva. Pretensão é o poder exigir a prestação, ainda que se trate de pretensão à abstenção. O direito processual pôs em relêvo pretensões declaratórias e pretensões constitutivas, mas a pretensão oriunda de qualquer direito implica a pretensão à declaração dêesse direito, ou do direito e dela mesma, inclusive sòmente quanto à sua própria extensão e à extensão da sua eficácia.

O credor não é vinculado à obrigação. Vinculado é o devedor. O credor apenas está na relação jurídica, como sujeito ativo. Em todo caso, pode dar-se que terceiro tenha interêsse em que o credor exerça atos de salvaguarda do direito, da pretensão, ou da ação que lhe cabe, ou de exercício do direito, da pretensão, ou da ação. Não basta haver o interêsse, é preciso que, por efeito de negócio jurídico, ou por lei, o credor *tenha* de ser diligente, para que lhe nasça dever e obrigação perante o terceiro. Por aí já se vê que não existe, *a priori*, dever de resguardar direito, pretensão, ou ação, ou de exercê-los. A vinculação provém de outra relação jurídica, inclusive quando o credor se expõe a medidas fundadas no art. 675, II, do Código de Processo Civil, ou no art. 938 do mesmo Código.

Na diligência do credor pode ser interessado o próprio devedor, como se o que se deve e se há de prestar tem de ser gravado de inalienabilidade por imposição do próprio devedor, ou de outrem, a favor do devedor. Idem, se do devedor obteve o credor contrato de opção.

3. DEVER E OBRIGAÇÃO; CRÉDITO E PRETENSÃO. – Na linguagem vulgar, empregam-se um por outro os termos “crédito” e “pretensão”, “dívida” e “obrigação”, mas o jurista, se quer escapar a êrros graves, só os pode usar com a precisão que se há de esperar a tóda investigação científica. Inclusive para poder interpretar as leis, ou os decretos, nem sempre feitos por gente técnica.

Os créditos são direitos, direitos pessoais. Às vêzes, nas leis e nos livros se encontram expressões como “crédito real”, “dívida real”, mas havemos de recebê-las como elipses: “crédito (garantido por direito) real”, “dívida (garantida por direito) real”, ou “direito e garantia real incorporados em cédula”, ou “título em que se incorpora direito real de garantia”.

As pretensões reais irradiam-se de direitos reais; as pretensões pessoais, de direitos, que podem ser reais ou pessoais. Não se conhecem pretensões reais oriundas de créditos, direitos pessoais: conhecem-se direitos pessoais e pretensões pessoais a que se conferiu eficácia *erga omnes* (e. g., Código Civil, art. 1.197).

À relação jurídica de obrigação corresponde *pretensão*. Porém nem tóda pretensão é ligada a relação jurídica de obrigação. Há, por exemplo, as relações jurídicas de direito de família, como a pretensão à entrega da criança.

O crédito atribui ao credor o direito à prestação e faz o devedor “de-vê-la”. A pretensão consiste em poder exigir a prestação. Se o devedor ainda não prestou, tem o credor a pretensão, pretensão que, de regra, pode ser exercida com a tutela jurídica estatal. A ação é mais do que a pretensão, porque, com ela, não só se exige, *age-se*. Com a tutela jurídica estatal, a ação exerce-se segundo as espécies adequadas (declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva). Pode faltar a ação, ou a ação e a pretensão, e continuar de existir o crédito. Pode faltar a ação, e continuarem de existir crédito e pretensão. Pretensão e ação são *efeitos* do crédito.

Desde que o Estado verifica que o demandante tem interêsse na aplicação da lei ao caso que expôs, a necessidade da tutela jurídica determina que êle defira ou indefira o pedido. Se o juiz defere o pedido, o interêsse na prestação (que é outro conceito) tem valor; se não se trata de interêsse patrimonial, ainda assim cabe a *avaliação*. Por isso mesmo tem-se de afastar qualquer interpretação dos textos legais, ou qualquer atitude doutrinária, que exija das obrigações o serem de interêsse patrimonial para o credor. O que não pode ser objeto da prestação é o fazer ou o não fazer que esteja *imediatamente* ligado à personalidade, ao direito de família ou ao direito das sucessões.

O direito público também contém *direito das obrigações*, mas as regras jurídicas dêsse são próprias (publicísticas), pôsto que, por vêzes, coincidem com as do direito *privado* das obrigações (O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, II, 1.<sup>a</sup> ed., 195 s.; O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, III, 55). Por vêzes os atos de direito público penetram na esfera jurídica privada, mas os princípios constitucionais preestabelecem a reparação dos danos.

4. CRÉDITO, PRETENSÃO E AÇÃO. – Começa de existir o crédito desde o momento em que a prestação é *devida*. Prestação devida não é, necessariamente, prestação que se pode reclamar. Pretensão há desde o momento em que o titular do direito pode exigir a prestação.

¿Pode haver *obrigação* sem haver *dever* (dívida)? Noutros termos: ¿pode haver obrigação de alguém sem que haja direito de crédito? Por mais estranho que pareça, procurou-se, com a afirmativa, explicar situação como a do subscritor e emitente do título de crédito ao portador, a cujas mãos foi ter o título. Então, seria *obrigado* sem ter direito de crédito. Dar-se-ia o mesmo no caso de título endossável que houvesse voltado ao emitente ou ao aceitante. Quem levantou a questão foi R. VON JHERING (*Die passive Wirkung der Rechte, Jahrbücher für die Dogmatik*, 10, 454 s.; cf.: O. STOBBE, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, III, 210 s.; P. KRETSCHMAR, *Theorie der Confusion*, 44 s.). Faltaria, para R. VON JHERING, o direito, embora exista estado de sujeição ou limitação jurídica na qual pessoa ou coisa fica subordinada, ainda se não existe, no momento, titular que pudesse legitimar-se. A artificialidade ressalta. Não menos artificial foi a construção de O. STOBBE que aludia a direito que dorme. Ao têmos de expor a doutrina dos títulos circuláveis ao portador e à ordem, tivemos ensejo de mostrar que R. VON JHERING e O. STOBBE negligenciara a pesquisa científica do que se passa para desfazer contradição só aparente do sistema jurídico. A “relação jurídica sem sujeito”, a que se apegou E. I. BEKKER (*System*, I, § 18, 51 s.), foi tentativa desesperada de deixar a contradição como se fôsse inevitável. Tinha de ser refugada, por ser inconcebível relação sem pólos entre os quais se dê. Outros escritores, em desespero, viram pólo (sujeito) sem relação jurídica (e. g., HANS REICHEL, *Der Begriff der Frucht, Jherings Jahrbücher*, 42, 258), o que não é menos absurdo.

Se a pretensão não é satisfeita, surge a ação, que, de ordinário, tende, com o pedido de tutela jurídica, a *condenar* o demandado a prestar. À sentença condenatória segue-se a ação executiva de sentença. Pode ser que a

dívida seja, por si, título executivo, e então já se inicia a lide com a execução, tendo-se o título como hábil a incompleta cognição.

O credor tem pretensão contra o devedor, isto é, pode reclamar a prestação que lhe é devida e a que o devedor está na obrigação. Nessa relação, são sujeitos ativo e passivo êle e o devedor. A ação nasce do inadimplemento. O exercício da ação era entregue ao próprio credor, mas, tendo o Estado proibido, em princípio, a justiça de mão própria, monopolizou a justiça. O credor expõe o seu direito, aponta a pretensão e ação, que tem, e pede que o Estado cumpra a sua promessa de fazer ser respeitado o direito. Essa pretensão contra o Estado é inconfundível com a pretensão contra o devedor, *res in iudicium deducta*.

Quando o Estado reputa a causa, ou algum documento, inclusive a sentença, suficiente para a execução estatal, que é a única que êle admite, depois que proibiu a *ajuda própria* ofensiva, de que falamos (Tomo II, §§ 191-196, 218, 2), alia a essa condição de especialidade da causa ou certeza jurídica o conferimento de *pretensão a executar*, pretensão à tutela jurídica, como tôdas as outras. A certeza está longe de ser a mesma para todos os casos de eficácia executiva. A cognição da pretensão de direito material pode não ter sido definitiva, antecipando-se-lhe a execução; porque, em tais casos (raciocina o legislador), o que mais acontece é merecer o conferimento de efeito executivo o pedido, o documento ou a sentença. Alguma cognição há; não há completa. As razões que tem o legislador para antecipar a executividade, ou advém da natureza da obrigação e da cártula em que se inscreve (1), ou da natureza circulatória do título (2), como se dá com os títulos cambiários, ou devido à pessoa do credor e ao valor probante dos seus escritos (3).

Nas espécies (1), o efeito executivo é *superficial*; nas espécies (2), *parcial* ou *com ressalva*, porque só se admitem algumas exceções do réu; nas espécies (3), a particularidade é subjetiva, salva a defesa do devedor (*processo, já evoluído, injuncional*). A parcela de cognição, com que se começa, justifica, no plano da construção jurídica, que se “adiante” ao autor a prestação jurisdicional de execução. “Parcela”, dissemos, para que o termo possa compreender (a) o simples adiantamento (*cognição adiantada*), correspondente à provisoriedade característica da execução, (b) a *cognição parcial* (quer dizer “salvo” exceções admitidas), (c) a *cognição de primeiro exame* ou *superficial*, (d) a *cognição injuncional*.

Em qualquer dêsses processos, há cognição, maior ou menor, pôsto que *incompleta*; em todo caso, menor do que a operada na execução de