

Cristiano Chaves de Farias
Nelson Rosenvald

Curso de **DIREITO**
CIVIL

18^a

Edição

REVISTA
ATUALIZADA
AMPLIADA

Obrigações

2

2024

 **EDITORA**
Jus **PODIVM**

www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO I

Introdução ao Direito das Obrigações

Sumário • 1. Noções gerais: 1.1 Conceito de obrigações; 1.2 Características essenciais; 1.3 Evolução histórica das relações obrigacionais; 1.4 Introdução ao estudo das garantias; 1.5 Posição no direito civil; 1.6 O sistema privado obrigacional: o civil, o empresário e o consumidor – 2. Elementos constitutivos das obrigações: 2.1 Generalidades; 2.2 Elemento subjetivo (o credor e o devedor); 2.3 Elemento objetivo (a prestação); 2.4 Elemento abstrato ou espiritual (o vínculo jurídico) – 3. Principais distinções: 3.1 Direitos reais; 3.2 Direitos da personalidade; 3.3 Obrigação, dever, sujeição e ônus – 4. Fontes das obrigações: 4.1 Introdução; 4.2 Tripartição das obrigações segundo as suas funções; 4.3 A boa-fé objetiva como fonte das obrigações – 5. Os paradigmas do código civil no direito das obrigações: 5.1 As obrigações e o Código Civil de 2002; 5.2 Princípio da socialidade; 5.3 Princípio da eticidade; 5.4 Princípio da operabilidade – 6. A obrigação complexa (“a obrigação como um processo”): 6.1 Introdução; 6.2 Os deveres de conduta; 6.3 A boa-fé como fundamento e o seu papel no caráter dinâmico da relação obrigacional – 7. As obrigações contratuais e a Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/19).

*“Você sabe muito bem que é obrigatório,
e além do mais você tem que cumprir com seu
dever com orgulho e dedicação.”*

(Raul Seixas)

*“Com teu amor eu quero que sintas dor, eu quero teu
sangue e ser teu credor.”*

(Renato Russo)

1. NOÇÕES GERAIS

1.1 Conceito de obrigações

A Relação obrigacional não é um conceito neutro, nem tampouco imutável. Trata-se de um modelo redefinido ao longo da história.¹ Podemos definir três grandes abalos sísmicos neste conceito. O primeiro, provém do direito romano, mais especificamente das *Institutas* de Justiniano, em que a obrigação é forjada como vínculo jurídico estático entre credor e devedor, contrapondo o direito subjetivo de um à obrigação do outro.² Vale dizer, prevalecia uma análise externa do fenômeno, uma perspectiva atomística, na qual a obrigação era fracionada em seus três elementos: sujeitos, objeto e o vínculo entre o dever de prestar e o de exigir a prestação. O conceito de vínculo, impunha uma pessoalidade na obrigação que facultava sanções corporais ao inadimplemento: pela privação da vida (ou castigos físicos) ou da liberdade pessoal, pela escravização ou prisão do devedor.³

O segundo capítulo da longa trajetória da relação obrigacional se localiza na Pandectística germânica e encontra o seu ápice na superação das doutrinas pessoalistas e realistas, a partir da concepção e Savigny da passagem da ideia de vínculo obrigacional para relação obrigacional, ou seja, uma relação entre sujeitos de direito. A partir de então Brinz e Von Gierke introduzem a doutrina dualista, mediante a decomposição da obrigação em dois momentos sucessivos: o *schuld* (débito), isto é, a dívida vista de forma autônoma, causa da relação obrigacional. Esta prestação de dar, fazer ou não fazer pode ter como fonte um negócio jurídico, um dano, um enriquecimento sem causa ou mesmo um dever legal. O segundo elemento é o *Haftung*, ou seja, a responsabilidade. Com o descumprimento espontâneo do dever de prestar, surge a submissão ao poder de intervenção do credor. A responsabilidade se verifica independentemente da vontade do devedor, que se sujeita à agressão patrimonial. O conceito de *haftung* foi edificado com sustentáculo na noção de *anspruch*, de Windscheid, como pretensão, exigibilidade de obtenção coercitiva pelo aparato estatal do acesso aos bens do devedor, que servem como garantia geral de débitos e cuja efetividade se consuma por técnicas processuais, como arresto, sequestro e

1. O Código Civil brasileiro não define as obrigações, no que anda bem, deixando a tarefa de elaboração conceitual à doutrina. Em contrapartida, o Código Civil de Portugal optou por definir a obrigação, asseverando, em seu art. 397, que a “obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”.
2. Etimologicamente, obrigação vem do vocábulo latino *obligare* – “ob + ligatio” –, que significa atar, ligar, unir, impor um determinado compromisso. Aliás, desde as *Institutas* romanas, já se podia pinçar a ideia fundamental de obrigação como sendo o vínculo jurídico que adstringe necessariamente a alguém, para solver alguma coisa, em consonância com o Direito (*obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura*). Já era possível, pois, perceber que o núcleo essencial da obrigação era o vínculo existente entre o credor e o devedor, pelo qual um poderia exigir, coercitivamente, do outro, uma prestação. Exatamente por isso notava-se que o cerne da obrigação não poderia ser tornar alguém proprietário de algo, mas sim obrigar alguém a dar, fazer ou não fazer alguma prestação.
3. O conceito primário de obrigação não sofreu significativas alterações. Ao revés, vem mantendo a mesma estrutura ancestral, preservando a linha de orientação “maravilhosamente construída pelos jurisconsultos romanos”. RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, p. 4.

penhora. Eventualmente surgem as garantias especiais que reforçam a segurança da obrigação. Consistem em garantias reais – mediante a prévia afetação de bens específicos do devedor ou de terceiros ao pagamento do débito (v.g. hipoteca com eficácia de seqüela e preferência sobre outros débitos), ou garantias pessoais, pelas quais terceiros asseguram a obrigação alheia com o seu patrimônio genérico, de forma acessória e subsidiária, gerando uma responsabilidade patrimonial secundária (v.g. fiança), com a vantagem da redução de custos de transação e ampliação do acesso ao crédito. A partição entre débito e responsabilidade coexiste com hipóteses de obrigações imperfeitas, onde há débito sem responsabilidade, tal e qual nos jogos e apostas tolerados, cuja ausência de utilidade social afasta a coercibilidade dos débitos, todavia, tornando-se irrepetíveis em caso de pagamento espontâneo (*soluti retentio*).

Assim sendo considerada a necessária evolução histórica do direito das obrigações, na doutrina brasileira conceituou-se a obrigação como a *relação jurídica transitória, estabelecendo vínculos jurídicos entre duas diferentes partes (denominadas credor e devedor, respectivamente), cujo objeto é uma prestação pessoal, positiva ou negativa, garantido o cumprimento, sob pena de coerção judicial*. Não difere disso o pensamento de Caio Mário da Silva Pereira, para quem a “obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável”⁴ e, tampouco, o de Orlando Gomes, que destaca ser a obrigação “um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra”.⁵⁻⁶

Dessa uniformidade conceitual vale a pena conferir os caracteres principais da obrigação: (a) caráter transeunte (até mesmo porque não pode haver relação obrigacional perpétua, o que implicaria, como se pode extrair de seu conceito, uma verdadeira servidão humana); (b) vínculo jurídico entre as partes (através do qual a parte interessada pode exigir da outra, coercitivamente, o adimplemento); (c) caráter patrimonial (pois somente o patrimônio do devedor pode ser atingido, afastada a sua responsabilidade pessoal); (d) prestação positiva ou negativa (pode ser uma conduta de dar, fazer ou não fazer).

Não se deixe de notar, ainda, que em toda obrigação há um aspecto dúplice, percebendo-se, a um só tempo, dois diferentes fatores: o débito e a responsabilidade. Assim, a obrigação gera para o devedor o dever de prestar, sob pena de responsabilização patrimonial, através da participação do Poder Judiciário.

4. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, p. 5. Mais sintético, porém com o mesmo sentido, encontra-se Paulo Luiz Netto Lôbo, para quem “obrigação é a relação jurídica entre duas (ou mais) pessoas, em que uma delas (o credor) pode exigir da outra (o devedor) uma prestação”, cf. *Teoria geral das obrigações*, p. 21.

5. GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 15.

6. Também Carlos Roberto Gonçalves advoga a tese de que “a obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. Corresponde a uma relação de natureza pessoal, de crédito e débito, de caráter transitório (extingue-se pelo cumprimento), cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, p. 21.

O grande mérito da doutrina dualista é o de forjar o conceito de responsabilidade como imputação. Não se indaga mais quem realizou o ato no mundo dos fatos – ou seja, quem é o devedor originário –, mas a quem se atribuí a responsabilidade frente a outras pessoas no mundo do direito, ultrapassando-se assim a camisa de força da responsabilidade pessoal do devedor, pela responsabilidade patrimonial. Mesmo na hipótese de prisão por débito alimentar (LVII, 5º, CF) não há resíduo de pessoalidade da sanção, tratando-se de técnica processual executiva, como forma de coerção ao pagamento e não de uma pena propriamente dita.⁷ Tanto que a satisfação do débito extingue a medida restritiva e o cumprimento da medida de exceção em sua totalidade não exclui o pagamento do débito. A personalização do direito obrigacional também impacta na funcionalidade do patrimônio: antes tido como uma universalidade de bens direcionada à satisfação de credores, entende-se atualmente que uma parte deste patrimônio é vocacionada à tutela da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, imunizada de execuções. Os bens mínimos existenciais (Lei n. 8.009/90 e art. 1.711, CC) afastam a exegese restrita dos artigos 789 do CPC e 391 do CC, posto afetados à proteção de um núcleo duro de necessidades humanas, inafastáveis por débitos ordinários. Todavia, a ponderação com o direito fundamental ao crédito, impõe uma flexibilização do patrimônio mínimo diante de situações creditícias igualmente tidas como prioritárias no ordenamento jurídico. Daí a necessidade de um repensar em algumas impenhorabilidades, como a da imunização total do bem de família independentemente de qualquer valor.⁸⁻⁹⁻¹⁰

Vimos que a obrigação pode ser tradicionalmente conceituada como a relação jurídica especial, em virtude da qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra. Todavia, trata-se de conceito técnico em sentido estrito, que corresponde à formulação corrente da doutrina clássica, mas que, na atualidade, torna-se insuficiente. Será possível, então, detectar ao longo deste trabalho que a moderna metodologia afasta formulações lógico-formais do ordenamento jurídico. Exatamente por isso, forte na lição de Mário Júlio de Almeida Costa, “considera-se que a ciência do direito, mercê da sua exata natureza, tem de orientar-se pelo primado da vida e não partindo de um puro logicismo”.¹¹

7. Nesta linha, decidiu o STJ que “A prisão por dívida de alimentos é medida drástica e excepcional, que somente é admitida excepcionalmente, quando imprescindível à subsistência do alimentando, não estando atrelada a uma possível punição por inadimplemento, ou mesmo à forma de remição da dívida alimentar, tendo como escopo coagir o devedor a pagar os alimentos devidos a fim de preservar a sobrevivência do alimentando” (Informativo nº 757, 21/11/22. Rel. Min. Raul Araújo, 4.T, DJe 20/9/2022).
8. STJ. Informativo nº 728: “Admite-se a penhora do bem de família para saldar o débito originado de contrato de empreitada global celebrado para promover a construção do próprio imóvel.” (3ª Turma. REsp 1976743-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 08/03/2022).
9. STJ. Informativo nº 723: “O benefício da impenhorabilidade do bem de família deve ser concedido ainda que o imóvel tenha sido adquirido no curso da demanda executiva, salvo na hipótese do art. 4º da Lei 8.009/90.” (4ª Turma. REsp 1792265-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 14/12/2021).
10. STJ. Informativo nº 702: “A exceção à impenhorabilidade do bem de família, prevista para o crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, estende-se ao imóvel adquirido com os recursos oriundos da venda daquele bem.. (STJ. 3ª Turma. REsp 1935842-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 22/06/2021).
11. ALMEIDA Costa, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*, p. 61.

O fato é que a teoria dualista aperfeiçoou o conceito de relação obrigacional, porém manteve o atomismo dos dois polos: crédito e débito, analisados externamente e por um viés estático. Em contrapartida, na Alemanha do século XX, com o protagonismo de Karl Larenz se inicia um terceiro capítulo na trajetória da concepção da obrigação, agora como organismo: uma totalidade concreta (conceito apropriado da física quântica). Tal como um ser humano, o ordenamento jurídico é algo vivo e cada relação obrigacional deve ser aferida em sua especialidade e concretude, surgindo o conceito de “obrigação complexa”, ou seja, não mais o fato jurídico obrigacional decomposto em direito e dever, porém, um conjunto dinâmico de posições jurídicas que incluem sujeições, direitos formativos, pretensões, exceções e ônus. Esta fila de situações subjetivas não compõe uma soma, mas um “todo”, uma ordem de cooperação, com um elemento finalístico: o adimplemento

O adimplemento é o fato jurídico para o qual a obrigação é imantada e atraída, desde a sua gênese. O elemento finalístico do cumprimento da obrigação se apoia em três justificativas: a) propicia a satisfação do interesse objetivo do credor, pois ele obtém o resultado da prestação, qual seja, a utilidade proporcionada pelo bem ou pelo comportamento; b) a seu turno, com o adimplemento o devedor recupera a liberdade que cedeu temporariamente ao tempo em que se vinculou. Afirma-se assim a natureza transitória do vínculo: a obrigação nasce para ser cumprida; c) por fim, mas não menos importante, com o adimplemento ocorre a extinção da relação obrigacional pelo modo inicialmente planejado, conforme o programa prestacional. Enfim, há a satisfação total dos Interesse envolvidos na relação.

De fato, o dinamismo da relação Obrigacional é capturado pela própria cartografia do direito das obrigações no Código Civil de 2002. No Tit. I (233/85), que trata das modalidades de obrigações, vê-se o seu momento constitutivo, com regras sobre os sujeitos, objeto e a formatação da relação; no Título II, que se encontra nos artigos 286 a 303 do Código Civil, o legislador cuida da fase sucessiva da transmissão das obrigações. Esta é a etapa das vicissitudes do fenômeno obrigacional com as suas naturais transformações ativas e passivas, mediante cessões de crédito e assunções de débito; finalmente, o Título III (304/88) é dedicado ao adimplemento da obrigação, ápice da relação obrigacional, para qual ela se movimenta e é finalisticamente orientada. De fato, como elegantemente sintetizou Clóvis do Couto e Silva, a obrigação “como processo”, revela-a como conjunto de atos encadeados e polarizados ao adimplemento. Como agudamente percebeu Emilio Betti, a relação obrigacional é uma relação de cooperação e não uma relação de atribuição como os direitos reais. Quando alguém se torna proprietário há uma atribuição de bens com um sentido de permanência, pois em princípio o novo titular almeja uma certa estabilidade na situação de sujeição e pertencimento sobre o bem, com exclusão de qualquer intrusão de terceiros. Isto não ocorre sob o signo das obrigações, essencialmente transitórias, onde a satisfação do credor passa pela necessária, porém pontual colaboração com aquele que fornecerá a utilidade pretendida.

Nada obstante, pela tradição liberal, nas obrigações com fonte negocial, acreditava-se que esta ordem de cooperação naturalmente derivaria do ato de autonomia privada que

forjou o contrato. Como se a validade do ato de contratar determinasse inexoravelmente a perfeita eficácia do ato-fato do adimplemento que, em muitos casos, viria muito tempo depois. Esta é a regra da “pontualidade”, ou seja, o adimplemento se ajusta inteiramente à prestação, ponto por ponto: o adimplemento surge quando se presta o devido; todo o devido e por inteiro. Contudo, como momento subjetivo da obrigação, a cooperação não se reduz à obrigação primária, fruto do ato inicial de autodeterminação. Quer dizer, não basta que ocorra o adimplemento, mas sim o adimplemento satisfatório.

Partindo dessa necessária aproximação entre a vida real e a ciência do Direito, é preciso introduzir o estudante e o estudioso no mundo das relações jurídicas obrigacionais com um olhar diferenciado e atento ao sistema civil-constitucional. Para tanto, impende perceber a artificialidade da existência de um simples estado de sujeição de uma parte à outra, imaginando que, dentro de uma relação obrigacional, apenas haveria uma única parte responsável pelo cumprimento. Ao contrário disso, é fácil notar que em cada relação obrigacional há uma série de direitos e deveres recíprocos entre as partes, tornando a obrigação muito mais *dinâmica* e *funcional* e afastando-se da estática ideia de direitos para o credor e responsabilidades para o devedor, isoladamente. Vivenciamos a passagem da obrigação para um verdadeiro processo obrigacional.

É relevante frisar, nessa ordem de ideias, que em uma única relação jurídica (imagine-se um contrato qualquer, exemplificativamente) localizam-se inúmeras obrigações recíprocas, assumindo ambas as partes, em diferentes momentos, o papel de credor e devedor de diferentes obrigações, denotando um verdadeiro *caráter dinâmico na relação obrigacional*. Veja-se, ilustrativamente, que, no contrato de compra e venda, enquanto impõe-se ao comprador a obrigação de pagar, vislumbra-se a obrigação do vendedor de entregar a coisa (objeto do contrato).

Há praticamente 50 anos, Karl Larenz já advertia que “toda relação obrigacional persegue, quando possível, a mais completa e adequada satisfação do credor em consequência de certo interesse na prestação, o que permite visualizar-se a obrigação como um processo voltado para um fim”.¹² Clóvis do Couto e Silva, nesse caminho, vislumbrou na obrigação um verdadeiro *processo*, composto, “em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”,¹³ superando, pois, o caráter estático fundado na polaridade credor e devedor. Bem percebeu, nessa senda, Antunes Varela que as obrigações encerram em si “verdadeiros processos intersubjetivos que, englobando normalmente vários poderes e deveres, se desenrolam no tempo, para satisfação do interesse de uma pessoa, mediante a cooperação de outra”.¹⁴ Daí a assertiva de Pietro Perlingieri: “a obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; ela configura-se cada vez mais como uma relação de cooperação. Isto implica uma mudança radical de perspectiva de leitura da disciplina das obrigações: esta última não deve ser considerada o estatuto do credor; a cooperação, e

12. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, p. 39.

13. COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*, p. 10.

14. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito das obrigações*, p. 64.

um determinado modo de ser, substituí a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do devedor”.¹⁵

Aqui ingressa a boa-fé objetiva na relação obrigacional. A sua função é a de integrar a obrigação para materializar o adimplemento segundo uma análise interna da relação, tendo em vista a sua causa concreta, o objeto e as especificidades dos sujeitos envolvidos. A boa-fé objetiva qualifica o adimplemento como “satisfatório”, pois transcende a satisfação da delimitação econômica do negócio jurídico, eliminando as condutas devidas pelas partes ao longo do processo obrigacional, a fim de que este seja orientado pela ética da situação. Como coloca Ortega y Gasset, “nós somos nós e nossas circunstâncias”. Exatamente aí se coloca a boa-fé, alargando o negócio jurídico para além dos deveres de prestação, como fonte de deveres jurídicos independentes de qualquer previsão legal ou negocial. A boa-fé forja deveres avoluntários, conduzindo seguramente a obrigação ao adimplemento.

A boa-fé objetiva integra a obrigação de duas formas distintas, conforme esteja em jogo um interesse à prestação ou um Interesse à proteção. No tocante ao interesse à prestação, surgem os chamados deveres anexos ou instrumentais. Eles recebem essas nomenclaturas, pois se apartam dos deveres primários e secundários que incidem sobre o negócio jurídico, que resultam da autodeterminação das partes associados às exigências legais. Ilustrativamente, em uma compra e venda, a transferência da propriedade e o pagamento do preço se inserem como deveres primários; já os deveres secundários se relacionam aos atos preparatórios que asseguram a perfeita realização da obrigação principal. Por exemplo, em uma venda de bem móvel seriam deveres secundários a correta embalagem e transporte da mercadoria. Em contrapartida, a boa-fé é fonte mediata e instrumental pois os deveres anexos otimizam o “bom” adimplemento. Não respondem à indagação sobre “o que prestar?”, porém, “como melhor prestar?”. O dever anexo de cooperação garante o alcance do resultado útil esperado pelo credor. Assim, se um devedor purga a mora, a cooperação do credor consiste em fornecer o recibo hábil a baixa do protesto. Lado outro, o amplíssimo dever de informação concerne aos necessários esclarecimentos sobre todos os aspectos atinentes ao desenvolvimento da relação obrigacional.

Lado outro, a boa-fé também se relaciona com o Interesse à proteção. Trata-se aqui de uma prevenção de danos patrimoniais e pessoais ao longo da relação obrigacional, independentemente do correto cumprimento da obrigação principal. Ou seja, os deveres de proteção objetivam implementar uma ordem de acautelamento à esfera jurídica das partes, a despeito do cumprimento do interesse à prestação. Isto requer um diuturno proceder colaborativo, pois aqui a boa-fé será fonte imediata de deveres. Exemplificando, não basta ao pintor cumprir perfeitamente com a obrigação de fazer, fundamental que não viole a privacidade da família, divulgando informações indevidamente a terceiros. A compreensão dos deveres anexos e deveres de proteção demonstra que a boa-fé realiza uma fundamental blindagem

15. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 212.

da relação obrigacional, a fim de que ela possa atingir o adimplemento da melhor forma possível. O processo civil acompanha esta ordem lógica. Partindo-se da noção de “instrumentalidade” do processo tão cara à Cândido Dinamarco, o processo é um instrumento para a satisfação de direitos materiais dos litigantes, e não uma técnica esvaziada de qualquer sentido ético. Por isto, o processo civil contemporâneo não apenas prefere a tutela específica da obrigação à tutela genérica indenizatória, como também se serve de técnicas de indução ao adimplemento na proteção adequada e efetiva ao crédito, por meios idôneos como a multa periódica de caráter persuasivo e coercitivo ao cumprimento.

Todavia, os deveres de proteção não estão limitados ao perímetro da relação obrigacional. Como deveres independentes da prestação, eles possuem uma “transeficácia”, ou seja, incidem antes, durante ou mesmo depois de satisfeitas as obrigações convencionadas. De forma concisa, fala-se em responsabilidade pré-obrigacional quando deveres de proteção são violados na fase das tratativas. Ao curso das negociações preliminares os sujeitos ainda não são partes, mas já há o contato social que eventualmente atraí legítimas expectativas de confiança quanto à conclusão do contrato. A ruptura imotivada das negociações preliminares sinaliza exatamente para um *venire contra factum proprium* de um dos “entabulantes”, que pratica condutas objetivamente condizentes à conclusão das tratativas, inclusive Induzindo a contraparte a crer na contratação com a realização de despesas, porém inesperadamente encerra as negociações, desacreditando a confiança cultivada. Trata-se do que há muito Ihering descrevia como *Culpa in contrahendo*. O que se discute é a medida da indenização pela violação do interesse à proteção: se a indenização se ajustará ao interesse positivo, ou seja, àquilo que a parte receberia se o contrato fosse concluído ou se ao interesse negativo, vale dizer, o dano à confiança, caso em que a indenização corresponderia às perdas comprovadas pela abertura das negociações preliminares e as outras oportunidades frustradas, por ter se fiado o indivíduo na iminência da contratação. No outro extremo, surge a responsabilidade pós-obrigacional (*culpa post pactum finitum*). Afinal, a quitação nem sempre gera plena satisfação dos interesses objetivos das partes. Mesmo após a execução das prestações convencionadas há o dever de garantir a fruição do resultado do contrato.

Estes esclarecimentos iniciais são fundamentais para que o leitor possa ser introduzido ao universo do direito das obrigações, que se inicia no artigo 233 do Código Civil.

1.2 Características essenciais

Dessas ideias preambulares, é possível visualizar o núcleo invariável das relações obrigacionais. Infere-se, assim, que a *determinabilidade dos sujeitos*, o *caráter patrimonial da prestação* (objeto) e a *transitoriedade do vínculo* são os traços caracterizadores dessa relação jurídica de crédito e débito.

O objeto da relação obrigacional é a prestação, consistente na coisa a ser entregue (obrigação de dar) ou no fato a ser prestado (obrigação de fazer ou não

CAPÍTULO IV

Modalidades de Obrigações III – Classificação quanto à Exigibilidade e ao Conteúdo

Sumário • 1. Classificação quanto à exigibilidade: 1.1 Obrigações civis e obrigações naturais; 1.2 Regime das obrigações naturais; 1.3 Espécies de obrigações naturais; 1.4 Natureza jurídica da obrigação natural – 2. Classificação quanto ao conteúdo: 2.1 Obrigações de meio e de resultado; 2.2 A relevância da classificação; 2.3 A dicotomia à luz da boa-fé objetiva; 2.4 Obrigações de meio e de resultado no CDC; 2.5 Obrigações de garantia.

“Eu tudo fiz por você, e o resultado: decepção.”

(Tom Jobim)

*“Se eu quero e você quer
Tomar banho de chapéu
Ou esperar Papai Noel
Ou discutir Carlos Gardel
Então vá!
Faça o que tu queres
Pois é tudo da lei, da lei.”*

(Raul Seixas)

1. CLASSIFICAÇÃO QUANTO À EXIGIBILIDADE

1.1 Obrigações civis e obrigações naturais

De acordo com o art. 786 do CPC/15, “A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo”. Em complemento, assinala o art. 391 do Código Civil que “Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”. A outro turno, enfatiza o art. 876 do Código Civil: “Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir.”

Tais normas revelam o perfil ordinário das obrigações, aquilo que lhes confere juridicidade. Contudo, o ordenamento admite hipóteses excepcionais em que o inadimplemento pelo devedor não confere ao credor a pretensão de exigir o cumprimento. Nada obstante, se nesses casos o devedor espontaneamente satisfaz a obrigação, descabe a repetição daquilo que se deu a título de adimplemento.

Essas situações anômalas são referidas a uma categoria jurídica tida como *obrigações naturais* – nomenclatura que se opõe às *obrigações civis*, dotadas de plena exigibilidade – que apresenta duas marcantes características: (a) O cumprimento da obrigação natural não é judicialmente exigível; (b) não se pode repetir o que se pagou para o cumprimento de obrigação judicialmente inexigível (art. 882, CC).

Enfim, nas obrigações civis ou perfeitas, a lei dispensa ao sujeito ativo uma tutela direta, mediante ação creditória, ao passo que nas obrigações naturais – ou imperfeitas – concede-lhe uma simples tutela indireta, por meio da irrepetibilidade da prestação voluntariamente efetuada pelo devedor, aquilo que se chama *solutio retenti*, ou seja, o direito do credor de reter o pagamento.¹

A regra moral que aconselha o pagamento recebe parcial proteção jurídica. Se, por um lado, derroga-se a regra de que *a todo direito corresponde uma pretensão que o assegure*, pois não há como compelir aquele que recebeu a restituir, de outro ângulo acautela-se aquele que recebeu, pela irrepetibilidade, pois o que se pagou corresponde a um imperativo de justiça.

Não há regulamentação sistematizada sobre a matéria no Brasil. O Código Civil não regra de forma disciplinada o conteúdo e o modelo das obrigações naturais, sendo elas apenas referidas no plano de sua eficácia, quando do estudo do pagamento indevido. Apenas em um dispositivo a legislação substantiva faz menção rigorosa à obrigação natural, quando acentua que não se revogam por ingratidão as doações “que se fizerem em cumprimento de obrigação natural” (art. 564, III, CC). Aliás, o art. 882 do Código põe assento no atributo da incoercibilidade, ao substituir a expressão obrigação natural por *obrigação judicialmente inexigível*. Parece-nos que se trata de

1. COSTA, Mario Júlio de Almeida, in *Direito das obrigações*, p. 153. Aduz ainda que “foi pensando nesta dualidade que se definiu a obrigação em sentido técnico, encarada na perspectiva do credor como o poder de exigir (obrigações civis) ou apenas o poder de pretender (obrigações naturais) uma prestação”, p. 153.

um conceito jurídico indeterminado, passível de dimensionamento pelo magistrado em todos os casos em que a obrigação for inexigível, mas que seja defensável a sua devolução conforme os valores sociais vigentes.

O art. 402 do Código Civil de Portugal descreve adequado conceito para a obrigação natural, fundada “num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça”. Vê-se nitidamente a concorrência de dois requisitos positivos e um negativo: (a) prestação inexigível; (b) mas que se funde em dever moral ou social; (c) que o adimplemento represente um dever de justiça.

De fato, explica Caio Mário da Silva Pereira que “a obrigação natural é um *tertium genus*, entidade intermediária entre o mero dever de consciência e a obrigação juridicamente exigível”.² Seria mais que um dever moral, porém menos que uma obrigação civil.

A obrigação natural será algo a mais que um dever moral ou social, basicamente por corresponder a um dever de justiça. Segundo Antunes Varela, se há mero dever genérico de caridade (dar esmola aos pobres), ou de beneficência (auxiliar as vítimas de enchentes), ou um puro dever social de cortesia (presentear pelo casamento), haverá uma doação, mera liberalidade, mas não o cumprimento de obrigação natural. O mesmo se diga de um dever de gratidão ou reconhecimento por um serviço efetuado gratuitamente. Trata-se de doação remuneratória. Para que haja obrigação natural, é necessário que exista, como fundamento da prestação, um dever moral ou social específico entre pessoas determinadas, cujo cumprimento seja imposto por uma reta composição de interesses, ou seja, diretamente de justiça.³

De fato, existem deveres de justiça que não se qualificam como deveres jurídicos pelo fato de seu cumprimento não ser imposto pelo direito, apesar de reclamado pela justiça. É o caso do pagamento de dívida antes declarada como prescrita em juízo. O adimplemento espontâneo da prestação – mesmo depois de deduzida a pretensão – corresponde a um imperativo de justiça, apesar do vínculo jurídico já ter sido extinto em homenagem ao princípio da segurança jurídica e a necessidade de certeza no comércio jurídico.

Adere-se assim ao escólio de Mário Júlio de Almeida Costa: “Compete à jurisprudência, de harmonia com as concepções predominantes e as circunstâncias concretas de cada situação, averiguar se o dever de uma pessoa para com outra não respeita somente a consciência moral, mas algo mais, que respeite também à consciência jurídica. Consistindo num simples dever de caridade, de dedicação, de amor, ainda que fundados na moral, traduzir-se-á em liberalidade.”⁴ Ilustramos com um devedor

2. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. II, p. 32.

3. Assim, sintetiza o autor que “tanto o elemento objectivo (existência do dever de justiça), como o elemento subjectivo correspondente (intenção de cumprir o dever) são requisitos essenciais da obrigação natural. In *Das obrigações em geral*, v. I, p. 723-724.

4. COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 159.

de alimentos, que apesar de ter sido exonerado judicialmente do dever alimentar resolve por conta própria arcar com o pensionamento por cerca de 15 (quinze) anos e posteriormente suspende o pagamento. O Superior Tribunal de Justiça entendeu inviável a aplicação da *surrectio* em favor do ex-cônjuge, por se tratar de liberalidade estranha às relações contratuais.⁵

Se as noções de “dever de justiça” ou respeito à “consciência jurídica” como parâmetros de conversão de um dever moral em uma prestação se mostram demasiadamente fluidas, Pietro Perlingieri aplica os requisitos da proporcionalidade e da adequação como pressupostos implícitos da obrigação natural, devendo-se excluir este modelo toda vez que a prestação resultar desproporcional em relação ao dever moral do qual se constitui adimplemento. Para tal fim, não será o dever moral considerado abstratamente, mas em relação às específicas circunstâncias e peculiares relações entre devedor e credor natural.⁶

Ademais, não se invoque a teoria do enriquecimento sem causa para sancionar o credor, pois o pagamento da obrigação natural é justificado pelo fato do devedor adotar um comportamento legítimo, por reconhecer que obteve vantagem moralmente indevida, apesar de juridicamente inexigível.

Com Arnaldo Rizzardo, “não resta dúvida quanto à importância da obrigação natural, que vai predominando na medida em que evoluem os comportamentos, de modo a se cumprir certas obrigações unicamente porque ofendem os reclamos de consciência, podendo levar alguém a simplesmente cumprir obrigações não impostas pela lei, como no caso de uma injusta absolvição em processo penal”.⁷

1.2 Regime das obrigações naturais

O regime das obrigações naturais tende a se aproximar do regramento jurídico das obrigações civis, exceto naquilo que concerne à realização coativa da prestação. Sendo o cumprimento da obrigação natural um ato espontâneo do devedor, terá total

5. STJ, Informativo nº 654: 13 de setembro de 2019. “Entretanto, o instituto da *surrectio* costuma balizar a interpretação na esfera contratual, bem como os deveres anexos à obrigação principal, em um contexto normalmente diverso do direito de família, que se rege por princípios autônomos àqueles aplicáveis, como regra, aos negócios jurídicos de modo geral. A liberalidade em questão não ensejou direito subjetivo algum, pois a própria beneficiária já tinha ciência de que o direito pleiteado era inexistente. A improcedência da ação revisional proposta com o intuito de prorrogação do pagamento dos alimentos é, por si só, fundamento suficiente. Assim, não há falar em ilicitude na conduta do ex-cônjuge por inexistência de previsibilidade de pagamento eterno dos alimentos, especialmente porque ausente relação obrigacional. A boa-fé não pode, nesse momento, ser-lhe prejudicial. Portanto, a teoria do abuso de direito não se aplica no caso concreto, em que a assistência foi humanitária e, perceptivelmente, provisória. O dever de prestar alimentos entre ex-cônjuges ou companheiros é regra excepcional que desafia interpretação restritiva. No caso, a ex-esposa fez dos alimentos percebidos voluntariamente um modo de subsistência por escolha própria. A fixação de alimentos depende do preenchimento de uma série de requisitos e não pode decorrer apenas do decurso do tempo. A idade avançada ou a fragilidade circunstancial de saúde, fatos inexistentes quando da separação, não podem ser imputados ao ex-cônjuge, pois houve tempo hábil para se restabelecer após o divórcio, já que separada faticamente há quase duas décadas (REsp 1.789.667-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. Ac. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, por maioria, DJe 22/08/2019).

6. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, p. 914.

7. RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*, p. 63.

autonomia para optar entre adimplir ou não. Contudo, caso delibere por cumprir, será legítima a aplicação das regras destinadas às obrigações civis, desde que compatíveis com a incoercibilidade do vínculo.⁸

Assim, se o devedor de obrigação natural cumpre espontaneamente, será o adimplemento coberto pelo manto da irrepetibilidade, mesmo que o devedor tenha pagado por erroneamente acreditar que era obrigado a cumprir a prestação. Em outras palavras, o erro quanto à ciência sobre a coercibilidade jurídica não suprime a eficácia do cumprimento. Certamente não se poderia falar do atributo da “espontaneidade” em um pagamento cercado por dolo ou coação, ou mesmo uma outra espécie de erro.⁹ Contudo, mesmo sob a falsa premissa da coercibilidade do débito, o devedor capaz agiu com liberdade e realizou um ato de autonomia. Afinal, o fato de haver ocorrido a prescrição ou de a dívida não ser juridicamente exigível não significa que ela não era devida.

Hipótese diametralmente contrária a esta e que culmina por comprovar o acerto daquilo que foi afirmado no tópico anterior é o regramento do art. 877 do Código Civil: “àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro”. Aqui sim a comprovação do erro é imprescindível para a repetição do valor pago, haja vista que, ao se pagar prestação ciente de ser ela indevida, está o *solvens* realizando uma liberalidade. Por conseguinte, só haveria repetição se aquele que pagou comprovasse o seu desconhecimento quanto ao caráter indevido daquilo que prestou.

Seria plausível um negócio jurídico de promessa de cumprimento de obrigação natural?

Se o devedor demonstrar o claro desiderato de proporcionar coercitividade à obrigação – não se tratando apenas de uma confissão de dívida natural –, será válida e eficaz a promessa, desde que, por via transversa, não elida a razão pela qual o ordenamento jurídico afastou a sua incoercibilidade. Com efeito, nada impediria que o devedor de obrigação judicialmente declarada prescrita efetuasse promessa de reconhecimento desse débito. Há ainda uma imposição ética que impele ao pagamento. O mesmo não se diga de uma dívida de jogo ou aposta. Uma promessa de cumprimento dessas obrigações naturais seria inválida por representar, nas palavras de Mário Júlio de Almeida Costa, “a deixar entrar pela janela aquilo a que se fecha a porta”.¹⁰

8. Fernando Noronha caminha nesse sentido, enfatizando que “a obrigação natural é despida da coercibilidade que é característica das obrigações verdadeiras e, por outro lado, o cumprimento delas não tem o tratamento jurídico do adimplemento das demais obrigações. O adimplemento da obrigação natural é equiparado ao cumprimento das obrigações verdadeiras apenas para o efeito de impedir que possa ser repetido”. In *Direito das obrigações*, v. I, p. 221.

9. Hamid Charaf Bdine Jr. aduz que “se houver outra espécie de erro no pagamento, será possível repetir o inadimplemento. Imagine-se que o erro resultou do fato de uma seguradora pagar indenização a um segurado, após o prazo prescricional, porque imagina que ele havia sido vítima de furto. Ao ser apurado o erro – o furto não ocorreu –, a seguradora poderia postular a repetição do indébito decorrente do erro cometido, porque seu pedido não estaria fundamentado no pagamento de dívida prescrita”. In *Código Civil comentado*, p. 891.

10. COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, p. 166.

Deixemos claro, todavia, que a noção da incoercibilidade jurídica da obrigação natural exclui, por completo, a possibilidade de se prestar garantia – pessoal ou real – ao seu cumprimento. Tratando-se o pagamento de um ato de liberdade, qualquer forma de garantia impactará em responsabilidade, seja pessoal do devedor natural ou de terceiros, o que colide diretamente com a lógica da espontaneidade do adimplemento da obrigação natural.¹¹

Por outro lado, existem disposições que se aplicam exclusivamente ao regime das obrigações naturais, a ponto de particularizar o processo do adimplemento, diferenciando-o do estatuto de regência das obrigações civis. Senão, vejamos:

- a) O cumprimento da obrigação natural será considerado como fraude contra credores, passível de anulação (art. 171, II, CC), quando causar prejuízo a terceiros. A locução *terceiros* se aplica àqueles que celebram negócios jurídicos com devedores que optam por quitar obrigação natural ao invés de arcar com obrigações civis. Assim, se *A* é devedor de *B* em função de uma nota promissória dotada de exigibilidade e mesmo assim delibera por pagar a *C* um débito prescrito por deliberação judicial, poderá *B* ajuizar ação pauliana para invalidar o cumprimento da referida obrigação natural, quando sobejar provado que o adimplemento da obrigação prescrita reduziu *A* à condição de insolvência, frustrando o cumprimento da obrigação civil perante *B*.¹²

Na verdade, bem sintetiza Fernando Noronha que “se pusermos em confronto a posição do credor ‘natural’, que nunca poderia exigir a prestação, com a de terceiros que sejam titulares de créditos juridicamente exigíveis e que ficariam prejudicados com o eventual pagamento ao credor natural, veremos que os interesses destes são, sem dúvida, mais merecedores de tutela. Nenhum devedor pode pagar dívidas ‘naturais’ se não está em condições de pagar as suas dívidas civis”.¹³

Por conseguinte, da mesma maneira que as pessoas não podem fazer liberalidades sem estar quites com os seus credores, para que praticamente as não façam à custa deles, igualmente lhes será vedado o cumprimento de meros deveres de consciência

11. Essa também é a posição adotada por João de Matos Antunes Varela, in *Das obrigações em geral*, v. 1, p. 737.

12. No nosso Código Civil não há norma expressa na seção da Fraude contra Credores hábil a censurar tal comportamento pelo devedor, porém deduz-se tratar de ato gratuito e fraudatório dos direitos dos demais credores (art. 158, CC). Já no CC de Portugal há dispositivo específico aplicável à espécie. Art. 615. 2: “O cumprimento de obrigação vencida não está sujeito à impugnação; mas é impugnável o cumprimento tanto da obrigação ainda não exigível como da obrigação natural.”

13. O autor ilustra o raciocínio com ótimo exemplo: “um devedor em estado de insolvência que paga três dívidas: uma comum e já vencida, outra comum e não vencida, a terceira natural (por exemplo, dívida de aposta, ou dívida comum já judicialmente declarada prescrita). O primeiro pagamento é inatacável, o segundo é ineficaz em relação aos demais credores e por isso tem de ser repostado (art. 162), para que todos sejam tratados em pé de igualdade. E se o pagamento de dívida ainda não vencida não vale contra os demais credores, por maioria de razão nada poderá valer o pagamento de dívida natural: o credor natural terá que devolver o que recebeu. Este nem sequer poderá participar, depois, do concurso de credores, e ficará sem nada receber, se o patrimônio do devedor não for suficiente para pagar integralmente os credores ditos ‘civis’”. In *Direito das obrigações*, v. 1, p. 224.

– mesmo que suportados por ditames de justiça – sem previamente se desonerarem das obrigações impostas por lei, que com ela possam colidir.¹⁴

b) Mais uma característica diferenciada das obrigações naturais concerne à possibilidade de repetição do adimplemento quando o devedor seja incapaz.

Em princípio, a capacidade de fato do *solvens* não é requisito para o cumprimento da obrigação. A avaliação quanto à representação ou assistência do incapaz é um dado coevo ao momento genético da validade do negócio jurídico. *A contrario sensu*, como bem colocado por Pontes de Miranda, “o que se exige é que o adimplemento se dê, e esse ocorre sempre que, mediante atividade (positiva ou negativa) tendente à obtenção do resultado, a prestação tem por fito, e obtém tal resultado”.¹⁵ Isso se explica pelo fato de o pagamento se encontrar no plano da eficácia: não há pagamento nulo ou anulável, apenas se analisa se ele produziu efeitos ou não. Daí a preocupação do art. 310 do Código Civil apenas com o resultado do pagamento, isto é, se ele produziu ou não benefícios para o incapaz. Esta será a motivação para a sua eficácia ou ineficácia.

Aliás, se nas obrigações de fazer ou de não fazer esta asserção não causa espécie – pois o cumprimento se limita a uma conduta ou abstenção por parte do devedor incapaz –, poder-se-ia, a princípio, questionar-se a eficácia do pagamento de obrigação de dar relativa à transmissão de propriedade, a qual demandaria capacidade plena de exercício. Todavia, se o negócio jurídico foi validamente concluído pelas partes, seria mesmo contraditório se permitir a repetição do pagamento – quando realizado pessoalmente pelo incapaz –, se os seus representantes serão imediatamente convocados para realizar novo cumprimento.

Todavia, o mesmo raciocínio não se aplica ao pagamento pessoal de obrigação natural pelo incapaz. Aqui surge uma necessária ponderação entre o ditame de justiça associado ao interesse social que legitima o recebimento da obrigação natural pelo credor e a imprescindibilidade da tutela da pessoa do incapaz em face do irrefletido pagamento de um débito que não pode lhe ser exigido pelo credor natural.

De acordo com o art. 882 do Código Civil, a irrepetibilidade do pagamento da obrigação natural não comportaria exceções. Para parte da doutrina, isso já seria suficiente para se conceder eficácia, exemplificativamente, ao pagamento pelo incapaz de dívida declarada prescrita, como forma de renúncia tácita à prescrição, mesmo por quem não tenha capacidade para tanto.¹⁶ Não comungamos desse entendimento, primeiro por ser evidente que a existência de uma regra só pode ser confirmada pela demonstração de, no mínimo, uma exceção a ela. No mais, uma interpretação sistemática do modelo jurídico nos remete ao art. 814 do Código Civil, norma que

14. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. 1, p. 730.

15. In *Tratado de direito privado*, t. XXIV, p. 115. De acordo com Pontes de Miranda, o pagamento é um ato-fato, pois o que é essencial é que ele seja conforme à obrigação (p. 114).

16. Neste sentido o posicionamento de Celso Quintella Aleixo ao comentar o art. 882: “Não só a lei é peremptória ao tratar do assunto, como não estabelece a exceção. Uma vez que o direito de crédito continua a existir, reputar como válido e eficaz o pagamento é solução mais adequada, inclusive porque é a compatível com a segurança jurídica, fundamento da prescrição” (In *Pagamento*, p. 289).

consagra a não repetição do pagamento de dívidas de jogo ou de aposta, “salvo se for ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito”. A ressalva da norma evidencia a preocupação do legislador com a tutela do perdedor da aposta ou jogo quando incapaz, impedindo assim a retenção do pagamento por parte do credor. A lei aqui adota padrão diferenciado do adimplemento das obrigações civis.

1.3 Espécies de obrigações naturais

É inadequada qualquer enumeração *numerus clausus* de hipóteses de obrigações naturais. Trata-se de um modelo jurídico de caráter geral que, como visto antes, abrange aqueles deveres de cunho social e moral, cujo adimplemento corresponda a um dever de justiça, não obstante marcados pela inexigibilidade. Para fins de sistematização, adotamos a classificação de Fernando Noronha, e distinguindo as obrigações naturais em dois grupos: obrigações de conteúdo moral e de trato social. Aquelas se associam às regras de conduta recomendadas sobre o que se fazer para alcançar o bem e evitar o mal, tutelando a ética social. Já as obrigações de trato social atendem a simples usos e convenções sociais, cuja inobservância não lesa a moral, mas comporta a desestima social do sujeito. As obrigações de conteúdo moral são mais numerosas, eis que tutelam valor mais importante do que as regras meramente de trato social.¹⁷

1.3.1 Obrigações de trato social

Dívidas de jogo ou aposta – na sistemática do Código Civil, jogo e aposta são contratos nominados, todavia dotados de eficácia particularizada, em razão do desvalor social ínsito a eles. No jogo, os jogadores disputam em função do acaso: o que for favorecido pela sorte quanto ao resultado de um evento incerto e aleatório será pago pelos demais; na aposta, as partes disputam em função de opinião sobre o resultado de evento futuro. Enquanto no jogo os contendores detêm função ativa, interferindo no resultado, na aposta o papel é passivo, eis que os apostadores apenas aguardam o resultado de evento sobre o qual não possuem qualquer controle.

Existem três categorias de jogos e apostas no direito brasileiro: os regulados, os tolerados e os proibidos.

Os jogos e apostas lícitos e disciplinados em lei e providos de autorização administrativa não são obrigações naturais, porém perfeitas. Cuida-se de atividades lícitas, submetidas à regulamentação estatal, fonte de obrigação civil (art. 814, § 2º, do CC).¹⁸ Exemplificando, as diversas loterias da Caixa Econômica Federal ou o turfe. Também escapam da regra geral os prêmios oferecidos para competições, quando os interessados se submetem às prescrições legais e regulamentares (art. 814, § 3º, do CC).

17. In *Direito das obrigações*, v. 1, p. 231.

18. João de Matos Antunes Varela resume o jogo legalmente autorizado como “válvula de escape social, destinada a satisfazer o sentimento muito generalizado de as pessoas tentarem a sua sorte através dos jogos de azar e a evitar na medida do possível a organização clandestina do jogo”. In *Das obrigações em geral*, v. 1, p. 726.

CAPÍTULO X

Enriquecimento Sem Causa

Sumário • 1. Noções gerais: 1.1 O enriquecimento sem causa no direito brasileiro; 1.2 Um problema de terminologia: enriquecimento ilícito, enriquecimento sem causa e ilícito civil – 2. O enriquecimento sem causa como princípio: 2.1 Introdução; 2.2 Desdobramentos do enriquecimento sem causa como princípio – 3. O enriquecimento sem causa como fonte de obrigações: 3.1 Introdução; 3.2 Desdobramentos do enriquecimento sem causa como fonte de obrigações – 4. Pressupostos do enriquecimento sem causa; 4.1 O enriquecimento; 4.2 O empobrecimento (“à custa de outrem”); 4.3 O nexo de causalidade; 4.4 A ausência de justa causa; 4.5 A ação de enriquecimento e a controvérsia acerca da subsidiariedade – 5. O enriquecimento sem causa e os institutos do pagamento indevido e da gestão de negócios – 6. Referências.

1. NOÇÕES GERAIS

Em um prólogo a uma prestigiada obra sobre o enriquecimento injustificado, Fernando Pantaleón remete ao aprisionamento de Hugo Grotius (1583-1645) no Castelo de *Loevenstein*, para indagar se o direito privado ainda se mantém encarcerado no referido castelo, com base na idealização formulada por *Grotius* para a ação de enriquecimento, com fundamento na equidade. Uma formulação pouco técnica, imprecisa e insuficiente para responder aos problemas atuais do direito restitutivo. Escapar do cárcere, demanda uma reformulação do conceito de enriquecimento injustificado, desprendendo-se da configuração tradicional e modernizando a matéria para delimitar rigorosamente os remédios jurídicos que resolvem importantes problemas práticos do direito privado.¹

Com efeito, profundamente impactado pela doutrina da restituição elaborada na Escola de Salamanca, Grotius, em sua *Introdução a Jurisprudência Holandesa* – escrita a *Loevenstein* por volta de 1620 –, seguiu a subdivisão de Tomás de Aquino em várias categorias de restituição *ratione rei*. Em sua obra, “de jure belli ac pacis”, adotou um esquema de fontes de obrigação, correspondente com várias classes de restituição. A obrigação *ex dominio* baseava-se no fato de alguém ter ou haver tido

1. PANTALEÓN, Fernando Prieto. “Prólogo” a Basozábal Arrúe. *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, p. 14.

algo que pertencia a outra pessoa. No primeiro caso a coisa poderia ser exigida, pela via de uma ação reivindicatória, tal como elaborou o direito romano ao dar o vocábulo propriedade a aceção de domínio e, no segundo quando a coisa havia desaparecido, Grotius elaborou uma fonte obrigacional autônoma, resultante de um princípio de direito natural de proibição geral de um enriquecimento injustificado sobre uma coisa que outrem teria o direito, mas não está em poder e nem pode ser objeto de reivindicação.²

A origem histórica do enriquecimento sem causa foi profundamente estudada por Díez-Picazo – principal referência do direito civil patrimonial espanhol na segunda metade do século XX – desde as suas raízes na exegese, glosa e comentários à referida citação de Pomponio, como dos textos sobre as *condictiones* em que aquele se fundava, completada com a chamada *actio in rem verso*. A ideia subjacente destas figuras foi desenvolvida pela Escola de Direito Natural racionalista, que reuniu diversas hipóteses restitutórias em um conceito genérico e abstrato, legisladas no Código Civil austríaco de 1811. O conceito unitário de enriquecimento sem causa foi desenvolvido por Savigny,³ herdado pela Pandectística, passando depois ao BGB (§§812 s). Também foi admitido no Código Suíço das Obrigações (arts. 62-7). O CC italiano (art. 2041), atribuiu à ação caráter subsidiário, admitida unicamente quando o interessado não disponha de outro meio para alcançar o seu interesse (art. 2.042) e com similares características o CC de Portugal (arts. 473 e 474).⁴

De uma forma mais detalhada, o conceito de “enriquecimento injustificado” como fonte de obrigações se desenvolveu através dos séculos em duas linhas de evolução, uma baseada no direito romano e outra na doutrina da restituição criada pela teologia moral. O direito romano conheceu unicamente responsabilidade por formas específicas de enriquecimento. O *corpus juris* contém uma regra pela qual ninguém pode se enriquecer à custa de outro. Com o tempo, os glosadores e comentaristas construíram uma responsabilidade geral por enriquecimento injustificado, embora não empregassem esse termo para indicá-la. Contudo, a segunda linha de desenvolvimento mostra um movimento contrário. O ponto de partida não é uma forma de responsabilidade jurídica, mas um princípio ético, bastante amplo e vago, o da restituição. A interpretação extensiva das disposições romana pelos autores medievais

2. HALLEBEEK, Jan. *La formación de la idea de enriquecimiento injustificado como concepto jurídico en la Escuela de Salamanca*, p. 44/5.
3. Explica Nils Jansen, que não foi até Savigny, no entanto, que a cláusula geral do enriquecimento foi finalmente reconhecida. Savigny havia explicado que todas as *condictio* romana se baseiam em um enriquecimento injustificado vindo da propriedade do credor. Com essa formulação abstrata, conhecida como “shifting of property formula”, ele definiu o ponto de partida para os desenvolvimentos do século XIX. Posteriormente, os pandectistas presumiram que todas as condições se baseavam no fato de que algum benefício havia sido transferido da propriedade de uma pessoa para outra. In: *Farewell to unjustified enrichment?* P. 10.
4. DIÉZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I, p. 108/12. O autor investe na posição majoritária, pela qual é impossível construir uma explicação unitária sobre o enriquecimento sem causa por sua excessiva abstração, preferindo acudir a uma tipologia com grupos de casos em que é possível reclamar a restituição, divididos em três tipos de *condictiones* (ações dirigidas a exigir a restituição): a) a *condictio* da prestação; b) a *condictio* por intromissão; a *condictio* por inversão ou desembolso. Op. cit., p. 124.

e a interpretação refinada da doutrina da restituição na teologia moral finalmente se encontraram no conceito de enriquecimento injustificado como encontrada na doutrina de direito natural de Hugo Grotius. Este conceito se firmou na Europa ocidental e influenciou na codificação do direito privado em vários países.⁵

A história do enriquecimento injustificado forma parte da história do desenvolvimento da expressão técnica “locupletior factus est” (fazer-se mais rico), originada no direito romano, nos distintos textos do *Corpus Juris Civilis*. Três modelos distintos se ocuparam de refinar aquela expressão: a) o modelo dos casos típicos de “fazer-se mais rico” – apegado à tradição dos textos clássicos romanos – defendendo que essa categoria teria aplicação somente em uma série de casos perfeitamente definidos. Tendência que no século XVIII encontrou em *Pothier* um notável expositor, desenvolvendo as fontes romanas do *Digesto* e recusando a recepção do sistema romano de ações e, conseqüentemente, negando a aplicação das *condiciones*; b) o modelo do princípio “regula iuris” do *Digesto* – não uma norma aplicável, mas uma espécie de aspiração ideal –, que veda se enriquecer às expensas de outro – regra extraída de um texto de Pomponio e desenvolvida no direito comum com especial significado entre os juristas francêss dos séculos XVI a XVIII por inspirar soluções abertas a todo gênero de campos dogmáticos;⁶ c) o modelo das “*condictiones*” para a repetição do enriquecimento – surgiu com clareza nas interpretações da compilação de Justiniano. As *condictiones* serviam como mecanismo fundado em equidade, permitindo evitar uma série de situações de injustiça nas quais uma pessoa se fazia mais ricas às custas de dano a outra. A novidade aqui consistiu em entender que a *condictio* era uma ação dirigida àquilo que se via como um enriquecimento em concreto, a *condictio sine causa*. Esta tendência influenciou a obra dos juristas dos séculos XVI a XVIII e as codificações do século XIX – como operativo em um espaço de uma ação geral para recuperar o que se retinha sem causa –, com exceção da França, pois os seus doutrinadores recusavam o sistema de ações, seguindo o modelo de *Pothier*.⁷

-
5. HALLEBEEK, Jan. *La formación de la idea de enriquecimiento injustificado como concepto jurídico en la Escuela de Salamanca*, p. 37-8. Esclarece o autor que embora as duas linhas históricas levem ao mesmo resultado conceitual – uma responsabilidade geral por enriquecimento injustificado –, as duas formas de se pensar o problema seguem presentes no debate atual sobre os traços essenciais do remédio. É um remédio de equidade geral? ou um remédio de natureza mais dogmática com a sua própria posição no direito das obrigações?
 6. A afirmação de Pomponio se encontra no último título do *Digesto*, *De diversis regulis iuris*, em D. 50,17,206: “é justo por direito natural que ninguém se enriqueça com prejuízo e lesão de outro”).
 7. GRANDON, Javier Barrientos. *Enriquecimiento injustificado y codificación: modelos y decisiones dogmáticas (siglo XIX)*, p. 50-66. Explica o autor que o codificador francês seguiu a orientação de *Pothier* ao retomar as noções de delitos e quase-delitos (como ilícitos extracontratuais), recompondo a tetrapartição das obrigações, já integrada pelas noções do contrato e do quase-contrato. Foi esta concepção recebida no art. 1.370 do Código Civil de 1804: “Certains engagements se forment sans qu’il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s’oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. Les uns résultent de l’autorité seule de la loi; les autres naissent d’un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée. Les engagements qui

Apesar da regra formulada por *Pomponio*, o enriquecimento injustificado nunca foi fonte de obrigações no direito romano, seja no direito clássico como nos tempos de Justiniano. Não havia ação geral de enriquecimento e, tampouco, obrigação. Além do pagamento indevido e da gestão de negócios alheios, Justiniano reconhece mais outros quatro tipos de *obligationes quasi ex contractu*, mas nenhuma delas se identifica com o enriquecimento injustificado. As ações romanas mais parecidas com a natureza de uma ação de enriquecimento são a *condictio indebiti* por um lado e a *actio in rem verso*, por outro, ambas com uma aplicação relativamente limitada.⁸

Lado outro, a escola de Salamanca (escolástica tardia) produziu um aporte considerável à formação do enriquecimento injustificado como conceito distinguível dentro de uma extensa doutrina de restituição. Esta doutrina implica em que cada violação da ordem natural tem que se remediada e a teologia moral ensina que temos que restabelecer o equilíbrio mediante restituição, ou seja, expiando a referida violação. A doutrina da restituição se relacionava ao conceito aristotélico da justiça comutativa, inspirada nas lições de Tomás de Aquino. A teologia moral se centrava na pessoa que teria que restituir e o enriquecimento injustificado se desenvolveu na classe da restituição *ratione rei* (literalmente, “por causa de uma coisa”), ou seja, do simples fato de se ter faticamente uma coisa que corresponda ao domínio de outra pessoa. A restituição seria o ato de devolver a alguém o seu domínio sobre a coisa. Sendo o termo “domínio” entendido em uma acepção mais ampla que propriedade e não como sinônimo, tal como concebia o direito romano. Os teólogos da península ibérica discutiram também os casos em que a coisa já não mais estava nas mãos do ofensor, que mesmo desaparecida havia produzido um proveito. O grande mérito da Escola de Salamanca foi o de buscar uma responsabilidade por enriquecimento em uma casuística bastante concreta, na qual o princípio da restituição não se situou no princípio geral da vedação do enriquecimento sem causa, baseado na equidade. Diferentemente, o seu ponto de vista metodológico não se desviou consideravelmente da ciência jurídica mais tardia que adotou as *condictiones* romana como fundamento geral para uma responsabilidade por enriquecimento injustificado.⁹

naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits; ils font la matière du présent titre”

8. WALLINGA, Tammo. *Es de Justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro. Principios y practica del Derecho romano de enriquecimiento*, p. 26-7. Na *condictio indebiti* há em regra uma transferência de propriedade entre as partes e um *negotium* entre elas. Porém, surgem casos de enriquecimento nos quais nem se transfere a propriedade e nem há lugar um *negotium*. Um caso concreto é a construção em terreno alheio no qual o proprietário resultará enriquecido pela acessão sem que haja qualquer transferência ou negócio entre as partes. Surge uma *exceptio* ao construtor contra a reivindicação do proprietário, para obter indenização de seus gastos. Já a *actio in rem verso* surgia quando o patrimônio de um *paterfamilias* é incrementado como consequência de um contrato celebrado por um escravo ou por um filho sob a autoridade parental. O *paterfamilias* é responsabilizado até a quantidade de seu enriquecimento, porque seria injusto se beneficiar à custa da outra parte.
9. HALLEBEEK, Jan. *La formación de la idea de enriquecimiento injustificado como concepto jurídico en la Escuela de Salamanca*, p. 39-43. Após expor os contributos de Francisco de Vitória, Domingo de Soto, Tomás de Mercado, Domingo Bañes e Pedro de Aragón, o autor conclui que os ditos teólogos examinaram as hipóteses de restituição *ratione rei* em três níveis: a) havendo venda coisa o preço recebido a substituirá; b) havendo consumo de coisas alheias necessárias, haverá responsabilidade pelo que se economizou; c) se

Em síntese, o direito canônico e a doutrina da restituição tiveram um papel preponderante na evolução do trato do enriquecimento injustificado, pois pressionaram os juristas medievais de tradição romanística a encontrar soluções com maior generalidade. Depois da idade média, a fusão das maneiras de tratar o enriquecimento do direito romano e do direito canônico acabou de fato criando uma ação geral de enriquecimento.¹⁰

O desafio histórico que se mantém atual consiste em perceber que as distinções entre os modos de regulamentar o enriquecimento sem causa são maiores do que os dissídios envolvendo contratos e responsabilidade civil, sobremaneira pela forma distinta em que se deu a codificação nos modelos francês e alemão. Com efeito, em países como França, Itália e Espanha o que temos são modelos fragmentados, com ações específicas e distintas para o pagamento indevido, a gestão de negócios e uma ação geral de enriquecimento injustificado. Porém, se pensarmos em uma visão *lata* de enriquecimento injustificado, a fragmentação aumenta, para encontrar no direito das obrigações figuras como o pagamento por terceiro ou pelo credor aparente e, no setor do direito das coisas, as relações entre proprietário e possuidor e a acessão.

Originariamente no direito francês, tal como sucede no direito espanhol a “causa” se configurava em um elemento essencial do contrato. A ausência de causa no contrato supunha a sua nulidade, pelo que não era necessário recorrer ao sistema originário do direito romano das *condictiones* para obter a restituição de um deslocamento patrimonial produzido, tal como sucede no direito alemão.¹¹ Isto fez com que o enriquecimento injustificado seja considerado nos países de tradição francesa uma ação de caráter subsidiário com importância residual, um modo de fechamento do sistema, podendo ser exercitada quando o empobrecido não disponha de outra ação que lhe permita obter a restituição. Em contrapartida, nos países de tradição germanista, o enriquecimento injustificado foi dotado de um regime geral a partir de sua configuração como fonte de obrigações. Precursor de uma regulação geral desta figura, o

a coisa gerou frutos e estes foram consumidos, a responsabilidade também se expressará em termos de enriquecimento.

10. Apesar do percurso histórico destacar as origens romanas e escolásticas do enriquecimento injustificado, não se pode olvidar dos “Glosadores” de Bolonha que desenvolveram uma ação de enriquecimento mais generalizada, estendendo o uso da *actio in rem verso*, bem como dos “comentaristas” da Escola de Orléans, que também deram aplicação mais prática a regra de Pomponio, ampliando o significado dos casos especiais que se encontravam no *Corpus Iuris*. Com maiores detalhes, WALLINGA, Tammo. *Es de Justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro. Principios y practica del Derecho romano de enriquecimiento*, p. 31-4.
11. GIL, Laura Zumaquero. El enriquecimiento injustificado en el Derecho Privado Europeo, *Dret Revista para el Análisis del Derecho*. Abril, 2017, p. 7/8. A influência romana chega aos distintos ordenamentos europeus, de maneira bem distinta nos países germânicos e nos países de origem latina, apesar da generalização que sofre a figura do enriquecimento injustificado no direito comum, onde aparece como única ação para a repetição de tudo aquilo que tenha sido pago sem causa. Este processo pré-codificação culmina no século XIX com os trabalhos da pandectística da Alemanha, que elabora toda uma doutrina geral del enriquecimiento injustificado, identificando os elementos que todos os casos teriam em comum e seus efeitos. A partir de então, cada um dos países recepcionou a figura de maneira diferente, em atenção, basicamente, a que os seus ordenamentos seguissem um sistema causalista ou um sistema de abstração da causa. Nos países regidos pela abstração da causa houve a transcrição das *condictiones* romanas e a sua configuração como fonte de obrigações; enquanto no caso dos países receptores do sistema causalista se regulou a figura a partir das regras dos quase-contratos, sem que se elaborassem normas próprias do enriquecimento injustificado