

A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação

Carlos Nelson KONDER*

Pablo RENTERÍA**

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais: a funcionalização das relações obrigacionais; – 2. O debate sobre o objeto da obrigação: as teorias personalista e patrimonialista; – 3. A produção do resultado útil como momento de realização da função da obrigação. Crítica ao conceito de obrigação de meios; – 4. A patrimonialidade do comportamento humano objeto da obrigação; – 5. Rumo à superação do formalismo no direito das obrigações.

RESUMO: O artigo busca analisar as características da relação obrigacional a partir da perspectiva funcional, em especial o seu objeto – a prestação-comportamento. Neste particular, são analisadas as teorias acerca do papel do interesse do credor e do resultado útil na configuração da prestação e sobre a sua eventual patrimonialidade, assim como as conseqüências destas teorias para a despatrimonialização do direito civil.

PALAVRAS-CHAVES: 1. Obrigação. 2. Prestação. 3. Interesse do credor. 4. Resultado útil. 5. Patrimonialidade.

ABSTRACT: *This article seeks to analyse the characteristics of the obligational relation from a functional perspective, especially its object – the performance-behavior. In this aspect, one analyses the theories about the role of creditor's interest and useful result in the configuration of the performance and its eventual patrimony, as well as the consequences of those theories towards the de-patrimonialization of private law.*

KEYWORDS: *1. Obligation. 2. Performance. 3. Creditor's interest. 4. Useful result. 5. Patrimony.*

1. Considerações iniciais: a funcionalização das relações obrigacionais

A relação obrigacional somente pode ser corretamente compreendida quando examinada sob seu perfil estrutural e sob o funcional.¹ A doutrina tradicional, dentro de uma perspectiva voluntarista, definia a tutela da obrigação a partir de uma análise

* Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor da PUC-Rio e da UERJ.

** Doutorando em Direito Civil pela UERJ. Professor da Pós-Graduação em Direito Privado Patrimonial da PUC-Rio.

¹ Pietro Perlingieri ressalta que essa separação é apenas didático-sistemática, pois a correta compreensão do ato de autonomia pressupõe sempre a combinação dos dois perfis. Cf. Pietro PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 1997, p. 348.

estritamente estrutural, ou seja, mediante a identificação dos sujeitos (quem) e daquilo que se prometeu (o quê).² Neste contexto, a análise da função jurídica teria uma importância secundária, surgindo pontualmente naquelas hipóteses em que a lei expressamente chamasse o intérprete a considerar o interesse do credor, como, por exemplo, na apreciação da legitimidade do pagamento realizado por terceiro ou da possibilidade de o devedor purgar a mora, realizando a prestação depois de vencida a dívida.

Contudo, a doutrina mais moderna, reconhecendo a insuficiência da análise exclusivamente estrutural, destaca que a disciplina da relação obrigacional deve partir prioritariamente da investigação das finalidades que as partes perseguem com o cumprimento da obrigação.³ A própria razão para o ordenamento tutelar determinada relação obrigacional passa pela apreciação da legitimidade das suas finalidades, exigindo-se, nesse sentido, que o interesse do credor no cumprimento da obrigação seja digno de tutela. Afinal, não se pode admitir que o devedor consinta em despojar-se de parte de sua liberdade, contraindo uma obrigação perante o credor, se não for para atender um interesse considerado, à luz dos valores que informam o ordenamento jurídico, merecedor de tutela.⁴

Nesses termos, a obrigação deixa de ser concebida com um fim em si mesmo para ser valorada, na sua essência, como um instrumento de cooperação social para a satisfação de certo interesse do credor.⁵ Esta sua função jurídica orienta todo o desenvolvimento

² Marcante dessa concepção estritamente estrutural é a decomposição da relação obrigacional em (i) elemento subjetivo, (ii) elemento objetivo e (iii) vínculo jurídico, a qual pode ser encontrada em muitos manuais de direito civil. Veja-se, por todos, Caio Mário da Silva PEREIRA. *Instituições de direito civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 10 e ss.

³ Destaca Fernando NORONHA (*Direito das obrigações*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 16): “Os elementos constitutivos da relação obrigacional e o seu conteúdo não são suficientes para termos uma idéia perfeita desta. Para cabal compreensão do conceito de obrigação, é preciso ter em conta para que esta serve. Todo direito tem uma função, ou finalidade, que justifica a sua existência e a sua tutela jurídica. A finalidade da obrigação é a satisfação de um interesse do credor, mas que tem de ser legítimo, isto é, sério e útil”.

⁴ Nessa direção, Pietro PERLINGIERI: “*L’interesse del creditore è, innanzitutto, indispensabile per la stessa nascita del rapporto. Altrimenti non si giustificerebbe neppure l’imposizione al debitore di un vincolo che ne limiti e ne comprima la libertà; il nostro sistema, infatti, non ne ammette restrizioni, se non in ragione ed in funzione della realizzazione di interessi altrui considerati preminenti*” (*Manuale*, cit., p. 220).

⁵ Na lição clássica de Andreas VON TUHR: “*La obligación tiene por contenido aquella prestación que el acreedor puede reclamar y el deudor tiene que cumplir. Por prestación entendemos el acto del deudor que ha de redundar en beneficio del acreedor y que consiste las más de las veces, en producir y ponderar a disposición de éste un resultado material*” (*Tratado de las obligaciones*, tomo I. Madrid: Reus, 1934, p. 33). Não se quer dizer com isso que a disciplina da relação obrigacional não deve considerar outros interesses, seja do próprio devedor ou de terceiros, mas, como anota Pietro Perlingieri, ao interesse do credor, essencial e imprescindível, se deve conceder a necessária prioridade na especificação da disciplina da concreta relação obrigacional: “*L’attuazione del rapporto obbligatorio, oltre all’interesse del creditore, può realizzare anche interessi giuridicamente rilevanti del debitore. Ovviamente una considerazione prioritaria e prevalente deve essere riservata all’interesse creditorio, il quale, non a caso, è inserito nella*

da relação obrigacional até o momento de sua extinção, servindo, em particular, de parâmetro para a valoração do comportamento das partes, que são chamadas, de acordo com a cláusula geral da boa-fé objetiva, a colaborarem mutuamente para a plena realização dos seus legítimos interesses.⁶

Chega-se, portanto, à concepção pluralista e dinâmica da relação obrigacional, que supera a concepção tradicional, marcadamente formalista e abstrata. A obrigação é relação jurídica cujo conteúdo, variável e complexo, se define no caso concreto em função dos legítimos interesses a serem tutelados – especialmente o do credor – e se vai constituindo pelos diversos deveres acessórios de conduta que completam e integram o núcleo central, composto pelo dever de prestar do devedor e pelo direito de exigir a prestação do credor.

Trata-se também de uma concepção que não restringe sua atenção ao aspecto patológico da obrigação. Diferente da concepção tradicional, cujo foco está centrado no inadimplemento – a ponto de se buscar definir as características da obrigação com base nas conseqüências do seu descumprimento, como se verá adiante – constrói-se hoje uma análise da relação obrigacional norteadas pelo adimplemento, que “atrai e polariza a obrigação”.⁷ A leitura das obrigações torna-se assim mais adequada à idéia de que o direito não se resume à sua função repressora, pautada pelo binômio lesão-sanção, mas possui igualmente – e prioritariamente – uma função promocional, verdadeira tarefa “civilizatória”, responsável pela transformação do *status quo*.⁸ Sob esta perspectiva é que se propõe, no presente trabalho, analisar o objeto da relação obrigacional e os atributos que lhe são pertinentes.

previsione normativa (1174) fra gli elementi essenziali del rapporto obbligatorio” (Pietro PERLINGIERI. *Manuale*, cit., p. 220).

⁶ Na doutrina brasileira, a necessidade de se adotar uma perspectiva funcional para operar a concreta incidência do princípio da boa-fé objetiva é enfatizada por Gustavo TEPEDINO e Anderson SCHREIBER: “A busca dos limites ao conteúdo dos deveres criados pela boa-fé tem início e fim no seu próprio conceito. De fato, basta lembrar que os deveres criados pela boa-fé são deveres anexos às prestações estabelecidas no contrato. Voltam-se, portanto, para aqueles interesses comuns às partes, objetivamente consagrados no contrato (...). É, portanto, a própria função social e econômica do contrato que deve servir de limite à incidência da boa-fé objetiva” (A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In Gustavo Tepedino. *Obrigações*. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38).

⁷ São as célebres palavras de Clóvis V. do Couto e SILVA. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 17.

⁸ Cf. Norbert BOBBIO. La funzione promozionale del diritto. In *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Comunità, 1977, p. 13 e ss. Na doutrina nacional, v. Maria Celina Bodin de MORAES. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, vol. 779, 2000, p. 64, e o ensaio pioneiro de Gustavo TEPEDINO. Pelo princípio de isonomia substancial na nova constituição - Notas sobre a função promocional do direito. *Atualidades Forenses*, n. 112, ano 11 (1987), pp. 30-35.

2. O debate sobre o objeto da obrigação: as teorias personalista e patrimonialista

Pode-se dizer, sem exagero, que a determinação do objeto da relação obrigacional constitui a mais debatida controvérsia no estudo da fisionomia da relação obrigacional, a respeito da qual disputam as teorias personalistas e patrimonialistas. Toda a questão cinge-se em saber se o objeto da obrigação se constitui no comportamento devido pelo obrigado, como querem os personalistas, ou no bem prometido, isto é, no resultado útil esperado pelo credor, tal como defendem os patrimonialistas.

A controvérsia pode ser compreendida a partir da formulação original de Savigny, que definiu a obrigação como espécie de propriedade do credor *sobre* o ato do devedor.⁹ Concebia, desse modo, justapostos no objeto da obrigação, o elemento pessoal (ato do devedor) e o patrimonial (direito sobre o ato). A difícil conciliação entre os dois elementos suscitou reações antagônicas, surgindo, de um lado, a teoria clássica personalista¹⁰ e, de outro, a teoria patrimonialista, que encontrou a sua mais acabada formulação na doutrina germânica do final do século XIX.¹¹

A evolução histórica da responsabilidade, que deixou de recair sobre a pessoa do devedor para atingir apenas o seu patrimônio, fez com que a doutrina, atenta ao fato de que o devedor não poderia mais ser coagido a prestar contra a sua vontade, voltasse as suas atenções para o patrimônio do devedor, o qual representava, em última instância,

⁹ Como afirma J. M. Antunes VARELA: “Foi Savigny quem considerou a obrigação uma forma especial de propriedade do credor, não sobre toda a pessoa do devedor, como no antigo instituto da escravatura, mas sobre um dos seus actos, à semelhança do que sucede nos *iura in re aliena*. Através do vínculo criado entre os sujeitos da relação, entende o insigne romanista que o *acto devido* transita da esfera da *liberdade* do devedor para o *domínio* (real) da vontade do credor” (*Das obrigações em geral*, vol. 1, 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 133-134). Segundo Adolfo Di MAJO, a concepção da relação obrigacional formulada por Savigny é fortemente calcada naquela do direito de propriedade, o que resulta da tentativa de Savigny de elaborar um sistema único de direitos patrimoniais privados, onde as diversas relações jurídicas poderiam ser reconduzidas a figuras comuns (Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176. In: Francesco Galgano (a cura di). *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Bologna: Nicola Zanichelli, 1988, p. 8).

¹⁰ Concepção personalista que pode ser encontrada em Carlo CROME: “*Intendiamo per oggetto dell’obbligazione la prestazione, ad ottenere la quale tende il diritto del creditore. La prestazione come oggetto dei diritti di credito possono essere tanto diverse quanto fra loro diversificano le azioni umane*” (*Teorie Fondamentali delle Obbligazioni nel Diritto Francese*, Tradução italiana de Ascoli e Cammeo. Milano: Società Editrice Libreria, 1908, p. 30). E o autor adverte que “*secondo un modo di dire molto comune nella vita quotidiana oggetto dell’obbligazione sarebbe piuttosto la cosa cui la prestazione si riferisce (di cui può pretendersi in virtù del diritto di credito la consegna in possesso, in proprietà od in uso (livrer, consegnare) o il risultato del fatto, cui il debitore è tenuto. Questa è una concezione non giuridica*” (p. 30, nota 1). Na mesma linha, Giorgio GIORGI: “*Nell’oggetto, la obbligazione differisce da qualsivoglia altro diritto. Non una cosa, come nei diritti patrimoniali di proprietà; ma una prestazione, un servizio, ecco ciò che unicamente può costituire l’oggetto di una obbligazione. Per dirlo con altre parole, un fatto positivo o negativo, che il debitore deve attuare in vantaggio del creditore*” (*Teoria Delle Obbligazioni*, vol. I. Firenze: Fratelli Cammelli, 1924, p. 253).

¹¹ O principal representante desta corrente de pensamento é o jurista alemão Brinz. “*Cependant, la véritable révision du concept d’obligation date de Brinz, considéré très généralement comme l’inspirateur de toutes les théories modernes*” (Ibidem, p. 5).

a garantia de satisfação do interesse do credor.¹² Nessa linha de argumentação, “perante o dever de prestar, o credor não goza de mais que uma pura *expectativa* do cumprimento”,¹³ somente a agressão sobre o patrimônio do devedor aos fins da execução revela a essência do seu direito de crédito. Em contrapartida, a posição jurídica do devedor restaria reduzida, nesse esquema conceitual, ao estado de pura sujeição, devendo tolerar que o credor se introduza na sua esfera jurídica para retirar o bem ou a utilidade prometida.¹⁴

Os partidários desta concepção procuravam no objeto da obrigação aquilo que efetivamente satisfazia a pretensão do credor e acabaram por identificá-lo com os bens compreendidos no patrimônio do devedor, porque, ainda que este último não cumprisse espontaneamente a prestação, os seus bens proporcionariam ao credor o resultado útil equivalente àquele que esperava obter com o cumprimento da obrigação. Afirmam, nesse sentido, que a obrigação, na sua essência, não traduz o débito, mas a responsabilidade do devedor decorrente do descumprimento do débito.¹⁵ Alguns chegam, nessa esteira, a conceber a obrigação como “relação entre patrimônios”:

Hoje, não é já a pessoa que deve à pessoa; é o patrimônio que deve ao patrimônio, não sendo o devedor e o credor mais do que os representantes jurídicos dos seus bens.¹⁶

A comprovação desta concepção patrimonial da relação obrigacional, alegam os seus defensores, exsurge do próprio direito positivo, em particular dos diversos meios que o ordenamento coloca à disposição do credor para satisfazer o seu crédito independentemente da atuação do devedor,¹⁷ tal como a possibilidade de se mandar cumprir por terceiro a obrigação de fazer fungível (CC, art. 249; CPC, art. 461) ou a

¹² Como explica Pietro PERLINGIERI: “*La ragione de tale concezione risiede nella diffusa sfiducia nei confronti della cooperazione del debitore, ingeneratasi a séguito della soppressione – avvenuta nella seconda metà dell’ottocento – dell’istituto dell’arresto personale per debiti. Si consolida così la convinzione che non si possa fare alcun affidamento sulla ‘spontanea’ esecuzione della prestazione, per la soddisfazione dell’interessse del creditore, data l’incoercibilità del comportamento del debitore. L’attenzione finisce, inevitabilmente, per essere spostata sul patrimonio del debitore sul quale soltanto il creditore potrebbe esercitare utilmente la sua pretesa*” (Manuale, cit., p. 216).

¹³ J. M. Antunes VARELA, *Das obrigações*, cit., pp. 133.

¹⁴ Pietro RESCIGNO. *Obbligazione (nozioni generali)*. In: *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIX, Milano: Giuffrè, 1979, p. 182).

¹⁵ Adolfo Di MAJO. *Delle obbligazioni*, cit., p. 101). Fábio Konder COMPARATO, ao examinar a concepção de Brinz da obrigação, ressalta: “*On peut donc dire, em schématisant, que selon cette conception il n’y a pas dans l’obligation un personne qui doit, mais qu’il y a plutôt quelqu’un ou quelque chose qui répond*” (*Essai d’analyse dualiste de l’obligation en droit privé*. Paris: Dalloz, 1964, p. 10).

¹⁶ Eugène GAUDEMET. *Théorie Générale des Obligations*. Paris: Sirey, 1965, p. 23.

¹⁷ É o que exemplifica Pietro RESCIGNO: “*In particolare gli istituti dell’adimpimento del terzo (art. 1180) e dell’esecuzione forzata in forma specifica (art. 2930 ss.) sono stati invocati per mettere in luce l’indifferenza del sistema al momento della condotta del debitore e alla circostanza che essa sia effettivamente osservata, e per giustificare una nozione dell’oggetto costruita sul ‘bene’ dedotto nel rapporto obbligatorio, e quindi sul conseguimento del bene da parte del creditore anche al di fuori di contro la volontà e l’attività dell’obligato*” (*Obbligazine (nozioni generali)*, cit., p. 182).

execução judicial que tenha por objeto obrigações pecuniárias ou de emitir uma declaração de vontade (CPC, arts. 466-A, 466-B e 646). Estes mecanismos, dentre outros, evidenciariam que o objeto da obrigação se consubstancia no resultado útil esperado pelo credor, e não já no comportamento devido pelo obrigado.

A construção teórica, no entanto, foi objeto de críticas vigorosas. A tentativa de estabelecer uma relação direta entre o credor e os bens que compõem o patrimônio do devedor, como se fosse uma espécie de direito de propriedade, suprime, como elemento da fisionomia da relação obrigacional, a atividade do devedor, sem atentar para que a relação obrigacional traduz essencialmente um fenômeno de cooperação social.¹⁸ Conforme ressalta Pietro Perlingieri:

[A teoria patrimonialista] reserva à prestação um papel tão marginal que o comportamento do devedor não constituiria mais o antecedente lógico necessário para a atuação do interesse do credor, mas um entre vários possíveis instrumentos mediante os quais o credor poderia, com indiferença, conseguir o mesmo resultado.¹⁹

Com efeito, esta concepção, profundamente ancorada numa perspectiva que, na análise da relação jurídica, sobrepõe o momento patológico ao fisiológico normal,²⁰ revela-se insuficiente para compreender o sem número de débitos que, na vida corrente, são cumpridos espontaneamente pelo devedor, sem a necessidade de se recorrer às vias judiciais de tutela do crédito. Nesse tocante, as teorias patrimonialistas são, de toda parte, repreendidas por expressarem uma *lógica pan-processualista* que, confundindo a substância da obrigação com os meios subsidiários de tutela do crédito em caso de descumprimento, se encontra na contramão da tendência mais moderna no sentido de

¹⁸ Esta a crítica formulada por Pietro RESCIGNO: “*L’ideologia e le ambizioni costruttive delle dottrine ‘patrimoniali’ sono ora largamente superate, e gli istituti su cui esse cercano di fondarsi positivamente si inquadrano in un discorso che non tocca l’oggetto dell’obbligazione. Il modello ‘dominativo’ racchiuso nella proprietà e nei diritti reali non appare necessario a disegnare la trama di tutti i rapporti giuridici; al contrario, sono proprio la cooperazione tra i soggetti e la situazione di potere e di dovere corrente tra soggetti determinati, e non già la possibilità di trarre immediata utilità dalle cose o dalle (attività di) persone, a fornire lo schema del rapporto giuridico*” (*Obbligazione (nozioni generali)*, cit., p. 182).

¹⁹ Pietro PERLINGIERI. *Manuale*, cit., p. 216.

²⁰ Esta a crítica formulada, dentre outros, por Francesco Donato BUSNELLI. *La lesione del credito da parte di terzi*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 23-24: “*Invero, si há l’impressione che, così replicando, si contravvenga ad un criterio metodologico fondamentale, pur vigorosamente sostenuto (e puntualmente osservato in altra parte dello stesso contesto): e, cioè, al criterio, secondui cui, per scoprire l’essenza di un istituto, occorre rifarsi alle sue caratteristiche fisiologiche e non già lasciarsi attrarre dal suo eventuale aspetto patologico. Ora, quando si vuol desumere l’irrelevanza giuridica della pretesa del creditore dalla possibilità che, comunque, il debitore non adempia, si tiene conto, appunto – elevandola, per così dire, a situazione tipica o normale –, di una vicenda patologica del rapporto obbligatorio, quale è data dalla (possibilità di) violazione del credito: ipotesi, in presenza delle quale, al creditore restano aperte le vie processuali per la tutela del suo credito insoddisfatto*”.

se valorizar a função promocional da relação obrigacional.²¹ Até mesmo os meios conducentes à responsabilidade patrimonial do devedor devem ser valorados a partir da função *preventiva* que exercem ao estimular o cumprimento espontâneo da prestação prometida.²²

Em suma, não obstante a inegável importância prática dos meios de tutela judicial do crédito, deve-se reconhecer, todavia, a sua limitada pertinência para o exame do objeto da relação obrigacional.

Por essas razões, prevalece na doutrina atual a concepção personalista da obrigação, de acordo com a qual, o objeto da obrigação consiste sempre na *prestação-comportamento*,²³ pois “até mesmo a abstenção, tal como a atividade de dar ou de fazer constitui um ‘tipo’ de conduta”.²⁴ No entanto, à diferença da teoria personalista clássica, a atual procura livrar a relação obrigacional da ótica proprietária, tão arraigada na cultura jurídica, que, como visto, concebe o direito do credor como espécie de propriedade *sobre* o ato do devedor. Como já se observou, o credor tem direito à prestação, isto é, o de exigir do devedor a necessária cooperação para a satisfação do seu interesse.²⁵

²¹ Assim critica Adolfo di MAJO as teorias patrimonialistas, que “*possono definirsi ispirate ad una logica panprocessualistica perché tendono, in buona sostanza, a commisurare l’oggetto dell’obbligazione a ciò che, attraverso il processo, è concretamente possibile ottenere*” (Delle obbligazioni, cit., p. 103).

²² Ainda de acordo com Adolfo di MAJO a concepção patrimonialista da obrigação “*non sembra in linea com una evoluzione dell’obbligazione che tende ad accentuare la funzione anche ‘propulsiva’ o ‘motivazionale’ del ‘dover prestare’ e cioè lo stimolo ad adempiere che sul debitore esercita l’obbligazione (funzione etica dell’obbligazione) e che, d’altro canto, tende ad assegnare un ruolo ‘residuale’ al meccanismo della ‘responsabilità patrimoniale’ (art. 2740 c.c.), essendo invece in primo piano la condanna ‘all’esato adempimento’ (arg. ex art. 1218 c.c.)*” (Ibidem, p. 84).

²³ Na lição de Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP e Martín WOLFF (*Derecho de Obligaciones*, t. 2. Tradução espanhola de Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1947, p. 4); “*El deber del deudor se dirige a una acción o una omisión: una acción, por ejemplo, procurar un derecho o hacer una prestación de servicios; una omisión, por ejemplo, abstenerse de actos de competencia, de una determinada influencia sobre la cosa propia o tolerar una influencia del acreedor. A ambas las cosas se les llama prestación y por esto se define el crédito diciendo que es el derecho del acreedor, y por esto se define el crédito diciendo que es el derecho del acreedor, contra un determinado deudor, a una prestación*”. Cf., na mesma linha, Karl LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, t. 1. Tradução espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 20. Nesta linha, Pietro PERLINGIERI, *Manuale*, cit., p. 218; Adolfo di MAJO. Delle obbligazioni, cit., p. 90; Alberto TRABUCCHI, *Instituzioni di Diritto Civile*, 34^a ed, Torino: Milano, p. 479; J. M. Antunes VARELA, *Das obrigações*, cit., p. 154; Clovis BEVILAQUA. *Direito das obrigações*. Campinas: Red Livros, 2000, p. 43; J. M. Carvalho SANTOS. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XI, 9^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 13; Caio Mário da Silva PEREIRA. *Instituições*, cit., p. 13; Miguel Maria de Serpa LOPES. *Curso de Direito Civil*. Obrigações em Geral, vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 8; Fernando NORONHA. *Direito das obrigações*, cit., p. 36.

²⁴ Pietro RESCIGNO. *Obbligazioni (nozioni generali)*, cit., p. 184.

²⁵ “*El derecho de crédito, por el contrario, no confiere al titular un señorío directo ni sobre la persona del deudor, ni sobre su actividad (el acto de la prestación), ni aun sobre el objeto que el deudor ha de entregar al acreedor (el objeto de la prestación). No se trata de un derecho ‘sobre’ una cosa determinada, sino de un derecho ‘contra’ determinada pessoa*” (Karl LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, cit., p. 25 . Cf. ainda J. M. Antunes VARELA, *Das obrigações* , cit., p. 135; Pietro RESCIGNO. *Obbligazioni (nozioni generali)*, cit., p. 185).

3. A produção do resultado útil como momento de realização da função da obrigação. Crítica ao conceito de obrigação de meios

Por outro lado, a perspectiva, aqui adotada, não procura excluir ou reduzir a importância do resultado útil para a compreensão da relação obrigacional. Com efeito, toda obrigação se volta a proporcionar, com o adimplemento, o resultado útil que consubstancia a satisfação do interesse do credor. Importa ressaltar, contudo, que a produção do resultado útil é um efeito do adimplemento, devendo-se, a todo custo, evitar a orientação, acima criticada, que o confunde com a conduta do devedor, que forma a prestação devida.

As implicações desta perspectiva tornam-se claras quando se toma, por exemplo, a controversa distinção entre obrigações de meios e de resultado. Corrente doutrinária de prestígio concebe as obrigações de meios, nas quais o devedor se compromete a envidar todos seus esforços em vista a certa finalidade, como obrigações desprovidas de resultado útil. É o que sustenta, dentre outros, o jurista italiano Emilio Betti:

[na obrigação de meios] trata-se apenas de desempenhar uma atividade, em geral, de observar uma linha de conduta no interesse do credor: que a conduta a ser observada proporcione um efeito útil, isto é algo que não diz respeito ao devedor, mas somente ao credor. Assim, se a causa confiada ao patrocínio de um advogado não é ganha, a atividade profissional foi, de todo modo, desempenhada no benefício do credor e, conseqüentemente, a cooperação devida foi cumprida porque o que era devido não era o resultado útil da atividade, resultado este que não poderia estar à disposição do patrono, mas somente uma conduta de cooperação.²⁶

No mais completo estudo dedicado ao assunto da doutrina brasileira,²⁷ Fábio Konder Comparato sustenta, em sentido semelhante, que, nas obrigações de meios, o devedor não promete ao credor a produção de um resultado útil.²⁸

O exemplo do contrato de prestação de serviços médicos, mencionado pelo autor, revela as implicações teóricas do raciocínio. Diz o autor que “o paciente que procura um médico deseja obviamente o restabelecimento de sua saúde, mas este resultado,

²⁶ Emilio BETTI, *Cours de droit civil comparé des obligations*, Milano: Giuffrè, 1958, p. 32.

²⁷ Fábio Konder COMPARATO. Obrigações de meios, de resultado e de garantia. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 386. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 1967, p. 26-35. Este artigo retoma substancialmente a pesquisa desenvolvida pelo autor na sua tese de doutorado, publicada na França: Fábio Konder COMPARATO. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris: Dalloz, 1964.

²⁸ *Ibidem*, p. 31.

embora seja a causa essencial do contrato, não pode constituir o objeto do pactuado”.²⁹ Veja-se, portanto, que, de acordo com essa acepção das obrigações de meios, o resultado útil da obrigação do médico, entendido como a cura do paciente, deixa de ser um efeito intrínseco do adimplemento da respectiva obrigação, tendo em vista que o médico pode cumprir a sua obrigação, agindo com máxima diligência, sem, contudo, conseguir restabelecer a saúde do paciente.

Em outras palavras, chega-se, com este raciocínio, à conclusão de que o cumprimento da prestação não produz necessariamente um resultado útil em favor do credor. O médico pode cumprir a sua obrigação, liberando-se do vínculo, sem que tenha proporcionado o resultado útil supostamente esperado, isto é, a cura do paciente. A este respeito, Clóvis do Couto e Silva menciona a “situação paradoxal”, onde a obrigação se extingue pelo cumprimento, ainda que não tenha cumprido o seu fim:

De alguns negócios jurídicos brotam obrigações cujo adimplemento se pode considerar realizado, ainda que não se obtenha o fim do contrato e mesmo que não se tenha verificado o obstáculo da *vis major*. Os autores franceses, os primeiros que observaram esse fenômeno, denominaram e dividiram as obrigações em ‘de meios e de resultado’. Essa distinção tem sido objeto de críticas. De qualquer forma, seve bem para caracterizar a existência de certos deveres em cujo processo a obtenção do fim, embora certamente desejada, não constitui, por si só, critério para verificar se houve, ou não, adimplemento. A situação pode parecer paradoxal; se atentarmos, porém, para a espécie de contratos em que se podem manifestar as denominadas ‘obrigações de meios’, já veremos as razões pelas quais o direito assim as disciplina.³⁰

Justamente por representar o momento de realização da relação obrigacional, não se pode admitir, nem mesmo nas obrigações de meios, que o adimplemento não tenha por efeito intrínseco proporcionar ao credor o resultado útil, que, satisfazendo o seu interesse, justifica a extinção da obrigação.³¹ Sustentar o contrário traduz, mais do que um curioso paradoxo, inaceitável incongruência, à qual a dogmática jurídica não pode

²⁹ Ibidem, p. 29. Do mesmo modo, “na advocacia judicial, por exemplo, o advogado não pode se obrigar a obter ganho de causa para o seu constituinte, pois este resultado depende normalmente (e não apenas acidentalmente) de circunstâncias alheias à sua vontade” (Ibidem, p. 30).

³⁰ Clóvis V. Couto e SILVA. *A obrigação como processo*, cit., p. 64.

³¹ Assim ressalta Adolfo Di Majo: “*Il rilievo del risultato, nel quadro dell’esatto adempimento, è segno della rilevanza dell’interesse creditorio, nel suo aspetto di interesse soddisfatto e/o realizzato. Il che significa che la presenza dell’interesse creditorio non condiziona soltanto la nascita dell’obbligazione ma anche l’adempimento di essa, nel senso di termine necessario e indeclinabile rispetto al quale si commisura l’esatto adempimento*” (Delle obbligazioni, cit., p. 95).

se contentar. Concebida a obrigação de meios como relação que pode surgir, desenvolver-se e, finalmente, com o cumprimento, extinguir-se, sem que disto resulte qualquer vantagem para o credor, caberia, a propósito, indagar por qual razão tal vínculo jurídico seria tutelado pelo ordenamento jurídico. Afinal, “o ordenamento jurídico permite que aos sujeitos sejam impostos deveres em face de outros sujeitos somente enquanto isto seja socialmente útil, isto é, enquanto o adimplemento do dever possa satisfazer o interesse da coletividade em geral, ou satisfazer, pelo menos, o interesse de um sujeito determinado”.³²

Em vasto e erudito estudo sobre a classificação das obrigações em de meios e de resultado, Luigi Mengoni considera que não faz sentido conceber uma obrigação que não se direcione no sentido de produzir uma utilidade para o credor:

A relação obrigacional traduz essencialmente um ‘dever dar’ e um ‘dever receber’ funcionalmente complementares, já que não faz sentido uma obrigação na qual não tenha por referência um comportamento produtivo de uma utilidade destinada ao credor. Esta utilidade é precisamente o resultado devido, o bem assegurado pelo direito de crédito.³³

O equívoco, segundo Mengoni, se deve à má compreensão dos conceitos de ‘meio’ e ‘resultado’, que são tomados, sem cautela, como valores absolutos. Com efeito, um fato considerado como meio em vista a um fim ulterior pode representar, por sua vez, um resultado quando valorado como o fruto de uma série de atos anteriores. Nesse sentido, o tratamento médico se constitui, de um lado, no meio para se alcançar a cura do paciente, mas, de outro lado, pode ser considerado como o resultado da prestação médica quando se tem em vista que a finalidade própria a esta obrigação consiste em dispensar ao paciente os devidos cuidados terapêuticos.³⁴ Desse modo, o equívoco dos

³² Michele GIORGIANNI. *Obbligazione (Diritto Privato)*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1957, p. 587.

³³ Luigi MENGONI. *Obbligazioni ‘di risultato’ e obbligazioni ‘di mezzi’*. In: *Revista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, t. 1. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1954, p. 188). Na mesma direção, Adolfo di MAJO: “*Che la prestazione, intesa come comportamento del debitore, abbia un necessario ancoraggio a beni od utilità economiche appare scontato. A prescindere dalle prestazioni consistenti nel dare qualcosa (e si tratti di cosa determinata o di cose fungibili), anche le prestazioni consistenti nel fare (o nel non fare) hanno riguardo ad utilità oggettive che si intendono assicurare al creditore. La categoria, di estrazione dottrinale, delle c.d. obbligazioni di mezzi o di attività (v. prestazione del professionista) non deve trarre in ingano*” (Delle obbligazioni, cit., p. 90).

³⁴ “*Sta qui l’obiezione più grave contro le terminologie in esame. Esse non tegono conto della relatività dei concetti di mezzo e di risultato. Un fatto valutato come mezzo in ordine a un fine successivo, rappresenta già un risultato quando sia considerato in se stesso, come termine finale di una serie teleologica più limitata. La cura del medico sono un mezzo per la guarigione del malato, ma sono un risultato se lo scopo preso in considerazione è quello di essere curato. Una distinzione delle obbligazioni che enunci l’idea del risultato dovuto con riguardo a una categoria, ha il grave difetto di lasciar credere che, nei rapporti appartenenti alla categoria opposta, oggetto del diritto di credito sia un contegno del debitore, per se considerato*” (Luigi MENGONI. *Obbligazioni ‘di risultato’*, cit., p. 187-188).

autores, que concebem as obrigações de meios como desprovidas de utilidade, está na incorreta identificação do resultado útil a ser proporcionado com o adimplemento destas obrigações. No caso do médico, este não se constitui na cura do paciente – evento que se encontra, sem dúvida, fora da órbita do vínculo obrigacional – mas na realização do melhor tratamento terapêutico que, com base na sua experiência e conhecimento, o médico é capaz de oferecer ao paciente.

Como se vê, até mesmo as obrigações de meios são direcionadas a produzir um resultado útil em favor do credor, idôneo a satisfazer o seu interesse em receber a prestação. Assim, o médico cumpre a sua obrigação porque ofereceu um bom tratamento ao paciente e, do mesmo modo, o advogado cumpre o seu ofício uma vez que tenha patrocinado a causa, que lhe cometera o cliente, com a diligência profissional adequada.

É certo, assim, que, em qualquer relação obrigação, o adimplemento se consubstancia na produção do resultado útil, que realiza o interesse do credor.³⁵ Ocorre, no entanto, que nas obrigações de meios, este resultado se confunde com o próprio desempenho da atividade prometida pelo devedor.³⁶

4. A patrimonialidade do comportamento humano objeto da obrigação

Uma vez esclarecido que o objeto da obrigação se constitui no comportamento do devedor exigível pelo credor, cabe indagar, na direção oposta, se qualquer comportamento humano pode formar o objeto da obrigação. A princípio, os atributos da prestação são apenas três e correspondem àqueles estabelecidos, no art. 104, II, do CC, para a validade do objeto do negócio jurídico: licitude, possibilidade e determinabilidade.

No entanto, há intenso debate a respeito da existência de um quarto atributo, a saber, a patrimonialidade da prestação. A questão, que também opõe – agora com outro sentido

³⁵ Cf. Idem, p. 189. Na mesma direção ressalta Guido ALPA: *“In ampio senso il risultato dovuto è riscontrabile anche nelle obbligazioni di fare, dove l’agire del debitore sia inteso come l’azione compiutamente svolta (es.: nell’obbligazione del chirurgo il risultato dovuto è l’operazione chirurgica diligentemente eseguita)”* (Tratato de Diritto Civile. Milano: Giuffrè, 2001, 73).

³⁶ Embora a diligência sirva normalmente de critério para avaliar o correto cumprimento da prestação devida pelo devedor, nas obrigações de meios, todavia, a diligência define o próprio conteúdo da prestação. É o que defende Pietro Rescigno: *“Il discorso sulla ‘diligenza del buon padre di famiglia’ e sulla diligenza propria di una specifica attività professionale suggerisce piuttosto l’opportunità di individuare obbligazioni in cui la diligenza, oltre che la misura per valutare l’esattezza dell’adempimento, costituisce ed esaurisce l’oggetto stesso dell’obbligazione. In quelle obbligazioni il contegno negligente è già di per sé solo inadempimento”* (Pietro RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni generali)*, cit., p. 191).

– os patrimonialistas aos não patrimonialistas, foi e ainda hoje é objeto de polêmica.³⁷ Discute-se não apenas se ela é uma característica essencial para qualificar uma relação jurídica como obrigação, mas ainda o que significa esta patrimonialidade que seria eventualmente exigível.

A controvérsia manifesta-se de forma clara na legislação estrangeira. Embora os principais diplomas mais antigos não tenham enfrentado expressamente o tema, podemos vislumbrar a contraposição entre dois grandes Códigos do século XX: enquanto o Código Civil italiano de 1942 expressamente exige a avaliação econômica da prestação (CCi, art. 1.174)³⁸, o Código Civil português afasta o requisito, exigindo apenas a existência de um interesse digno de proteção para que se caracterize a obrigação (CCp, art. 398, 2).³⁹

Entre nós, nem o legislador de 1916 nem o de 2002 se arriscaram a tomar partido: o Código vigente e o seu predecessor silenciam acerca do que deva estar presente para configurar uma obrigação. Isso permitiria, em princípio, que a controvérsia fosse aguerrida entre nossos doutrinadores. Todavia, em sua grande maioria, os civilistas brasileiros manifestaram-se a favor da patrimonialidade como característica essencial da obrigação.⁴⁰

A patrimonialidade da obrigação poderia, contudo, decorrer tanto da própria natureza da prestação como do regulamento contratual fixado pelas partes, por exemplo, por meio da estipulação de cláusula penal.⁴¹ Esta primeira versão do que seria – e em que se fundamentaria – a patrimonialidade das obrigações focava no perfil patológico da relação obrigacional: a obrigação seria patrimonial em virtude de seu inadimplemento trazer conseqüências patrimoniais.

³⁷ Orlando GOMES (*Obrigações*, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 23) faz referência à discussão já em Jhering, o qual critica o indispensável conteúdo patrimonial da prestação, tal como, antes dele, defendeu Savigny, sob o argumento de que esta visão restrita deixaria sem tutela jurídica muitos interesses relevantes não patrimoniais.

³⁸ Art. 1.174: “*La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore (Cod. Civ. 1256 e seguente, 1411 e seguenti)*”.

³⁹ “Art. 398º: “1. As partes podem fixar livremente, dentro dos limites da lei, o conteúdo positivo ou negativo da prestação. 2. A prestação não necessita de ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de proteção legal”.

⁴⁰ Assim Caio Mário da Silva PEREIRA. *Instituições de direito civil*, vol. II, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 21-22; Orlando GOMES. *Obrigações*, cit., pp. 23-24; San Tiago DANTAS, Programa de Direito Civil, vol. III, edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 30; Maria Helena DINIZ (*Curso de direito civil brasileiro*, vol. 2, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35); Washington de Barros MONTEIRO (*Curso de direito civil*, vol. 4, 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 21-22); Arnaldo WALD (*Obrigações e contratos*, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 22); Carlos Roberto GONÇALVES (*Direito civil brasileiro*, vol. II. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 27-29)

⁴¹ Fernando NORONHA. *Direito das obrigações*, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 41.

Esta acepção da patrimonialidade da obrigação foi por vezes admitida até entre tradicionais não-patrimonialistas (autores contrários à exigência de patrimonialidade da prestação) como uma pequena concessão, um significado no qual se poderia afirmar que a obrigação (mas não a prestação) se reveste de patrimonialidade.⁴² São juristas que afirmam que o significado da “patrimonialidade” das relações obrigacionais é tão-somente o fato de o seu descumprimento só poder produzir efeitos pecuniários. Trata-se de uma indicação do já referido processo histórico que, iniciado no direito romano, hoje generalizou entre as nações civilizadas a vedação a que os efeitos do inadimplemento obrigacional possam recair sobre a pessoa do devedor.

As referências históricas relatam a *manus injectio* do direito romano arcaico, que permitia que o credor se apoderasse da pessoa do devedor para dele dispor, como escravo (“venda *trans Tiberim*”), o que veio a ser mitigado pela Lei das XII Tábuas e pela Lex Poetelia Papiria, que limitaram os poderes do credor a reduzir o devedor a uma condição de “quase-servo” (*addictus*).⁴³ O movimento da história com a ampliação da proteção à pessoa humana e seus direitos fundamentais, conduziu à progressiva eliminação do instituto dos ordenamentos contemporâneos, impondo que o poder de agressão conferido ao credor recaia exclusivamente sobre o patrimônio do devedor.

Hoje, no direito pátrio, a patrimonialidade das obrigações – na acepção dada por estes autores – é juridicamente afirmada na Constituição, no Código Civil e nos tratados internacionais assinados pelo Brasil. A forma desta afirmação, todavia, difere, o que pode vir a causar certa discussão também nesta seara.

De fato, a tímida menção do art. 391 do Código Civil no sentido de que pelo inadimplemento respondem os bens do devedor⁴⁴ – tímida porque não afirma que respondem *somente* os bens do devedor – não se compara à expressa vedação à prisão civil por dívidas do texto constitucional. Entretanto, mesmo o texto constitucional prevê dois devedores que são excepcionados desta proteção: o alimentante inadimplente e o depositário infiel.⁴⁵

⁴² Por exemplo, Mario Júlio de Almeida COSTA. *Direito das obrigações*, 9. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 87.

⁴³ Mario Júlio de Almeida COSTA. *Direito das obrigações*, cit., p. 84, e Ebert CHAMOUN. *Instituições de direito romano*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 59.

⁴⁴ Código Civil, art. 391: “Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”. Destaque-se, ainda, que a redação é também inadequada pelo número de exceções que necessariamente sofre ao afirmar que “todos” os bens do devedor respondem pelo inadimplemento. Como é sabido, protege-se o devedor contra a alienação compulsória de sua “esfera patrimonial mínima, mensurada pela dignidade humana à luz do atendimento de necessidades básicas ou essenciais” (Luiz Edson FACHIN. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3.).

⁴⁵ Constituição Federal, art. 5º, LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

A prisão em decorrência de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia não causa problemas, tendo em vista a natureza tão especial deste tipo de crédito. A sua finalidade existencial – garantir a subsistência digna do alimentando – é amparada pelos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade social, o que justifica o tratamento rigoroso dado pela lei. De fato, a afronta do alimentante que, de forma voluntária e inescusável, isto é, podendo pagar a pensão, deixa de fazê-lo, causa afronta ao ordenamento que não pode ser comparada aos demais tipos de inadimplemento. Tanto é assim que não são poucos autores que defendem que a pensão alimentícia não é verdadeiramente obrigação, mas tipo à parte de dever jurídico, em virtude de lhe faltar não mais o requisito da patrimonialidade, mas o da autonomia: trata-se de situação acessória de relação jurídica de família e que, em virtude disso, é contaminada por parte dos princípios que regem a relação principal.⁴⁶

A prisão do depositário infiel já é mais controversa, especialmente após a assinatura do Pacto de San José, que reitera a proibição de prisão civil por dívidas e admite apenas a exceção da pensão alimentícia.⁴⁷ Esta afirmativa na seara internacional, no sentido da limitação da coerção pessoal do devedor à justificada hipótese dos alimentos, revelou-se incongruente com o caminho trilhado pela legislação interna. O decreto-lei n. 911/69 qualificava como depositário o devedor nas operações de alienação fiduciária em garantia, buscando com isso ampliar a abrangência da exceção constitucional de modo a permitir a sua prisão em caso de não-devolução do bem financiado, determinação que surpreendentemente foi mantida pelo Código de 2002 (art. 1.363).⁴⁸

A incompatibilidade entre as duas tendências foi levada aos tribunais. O STJ reconheceu a nítida distinção funcional entre o contrato de depósito e a alienação fiduciária em garantia, afirmou que exceção constitucional não pode ser alargada por legislação inferior e destacou a assinatura dos tratados de direitos humanos para determinar que “não cabe a prisão civil do devedor que descumpre contrato garantido

⁴⁶ Entre outros, João de Matos Antunes VARELA (*Das obrigações em geral*, vol. 1, 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 69 e ss.) e Mario Júlio de Almeida COSTA (*Direito*, cit., pp. 88 e ss.).

⁴⁷ Pacto de San José, art. 7º-7: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

⁴⁸ DL 911/69, art. 1º: “O artigo 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, passa a ter a seguinte redação: ‘Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com tôdas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal [...]’”.

Código Civil, art. 1.363: “Antes de vencida a dívida, o devedor, a suas expensas e risco, pode usar a coisa segundo sua destinação, sendo obrigado, como depositário [...]”.

por alienação fiduciária”.⁴⁹ Já o STF, na contramão da proteção à pessoa do devedor, até o momento (há perspectivas de que o problema volte a ser examinado) decidiu com base na proteção da confiança, na prioridade da Constituição sobre os tratados e da regra especial sobre a geral e, receando a inocuidade da ação de depósito sem prisão, determinou que “sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988”.⁵⁰

Em síntese, ainda que se controverta acerca das hipóteses em que pode ser excepcionada a proteção à integridade pessoal do devedor, a patrimonialidade das conseqüências do inadimplemento é, nesta acepção, razoavelmente pacífica. Por isso os patrimonialistas tradicionais recorrem a ela como fundamento da exigência de patrimonialidade da prestação: se a prestação não for patrimonial, como se poderia quantificar a indenização necessária ao seu ressarcimento?⁵¹

Todavia, o argumento, ancorado numa perspectiva que exaspera o momento patológico da relação jurídica, mostra-se censurável na medida em que confunde o conteúdo da prestação e os efeitos do descumprimento, isto é, os meios de tutela de que dispõe o credor para remediar a lesão a seu crédito. Em particular, o raciocínio se desvia do bom caminho ao procurar identificar a natureza da prestação a partir da natureza do dano decorrente do descumprimento, associando, desse modo, dois temas manifestamente autônomos.

Contra isto já se observou que o descumprimento da obrigação nem sempre causa prejuízo e que a reparação pecuniária não é privativa da lesão a direitos patrimoniais, podendo igualmente decorrer da lesão a direitos não patrimoniais, tal como ilustra à

⁴⁹ STJ, Corte especial, EREsp 149518, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 05/05/1999, publ. RT 777/145. v.u.

⁵⁰ STF, Pleno, HC 72131, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Moreira Alves, julg. 23/11/1995, publ. DJ 01/08/2003, p. 103, v.m. – vencidos os ministros Marco Aurélio, Rezek, Velloso e Pertence.

⁵¹ Nesta linha, entre tantos, San Tiago DANTAS (*Programa de Direito Civil*, cit., p. 30): “Já se sabe que é requisito fundamental da obrigação, que aquilo que o devedor promete, aquilo que deve, seja um ato econômico e, por conseguinte, um ato do qual se pode encontrar o equivalente em dinheiro. Se não se pode encontrar o equivalente em dinheiro, não há possibilidade de formar-se obrigação, porque o direito que daí resulta, se for lesado, não poderá se converter em responsabilidade”. Na mesma direção, Maria Helena DINIZ (*Curso*, cit., p. 35): “é imprescindível que seja suscetível de estimação econômica, sob pena de não constituir uma obrigação jurídica, uma vez que, se for despida de valor pecuniário, inexistente possibilidade de avaliação dos danos”. Na doutrina italiana, entre muitos, Roberto de Ruggiero: “*l’oggetto della prestazione deve necessariamente aver un contenuto economico o comunque essere idoneo ad una valutazione patrimoniale: mancherebbe diversamente alla ragione del creditore la concreta possibilità di realizzarsi, nel caso d’inadempimento, sul patrimonio del debitore*” (Roberto de RUGGIERO. *Istituzioni de Diritto Civile*, vol. III, 7. edição. Milano: Giuseppe Principato, 1935, p. 14). Cf ainda, na doutrina clássica, Giorgio GIORGI, *Teoria delle Obbligazioni*, cit., p. 256.

perfeição o instituto dos danos morais.⁵² De fato, a generalização dos mecanismos de reparação não pecuniária do dano moral são valorizados pela melhor doutrina como meios mais adequados de satisfazer os anseios das vítimas e como forma de fazer frente ao processo de mercantilização das relações existenciais.⁵³ A legislação especial oferece dois exemplos. O primeiro, cogitado pelo artigo 75 da Lei de Imprensa, é a publicação em jornal, periódico ou em órgão de radiodifusão de sentença transitada em julgado.⁵⁴ O segundo consiste na divulgação da identidade do autor de obra previamente divulgada, conforme o art. 108 da Lei de Direitos Autorais.⁵⁵

Sublinhe-se, ainda, que, na perspectiva ora criticada, qualquer prestação humana poderia formar o objeto de uma obrigação, porque bastaria às partes estipular na avença uma cláusula penal ou uma contraprestação em dinheiro para surgir conseqüências patrimoniais do descumprimento da obrigação. Ou seja, nesses termos formulada, a exigência de patrimonialidade se mostraria ociosa, desprovida de utilidade.⁵⁶

Em virtude disso, entre os autores que ainda hoje defendem a patrimonialidade da obrigação, observa-se uma tendência a conceber este requisito não a partir das conseqüências do inadimplemento, mas como uma valoração da própria conduta humana exigível do devedor que é objeto da relação. Nesta linha, especialmente na doutrina italiana, é possível identificar uma opção predominante por um critério mais

⁵² Pietro PERLINGIERI (*Manuale di diritto civile*, 4. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 222) afirma o equívoco de justificar a patrimonialidade da obrigação com base apenas naquele entendimento que se baseia nas conseqüências de seu descumprimento: “*Dalla natura pecuniaria del danno si risalirebbe alla natura patrimoniale della prestazione. Tuttavia altro è la natura (patrimoniale) della prestazione, altro è la natura (patrimoniale o no) del danno conseguente alla sua mancata o inesatta esecuzione. Vi sono ipotesi nelle quali, all’inadempimento di prestazioni sicuramente patrimoniali, non conseguono danni pecuniariamente valutabili. [...] Viceversa, danni pecuniariamente valutabili si possono ricollegare all’inadempimento di prestazioni non patrimoniali*”. No mesmo sentido o não-patrimonialista Fernando NORONHA, quando destaca que devem ser procuradas alhures as razões para a afirmação ou a recusa da natureza patrimonial da prestação (*Direito*, cit., p. 42).

⁵³ Anderson SCHREIBER. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: A expansão do dano ressarcível sob a ótica civil-constitucional*. São Paulo: Atlas, no prelo. Explica o autor: “As infundáveis dificuldades em torno da quantificação da indenização por dano moral revelaram a inevitável insuficiência do valor monetário como meio de pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais, e fizeram a doutrina e a jurisprudência de toda parte despertar para a necessidade de desenvolver meios não-pecuniários de reparação. Tais meios não necessariamente vêm substituir ou eliminar a compensação em dinheiro, mas se associam a ela no sentido de efetivamente aplacar o prejuízo moral, e atenuam a importância pecuniária no contexto da reparação” (*ibid.*).

⁵⁴ L. 5.250/67, art. 75: “A publicação da sentença cível ou criminal, transitada em julgado, na íntegra, será decretada pela autoridade competente, a pedido da parte prejudicada, em jornal, periódico ou através de órgão de radiodifusão de real circulação, ou expressão, às expensas da parte vencida ou condenada”.

⁵⁵ L. 9.610/98, art. 108: “Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade [...]”.

⁵⁶ Nessa direção ressalta Michele GIORGIANNI que a opinião é perigosa “*perché diminuirebbe notevolmente il valore di questa disposizione, dato che quel ragionamento qualunque prestazione non patrimoniale potrebbe formare contenuto di una obbligazione, solo che gli interessati stabiliscano un corrispettivo in denaro o una clausola penale*” (*Obbligazione. Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI. Torino: UTET, 1968, p. 585).

amplo, com a referência a uma avaliação conforme o “ambiente jurídico-social”.⁵⁷ Como explica Pietro Perlingieri:

O conceito de patrimonialidade tem, portanto, natureza objetiva e é determinado no âmbito de um contexto jurídico-social. Uma prestação é patrimonial quando a consciência comum de uma dada coletividade, em um dado momento histórico e em um dado território, reconhece nela tal natureza. Para estabelecer se um comportamento é avaliável patrimonialmente, tem valor decisivo não a disponibilidade subjetiva de suportar um sacrifício econômico, manifestada pelas partes na relação concreta, mas sim a difusa avaliação daquele comportamento em termos econômicos, encontrável na realidade social.⁵⁸

Para esta evolução do conceito de patrimonialidade da prestação não atentou a corrente minoritária, não-patrimonialista, que repudia a essencialidade do objeto patrimonial da obrigação.⁵⁹ Tal entendimento se funda no receio de que os deveres que tenham objetos extrapatrimoniais, ao não serem enquadrados na categoria das obrigações, sejam rebaixados a uma situação de proteção menos intensa e incisiva. O respaldo, aparentemente, é o louvável esforço no sentido do que se chamou uma “despatrimonialização do direito civil”, retirando o tradicional foco do direito privado das questões patrimoniais para dar maior importância à proteção da pessoa humana em sua dignidade.⁶⁰

⁵⁷ Na mesma direção, Pietro RESCIGNO: “*Il giudizio sulla patrimonialità della prestazione, come si ritiene dalla più autorevole dottrina, deve esprimersi in termini obiettivi, adeguandolo alle convinzioni generalmente accettate nell'ambiente sociale con riguardo alla deducibilità in rapporto di un comportamento individuale. Occorre controllare se sotto il profilo sociale sia considerato ammissibile, e positivamente apprezzato che quel comportamento costituisca materia di un rapporto vincolante di fronte al diritto, giustificandosi così il sacrificio patrimoniale di un soggetto (il debitore, la cui libertà è limitata dal vincolo) e l'utilità di un altro soggetto (il creditore, cui viene attribuita la pretesa ed è garantita l'aspettativa)*” (*Obbligazione (nozioni generali)*, cit. p. 186). V. ainda Michele GIORGIANNI. *Obbligazione*, cit., p. 585.

⁵⁸ Pietro PERLINGIERI. *Manuale*, cit., p. 224.

⁵⁹ Neste sentido, Pontes de MIRANDA (*Tratado de direito privado*, vol. 22, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, pp. 40-41), o qual afirma: “Qualquer interesse pode ser protegido, desde que lícito, e todo interesse protegível pode ser objeto de prestação, como a obrigação de enterrar o morto segundo o que ele, em vida, estabelecera, ou estipularam os descendentes ou amigos ou pessoas caridosas”. Entre os autores mais recentes, destaque-se Marcelo Junqueira CALIXTO (Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. In G. Tepedino (coord.), *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 13), Sílvio de Salvo VENOSA (*Direito civil*, vol. 2, 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 19), Arnaldo RIZZARDO (*Direito das obrigações*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41), Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO (*Novo curso de direito civil*, vol. II, 7. ed.. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 29) e, em uma profunda e didática análise do tema, Fernando NORONHA (*Direito*, cit., pp. 40-50).

⁶⁰ Na definição de Pietro PERLINGIERI (*Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33): “Com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)”.

Na perspectiva patrimonialista, restariam, portanto, injustamente desqualificadas situações que mereceriam proteção obrigacional, apesar de não serem patrimoniais. Os exemplos de deveres como estes merecedores de proteção jurídica são diversos: a procuração para casamento ou inscrição em concurso de vestibular, o empréstimo de um álbum de família, a proibição de animais na convenção condominial, etc.⁶¹ Tais deveres são, sob a ótica constitucional, merecedores de ampla tutela, mas por terem por objeto condutas do devedor que não podem ser avaliáveis em termos patrimoniais, estariam privados da proteção jurídica conferida às obrigações.

Nesta linha, no âmbito do movimento de despatrimonialização do direito civil, por vezes afasta-se a exigência de patrimonialidade sob o argumento de não diminuir a proteção conferida a estes relevantes deveres não-patrimoniais. Entretanto, a funcionalização da relação obrigacional revela que a concepção não patrimonialista da prestação, posto bem intencionada, pode levar a consequências opostas.

Em primeiro lugar, conforme já se observava na doutrina italiana precedente ao Código civil de 1942, a exigência de patrimonialidade diz respeito à prestação, e não ao interesse do credor. Este pode ser econômico, mas também moral ou afetivo, sem que isto desfigure a fisionomia da relação obrigacional.⁶² No exemplo tradicional, embora o interesse do credor seja o silêncio, o sossego, a tranqüilidade – portanto existencial –, o dever imposto ao vizinho de não fazer barulho, especificamente de não tocar um instrumento musical, pode ser apreciado economicamente, sem que isto repugne a consciência social.⁶³ Do mesmo modo, no exemplo acima mencionado da indenização de dano moral, a prestação tem indiscutível valor pecuniário; é, por sua vez, o interesse do credor – em ver reparado o dano moral sofrido – que se afigura não patrimonial.

Em outras palavras, a obrigação se presta também a satisfazer um interesse não econômico do credor, desde que a conduta do devedor, prometida como meio para realizar esse interesse, seja considerada, no contexto jurídico-social, como algo negociável. Caso contrário, como se verá adiante, mostra-se totalmente inadequado disciplinar esta relação social como uma relação obrigacional.

⁶¹ Exemplos Fernando NORONHA. *Direito*, cit., p. 44.

⁶² Roberto de Ruggiero, em página clássica, ressalta que é preciso “*tener distinti l'interesse, che il creditore ha alla prestazione, dalla prestazione medesima: l'aver molti confuso questa com quella è forse, com ben osserva lo Sciolaja, la causa precipua del dissenso e delle accresciute difficoltà sull'argomento. Ora egli è indubitato, che nulla impone la necessità d'un interesse economico nel creditore: può esso ben esser soltanto ideale o d'affezione o morale perchè sia serio e lecito e si dimostri perciò degno di protezione giuridica. Ma, per conto, l'oggetto della prestazione deve necessariamente aver un contenuto economico ou comunque essere idoneo ad una valutazione patrimoniale*” (Roberto de RUGGIERO, *Istituzione di Diritto Civile*, vol. III, cit., pp. 14-15).

⁶³ Cf., nesse sentido, Michele GIORGIANNI, *Obbligazione (diritto privato)*, cit., p. 585.

De modo geral, o processo de qualificação no direito tem por finalidade a identificação da disciplina da relação jurídica concreta. Como destacado, a perspectiva funcional é a mais adequada para guiar este processo de qualificação, pois a identificação da função permite a determinação da estrutura jurídica mais adequada a tutelar os interesses das partes envolvidas. Assim, é com base no exame da função que se poderá decidir, no caso concreto, acerca da situação jurídica apta a efetivar a tutela do interesse em exame.⁶⁴

A estrutura em questão é a do direito de crédito, que, como se sabe, rege-se pelas normas do direito das obrigações. Mesmo uma observação superficial já revela o objetivo por elas perseguido: são normas cujo descumprimento acarreta, em última instância, a conversão da prestação em perdas e danos; são normas que visam assegurar que a conduta do devedor seja realizada em toda a extensão pactuada, e apenas até esta extensão; são normas que, em caso de obrigações recíprocas, visam assegurar o equilíbrio entre as prestações, a correspectividade ou sinalagmaticidade; são normas que tratam o direito de exigir seu cumprimento como valor ativo do patrimônio do titular que pode ser cedido, especialmente de forma onerosa. Enfim, são normas escritas, criadas, construídas, tendo em vista precipuamente a circulação de valores econômicos no mercado.

Permitir que deveres de cunho não patrimonial sejam reconduzidos a este mesmo tratamento normativo não significa alçá-los ao alto patamar das obrigações, mas sim rebaixá-los ao mercantil tratamento das relações patrimoniais.⁶⁵ Significa desconsiderar o elemento característico de tais deveres que justifica que eles, à luz da normativa constitucional, recebam tratamento diferenciado. Nas palavras de Pietro Perlingieri:

Não é suficiente, portanto, insistir na afirmação a importância dos “interesses da personalidade no direito privado”; é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa.⁶⁶

⁶⁴ Pietro PERLINGIERI, *Perfis*, cit., p. 96. Sobre o tema, seja consentido remeter a Pablo RENTERÍA. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In M. C. Bodin de Moraes (coord.), *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 297 e ss. e Carlos Nelson KONDER. *Contratos conexos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 79 e ss.

⁶⁵ Michele GIORGIANNI (*Obbligazione*, cit., p. 584) já destacava o perigo de se confundir o problema da patrimonialidade da prestação com o problema da juridicidade dos deveres não-obrigacionais (*obblighi*).

⁶⁶ Pietro PERLINGIERI. *Perfis*, cit., p. 34.

Assim, não é que a obrigação não seja válida se a prestação não for patrimonial: simplesmente não será uma obrigação, mas outro tipo de dever jurídico, merecedor de tratamento normativo específico.⁶⁷ A patrimonialidade se refere à qualificação do dever jurídico, à determinação das normas que lhe são aplicáveis, mas não à sua relevância jurídica; esta, sim, é fixada a partir do merecimento de tutela dos interesses envolvidos.

O perigo de admitir a existência de obrigações não patrimoniais é enquadrar estas hipóteses em uma estrutura jurídica (o direito de crédito), cuja disciplina normativa, como se sabe, foi toda elaborada tendo em vista situações patrimoniais, tratando-as com desprezo ao seu valor existencial.⁶⁸ Um exemplo torna clara a gravidade do problema.

O Código Civil, no seu art. 1.566, impõe aos cônjuges os deveres de fidelidade, assistência, respeito e consideração mútuos.⁶⁹ São obrigações? Para os patrimonialistas, não são obrigações, mas outra categoria de deveres jurídicos. O que, destaque-se, não significa que estejam privados de juridicidade, que não possam ser tuteladas, mas tão-somente significa que não se pode aplicar de forma automática as normas de direito das obrigações. Ou seja, a tutela dos interesses envolvidos na relação conjugal não se adequaria à estrutura das obrigações e, portanto, não se poderia reconhecer que, por conta desses deveres, os cônjuges tenham direito de crédito um contra o outro.

Já para os não-patrimonialistas, que não incluem a patrimonialidade entre as características essenciais da obrigação, nada impede que tais deveres sejam considerados obrigações. Viabiliza-se, assim, a chamada teoria do *débito conjugal*, que acaba por tratar a relação entre os cônjuges, pautada pelo afeto e pela solidariedade familiar, da mesma forma que os demais contratos, pautados pela correspectividade e

⁶⁷ Não é possível, portanto, subscrever a afirmação inicial de Fernando NORONHA (*Direito*, cit., p. 41) de que “a doutrina tradicional sustenta que a obrigação só será válida se as partes lhe houverem fixado um equivalente pecuniário”. Todavia, o argumento do autor ao final chega à justificada conclusão de que “a verdadeira questão está sempre em discriminar interesses dignos de tutela jurídica e interesses não dignos” (*ibid.*, p. 45).

⁶⁸ O crédito é elemento ativo do patrimônio do credor. Por essa razão, a teoria jurídica clássica concebeu a relação obrigacional como um modelo jurídico patrimonial, como se vê em Carlo Crome: “*L’obbligazione è una delle specie della classe dei diritti patrimoniali. L’altra specie è costituita dai diritti reali. Appartiene al patrimonio non solo il diritto di ottenere da un’altra persona una prestazione, ma anche la dominazione sulle cose inanimate del mondo esteriore (cose in senso giuridico). [...] Poichè l’obbligazione appartiene, come s’è detto, alla classe dei diritti patrimoniali, e non ne è, per così dire, che un lato, essa deve necessariamente avere per oggetto una prestazione patrimoniale o, almeno, rappresentare in via indiretta pel creditore un valore patrimoniale*” (Carlo CROME, *Teoria fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, cit., p. 11).

⁶⁹ Código Civil, art. 1.566: “São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos”.

pelo equilíbrio econômico.⁷⁰ Com isso, por exemplo, a dissolução do vínculo matrimonial, que deveria ser fundada na impossibilidade da união continuar a satisfazer sua finalidade de garantir o livre desenvolvimento dos envolvidos,⁷¹ é justificada pela não-realização da prestação contratualmente exigível:

Ação de anulação de casamento. Procedência. Mulher que tem aversão ao ato sexual. Negando-se, terminantemente, ao 'debitum conjugale'. Descumprimento do dever de vida em comum (coabitação). Existência de causa inibitória para o congresso sexual, por motivos de ordem psicológica diagnosticados na requerida. Prova pericial demonstradora da anomalia.

Estando provada a reiterada recusa da mulher ao ato sexual com seu marido anula-se o casamento, porque, em tais condições, este não chegou a consumir-se. O dever de vida em comum dos esposos no domicílio conjugal, previsto no art. 231 do Código Civil, exige comunhão total, notadamente de natureza íntima, e, uma vez inviabilizada essa comunhão, por falta de cumprimento do 'debitum conjugale', fica caracterizada a nulidade do casamento realizado. Reexame necessário improvido. Segredo de justiça. Decisão unânime. Negaram provimento.⁷²

Mesmo que se venha a concordar com a solução oferecida pela decisão, não é possível corroborar seu fundamento. A questão merecia ser apreciada com base em argumentos axiologicamente adequados. A convivência íntima é manifestação de afeto e a inesperada aversão de um dos cônjuges, quando frustra as expectativas suscitadas no outro, pode representar a quebra da confiança e da solidariedade que devem guiar a relação do casal. No entanto, argumentos baseados no exame de ocorrência de inadimplemento obrigacional e de violação do sinalagma contratual são inadmissíveis porque partem do pressuposto de que cada cônjuge tenha em face do outro um *crédito de afeto*.

Esta perspectiva culmina com a análise da extensão dos deveres conjugais nos mesmos termos pelos quais se determina a extensão do objeto de um contrato – nem mais, nem menos que o convencionado. Aplicar-se-ia a relações existenciais os princípios da

⁷⁰ Sobre o tema, mas em sentido diverso, v. Regina Beatriz Tavares da SILVA. Débito conjugal. In R. da Cunha Pereira (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro* – Anais do IV Congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 531-541.

⁷¹ Gustavo TEPEDINO. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *Temas de direito civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 395 e ss.

⁷² TJPR, 2ª C. Criminal, Acórdão 11033, Rel. Des. Nasser de Mello, publ. 10/4/1995.

identidade e da exatidão do pagamento, pelos quais o credor não pode exigir nem ser obrigado a receber prestação diversa da convencionada:

Limites do débito conjugal. Ônus da prova. O coito anal, embora inserido dentro da mecânica sexual, não integra o débito conjugal, porque este se destina à procriação. A mulher somente está sujeita a cópula vagínica e não a outras formas de satisfação sexual, que violentem sua integridade física e seus princípios morais. A mulher que acusou o marido de assédio sexual no sentido de que cedesse a prática da sodomia, e não demonstrou o alegado, reconhecidamente de difícil comprovação, assume os ônus da acusação que fez sem nada provar. A prova, nos termos do artigo 333, inc-I, do CPC, incumbe a quem alega. Procedência da reconvenção oferecida pelo varão.⁷³

Outra repercussão temerosa da inclusão dos deveres conjugais entre as obrigações seria a cominação, em caso de descumprimento, da sua solução padrão: a conversão em perdas e danos. Apesar da importância que a execução específica vem ganhando no âmbito das obrigações, especialmente a partir das conquistas do direito processual, a indenização ainda é o sucedâneo mais comum e generalizado em caso de inadimplemento. No entanto, tendo em vista a proteção aos valores existenciais envolvidos, a solução no caso de violação de dever conjugal deve continuar a ser apenas a dissolução do vínculo, pois a indenização neste contexto acaba por mercantilizar os já normalmente conturbados processos de separação e divórcio.⁷⁴

O caso dos deveres conjugais é apenas um exemplo – possivelmente o mais dramático – dos perigos de se submeter as relações existenciais a normas concebidas para regular relações patrimoniais e, mais especificamente, de admitir obrigações sem o requisito da patrimonialidade. Claramente, a dificuldade em definir o que seja esta patrimonialidade é grande, mas assim como é difusa a área de transição entre relações existenciais e patrimoniais. As figuras híbridas são diversas, assim como as situações que, sendo de uma natureza, têm repercussões de outra natureza. No entanto, a dicotomia tem uma importância central em um ordenamento que distingue e prioriza

⁷³ TJRS, 8^a C.C., Ap. Cív. 595116724, rel. Antônio Carlos Stangler Pereira, julg. 07/03/1996.

⁷⁴ Para uma análise da impossibilidade de indenização por dano moral nas relações conjugais – em contraposição à sua possibilidade nas relações parentais – v. Maria Celina Bodin de MORAES. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. *Revista forense*, vol. 386. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 183-201, onde se explica que “na relação conjugal, os princípios da liberdade, juntamente com o da igualdade se sobrepõem ao vínculo (esvaziado de conteúdo) de solidariedade familiar, garantindo a ausência de reparação – por não haver propriamente dano moral indenizável – nas hipóteses de infidelidade, abandono do lar, descumprimento de débito conjugal, e desassistências semelhantes, podendo-se contar apenas com a sanção específica da separação judicial ou do divórcio” (*ibid.*, p. 201). Em sentido diverso, v. Regina Beatriz Tavares da SILVA. Débito conjugal, cit., p. 539.

as situações existenciais, justificando que o intérprete persista neste esforço de distinção.

5. Rumo à superação do formalismo no direito das obrigações

O percurso acima percorrido, com o intuito de reler os contornos conceituais do objeto da relação obrigacional à luz da sua funcionalização, serve para ressaltar a urgente necessidade de se abandonar o formalismo tão arraigado na metodologia jurídica tradicional. Em especial, no direito das obrigações, por sua suposta perfeição dogmática, que acarretaria a alegada constância temporal e espacial, encontra-se um nicho especialmente apropriado para este tipo de metodologia. Isto já levou a se afirmar que “parece que o Direito das Obrigações é a derradeira cidadela do *misoneísmo* no campo jurídico; ali se acastelam os últimos adversários da organização democrática, no sentido mais amplo e liberal da expressão”.⁷⁵

É o formalismo que impede o reconhecimento do perfil funcional das relações jurídicas, por limitar a análise à estrutura teórica da obrigação, abstraindo de sua necessária ligação à realidade concreta. Nesse sentido, “a tentativa acaba por representar a ciência jurídica como uma técnica que tende mais à exatidão e à verdade (lógica) do que à flexibilidade, isto é, à adequação às circunstâncias históricas e sociais”.⁷⁶

A perspectiva funcional afasta o apego excessivo às formas conceituais e permite a adequada visualização dos interesses a serem tutelados e dos valores sociais a serem concretizados. Em virtude disso, efetiva-se a função promocional das relações obrigacionais, como mecanismos de cooperação social, substituindo portanto a idéia do direito de crédito como um poder sobre a pessoa ou os bens do devedor pela sua leitura como o direito a exigir coercitivamente um comportamento (a *prestação-comportamento*). Ademais, a prestação deixa de ser concebida como algo desejado em si mesmo, passando, portanto, a ser tutelada como meio para se alcançar o resultado útil que satisfaz o interesse do credor.

Por outro lado, embora tenha por objeto um comportamento do devedor – e não o patrimônio deste – o crédito constitui elemento ativo do patrimônio do credor e elemento passivo do patrimônio do devedor.⁷⁷ Por isso mesmo, o comportamento, para

⁷⁵ Carlos MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 275.

⁷⁶ Pietro PERLINGIERI. *Perfis*, cit., p. 59.

⁷⁷ Esta a concepção clássica do patrimônio, visto como o conjunto de direitos e de obrigações do sujeito que possuem valor econômico: “*On est ainsi conduit à définir le patrimoine l' ensemble des droits et des*

ser objeto de obrigação, deve ser valorado pela comunidade como um valor econômico livremente negociável pelo devedor. A ausência desta característica conduziria à mercantilização de deveres que, por serem não-patrimoniais, merecem tutela específica, diferente daquela conferida às obrigações.

Como citar: KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-funcionalizacao/>>. Data de acesso.