

Gustavo Tepedino
Luiz Edson Fachin
[organizadores]

DIÁLOGOS SOBRE DIREITO CIVIL

Volume II

RENOVAR
Ato de Janeiro • São Paulo • Recife
2008



Todos os direitos reservados à
LIVRARIA EDITORA RENOVAR LTDA.
LIVRARIA E EDITORA Assembleia, 1072-421 - Centro - RJ
MARIK, Rua da Assembleia, 1072-421 - Centro - RJ 2531-2505 - Fax: (21) 2531-2135
CEP: 20011-900 - Tel: (21) 2531-2505 / 2580-8596 - Fax: (21) 2589-1962
RJIAJ RJ Tel: (21) 2589-1863 / 2580-8596 - Fax: (11) 3105-0359
RJIAJ SP Tel: (11) 3104-9951 - Fax: (11) 3105-0359
RJIAJ PE Tel: (81) 3223-4988 - Fax: (81) 3223-1176
LIVRARIA CENTRO (RJ) Tel: (21) 2531-1316 / 2531-1338 - Fax: (21) 2531-1873
LIVRARIA IPANEMA (RJ) Tel: (21) 2287-4080 - Fax: (21) 2287-4888
www.editorarenovar.com.br renovar@editorarenovar.com.br
SAC: 0800-221863

© 2008 by Livraria Editora Renovar Ltda.

Conselho Editorial:

Arnaldo Lopes Sussekind — Presidente
Carlos Alberto Menezes Dinello
Cano Tacio (*in memoriam*)
Luiz Emegdio F. da Rosa Jr.
Celso de Albuquerque Mello (*in memoriam*)
Ricardo Lobo Torres
Ricardo Pereira Lira

Revisão Tipográfica: Maria de Fátima Cavalcanti

Capa: Sheila Neves

Editoração Eletrônica: TopTextus Edições Gráficas Ltda.

Nº 1488

CIP-Brasil: Catalogação-na-frente
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

D217 Diálogos sobre direito civil - volume II / Gustavo Tepedino e Luiz
Elson Fachin (organizadores). — Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
698p. : 23cm.

Inclui bibliografia.
ISBN 978857147-648-6
I. Direito civil — Brasil. I. Título.

CDD 346.81015

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Obra realizada no âmbito de Projeto de Coopera-
ção Interinstitucional do Programa Nacional de
Cooperação Acadêmica — PROCAD mantido
pela CAPES, desenvolvido nos Programas de Pós-
Graduação das Faculdades de Direito da Univer-
sidade Federal do Paraná (UFPR) e da Univer-
sidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Sumário

Capítulo 1. Atividade Econômica, Controle de Bens e Titularidades	
Notas sobre a descon sideração da personalidade jurídica Gustavo Tepedino.....	1
A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens Roberta Mauro.....	33
Condomínio e subjetividade Milena Donato Olivea.....	61
Dignidade jurídica dos contratos de gaveta: em busca da concretização do acesso à moradia Eros Behm de Moura Cordeiro e Norma Paula Fontanela de Moura Cordeiro.....	99
O direito à moradia e o STF: um estudo de caso acerca da impenhorabi- lidade do bem de família do fiador Rosalice Fidalgo Pinheiro e Katya Lsguirre.....	131
O que foi feito de VERA? Reflexão sócio-jurídica sobre a terra brasileira DOIS Andréa Alves de Sá.....	165
Capítulo 2. Redefinição das Relações Contratuais, Responsabilidade Civil e Direitos Fundamentais	
Problematicando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil Melina Girardi Fachin e Umberto Paulini.....	195

Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002	231
Anderson Schreiber	
A fim insatisfação das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação	265
Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería	
A obrigação como processo: releitura essencial trinta anos após	299
Paulo Nalin, Luciana Pedroso Xavier, Marília Pedroso Xavier	
A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso "Zeca Pagodinho"	323
Rosalice Fidalgo Pinheiro e Frederico Eduardo Zenedin Giltz	
O "tratamento" dos planos de saúde na perspectiva do Direito Civil-Consumidor, em dois tempos: o contrato e o direito fundamental à saúde	345
Gabriel Schulman e Renata Carlos Steiner	
O papel da responsabilidade civil na tutela coletiva	383
Rafael Viola	
A manipulação genética e o contrato de seguro	407
Mário Viola	
A atribuição do dever de indenizar em decorrência da prática de atividades naturalmente arriscadas e o problema do nexó de causalidade	427
Roberto Altheim	
Algumas reflexões sobre responsabilidade civil e nascimento indesejado	455
Renata Dantas Viêla	
Dano moral por abandono afetivo	475
Wesley Louzada Bernardo	
Capítulo 3. Relações de Família e o Estatuto das Situações Jurídicas Existenciais	
Ensaio sobre o fim da separação judicial	503
Luz Edson Fachin	
O poder de disposição nas relações familiares	519
Rose Melo Vencelau Meireles	
A função dos impedimentos no Direito de Família: uma reflexão sobre o casamento dos irmãos consanguíneos ocorrido na Alemanha	547
Ana Carolina Brochado Teixeira	
Famílias simultaneas	
Samir Namur	573
O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o provoca: uma leitura do regime de incapacidades	599
Jussara Maria Leal de Meirelles	
Fundamentos da sucessão legítima	619
Ana Luíza Maia Neves	
Capítulo 4. Ensino Jurídico e Direito Civil no Brasil Contemporâneo	
O ensino do Direito Civil: breve ensaio sobre o Direito das Sucessões	651
Froulths Cortiano Junior e Ilton Norberto Nohl	
Propostas para o ensino do Direito Contratual no Brasil	667
Flávio Tartuce	

podendo cumprir-se até uma sensibilidade que se poderia dizer quase literária. E tem ensina a literatura a transcender as meras aparências, como no aludido conto de Machado de Assis, que se apresenta com o absoluto sucesso da Igreja do Diabo. Em suas paradas — todas as virtudes cuja capa de veludo arabava em terra de jônias, uma vez puxadas pela franja, deixavam a capa as costas e vinham alistar-se na igreja nova. Atrás foram chegan- do as vestras e o tempo abençoou a instituição. A igreja fundamen- ta-se e a doutrina propagava-se; não havia uma região do globo que não a conhecesse, uma língua que não a traduzisse, uma raça que não a amasse. Conta Machado que, um dia, porém, descobriu o Diabo que muitos dos seus fiéis, às escondidas, praticavam as antigas virtudes — “certos gloteões recolhiam-se a comer fugal- mente três ou quatro vezes por ano, justamente em dias de preceito católico; muitos avartos davam esmolos, à noite, ou nas ruas mal povoadas; vários dilapidadores do erário restituíam-lhe pequenas quantias” —, e, assombrado com aquilo, dirigiu-se a Deus, que o ouviu “com infinita complacência; não o interrom- peu, não o repreendeu, não triunfou, sequer, daquela agonia satânica. Pôs os olhos nele, e disse: — Que queres tu, meu pobre Diabo? As capas de algodão têm agora franjas de seda, como as de veludo tiveram franjas de algodão. Que queres tu? E a eterna contradição humana”.⁵⁹

Ao longo deste ensaio, viu-se como a roupagem do Código Civil de 2002 deixou a descoberto inúmeros aspectos e proble- mas atinentes aos direitos da personalidade. Em sua rigidez e excesso de apego à técnica da subsunção, a vestimenta normati- va não se mostra nem longa, nem flexível o suficiente para cobrir as estonteantes nuances que se combinam nos conflitos atinen- tes à personalidade. Com alguma simpatia, entretanto, o intér- prete há de encontrar neste esvoaçante tecido da codificação a franja de seda, que, puxada, revelará, sob as rendas lúdricas da literalidade, a nudez sublime da finalidade legislativa — a preservação da dignidade humana, em toda a sua rica multiplici- dade e até no seu intrínseco antagonismo.

⁵⁹ Machado de Assis, *A Igreja do Diabo*, cit.

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

Carlos Nelson Konder
Pablo Rentería

Sumário. 1. Considerações iniciais: a funcionalização das re-
lações obrigacionais; — 2. O debate sobre o objeto da obriga-
ção: 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 obriga-
ção; — 5. Rumo à superação do formalismo no direito das
obrigações.

1. Considerações iniciais: a funcionalização das relações obri- gacionais

A relação obrigacional somente pode ser corretamente com-
preendida quando examinada sob seu perfil estrutural e sob o
funcional.¹ A doutrina tradicional, dentro de uma perspectiva

¹ A distinção é apenas didático-sistemática, pois a correta compreensão do objeto de autonomia pressupõe sempre a leitura conjunta dos dois perfis: Cf. Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli: ESJ, 1997, p. 348.

os termos define a tutela da obrigação a partir de uma análise predominantemente estrutural, ou seja, mediante a identificação dos elementos essenciais e daquele que se prometeu (o quê)? Neste sentido, a análise da função jurídica teria uma importância relevante, sendo pontualmente naquelas hipóteses em que a interpretação chamasse o intérprete a considerar o interesse envolvido como, por exemplo, na apreciação da legitimidade do pagamento realizado por terceiro ou da possibilidade de o devedor pagar a mora, realizando a prestação depois de vencida a dívida.

Então, 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 disciplinar 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

³ Marcante dessa concepção estritamente estrutural é a decomposição da relação obrigacional em (i) elemento subjetivo, (ii) elemento objetivo e (iii) elemento ardeco, a qual pode ser encontrada em muitos manuais de direito civil. Ver-se, por todos, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. II Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 10 e ss.

⁴ Teresa Fernando Noronha *Direito das obrigações*, vol. I, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 16): "Os elementos constitutivos da relação obrigacional são: a) a prestação não são suficientes para termos uma ideia perfeita desta. Para ser considerada do conceito de obrigação, é preciso ter em conta para que ela 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".

⁵ *Una obligación*, Pietro Perlingieri: "L'interesse del creatore è immanente e indispensabile per la stessa nascita del rapporto. Altrimenti non si giustificerebbe neppure l'imposizione al debitore di un vincolo che ne limiti a ne

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 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 colaborar mutuamente para a plena realização dos seus legítimos interesses.⁶

⁶ *comprina 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 Jühr: "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 este 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 creatore, può realizzarsi anche interessi giuridicamente rilevanti del debitore. Ognuno emma una considerazione prioritaria e prevalente deve essere riservata all'interesse del creatore, il quale, non a caso, è inserito nella 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 (...). E, 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).

mas, portanto, a concepção pluralista e dinâmica da obrigação que supera a concepção tradicional, marca a passagem de uma visão de obrigação que é relação jurídica de natureza jurídica e complexo, se define no caso concreto, a respeito dos legítimos interesses a serem tutelados — especialmente do credor — e se vai constituindo pelos diversos actos e processos de conduta que completam e integram o acto 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 em base nas consequências do seu descumprimento, como se vêra adiante — constrói-se hoje uma análise da relação obrigacional baseada pelo adimplemento, que "atrai e polariza a obrigação". A leitura das obrigações torna-se assim mais adequada à ideia de que o direito não se resume à sua função repressora, fundada pelo binómio lesão-sanção, mas possui igualmente — e privativamente — uma função promocional, verdadeira tarefa civilizatória, responsável pela transformação do *status quo*.¹ Sob esta perspectiva é que se propõe, no presente trabalho, analisar o objecto da relação obrigacional e os atributos que lhe são pertinentes.

¹ Sobre as célebres palavras de Clávis V. do Couto e Silva, *A obrigação como função*, São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 17.
² Norbert Bobbio, *La funzione promozionale del diritto*, In *Dalla storia alla funzione*, Milano: Comunità, 1977, pp. 13 e ss. Na doutrina nota-se a obra de Maria Celina Bodin de Moraes, *Constituição e direito civil: tendências da função dos Tribunais*, vol. 779, 2000, p. 64, e o ensaio pioneiro de *Teoria da função promocional do direito*, *Atualidades Forenses*, vol. 11, n. 1, 1987, pp. 30-35.

2. O debate sobre o objecto da obrigação: as teorias personalistas e patrimonialistas

Podem-se dizer, sem exagero, que a determinação do objecto 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 objecto 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.² Concebia, desse modo, justapostos no objecto da obrigação, o elemento pessoal (ato do devedor) e o patrimonial (direito sobre o ato). A difícil conciliação entre os dois elementos suscitou reacções antagónicas, surgindo, de um lado, a teoria clássica personalista³ e, de

¹ 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 *ira 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) do vidente do credor" (*Das obrigações em geral*, vol. 1, 10. ed. Coimbra: Alameda, 2000, pp. 133-134). Segundo Adolfo Di Maio, a concepção da relação obrigacional formulada por Savigny é fortemente calcada naquela do direito de propriedade, o que resulta da tentativa de elaborar um sistema único de direitos patrimoniais privados, onde as diversas relações jurídicas poderiam ser reconduzidas a figuras comuns (*Delle obbligazioni in generale*, An. 1173-1176. In: Francesco Galgano (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna: Nicola Zucchielli, 1988, p. 8).

² Conceção personalista que pode ser encontrada em Carlo Crome: "*Indirizzo per oggetto dell'obbligazione la prestazione, ad ottenere la quale tende lo actor tanto diverse quanto fra loro diversificano le azioni amane*" (*Teoria fondamentale delle obbligazioni nel Diritto Francese*, Tradução italiana de Accoli e Carmo, Milano: Società Editrice Libreria, 1908, p. 30). E o autor

salva a teoria patrimonialista, que encontrou a sua mais recente 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, a garantia de satisfação do interesse do credor.¹² Nessa linha de argumentação, "perante o devedor prestador, o credor não goza de mais que uma pura expectativa de 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 restava

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 esperavam obter com o cumprimento da obrigação. Afirmando, nesse sentido, que a obrigação, na sua essência, não traduz o débito, mas a responsabilidade do devedor decorrente do descumprimento do débito,¹⁵ alguns chegaram, 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

advertir 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 (livere, consegnare) o il risultato del fatto, sul quale il debitore è tenuto. Questa è una concezione non giuridica" (p. 30, nota 1). Na mesma linha, Giorgio Giorgi: "Nell'oggetto, la obbligazione differisce in qualche modo da un 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 Conzatti, 1924, p. 253).

11 O principal representante desta corrente de pensamento é o jurista alemão Brinz, como explica Fábio Konder Comparato: "Cependant, la véritable révélation du concept d'obligation date de Brinz, considéré très généralement comme l'interprète de toutes les théories modernes" (Essai d'analyse dialectique de l'obligation en droit privé, Paris: Dalloz, 1964, p. 5).

12 Como explica Pietro Pertinetti: "La ragione di tale concezione risiede nella diffusa sfiducia nei confronti della cooperazione del debitore, ingenerata a seguito della soppressione — avvenuta nella seconda metà dell'800 — dell'istituto dell'arresto personale per debiti. Si consultava così la consuetudine che non si possa fare alcun affidamento sulla 'spontanea' esecuzione delle prestazioni, per la soddisfazione dell'interesse del creditore, data l'incertezza 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., p. 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, en schématisant, que selon cette conception il n'y a pas dans l'obligation réponse" (Essai d'analyse dialectique 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, no direito italiano, Pietro Rescigno: "In particolare gli istituti dell'adempimento 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

de se mandar cumprir por terceiro a obrigação de fazer funcional (C, art. 249; CPC, art. 461) ou a execução judicial que tenha por objeto obrigações pecuniárias (CPC, art. 646). Estes mecanismos, dentre outros, evidenciaríamos 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, suprimiu, 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

que essa seja efetivamente observada, 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 e contro la volontà e l'autorità dell'obligato" (Obligazione (nozioni generali), cit., p. 182).

Esta crítica formulada por Pietro Rescigno: "L'idologia e le ambizioni costruttive delle dottrine 'patrimonialiste' sono ora largamente superate; e gli istituti su cui esse circunferiscono di fondarsi positivamente si tingevano in un discorso che non tocca l'oggetto dell'obbligazione. Il modello 'dominativo' racchiama nella proprietà e nei diritti reali non appare necessario a dispartire 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 fattispecie di persone, a fornire lo schema del rapporto giuridico" (Obligazione (nozioni generali), cit., p. 182).

¹⁸ Pietro Perlingieri, *Manuale*, cit., p. 216.

Com efeito, esta concepção, profundamente ancorada numa perspectiva que, na análise da relação jurídica, sobrepõe o momento patológico ao fisiológico,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, repletas por expressarem uma *lógica pan-processualista* que, concludas por substância da obrigação com os meios subsidiários de fundindo a tutela em caso de descumprimento, se encontra na tutela do crédito em caso de descumprimento, se encontra na contrariedade da tendência mais moderna no sentido de se valorizar a função promocional da relação obrigacional.²¹ Até mesmo os meios concludentes à responsabilidade patrimonial do devedor devem ser valorados a partir da função *preventiva* que exercem ao estimular o cumprimento espontâneo da prestação prometida.²²

²⁰ Esta crítica formulada, dentre outros, por Francesco Donato Busnelli: *La lesione del credito da parte di terzi*. Milano: Giuffrè, 1964, pp. 23-24: "Invero, si ha l'impressione che, così replicando, si costruisca ad un critério metodologico fondamentale, pur vigorosamente sostenuto (e purtroppo asserato in altro parte dello stesso contesto) e, cioè, al criterio, secondario, per scoprire l'assenza 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) violazioni del credito: ipotesi, in presenza delle quali, al creditore restano aperte le vie processuali per la tutela del suo credito insoddisfatto".

²¹ Assim critica Adolfo di Majo as teorias patrimonialistas, que "possono definirsi ispirate ad una logica 'pan-processualistica' perché tendono, in buona istanza, a commissurare 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 con una evoluzione dell'obbligazione che tenda ad accentuare la funzione anche 'propulsiva' o 'motivazionale' del 'dever prestare' e cioè lo stimolo ad adempiere che sul debitore esercita l'obbligazione (funzione etica dell'obbligazione) e che, d'altro canto, tende ad assegna-

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*,²¹ pois até mesmo a abstenção, tal como a atividade de dar ou de fazer constitui um 'tipo' de conduta.²² No entanto, à diferença da teoria personalista clássica, a atual procura levar a relação obrigacional da ética 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, a

re un ruolo 'residuale' al meccanismo della 'responsabilità patrimoniale' (art. 2740 c.c.), essendo invece in primo piano la condanna 'all'esero adempnitario' (arg. ex art. 1218 c.c.)" (Ibidem, p. 84).

²¹ Na lição de Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martin 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 hacer una prestación, de una determinada influencia sobre la cosa propia o sobre su 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, 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 Perillego, *Manuale*, cit., p. 218; Adolfo di Majo, *Delle obbligazioni*, cit., p. 90; Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 34ª ed., Torino: Milano, p. 479; J. M. Antunes Varela, *Das obrigações*, cit., p. 154; Clovis Bevilacqua, *Direito das obrigações*. Campinas: Red Livros, 2000, p. 43; J. M. Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XI, 9ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p. 13; Cairo 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, *Diritto das obrigações*, cit., p. 36.

²² Pietro Rescigno, *Obbligazioni (nozioni generali)*, cit., p. 184.

credor tem direito à prestação, isto é, o de exigir do devedor a necessária cooperação para a satisfação do seu interesse.²³

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, acina 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 emendar 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

²³ "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 persona" (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.

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, embora seja a causa essencial do contrato, não pode constituir o objeto do pactado".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.

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, pp. 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 dialectique de l'obligation en droit privé*, cit.

28. *Ibidem*, p. 31.

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).

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 maior*. 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, escreve 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 atenarmos, 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 obrigação 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

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

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

inveniência, à qual a dogmática jurídica não pode se curvar. A obrigatoriedade de meios como relação que pode surgir, desenvolver-se e, finalmente, com o cumprimento, extinguir-se, sem que isto 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 favor 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

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

33. Luigi Mengoni: *Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi'*. In: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, L. Milaresi: Dottor Francesco Vallardi, 1954, p. 188). Na mesma direção, Adelle d. Major: "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).

cautela, como valores absolutos. Com efeito, um fato considerado como meio em vista a um fim ulterior pode representar, por do 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 autores, que concebem as obrigações de meios como desprovidas de utilidade, está na incorreta identificação do resultado útil das de utilidade 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 obrigatória, o adimplemento se consubstancia na produção do resultado útil, que

34. "Sia qui l'obbligazione più grave contro le terminologie in esame. Esse non tegno 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 amari l'idea del risultato dovuto con riguardo a una categoria, ma il grave difetto di lasciar credere che, nei rapporti appartenenti alla categoria opposta, oggetto del diritto di medio sia un contegno del debitore, per se considerato" (Luigi Mengoni: *Obbligazioni 'di risultato'*, cit., pp. 187-188).

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

3. 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 tornar o objeto da obrigação. A princípio, os atributos da prestação são apenas três e correspondem aqueles 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 — os patrimonialistas aos não patrimonialistas, foi e ainda hoje é objeto de polémica.³⁷ Discute-se não apenas se ela é uma caracteris-

tica essencial para qualificar uma relação jurídica como obrigatória, 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 deve estar presente para configurar uma obrigação. Isso permitiria, em princípio, que a controvérsia fosse agerida entre nossos doutrinadores. Todavia, em sua grande maioria, os civilistas brasileiros manifestaram-se a favor da patrimonialidade como característica essencial da obrigação.⁴⁰

35 O argumento de que esta visão restrita deixaria sem tutela jurídica muitos interesses relevantes não patrimonialistas.

36 Art. 1.174: "La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, legittimo".

37 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 valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor. 4º Assunção Mário da Silva Pereira. *Instituições de direito civil*, vol. II, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 21-22; Orlando Gomes. *Obrigações, história*. 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. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 21-22; Arnoldo Wald (*Obrigações e contratos*, vol. II. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 22); Carlos Roberto Gonçalves (*Direito civil brasileiro*, vol. II. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 27-29).

38 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 (ex.: nell'obbligazione del chirurgo il risultato dovuto è l'operazione chirurgica diligentemente eseguita)" (*Trattato de Diritto Civile*. Milano: Giuffrè, 2001, 73).

39 Embora a diligéncia sirva normalmente de critério para avaliar o correto cumprimento da prestação devida pelo devedor, nas obrigações de meios, todavia, a diligéncia define o próprio conteúdo da prestação. É o que deturca Pietro Rescigno: "Il discorso sulla diligéncia del buon padre di famiglia e sulla diligéncia propria di una specifica attività professionale suggerisce piuttosto l'opportunità di individuare obbligazioni in cui la diligéncia, oltre che la misura per valutare l'esattezza dell'adempimento, costituisce ed esprime l'oggetto stesso dell'obbligazione. In quelle obbligazioni il contégnio negligente è generati", cit., p. 191).

40 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, 261

No entanto, tais autores adotam a patrimonialidade em uma acepção antiquada, que focam no perfil patológico da relação jurídica: a obrigação seria patrimonial em virtude de seu inadimplemento trazer consequências patrimoniais.

Esta acepção da patrimonialidade da obrigação foi por vezes admitida até entre tradicionalistas 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.⁴¹ 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 pessoais. 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" (*adichus*).⁴² 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

41 Por exemplo, Mario Júlio de Almeida Costa. *Direito das obrigações*, 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 87.

42 Mario Júlio de Almeida Costa. *Direito das obrigações*, cit., p. 84, e Ebert Chamer. *Instituições de direito romano*, 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 59.

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 devedor⁴³ — 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.⁴⁴

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

43 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).

44 Constituição Federal, art. 5º, LXVII: "não haverá prisão civil por dívida, obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

... a obrigação de pagar em virtude dessa confirmação...
... a obrigação de pagar em virtude dessa confirmação...

... a obrigação de pagar em virtude dessa confirmação...
... a obrigação de pagar em virtude dessa confirmação...

... a obrigação de pagar em virtude dessa confirmação...
... a obrigação de pagar em virtude dessa confirmação...

... a obrigação de pagar em virtude dessa confirmação...
... a obrigação de pagar em virtude dessa confirmação...

... a obrigação de pagar em virtude dessa confirmação...
... a obrigação de pagar em virtude dessa confirmação...

... Já o STF, na compreensão da proteção à pessoa do devedor,
... momento (há perspectivas de que o problema volte a ser
... da Constituição sobre os tratados e da regra especial
... e, recendo a inocuidade da ação de depósito sem
... determinou que "sendo o devedor, na alienação fiduciária
... necessário por força de disposição
... em garantia, depositário necessário por força de disposição
... essa caracterização, sua prisão civil, em
... não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em
... de infidelidade, se enquadrada na ressalva contida na parte
... do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988".⁹⁰

Em síntese, ainda que se controvérsia acerca das hipóteses
em que pode ser excepcionada a proteção à integridade pessoal
do devedor, a patrimonialidade das consequências do inadim-
plimento 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?⁹⁰

⁹⁰ STJ, Corte especial, EREsp 149518, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar,
julg. 05/05/1999, publ. RT 777/145, v.u.

⁹¹ STF, Pleno, HC 72131, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. g/ Acórdão Min.
Mauria Alves, julg. 23/11/1995, publ. DJ 01/08/2003, p. 103, v.m. —
ênclaus os ministros Marco Aurélio, Rezek, Velloso e Bertene.

⁹² 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
conseqüente, um ato do qual se pode encontrar o equivalente em dinheiro. Se
não se pode encontrar o equivalente em dinheiro, não há possibilidade de
firmar-se obrigação, porque o direito que daí resulta, se for lesado, não
podrá se converter em responsabilidade". Na mesma direção, Maria Helena
Diniz (Carro, cit., p. 35): "é imprescindível que seja suscetível de estimação
econômica, sob pena de não constituir uma obrigação jurídica, uma vez que,
dado de despeito de valor pecuniário, inexiste possibilidade de avaliação dos
danos". Na doutrina italiana, entre muitos, Roberto de Ruggiero: "*l'oggetto
della prestazione deve necessariamente aver un contenuto economico o co-
munque essere idoneo ad una valutazione patrimoniale; mancherebbe diver-
samente alla ragione del creditore la concreta possibilità di realizzarsi nel
caso d'inadempimento, sul patrimonio del debitore"* (Roberto de Ruggiero,
Instituzioni de Diritto Civile, vol. III, 7. edição, Milano: Giuseppe Principato,

Today, 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 a perfeição o instituto dos danos morais.⁵¹ Por sinal, a ampliação dos mecanismos de reparação não pecuniária do dano moral é valorizada pela melhor doutrina, por serem meios adequados de satisfazer os anseios das vítimas e como forma de fazer frente ao processo de mercantilização das relações existenciais.⁵² A legislação especial oferece dois exemplos. O pri-

1935, p. 14). Cf. ainda, na doutrina clássica, Giorgio Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, cit., p. 256.

51 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 consequências de seu descumprimento: "Dalla natura pecuniaria del danno si risulerebbe sulla 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 (*Diritto*, cit., p. 42).

52 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

meiro, cogitado pelo artigo 75 da Lei de Imprensa, é a publicação em jornal, periódico ou em órgão de radiodifusão de sentença transitada em julgado.⁵³ O segundo consiste na divulgação da identidade do autor de obra previamente divulgada, conforme o art. 108 da Lei de Direitos Autorais.⁵⁴ Today, a reparação pecuniária ainda é, na prática, o meio mais freqüente de reparação do dano moral, o que, de nenhuma forma, permite identificá-lo como obrigação o dever que fora inicialmente violado.

De mais a mais, segundo a 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 consequências patrimoniais do descumprimento da obrigação. Ou seja, nesses termos formulada, a exigência de patrimonialidade se mostraria ociosa, desprovida de utilidade.⁵⁵

Em virtude disso, entre os autores que ainda hoje defendem a patrimonialidade da obrigação, observa-se uma tendência a

valor monetário como meio de pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais, e fizeram a doutrina e a jurisprudência de toda parte desportar 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 aplicar o prejuízo moral, e atenuam a importância pecuniária no contexto da "reparação" (ibid.).

53 Lei 5.230/67, art. 75: "A publicação da sentença civil 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".

54 Lei 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 [...]".

55 Nessa direção ressalta Michele Ciorgianni que a opinião é perigosa "perché diminuisce notevolmente il valore di questa disposizione, dato che quel ragionamento qualunque prestazione non patrimoniale potrebbe formarsi con intento di una obbligazione, solo che gli interessati stabiliscono un corrispettivo in denaro o una clausola penale" (*Obbligazione. Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, Torino: UTET, 1968, p. 585).

conceber este requisito não a partir das consequências do inadimplemento, mas como uma valorização 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 amplo, com a referência a uma avaliação conforme o "ambiente jurídico-social".⁵⁶ 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.⁵⁷

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.⁵⁸ 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. 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.⁵⁹

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.⁶⁰ 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 alista-se a exigência de patrimo-

56 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 inidoneabile. Occorre controllare se sotto il profilo sociale sia considerata ammissibile, e positivamente apprezzata 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, la cui libertà è limitata in parte ed è garantita l'aspettativa)" (*Obbligazioni (nozioni generali)*, cit. p. 186). V. ainda Michele Giorgianni. *Obbligazione*, cit., p. 585.

57 Pietro Perlingieri, *Manuale*, cit., p. 224.

58 Neste sentido, Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, vol. 22, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsari, 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, estabeleceu, ou estipularam os descendentes ou amigos ou pessoas caridosas". Entre os autores mais recentes, destaque-se Marcelo Januêira 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), Silvio de Siqueira 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).

59 Na definição de Pietro Perlingieri (*Perfil 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 (superção da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores)".

60 Exemplos Fernando Noronha. *Direito*, cit., p. 44.

nalidade 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.⁶¹ 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.⁶² 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 ina-

61 Roberto de Ruggiero, em página clássica, ressaltava que é preciso "aver distinti l'interesse, che il creditore ha alla prestazione, dalla prestazione medesima: l'aver molti confuso questa con quella è forse, com ben osserva la Scialoja, la causa precipua del dissenso e delle accresciture 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 perché 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).

62 Cf., neste sentido, Michele Giordani, *Obbligazione (diritto privato)*, cit., p. 585.

dequado disciplinar esta relação social como uma relação obrigacional.

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 adequada ao exame da função que se poderá decidir, no caso concreto, acerca da situação jurídica apta a efetivar a tutela do interesse em exame.⁶³

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 corresponsividade 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.⁶⁴ Significa descon-

63 Pietro Perlingieri, *Perfis*, cit., p. 96. Sobre o tema, veja 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.

64 Michele Giordani (*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*).

siderar 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 da importância dos "interesses da personalidade no direito privado", é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não com uma redação ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa.⁶⁵

Assim, não é que a obrigação não seja válida se a prestação não for patrimonial: simplesmente não será uma obrigação, mais outro tipo de dever jurídico, merecedor de tratamento normativo específico.⁶⁶ A patrimonialidade se refere à qualificação de 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.⁶⁷ Um exemplo torna clara a gravidade do problema.

⁶⁵ Pietro Perlingieri, *Perfis*, cit., p. 34.

⁶⁶ Não é possível, portanto, subscrever a afirmação inicial de Ferrando Noronha (*Dirrito*, 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).

⁶⁷ 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 Crocchi: "L'obbligazione è una teoria jurídica clássica concebeu a relação obrigacional como um modelo jurídico patrimonial, como se vê em Carlo Crocchi: "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 inanimati del mondo esteriore (cose in senso giuridico) [...] Poiché l'obbligazione appartiene, come si 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

O Código Civil, no seu art. 1.566, impõe aos cônjuges os deveres de fidelidade, assistência, respeito e consideração mútuos.⁶⁸ São obrigações? Para os patrimonialistas, não são obrigações, mas outra categoria de deveres jurídicos. O que, de qualquer modo, 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. Viabilizasse, 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 corresponsividade e pelo equilíbrio econômico.⁶⁹ 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,⁷⁰ 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 "debi-

patrimoniale o, almeno, rappresentare in via indiretta pel creditore un valore patrimoniale" (Carlo Crocchi, *Teoria fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, cit., p. 11).

⁶⁸ 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".

⁶⁹ Sobre o tema, mas em sentido diverso, v. Regina Beatriz Favres da Silva, *Débito conjugal*. In R. de 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.

⁷⁰ Gustavo Tepedino, *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. Temas de direito civil, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 395 e ss.

tum conjugale". Descumprimento do dever de vida em comum (coabitação). Existência de causa inibitória para o consumo sexual, por motivos de ordem psicológica diagnosticados na requisição. 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.⁷¹

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 axiológicamente adequados. A convivência íntima é manifestação de afeto e a inesperada aversão de um dos cônjuges, quando frustradas 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 convencionalado. Aplicar-se-ia a relações existenciais os princípios da identidade e da exatidão do pagamento, pelos quais o credor não pode exigir nem ser obrigado a receber prestação diversa da convencionalada:

Limites do débito conjugal. Ônus da prova. O coito anal, embora inserido dentro da mecânica sexual, não integra o débito conjugal,⁷²

⁷¹ TJP8, 2ª C. Criminal, Acórdão 11033, Rel. Des. Nasser de Mello, publ. 10/4/1995.

porque este se destina à procriação. A mulher somente está sujeita a cópula vaginal 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, recorre indevidamente de difícil comprovação, assume os ônus de acusação que fez sem nada provar. A prova, nos termos do artigo 333, § 1º, do CPC, incumbe a quem alega. Procedência da reconvenção oferecida pelo varão.⁷²

Outra repercussão temerosa da inclusão dos deveres conjugais entre as obrigações seria a conversão em perdas e danos. A despeito 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.⁷³

O caso dos deveres conjugais é apenas um exemplo — possivelmente o mais dramático — dos perigos de se submeter as

⁷² TBS, 8ª CC, Ap. Civ. 595116724, rel. Antônio Carlos Stangier Pereira, julg. 07/03/1996.

⁷³ Para uma análise da impossibilidade de indenização por dano moral nas relações conjugais — em contraposição à sua possibilidade nas relações parentais — v. Maria Célia Bodin de Moraes. Danos morais em família? Condição, 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.

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

4. 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 posta 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".⁷⁴

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".⁷⁵

⁷⁴ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 275.

⁷⁵ Pietro Perlingieri, *Perfis*, cit., p. 59.

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, substitui-se a idéia do direito de crédito como um poder sobre a pessoa ou os bens do devedor pela sua leitura como a pretensão a 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.⁷⁶ Por isso mesmo, o comportamento, para 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 especial, diferente daquela conferida às obrigações.

⁷⁶ 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 obligations d'une personne qui ont une valeur économique" (Marcel Planiol, Georges Ripert e Léon Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, t. 1, Paris: LGD, 1950, p. 948).