

O CONCEITO DE OBRIGAÇÃO COMO UM PROCESSO

Na Teoria Geral do Direito das Obrigações

CLÁUDIO ARI PINHEIRO DE MELLO

Promotor de Justiça — RS

1. A relação obrigacional complexa — 2. A obrigação como um processo — 3. Reflexos dogmáticos — 4. Conclusão.

O Direito das Obrigações é um dos ramos do Direito Civil que mantém vinculação mais estreita com a estrutura econômica de uma sociedade. Em um sistema em que prepondera a economia de mercado, com intensa circulação de bens e demanda de prestação de serviços, o Direito Obrigacional ganha destaque, oferecendo instrumentos técnicos-jurídicos para disciplinar este movimento econômico. É essencial, portanto, que estes instrumentos sejam suficientemente adequados para não apenas regular tais relações, mas para aperfeiçoá-las. Neste contexto, o elemento nuclear da Teoria Geral do Direito Obrigacional, o conceito de obrigação, torna-se fundamental para a eficácia do contato entre o ordenamento jurídico e a realidade social.

O conceito técnico de obrigação, ao qual ainda hoje a doutrina dá preferência,¹ é extraído da famosa definição das Institutas de Justiniano: “*Obligatio est vinculum juris quo necessitatis adstringimur alienius solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura*”. Consiste, portanto, em um vínculo que obriga uma pessoa — o devedor — a realizar uma determinada conduta, positiva ou negativa, em favor de outra pessoa — o credor. Há uma imediata correlação entre dever de prestar e o direito de exigir a prestação da conduta devida.

Esta definição tem sido deixada intacta pela história recente da dogmática jurídica. Já a partir da codificação napoleônica ganhou sede legislativa, estendendo-se depois, a diversos outros códigos. No Código Civil Brasileiro, embora não haja um conceito expresso de obrigação, no vértice do regime obrigacional deste estatuto, repousa, sem dúvida, a vetusta definição do Direito Romano.

A própria doutrina pandectista, que elaborou uma sofisticada teoria das relações creditícias, com base na noção de relação jurídica, posicionava em um dos seus pólos um direito subjetivo, representado pelo direito de

crédito, contrapondo-se ao dever jurídico, correspondente ao dever de prestar.

Por outro lado, a própria generalidade do conceito, que permite abrigar em suas malhas uma extensa gama de situações, revelou-se o instrumento ideal no tráfico negocial a partir da eclosão da revolução industrial, do liberalismo econômico e da sociedade de consumo. Por força do princípio da autonomia da vontade, símbolo jurídico do liberalismo, o número de relações obrigacionais multiplicou-se geometricamente através da figura do contrato e da profusão de danos indenizáveis pela prática de atos ilícitos culposos. A antiga concepção, com sua abstração e neutralidade, serviu fielmente às exigências de segurança e previsibilidade do intercâmbio negocial.

Todavia, as grandes transformações estruturais sofridas pela sociedade no curso deste século, atingiram frontalmente à Ciência Jurídica, e, ainda que com maior resistência, abalaram também o Direito das Obrigações.²

Com efeito, com as convulsões sociais ocorridas e a necessidade de intervenção estatal para discipliná-las, o Direito Obrigacional passou a sofrer os influxos de postulados éticos, participando do objetivo de realizar a justiça social. O princípio da solidariedade, expresso ou implícito em várias constituições do pós-guerra, e presente na Constituição Federal Brasileira de 1988, no art. 3.º, I, com um dos seus objetivos fundamentais, exige a superação da visão egoísta³ que imperava no vínculo creditício, para conceber a relação como uma ordem de cooperação estabelecida entre as partes com o escopo de satisfazer seus interesses. Esta nova compreensão das obrigações aporta no sistema jurídico principalmente através do princípio da boa-fé,⁴ limitando o caráter individualístico da autonomia da vontade.

As ponderações que vimos fazendo, impõe-se perquirir se aquele conceito de obrigação, baseado em dados tão redutores, pode ser considerado como suficiente e eficiente para a função econômica que efetivamente exerce atualmente. Ou, por outra, se está conforme com a moderna Ciência do Direito.

Não se deve deixar de reconhecer que o referido conceito apreende bem a essência realística da relação. A sua própria longevidade e a pacífica aceitação pelos juristas é prova bastante deste fenômeno. Contudo, ele não permite captar o conjunto de situações envolvidas na relação obrigacional. Por outro lado, não expressa a verdadeira dinâmica do vínculo, dando a impressão de se tratar de algo estático e atemporal. Na realidade, a anatomia da relação obrigacional é mais complexa do que supõe a mera identificação do vínculo primário de prestação. O próprio princípio da boa-fé preenche a relação com direitos e deveres que excedem a prestação principal. Deve-se atentar também para o aspecto dinâmico do vínculo, que se desenvolve no tempo, a exigir das partes uma constante atuação no

sentido de obter o fim colimado. É esta noção temporal que permite compreendermos a obrigação como um processo.

Vale ressaltar que esta estrutura complexa e dinâmica é mais consentânea com a nova realidade do tráfico negocial permitindo soluções práticas que com o conceito clássico não se obtém. Esta assertiva é motivo suficiente para a revisão do conceito de relação obrigacional. Tal revisão aliás, vem sendo elaborada pela dogmática jurídica alemã desde meados do século,⁵ com reflexos na doutrina de outros países, europeus e americanos.⁶ No Brasil, o Prof. Clóvis do Couto e Silva, em tese de concurso para cátedra, produzida no início da década de 60, tratou dessas questões, com a erudição que lhe era peculiar, no auge do debate da doutrina tedesca.⁷ Além deste pioneiro e magistral estudo do insigne mestre gaúcho, impera um solene silêncio sobre a matéria na literatura brasileira, excessivamente ligada à civilística francesa, de traço exegético. Abordaremos sucessivamente os aspectos complexivo e processual da relação obrigacional e, por último, algumas repercussões dogmáticas que se lhes extraem.

1. A RELAÇÃO OBRIGACIONAL COMPLEXA

A relação creditícia pode ser entendida em sentido estrito ou em sentido amplo.⁸ No primeiro, o conteúdo do vínculo restringe-se ao poder do credor de exigir a prestação e ao dever do devedor de satisfazê-la. Em sentido amplo, compreende uma série de posições subjetivas e outras situações jurídicas apreensíveis na análise da relação, podendo apontar-se além do dever primário de prestação, os deveres secundários ou anexos, os direitos formativos, sujeições, expectativas, ônus. Estes direitos, deveres e demais posições subjetivas surgem a partir da incidência de dispositivos legais ou convencionais ou por força do princípio da boa-fé.

Contudo, estes elementos identificáveis no conteúdo obrigacional não estão posicionados como uma mera contigüidade ou uma soma de vínculos e situações, independentes e desarmônicos. Ao contrário, devem ser compreendidos como uma totalidade, uma unidade sistemática cujos componentes convivem em uma conexão instrumental dirigida à consecução do escopo da obrigação. A concepção sistemática ou orgânica (*gefuge*) da relação permite que ela não se desnature com o desaparecimento de um ou alguns desses elementos tampouco com o surgimento de outros no desenvolvimento do vínculo. Sendo este uma totalidade, uma estrutura orgânica, sua integralidade persiste até o momento em que o interesse do credor estiver plenamente satisfeito.⁹

Como observa Clóvis do Couto e Silva, "a inovação que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito do vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem."¹⁰

A noção de ordem de cooperação, contudo, não deve ser lida em sentido jusromântico, como adverte Menezes Cordeiro, ou visualizando-se a obrigação como uma relação comunitária entre interesses naturalmente convergentes.¹¹ É evidente que esta leitura filtra a realidade da natureza humana com lentes demasiado românticas, sem atentar para o fato de que nas relações econômicas os interesses subjetivamente considerados tendem a ser diferentes, quando não contrapostos.

O tópico “ordem de cooperação” deve ter um sentido objetivo, estranho, por assim dizer, às eventuais intenções egoísticas das partes, mas dotado de um conteúdo ético-normativo detentor de uma função teleológica no âmbito macroscópico das relações humanas. Não é por outra razão que no seu epicentro, doutrina, jurisprudência e legislação modernas colocam a boa-fé, como regra de conduta, no seu sentido objetivo.

A concepção da relação obrigacional em sentido amplo supera o pensamento positivista e individualista, aceitando o recurso a um pensamento jurídico sistemático, voltado aos valores fundamentais da sociedade humana.¹² Neste contexto, “credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas”,¹³ mas devem atuar com lealdade e diligência, respeitando a confiança depositada pelo outro participante, sempre com o objetivo de salvaguardar a finalidade existencial do vínculo, conforme os ditames da boa-fé.

A complexidade estrutural da relação é sempre permeada pela sua unidade e funcionalidade.

A idéia do vínculo jurídico em sentido amplo apareceu logo no umbral deste século através de estudos de juristas alemães, conforme já registramos. Depois, com os intensos debates travados em torno do § 242 do BGB, que fixa a cláusula geral da boa-fé como princípio retor do Direito das Obrigações, o conteúdo do vínculo enriqueceu-se definitivamente. Destarte, em uma abordagem anatômica deste instituto, podemos elencar com seus principais elementos, os seguintes:

a) Dever primário de prestação: é o elemento primário da relação e correspondente ao conceito técnico, distinguindo direito de crédito e dever de prestação. É o eixo do vínculo e a sua satisfação representa geralmente a extinção deste, na medida em que coincide com a realização do interesse do credor. No contrato de compra e venda, é a entrega da coisa e o pagamento do preço; no contrato de trabalho, é a realização dos serviços e o pagamento do correspondente salário; nas obrigações decorrentes de atos ilícitos, é a efetiva reparação do dano.

b) Deveres secundários ou anexos: nesta categoria, os autores costumam arrolar situações distintas. Alguns desses deveres anexos, são, na realidade, sucedâneos do dever principal de prestação (como a indenização que resulta da impossibilidade culposa da prestação originária) ou com ele coexistem (como a indenização por mora e cumprimento defeituoso).

Outros são deveres verdadeiramente acessórios à prestação principal, impondo a proteção ou a custódia do bem prometido, evitando a sua deterioração ou destruição. É o caso do dever de embalar e de transportar com cuidado o produto vendido. Segundo Almeida Costa, destinam-se a preparar o cumprimento ou a assegurar a sua perfeita realização.¹⁴ Pensamos que estes deveres surgem não exatamente pela incidência do princípio da boa-fé, mas por constituírem-se em um dever de diligência, ínsito ao débito principal. Conforme Massimo Bianca, “la diligenza consiste nell’adeguato impiego delle energie e dei mezzi idonei alla realizzazione di un determinato fine. Nei rapporti obbligatori e nella vita di relazione l’obbligo della diligenza impone, precisamente, l’adeguato sforzo volitivo e tecnico per realizzare l’interesse del creditore e per non ledere i diritti altrui. La diligenza misura quindi l’obbligo cui il soggetto è tenuto per soddisfare l’interesse altrui giuridicamente tutelato da un diritto di credito o da un diritto assoluto”. Já a regra da boa-fé, de acordo com o eminente jurista italiano, é uma norma de conduta que impõe à parte considerar a utilidade da obrigação para a outra parte, vale dizer: “La considerazione di quell’interesse che non è oggetto di una specifica tutela giuridica, e che tuttavia il contraente deve salvaguardare in forza della solidarietà contrattuale”.¹⁵

Há aqueles ainda que derivam diretamente do princípio da boa-fé e não estão imediatamente relacionados com o cumprimento da prestação principal. Alguns autores os chamam de deveres laterais.¹⁶ Exigem que as partes atuem com lealdade no curso da relação obrigacional, procurando envidar esforços para evitar danos pessoais e patrimoniais ao outro participante, considerando o interesse global envolvido no vínculo. Tais deveres podem inclusive perdurar após o término da obrigação nuclear, como é o caso do dever do empregado de não divulgar segredo industrial da indústria onde trabalha ao se retirar da empresa. A doutrina enumera diversos tipos de deveres secundários laterais. Para Menezes Cordeiro, contudo, “pode-se conseguir uma panorâmica satisfatória com recurso à tripartição entre deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade, devidamente adaptados”.¹⁷

Alguns desses deveres laterais resultam de expressa disposição legal. Exemplo é o art. 6.º, III, do Código de Defesa do Consumidor, que determina ser um direito básico do consumidor a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços.

c) Direitos formativos: são direitos subjetivos que para serem exercidos não dependem de um comportamento do sujeito passivo, bastando a atuação unilateral do titular sobre a esfera jurídica do obrigado, constituindo, modificando ou extinguindo uma relação jurídica. Seu correlato é a mera sujeição do sujeito passivo, que sofre inevitavelmente os efeitos do exercício do direito. São direitos formativos a escolha nas obrigações

alternativas, a resolução nos contratos bilaterais e a denúncia nas obrigações duradouras.

Podem também ser elencados como elementos do vínculo as exceções (ex.: exceção de contrato não cumprido e direito de retenção), expectativas e ônus, que, contudo, não apresentam maiores dificuldades e por isso dispensamo-nos de analisá-los.

Como dissemos, todos os integrantes da relação obrigacional complexa apresentam-se conexiados em uma ordem de instrumentalidade. O fator que lhes dá unidade e funcionalidade é o fim a que se destinam vale dizer, a satisfação dos interesses do credor. Consoante Larenz “aquello en lo que descansa esta conexión conforme al sentido, y lo que en último término da al conjunto una directriz unitaria, es el fin al que tiende”.¹⁸ Entretanto, esta estrutura orgânica não é estática, mas desenvolve-se no tempo em direção ao adimplemento da obrigação. E é este dado que permite a entendê-la como um processo.

2. A OBRIGAÇÃO COMO UM PROCESSO

A expressão imagética processo resulta da constatação de alguns fatores presentes na relação obrigacional.

Em primeiro lugar, percebe-se ter ela uma existência temporal, pois é possível precisar seu momento de formação, passando pelo seu desenvolvimento, até a certificação da extinção do vínculo. A apreensão objetiva dessas fases induz-nos a inferir que a obrigação possui uma existência temporal e, portanto, não se limita ao plano abstrato do pensamento.¹⁹

Em segundo lugar, a totalidade do vínculo não se apresenta em posição estática. Ao contrário, verifica-se um movimento dirigido ao seu adimplemento. Com efeito, a relação é dinâmica, desenvolve-se no tempo exigindo das partes uma série de atos encadeados instrumentalmente para atingir o escopo desejado.

A expressão “processo”, como categoria fundamental do mundo científico, permite a perfeita compreensão do aspecto temporal-dinâmico e do finalismo do vínculo. Neste sentido não concordamos com Mota Pinto que entende desnecessária a utilização conjunta dos termos sistema e processo, como fazem Larenz e Clóvis do Couto e Silva.²⁰ Para o mestre lusitano, “a funcionalidade e a mobilidade da relação obrigacional complexa se podem referir através de idéia de um sistema em desenvolvimento”.²¹ Todavia, esta qualificação parece insuficiente para captar a integralidade do fenômeno. A expressão “em desenvolvimento”, que quer significar o aspecto dinâmico da relação, é por demais rarefeita e faz diluir em seus acordos o caráter finalístico inerente à obrigação. É aliás o próprio Mota Pinto quem adverte para a cautela com o uso de recursos imagéticos na explicação da matéria. Pensamos que a figura do processo define bem a temporalidade dinâmica e funcional da relação, na medida em que destaca

a série de atos que a compõem, as fases em que se divide e o fim que lhe é intrínseco.

Não se pode, portanto, prescindir desses dois tópicos — sistema ou totalidade e processo — que se complementam, que coexistem, ainda que sejam analiticamente cindíveis.

Evidentemente, o caráter processual é mais latente naquelas obrigações que se prolongam no tempo, como nas de trato sucessivo de execução diferida ou em prestações divididas. Mas está igualmente presente naquelas em que a execução é instantânea, pois o cumprimento da prestação principal não implica inequivocamente na satisfação dos interesses do credor, de modo que novos desdobramentos podem surgir no negócio.

A temporaneidade da obrigação salienta a sua natureza transitória, em contraposição à tendência duradoura do direito de propriedade. Conforme Calvão da Silva,²² o caráter transitório do vínculo obrigacional está em harmonia com a função social que cumpre, de *iter* de acesso aos bens, enquanto o direito das coisas representa a fase terminal do domínio dos bens. De fato, ela nasce com seu fim programado. Sua extinção é, inclusive, seu móvel, à medida em que coincide com a satisfação do interesse do credor, como já ressaltamos.

Como temos reiteradamente afirmado, a finalidade projetada joga um papel primordial na relação obrigacional, o que torna imprescindível definir corretamente o seu teor. O fim da obrigação é preponderantemente o interesse do credor e, num segundo plano, o interesse do devedor. Normalmente aquele está contido na execução da prestação pelo próprio devedor. Há obrigações, contudo, em que um terceiro cumpre a prestação, liberando o devedor originário, como nas obrigações de fazer fungíveis. Em outras situações, o desaparecimento do interesse do credor na prestação por circunstâncias supervenientes produz a extinção do vínculo.

Assim, o fim da obrigação, materializado no interesse do credor, é o centro de gravidade do processo obrigacional.²³ Caso a prestação principal tenha já sido executada, mas o interesse global do credor exija a adoção de determinada conduta pelo devedor, ainda em conexão com a relação de crédito, não podemos falar na extinção desta, considerada em sentido amplo.

A própria idéia do fim da obrigação é enriquecida dentro da concepção do vínculo como uma ordem de cooperação de conteúdo complexo. Pelo conceito estrito, o fim restringe-se ao cumprimento da prestação nuclear. Com o conceito amplo, o espectro de perspectivas do credor é ampliado e mesmo o interesse do devedor é agora considerado.

O escopo efetivo da obrigação é o fator determinante do seu conteúdo, e não a sua função social típica, como quer Wieacker.²⁴ Para apreendermos o fim que polariza o vínculo, devemos nos voltar não para a fórmula abstrata de um contrato, mas às projeções e expectativas objetivamente cogno-

cíveis levadas em conta pelas partes ao constituírem o pacto. Porquanto a fórmula abstrata possa servir de ponto de partida, é no plano econômico efetivamente projetado pelas partes que se encontrará a finalidade da relação.²⁵ Assim, na análise do fim negocial, o julgador deve fixar-se na situação concreta colhendo todos os fatores do negócio para então concluir se houve ou não a satisfação do credor, ou se ela é ainda possível.

Outro ponto relevante do processo obrigacional é a sua divisão em fases. Clóvis do Couto e Silva identifica duas fases:²⁶ a do nascimento e desenvolvimento do vínculo e a do adimplemento. Esta divisão tem como grande mérito, distinguir perfeitamente em que plano se dá o adimplemento da obrigação. Naquelas que não se endereçam à transmissão da propriedade, o cumprimento realiza-se no plano do Direito Obrigacional. É o que ocorre nos contratos de trabalho e de localização. Quando o adimplemento importar em transferência do domínio, como na compra e venda, ele se realiza no plano do Direito das Coisas. É neste caso que a divisão entre fases revela maior importância teórica e prática.

Segundo Clóvis do Couto e Silva “a concepção da obrigação como um processo é, em verdade, somente adequada àqueles sistemas nos quais o vínculo finalístico tem posição relevante. Tanto nos sistemas que adotam a separação absoluta entre Direito das Obrigações e Direito das Coisas como naqueles em que a própria convenção transmite a propriedade, ainda que somente *inter partes*, difícil será considerarmos o desenvolvimento do dever como um processo”.²⁷ Entendemos que aqui o mestre quis se referir exclusivamente às obrigações cujo adimplemento importa em transferência da propriedade. Com efeito, nos sistemas em que a transmissão é abstrata, como no direito alemão, e naqueles em que o domínio transmite-se *solo consensu*, como na França e em Portugal, o fator processual torna-se menos visível, na exata proporção em que o nexa finalístico tem melhor relevância. No sistema brasileiro, onde vigora o princípio da separação relativa entre os planos do Direito Obrigacional e do Direito das Coisas e a transmissão é causal, o caráter processual ganha em importância. Ressaltar esse dado característico do sistema brasileiro de transferência da propriedade por força contratual é o que parece estar por trás daquela afirmação do saudoso jurista. Não fosse assim, a referida passagem colidiria com diversas outras presentes na sua obra, em que o mestre confere o tópico processual às obrigações cujo cumprimento se realiza no plano obrigacional.

Por outro lado, não apenas as obrigações com fonte contratual é que podem ser compreendidas como uma totalidade e um processo, mas também aquelas que resultam do ato ilícito. Conforme Clóvis do Couto e Silva, “l’obligation qui résulte d’un acte illicite et d’un contrat a toujours la même structure et elle est polarisée pour la même finalité, la satisfaction de l’intérêt du créancier”.²⁸ Portanto, a diferença em relação à obrigação contratual é a natureza do adimplemento, pois quando se trata de respon-

sabilidade civil extracontratual, a sua finalidade é a reparação do dano: "La reparation et alors le payement *lato sensu* constituent le moment final du developpement du rapport juridique en marche vers son extinction".²⁹

3. REFLEXOS DOGMATICOS

A abordagem complexiva e dinâmica é fundamental para a compreensão de uma série de categorias jurídicas que sob a ótica tradicional não encontram solução exitosa. O desenvolvimento do vínculo desde a sua constituição até a consecução integral do seu escopo, enfrenta vicissitudes que devem ser interpretadas segundo a ordem de cooperação estabelecida entre as partes, sob a incidência da regra da boa-fé e da proteção da confiança. Assim, já nas negociações preliminares de um contrato surgem deveres de lealdade e de informação cujo descumprimento deve ser considerado como uma infração contratual, pois participa já da relação obrigacional entendida como uma totalidade. Surge um dever de indenizar por força da chamada responsabilidade précontratual.³⁰ Mesmo após o cumprimento da prestação principal, persistem deveres secundários a exigir que as partes pratiquem ou omitam condutas contrárias ao fim do contrato. Exemplificando, quem vende uma panificadora em um bairro residencial onde formou uma clientela fiel, não pode, logo após a concretização do negócio, abrir uma outra em frente. Isto frustraria o interesse do credor no contrato realizado. Também a violação do sigilo profissional por um médico ou um advogado, após o cumprimento do dever principal, ensejaria indenização por culpa *post pactum finitum*.

O estudo dos deveres anexos possibilita uma melhor compreensão da dinâmica da relação. Esses deveres não existem desde o início "em número e conteúdo fixo, dependendo o seu surgimento e sua superação da situação material concreta, como emanção do princípio da boa-fé",³¹ e, acrescentamos, em virtude de previsão legal ou convencional. De fato, os contratantes não estão desde a formação do contrato conscientes de todos os atos que serão necessários para atingir o objetivo final. Suas prognoses, em geral, prevêem um processo sem sobressaltos e conforme o programa traçado. Mas podem ocorrer desvios não programados a reclamar das partes, especialmente do devedor, que adote aquela conduta que melhor atenda a finalidade do negócio, com a diligência adequada ao caso concreto.

Em certas situações, o dever anexo está previsto na formação do vínculo, mas seu exercício não tem momento determinado. É o que ocorre com o dever de avisar previamente o emprego, que tem o empregado, na denúncia do contrato de trabalho.

Como vimos, estes deveres não estão na relação "em *numerus clausus* e conteúdo fixo", pois "dependem da verificação de pressupostos variáveis que à luz do fim do contrato adquirem essa eficácia".³²

Os direitos formativos, em regra, também não existem *ab initio*, mas se originam da reunião de requisitos próprios no curso do desenvolvimento da relação. O direito de resolver um contrato bilateral só se incorpora ao patrimônio do credor quando se configurar o inadimplemento definitivo e culposo do devedor ou, se ainda for possível efetuar a prestação, o interesse do credor tenha desaparecido.³³

O próprio direito à resolução por alteração substancial da base do negócio jurídico, só se compreende quando conectados com a dinâmica processual da obrigação, que mantém uma intensa ligação com a realidade econômico-social geral e particular subjacente à relação.

O surgimento do direito formativo depende de circunstâncias muitas vezes não previstas e liga-se diretamente com o interesse do credor. Neste contexto, como observa Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a resolução é uma fase do processo obrigacional, e “ela mesma se constitui em um processo que começa a se formar com o incumprimento e se completa com a integral realização dos efeitos da sentença resolutória.”³⁴

Outra categoria que vislumbra explicação através do conceito sistemático e funcional é a teoria do adimplemento substancial.³⁵ Há casos em que o cumprimento do contrato encontra-se tão próximo do final e, portanto, o interesse do credor está na iminência de ser satisfeito, que a resolução do contrato se afigura como uma flagrante injustiça com o devedor. O fato de este haver pago 9 prestações de um total de 10, implica um adimplemento substancial da obrigação, não se permitindo a resolução do contrato, mas apenas a ação de adimplemento cumulada com as eventuais perdas e danos. Isto porque a observância de um regime de solidariedade entre as partes impede que se descure dos interesses do devedor na relação global.

A separação da relação obrigacional em várias e sucessivas fases autoriza um controle judicial mais eficaz da totalidade do vínculo, viabilizando que o juiz identifique em que momento e quem cometeu uma infração contratual ou comprometeu o cumprimento. De outra parte, permite estabelecer que tipos de deveres devem estar presentes em cada fase da relação. Assim, o fornecedor tem o dever de informar clara e adequadamente sobre os diferentes produtos e serviços que oferece ao consumidor, protegendo-o de adquirir produtos inadequados ou perigosos. Na execução do contrato, surgem novos deveres específicos desta fase, agora já não direcionados à proteção da formação da vontade do consumidor, mas à garantia da satisfação da expectativa por ele depositado no negócio. Neste sentido, Cláudia Lima Marques, escrevendo sobre a relação contratual de consumo, assevera que “a proteção dos interesses e expectativas dos consumidores acompanhará o transcorrer das prestações contratuais, a execução do contrato, o cumprimento dos deveres principais e dos deveres acessórios, instituindo inclusive uma proteção pós-contratual, como a obrigação de

continuar a produzir peças de reposição, de manutenção técnica dos produtos, de prestar informações sobre novas descobertas em relação à periculosidade do produto".³⁶⁻³⁷

CONCLUSÃO

Quando Clóvis do Couto e Silva definiu a relação obrigacional como uma "ordem de cooperação polarizada pelo adimplemento", estava, já então, velejando nos novos ventos da ciência jurídica contemporânea. O conceito técnico das Institutas Justinianéias, que comandou toda a arquitetura da teoria geral e da disciplina legal dos direitos de crédito, foi sobrevalorizado, desde os oitocentos até meados deste século, pela chamada Jurisprudência dos Conceitos devidamente reforçada pelo positivismo jurídico. Nas últimas décadas, a Ciência do Direito vem se afastando do método lógico-formal e se aproximando de um pensamento axiológico, deixando-se permeiar por influxos éticos-valorativos. As categorias conceituais não mais se restringem a servirem de modelos abstratos para o processamento da subsunção de fatos jurídicos. Passam a funcionar como pontos de partida para um trabalho valorativo, orientado por princípio de direito, positivados ou não, em busca da solução para o caso concreto.

O propósito do estudo foi o de contribuir para uma revisão dogmática deste ramo tão significativo para as relações econômicas e sociais. Os argumentos sinteticamente apresentados parecem demonstrar a necessidade do aprofundamento, com novas referências, do estudo da essência do Direito das Obrigações, exatamente o conceito de obrigação, que se manteve até os nossos dias tributário de uma metodologia jurídica superada. Evidentemente uma concepção como a apresentada, voltada para um ideal de solidariedade social e recorrente à cláusula geral da boa-fé torna menos precisos os contornos da relação jurídica. Porém, como bem expressou Theodor Adorno, "é no olhar para o desviante, no ódio à banalidade, na busca do que ainda não está gasto, do que ainda não foi capturado pelo esquema conceitual geral, que reside a derradeira chance do pensamento".³⁸

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção do Contrato por Incumprimento do Devedor*. Ed. Aidê, Rio, 1991.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. Coimbra Ed., 4.^a ed., Coimbra, 1984.
- ANTUNES VARELA, João. *Direito das Obrigações*. Forense, Rio, 1978.
- BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. Saraiva, 1.^a ed., São Paulo, 1991.
- BIANCA, Massimo. "La Nozione di Buona Fede quale Regola di Comportamento Contrattuale". *Rivista di Diritto Civile*, 1983, n. 3, pp. 205-216.
- CALVÃO DA SILVA, João. "Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória". *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1987, Suplemento XXX.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Ed. FCG, Lisboa, 1989.
- COSTA, Judith Martins. "As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico". *Revista de Informação Legislativa* 112/13-32, Brasília, 1991.
- . "O Princípio da Boa-Fé". *Revista AJURIS* 50/207-227, Porto Alegre, 1990.
- . "Crise e Modificação na Idéia de Contrato no Direito Brasileiro". *Revista AJURIS* 56/56-86, Porto Alegre, 1993.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A Obrigação como Processo*. José Bushatsky, São Paulo, 1976.
- . *O princípio da Boa-Fé no Direito Civil Brasileiro e Português. Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. Ed. RT, São Paulo, 1980.
- . "A Teoria da Base do Negócio Jurídico no Direito Brasileiro". *RT* 655/5-11.
- . *Principes Fondamentaux de la Responsabilité en Droit Brésilien et Comparé*. Datilografado, 1988.
- DELFINO, Rossela. "La Responsabilità Precontrattuale: Aspetti Comparatistici". *Rivista del Diritto Commerciale*, 1992, 495-511.
- DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Patrimonial Civil*. V. 1, ed. Tecnos. 1.ª ed., Madri, 1970.
- ENECERUS, KIPP & WOLF. *Tratado de Derecho Civil*. T. II, 1.º v., Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1947.
- GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. Ed. RT, São Paulo, 1980.
- LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. V. 1, Madri, 1958.
- . *Metodologia da Ciência do Direito*. Ed. FCG, 2.ª ed., Lisboa, 1989.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. Ed. RT, São Paulo, 1992.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio. "Cessão de Crédito e Responsabilidade Bancária". *Boletim do Ministério da Justiça* 357/5-56, Lisboa, 1986.
- . *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Almedina, Coimbra, 1985.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra Editora, 3.ª ed., Coimbra, 1991.
- . *Cessão de Contrato*. Saraiva, São Paulo.
- UDA, Giovanni Maria. "Buona Fede Oggettiva ed Economia Contrattuale". *Rivista di Diritto Civile*, 1990, n. 3/365-390.
- WAYAR, Ernesto. *Derecho Civil. Obligaciones* — I. Depalma, Buenos Aires, 1990.
- WIEACKER, Franz. *El Principio General de la Buena Fé*. Ed. Civitas, Madri, 1977.
- . *História do Direito Privado*. Ed. FCE, Lisboa, 1980.

NOTAS

1. V., como síntese da doutrina nacional, estudo sobre o conceito de obrigação de Orlando Gomes, em *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, pp. 163-167.

2. Sobre a influência do Estado Social no Direito Privado e a modificação no método e na fundamentação do Direito a partir do século XIX, v. Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, pp. 511 e ss.; em virtude da imutabilidade imanente do Direito das Obrigações, fala-se em geometria euclidiana intemporal das obrigações, cf. Diez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, v. 1/327 e Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, p. 42.

3. No sentido da superação do contrato como instituto de natureza egoística, aproximando-o do princípio constitucional da solidariedade social, Giovanni Maria

Uda, *Buona Fede Oggettiva ed Economia Contrattuale*, p. 369; sobre as transformações modernas na teoria dos contratos, v. Judith Martins Costa, *Crise e Modificação na Idéia de Contrato*.

4. Quanto à utilização de cláusulas gerais como a da boa-fé, inclusive pela jurisprudência alemã para a transformação da moral econômica liberal numa outra adaptada às idéias do Estado Social, Wieacker, ob. cit., p. 596 e *El Principio General de la Buena Fé*; também Judith Martins Costa, *As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico*; Clóvis do Couto e Silva, *O Principio da Boa-Fé no Direito Civil Brasileiro e Português*; Menezes Cordeiro, *Da Boa-Fé no Direito Civil*.

5. "A relação obrigacional, equiparada pelo BGB à pretensão do credor (ou a uma multiplicidade de pretensões) foi reconhecida pela prática e pela teoria como uma relação jurídica complexa ("organismo") de contornos vastos e alastrantes a partir do qual são deduzidos não só múltiplos deveres acessórios e deveres de proteção de caráter geral, tanto do lado de uma das partes quanto da outra, mas também a assunção de deveres pré-contratuais (*culpa in contraendo*) e uma responsabilização do respectivo credor (*culpa in eligendo*)", Wieacker, *História do Direito Privado*, p. 597; v., também, Larenz, *Derecho de Obligaciones*, v. I/37 e ss.

6. V. para o Direito português, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, pp. 41 e ss. e Mota Pinto, *Cessão de Contrato*; para o Direito espanhol, Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*; para a Argentina, Ernesto Wayar, *Derecho Civil, Obligaciones*, v. 1.

7. *A Obrigação como Processo*.

8. Cf. Almeida Costa, ob. cit., p. 45 e Clóvis do Couto e Silva, ob. cit., p. 8.

9. Cf. Larenz, ob. cit., pp. 37-41; Clóvis do Couto e Silva, ob. cit., pp. 5-13; Mota Pinto, ob. cit., pp. 233-368; Almeida Costa, ob. cit., pp. 41-49.

10. Ob. cit., p. 8; na mesma linha Ernesto Wayar: "No se ha de creer que la cooperación sirve únicamente para explicar el deber de prestación que pesa sobre el deudor. Su significación es mucho más profunda, pues que se refiere al comportamiento íntegro que acreedor y deudor están obligados observar desde antes de la concertación y hasta despues de la extinción de la relación jurídica obligatoria. Acreedor y deudor debem cooperar para que sea posible la concreción del fin social que se persigue con los derechos personales o de crédito", ob. cit., p. 17.

11. *Da Boa-Fé no Direito Civil*, p. 554.

12. V. Canaris, *Pensamento Sistemático e Concelto de Sistema na Ciência do Direito*.

13. Ob. cit., p. 8.

14. Ob. cit., p. 48.

15. In *La Nozione de la Buona Fede Quale Regola di Comportamento Contrattuale*, p. 210.

16. Assim Mota Pinto, ob. cit., na esteira de Joseph Esser.

17. Ob. cit., p. 603; ainda do autor há um interessante estudo sobre a relação bancária sobre o prisma complexo, abordando, inclusive, os eventuais deveres anexos, intitulado *Cessão de Crédito e Responsabilidade Bancária*.

18. Ob. cit., p. 39.

19. Para Larenz a relação creditícia faz parte de uma camada do mundo real, "o espírito objetivo", reconhecido nas relações humanas de convivência: "No existen, ciertamente, en el espacio, mas sí en el tiempo; pueden, por conseguinte, nacer y desaparecer (extinguirse, anularse), modificarse y desarrollarse hacia un fin determinado", ob. cit., p. 38.

20. Além dos autores citados, utilizam o tópico processo Rui Rosado Aguiar Júnior, *Extinção do Contrato por Incumprimento do Devedor*; Díez-Picazo, ob. cit., Almeida Costa, ob. cit.; Mota Pinto, ob. cit.; e Calvão da Silva, ob. cit.

21. Ob. cit., p. 320.
22. Ob. cit., p. 58.
23. Cf. Mota Pinto, ob. cit., pp. 233-368; Clóvis do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, pp. 5-13; Larenz, ob. cit., pp. 37-41, Calvão da Silva, ob. cit., p. 55.
24. *História do Direito Privado Moderno*, p. 597.
25. Assim Gianni Maria Uda: "La visione generale del contratto quale strumento giuridico avente uno scopo "difuso" di tipo sociale nell'ordinamento giuridico, non può esaurire in sé la funzione economico-sociale della singola fattispecie contrattuale, prescindendo dalla particolarità delle disposizioni volontaristiche. È necessario, pertanto, calarsi nell'ambito della fattispecie contrattuale concreta ove la funzione economico-sociale del contratto è ricavabile sia dal regolamento posto dalle parti, che, conformemente alla concezione del contratto d'impronta "sociale", alla salvaguardia degli interessi delle parti, impedendo la degenerazione, tutto ciò tramite l'applicazione d'un principio solidaristico e contrattuale, inteso quasi espressione della solidarietà in un ambito contrattuale concreto", in *Buona Fede Oggettiva ed Economia Contrattuale*, pp. 369 e 370; no mesmo sentido, Mota Pinto: "Quando as partes realizam qualquer negócio jurídico, têm interesse na realização de um determinado escopo, que, entretanto, não se trata no interesse correspondente à estrutura negocial típica utilizada (no caso dos negócios nominados), considerada em abstrato. Não poderia nunca tratar-se dum interesse tipicizado abstrato, correspondente à função econômico-social do negócio (*a causa negocii*), sabido, como é, ser o tipo negocial uma expressão esquemática de caracteres normais e constantes duma categoria de atos humanos que exprimindo a normalidade, tem na sua concreta utilização uma ampla elasticidade, e serem possíveis atividades negociais desprovidas de tipicidade legal (ou social)", ob. cit., p. 261.
26. *Obrigação como Processo*, pp. 43 e ss.
27. Ob. cit., p. 11.
28. *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé*, p. 2.
29. Idem, *ibidem*.
30. Sobre responsabilidade pré-contratual, v. Almeida Costa, ob. cit., pp. 129 e ss.; Menezes Cordeiro, *Da Boa-Fé no Direito Civil*, pp. 597 e ss.; Rossela Delfino, "La Responsabilità Precontrattuale: Aspetti Comparatistici"; julgado do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal in *Boletim do Ministério da Justiça*, 360, pp. 583 e ss.
31. Mota Pinto, ob. cit., pp. 288 e ss.
32. Idem, *ibidem*.
33. Cf. Ruy Rosado Aguiar Júnior, ob. cit., p. 195.
34. Idem, pp. 44-47.
35. Acerca do adimplemento substancial, o *leading case* do TJRS, em voto do Des. Ruy Rosado Aguiar Jr., comentado por Judith Martins Costa, in *Revista AJURIS* 50/207 e ss., v., também, Clóvis do Couto e Silva, *O Princípio da Boa-Fé no Direito Civil Brasileiro e Português*, pp. 56 e 57.
36. In *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, pp. 161 e 162.
37. Interessante observar que Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin percebe a dinâmica obrigacional e utiliza o tópico processo nos contratos de consumo: "A adequação do produto ou serviço à expectativa legítima do consumidor produz sua satisfação. A situação ideal, então, seria esta: o consumidor, uma vez superada a fase de avaliação e escolha do seu produto ou serviço, e concretizada a aquisição, instaurando-se, por conseguinte a relação de consumo — tem, na sua expectativa preenchida, o único resultado de todo o processo", in *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, p. 118.
38. *Minima Moralía*, p. 58, ed. Ática, São Paulo, 1992.