

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARCOS VINÍCIUS FOPPA

A PATRIMONIALIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL

CURITIBA

2012

MARCOS VINÍCIUS FOPPA

A PATRIMONIALIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, ao Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo.

CURITIBA

2012

## TERMO DE APROVAÇÃO

Marcos Vinícius Foppa

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso e Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

---

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo  
Departamento de Direito Civil e Processual Civil  
Universidade Federal do Paraná

Membros:

---

Prof. Dr. Sérgio Said Staut Júnior  
Departamento de Direito Privado  
Universidade Federal do Paraná

---

Curitiba, novembro de 2012.

## RESUMO

Pretende-se, no presente trabalho, realizar análise de uma questão clássica do Direito Civil obrigacional, mas que apresenta repercussões importantes no exame das relações jurídicas hodiernas, qual seja, a exigibilidade de elemento patrimonial para caracterização de determinado dever como subsumido ao regime das obrigações. É que o Direito Civil, de modo inafastável, tutela relações atinentes ao patrimônio do ser humano. Num certo sentido, historicamente, foi este o reduto máximo de autonomia do sujeito individual, na medida em que se garantia o direito de propriedade e de liberdade de maneira intransigente. Mais recentemente, surge o conhecido fenômeno da despatrimonialização, o qual não implica desprestigiar relações pecuniárias, mas sim dar tratamento adequado às situações de “ter” e de “ser”. Assim, quando se diz da necessidade da patrimonialidade de um elemento da obrigação, faz-se tal afirmação porque para esta lógica foi pensado o Livro I da Parte Especial do Código Civil de 2002. Não implica o fato em deixar desassistidos outros interesses dignos de tutela, mas sim em dar-lhes o competente regramento jurídico. Do contrário, situações existenciais e patrimoniais estariam no mesmo patamar, o que é indesejado pelo nosso ordenamento.

Palavras-chave: relação jurídica obrigacional; patrimonialidade; despatrimonialização; situações jurídicas existenciais.

## ABSTRACT

It is intended, in this study, to perform an analysis of a classical question of obligational Civil Law, but which presents important repercussions for the examination of today's legal relationships, namely, the exigibility of patrimonial element for characterizing certain duty as subsumed to the regime of obligations. This because the Civil Law, in an unremovable way, tutorizes relations pertaining to the human being patrimony. In a certain sense, historically, this was the maximum stronghold of autonomy of the individual subject, according as it was guaranteed the right to property and to freedom in an intransigent way. More recently, emerges the known phenomenon of the depatrimonialization, which doesn't mean to discredit monetary relations, but give adequate treatment to the "have" and the "being" situations. Thus, when it is said the need of a patrimonial element in the obligation, it is because for this logical was though the Book I of Special Part of Civil Code of 2002. The fact doesn't imply in leave unattended other worthy interests of protection, but in give them the qualified legal regulation. Otherwise, patrimonial and existential situations would be in the same landing, which is undesirable.

**Keywords:** obligational legal relationship; patrimoniality; depatrimonialization; existential legal situations.

“Vivemos em plena cultura da aparência: o contrato de casamento importa mais do que o amor; o funeral, mais do que o morto; as roupas, mais do que o corpo; a missa, mais do que Deus”.

Eduardo Galeano

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	7
CAPÍTULO I .....	9
PATRIMONIALIDADE E DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL .....	9
1. O Direito Civil clássico - modernidade e patrimonialização: direitos absolutos de propriedade e liberdade numa sociedade individualizada.....	9
2. Constitucionalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito Civil.....	16
3. O regime das obrigações na legislação brasileira (CDC e CC/02) e a noção doutrinária .....	22
CAPÍTULO II .....	30
A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL .....	30
1. Do fato à relação jurídica.....	30
2. Elementos da relação jurídica obrigacional .....	36
3. A patrimonialidade da prestação .....	42
4. Interesse e patrimonialidade .....	50
CAPÍTULO III .....	53
SITUAÇÕES JURÍDICAS PATRIMONIAIS E EXISTENCIAIS .....	53
1. Os deveres do ordenamento jurídico.....	53
2. A noção de patrimonialidade .....	56
3. A colonização do mundo da vida. Ainda uma vez, dignidade, patrimonialidade e despatrimonialização .....	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	68
REFERÊNCIAS.....	69

## INTRODUÇÃO

Quando se analisa historicamente as raízes de nosso sistema vigente de Direito Civil, remete-se à disciplina conferida pelo Código Napoleônico de 1.804, o qual foi um dos baluartes da revolução francesa, na medida em que concretizava ideais da nascente burguesia, mormente pela proteção ampla conferida ao direito proprietário (direito de usar, gozar e dispor do bem da forma mais absoluta).

Em contraposição, erige-se o fenômeno conhecido por despatrimonialização do Direito Civil, o qual se irmana à nominada repersonalização, de modo a pôr no centro de todo ordenamento o ser humano, principalmente, no direito positivo brasileiro, em virtude da norma constitucional que dita ter por norte a República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.

De outro lado, quando se analisa as características da relação jurídica obrigacional, aponta-se, dentre seus elementos, a necessidade de um caractere patrimonial. Ora bem, ante o festejado fenômeno acima citado, poder-se-ia questionar tal imperativo, com fundamento na ideia de que qualquer interesse jurídico digno mereça tutela do ordenamento, pena de desprestígio de valores do “ser” em favor daqueles do “ter”.

Dedica-se, no presente estudo, à análise da temática, para o que toca, em primeiro plano, analisar como se deu a formação (estudo do contexto) daquele Direito Civil francês, com a correspondente consequência no ordenamento brasileiro. Ato contínuo, são apontados os desdobramentos atuais da noção, com o embate oferecido pela doutrina que prega a despatrimonialização, para, após, observar-se os valores que permeiam nosso vigente sistema civilístico de direito.

Em seguida, estuda-se a ideia de relação jurídica obrigacional (a partir da teoria do fato jurídico), a qual inaugura a segunda parte do presente trabalho. Impende analisar quais são as definições legais e doutrinárias acerca do tema, apontando seus específicos requisitos. Em especial, como denota o título desta monografia, perquire-se sobre a necessidade do elemento patrimonial para caracterização de dever subsumido ao regime legal do Livro I da Parte Especial do vigente Código Civil.

Ainda além, lançam-se questionamentos acerca da patrimonialização vivida hodiernamente em nossa sociedade. Poderia mesmo aludir-se à mercantilização de todos os direitos? Note-se, alguém já questionou por que não poderíamos vender nossa opinião, nosso voto, nossa palavra. É tema de que se trata no Capítulo III, Ponto 3.

Por fim, são traçadas as consequências de adotar-se ou não a posição aqui defendida, através da análise da legislação e de alguns julgados, objetivando-se demonstrar que a cada dever legal corresponde um regime jurídico específico, de modo que o enquadramento de maneira equivocada acarreta em desprestígio à teoria da despatrimonialização, reduzindo-se a dignidade de tratamento conferida às situações não patrimoniais.

## CAPÍTULO I

### PATRIMONIALIDADE E DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

#### 1. O Direito Civil clássico - modernidade e patrimonialização: direitos absolutos de propriedade e liberdade numa sociedade individualizada

De forma natural, o Direito Civil, ao objetivar cumprir a função de tutela das relações interprivadas, apresenta um veio marcadamente patrimonialista <sup>1</sup>, sobremaneira em suas subdivisões em Direito das Coisas, Obrigações e Contratos, âmbitos em que encontra guardada a tutela do direito proprietário e do trânsito pecuniário de modo geral.

Embora outros ramos civilistas também se ocupem de questões pecuniárias, como a transmissão de bens no Direito Sucessório, ou a proteção ao credor de prestação alimentícia no Direito de Família, acredita-se que nestes setores a tratativa (tutela) conferida pelo ordenamento pátrio se dê em sentido diverso, eis que outras são as preocupações refletidas pela sociedade nestas situações. De outro lado, há casos limítrofes, em que podem se confundir direitos existenciais e patrimoniais. A exemplo, no Direito de Família, o pacto antenupcial e a já citada prestação alimentícia; nos Direitos da Personalidade, a cessão de imagem; no Biodireito, a doação de material genético<sup>2</sup>. Este ponto será abordado adiante, com mais vagar<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Como ensina Francisco Amaral, “Do ponto de vista objetivo, o direito civil compreende os princípios e as regras sobre a *pessoa, a família, o patrimônio e a empresa*, ou, de modo analítico, os direitos da personalidade, o direito de família, o direito das coisas, o direito das obrigações, e o direito das sucessões e o direito de empresa, ou ainda, a personalidade, as relações patrimoniais, a família e a transmissão dos bens por morte e a atividade econômica da pessoa.” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7 ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 175).

<sup>2</sup> Os exemplos são abordados por TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org). *Diálogos sobre direito civil*. v. III. Rio de Janeiro: Renovar 2012, p. 3.

<sup>3</sup> Especialmente Capítulo III, Ponto 3.

Neste âmbito do Direito Civil patrimonial, não se pode dizer que as noções atribuídas às categorias reguladas foram, ao longo da história, estanques, pois sabidamente os conceitos jurídicos não são imutáveis. É que, na lição de Katya Kozicki, “negar a possibilidade de significados plurais a um mesmo signo jurídico constitui um fetiche dos juristas, para os quais a lei ganha contornos de verdade absoluta, mascarando o seu conteúdo ideológico”. Deste modo, “um dos mitos que cercam a linguagem jurídica é justamente atribuir sentidos naturais aos enunciados jurídicos, como se eles, por si sós, fossem portadores de significados próprios”<sup>4</sup>.

Quer-se demonstrar, com isso, que são eles (os “signos jurídicos”, para utilizar a expressão de Katya Kozicki), em verdade, reflexos de um ideário social vigente em determinado período histórico. Resta claro que, por exemplo, a ideia de propriedade no medievo não é (ou não pode ser) igual à de propriedade moderna ou à contemporânea, sobretudo porque as noções de liberdade, cidadania e direitos (individuais, sociais e coletivos) divergem (ou até inexistem) em cada contexto social<sup>5</sup>.

Observe-se que, nada obstante a ausência de pretensão de atribuir-se um significado absoluto a determinados conceitos jurídicos (conforme acima assinalado), não se duvida que toca ao intérprete, em sua tarefa de aplicação do texto legislativo ao caso concreto, precisar os termos utilizados pelo legislador<sup>6</sup>. Assim, o jurista atenta para o fato de que o signo jurídico posto em legislação nem sempre possui um significado predeterminado, porém também deve estar certo de

<sup>4</sup> KOZICKI, Katya. Linguagem e direito: problematizando a textura aberta dos enunciados jurídicos. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Direito e discurso: discursos do Direito*. Florianópolis: Boiteux, 2006, p. 80 e 81.

<sup>5</sup> “(...) Realmente, conceitos como pessoa, liberdade, democracia, família, obrigação, contrato, propriedade, roubo, homicídio, são conhecidos como construções jurídicas desde os inícios da história do direito europeu. Contudo, se avançarmos um pouco na interpretação, logo veremos que, por baixo da superfície de sua continuidade *terminológica*, existem rupturas decisivas no seu significado *semântico*. O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, o sentido é eminentemente *relacional* ou *local*. (...) Por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade de sentido. E esta descontinuidade semântica frustra por completo essa pretensão de uma validade intemporal dos conceitos embebidos nas palavras, mesmo que estas permaneçam.” (HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 26-27).

<sup>6</sup> Não faltam exemplos, em nosso ordenamento jurídico, de conceitos legais vagos, porém de força cogente incontestada: justiça, dignidade humana, função social, moralidade, (CF/88, artigos 1º, III, 3º, I, 5º, XXIII e 37, *caput*), boa-fé, bons costumes, probidade, idoneidade (CC, artigos 113, 187, 422 e 1.737), etc.

que a hermenêutica não autoriza qualquer interpretação, cabendo-lhe perquirir qual a melhor resposta jurídica, diante da dúvida interpretativa, aos olhos do sistema legal e da sociedade<sup>7</sup>.

Em conformidade com o que foi dito, tem-se que o patrimônio é objeto de especial tutela pelo ramo civil do direito, que se consubstancia principalmente na proteção ao direito de propriedade.

Nesse passo, imperioso observar que a mais “completa” proteção a este direito foi atribuída na Modernidade, sobremaneira pela imposição do pensamento capitalista, no contexto posterior às Revoluções Industrial e Francesa, com a ascensão da classe burguesa.

E não poderia ser diferente.

É que neste paradigma, com os ideais de liberdade e igualdade, buscava-se limitar a atuação estatal e garantir as conquistas da ascendente burguesia. Isto é, a isonomia vigente era a formal<sup>8</sup>; já a liberdade era a do homem frente ao estado, que não atuava positivamente, mas somente mantinha a ordem social e assegurava o status vigente<sup>9</sup>. Tudo isso em virtude do ponto-chave que caracteriza a era moderna: o individualismo.

---

<sup>7</sup> “Portanto, e isso é definitivo, a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política.” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 106).

<sup>8</sup> Com isso quer-se dizer que, apesar das características distintas de cada sujeito, a eles era atribuído o mesmo tratamento jurídico-social: *suum cuique tribuere* (máxima romana, que popularmente alguns se arriscam a complementar: aos ricos o que é dos ricos e aos pobres o que é dos pobres). O conceito é oposto ao que se entende atualmente vigente, de igualdade material, o qual dita a necessidade de desigualar-se as situações de desigualdade e igualar somente as de igualdade, sabedoria aristotélica que ficou consagrada por Ruy Barbosa.

<sup>9</sup> Por isso é que os constitucionalistas costumam afirmar que, nesta época, surgem e afirmam-se os direitos de primeira geração, isto é, aqueles que impõem obrigações apenas negativas ao Estado: “Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é o seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 563-564). Também por essa razão, outros autores preferem dizê-los “direitos de *status negativus* ou pretensão de resistência à intervenção estatal”, já que sua essência consiste justamente na “*proibição imediata de interferência imposta ao Estado*” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 55).

Melhor explicando, o que se observa com o surgimento da Modernidade é a passagem de contexto (feudalismo) marcado pela existência de um corpo social estratificado (ordenado, hierarquizado, em que cada ser social cumpria uma determinada função) para a afirmação do individualismo (subjetivismo). É como leciona Ricardo Marcelo Fonseca, a discorrer acerca da sociedade medieval:

(...) numa sociedade ordenada como esta, fica evidente como a noção de indivíduo (tal como nós a concebemos hoje) é tremendamente problemática; o singular só aparece enquanto parte do todo (de uma ordem, de uma corporação, de uma *societas*) e só tem sentido em existir enquanto parte deste todo. É uma concepção típica de uma sociedade que acredita piamente na imperfeição do singular e a perfeição da comunidade - vista, nas palavras de Grossi, como realidade materna e reconfortante.<sup>10</sup>

Com efeito, isonomia formal, liberdade de contratar e propriedade formam um triângulo perfeito e caro à ideologia<sup>11</sup> moderna, só concebível numa sociedade que passa, como dito acima, de estratificada a individualizada<sup>12</sup>. No âmbito do direito, é famosa a fórmula de Maine, a qual afirma trata-se de uma transição do *status* ao contrato. Nessa perspectiva, “nas sociedades antigas as relações entre os homens (...) eram determinadas, em larga medida, pela pertença de cada qual a uma certa

<sup>10</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *A formação da subjetividade jurídica moderna: notas sobre a constituição de nosso direito*. Disponível on-line via “[http://www.historiadodireito.com.br/mostra\\_textos.php?opcao=mostra\\_texto&id\\_textos=18](http://www.historiadodireito.com.br/mostra_textos.php?opcao=mostra_texto&id_textos=18)”. Acesso em 20.7.2012.

<sup>11</sup> Usamos a perspectiva da ideologia no sentido de falsa representação: “(...) o caráter ideológico de uma proposição não está na sua falta de correspondência aos fatos. A proposição ideológica não é um juízo de fato, apesar de ter dele o *status* simbólico: é um juízo de valor. Enquanto tal, a proposição não ‘representa’ a realidade e por conseqüência não é, deste ponto de vista, nem verdadeira nem falsa. Melhor dito, sua ‘falsidade’ é compreendida como uma *falsa apresentação*. Na consciência da pessoa, a avaliação se apresenta sob a falsa veste de uma asserção da realidade” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 8ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 593). É também o que se depreende, mais diretamente, da lição de Enzo Roppo: “(...) se, por natureza, as ideologias são sempre, em vária medida, falsificações da realidade, elas não podem, no entanto, ser apenas pura e simples falsificações da realidade, mas devem também, de algum modo, reflectir esta última, seja porque sempre por esta devem ser movidas, seja para distorcê-la ou para influenciá-la com fins diversos dos do seu objectivo conhecimento” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 26).

<sup>12</sup> “Na sua simplicidade e abstração, a propriedade deixa de estar vinculada à complexidade da realidade. Está agora intensamente atrelada à imagem, igualmente simples e abstrada, do sujeito de direito.” (STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Orientador: Ricardo Marcelo Fonseca. Defesa: Curitiba, 2009, p. 76).

comunidade ou categoria ou ordem ou grupo (...). De outro lado, “(...) na sociedade moderna, tendem a ser, cada vez mais, o fruto de uma escolha livre dos próprios interessados”<sup>13</sup>.

De se imaginar, naturalmente, que a ascendente classe burguesa procurasse condicionar o direito a suas ideologias, assegurando conquistas políticas e econômicas, o que se verifica mormente pelo advento do Código Civil de Napoleão de 1.804, no qual se nota o caráter essencialmente individualista da sociedade moderna, consubstanciado em peculiar (e, por que não, revolucionária) tutela conferida ao direito proprietário.

Conforme leciona Francisco Amaral,

A propriedade é um dos institutos jurídicos fundamentais e o mais importante dos direitos privados. Por sua ligação com os demais institutos civis, é elemento básico do direito patrimonial (...). Juntamente com a autonomia privada, é projeção imediata, na ordem jurídica, do individualismo que marcou o direito civil dos séculos passados. Como reação do iluminismo aos privilégios e do sistema feudal, permitia ao indivíduo isolar-se dos demais no uso, gozo e fruição dos seus bens, de modo absoluto e exclusivo.<sup>14</sup>

Não é difícil perceber que a propriedade (e todo direito subjetivo, de um modo geral), torna-se expressão de poder, já que ali se tem o amplo espaço do *sujeito de direitos*<sup>15</sup>, em que se pode afirmar livre das ingerências de qualquer outro que lhe turbe o domínio. Nesse espaço, livre ele é, inclusive, da intromissão estatal. Na forma do Código de Napoleão, é um direito absoluto e ilimitado, porque só ao seu titular cabia decidir como e se haveria exercício das faculdades proprietárias

---

<sup>13</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato...*, p. 26.

<sup>14</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil...*, p. 179.

<sup>15</sup> “O modelo profundamente individualista e exclusivista de pertencimento, observado anteriormente, encontra no *Code Civil* um momento muito importante da sua história. É famosa a citação ao seu artigo 544 que enuncia e glorifica a propriedade como ‘*le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue*’. O poder do titular do direito de propriedade, o *dominus*, é tão amplo que compreende inclusive a faculdade de destruir o próprio objeto.” (STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916...*, p. 74).

(usar, gozar e dispor)<sup>16</sup>. É o direito proprietário, aliado à liberdade contratual<sup>17</sup>, espaço, por excelência, do individualismo moderno:

(...) o indivíduo moderno se transforma num microcosmo auto-referencial dotado de uma constelação de interesses e de direitos individuais, alguns dos quais elevados à situações subjetivas perfeitas e invioláveis por qualquer poder político. Entre estes, e antes de todos, a propriedade privada, interior e exterior, intrasubjetiva e intersubjetiva, estreitamente conexas à própria natureza do homem e por isso intangível.<sup>18</sup>

Em razão disso, o grande problema é que garantida a liberdade e igualdade somente de maneira formal, perpetua-se a desigualdade de classes, e o indivíduo desprovido de situação de proprietário vê-se quase que desassistido pelo direito:

O ter, de fato, torna os confins de uma individualidade barreira insuperável, aprofundando o fosso que separa o eu do tu, dos outros. Os juristas ocidentais talvez não tenham sempre ensinado que, no sulco da bimilenária tradição romanística, a propriedade é, na sua essência, *ius excludendi omnes alios*?<sup>19</sup>

Conforme José Osório Gondinho, a situação era de indiferença àqueles despossuídos:

não importava para aquela sociedade que a liberdade contratual e a força máxima da propriedade resultassem em um número cada vez maior de sujeitos de direito despidos, materialmente, da possibilidade de contratar e dispor<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil...*, p. 180.

<sup>17</sup> Não por acaso, no regime do Code Napoléon o contrato não vem tratado em livro próprio, mas encontra disciplina no livro terceiro, o qual aborda os “diversos modos de aquisição da propriedade”. Dessarte, “o instituto do contrato assume, num certo sentido, uma *posição não autónoma, mas subordinada, servil, relativamente à propriedade*, que se apresenta como instituto-base, em torno do qual e em função do qual são ordenados todos os outros (...)” (ROPPO, Enzo. *O contrato...*, p. 42).

<sup>18</sup> GROSSI, Paolo. *Para além do subjetivismo jurídico moderno*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 12.

<sup>19</sup> GROSSI, Paolo. *Para além do subjetivismo jurídico moderno...*, p. 12.

<sup>20</sup> GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 401.

Assim, conforme leciona Sérgio Said Staut Júnior,

Em uma sociedade que se torna cada vez mais individualista e proprietária, a imagem da posse no direito começa a ser delineada como um reflexo do poder de excluir as outras pessoas do acesso, uso e gozo dos bens, em especial da terra. Os vínculos jurídicos dos sujeitos com as coisas tornam-se, gradativamente, mais simplificados, abstratos e dependentes da vontade de um titular.<sup>21</sup>

Nesse passo, pode-se perpetuar uma visão (que não é única, destaque-se, e de todo incompatível com o atual sistema jurídico vigente) de Direito Civil patrimonializado (ou patrimonialista). Ele tem por escopo a proteção da propriedade, tutela a circulação de riquezas, sem maiores preocupações com o sujeito que é parte da relação jurídica, seus objetivos ou seu status de dignidade, a quem, em verdade, deveria servir o direito<sup>22</sup>.

Em síntese, há um Código Civil (o de 1.804) individualista, o qual ocupa o centro de sistema jurídico de Direito Privado<sup>23</sup>, tutelando as liberdades do sujeito capitalista através da proteção intransigente do patrimônio. Por oportuno, lembre-se que Orlando Gomes já mencionou, acerca das codificação do século XIX, que se poderia ter inscrito em seu pórtico, a talho de foice, os dizeres *beatiss possidendis*<sup>24</sup> (abençoados os que possuem).

---

<sup>21</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916...*, p. 170.

<sup>22</sup> Não se pode dizer, é verdade, que sempre que exista sociedade existe Direito (*ubi societas, ibi ius*). Mas certamente este só existirá na presença daquela, de modo que parece infosismável ser o fim último de proteção do Direito o homem, e não a coisa.

<sup>23</sup> “Nesse momento, a ‘forma código’, constituindo ‘a concretização legislativa da *volonté générale*’, torna-se o modelo ideal de direito, ou melhor, não há direito e direitos que estejam para além dos monumentos legislativos codificados (...).É conhecida a clássica citação de um exegeta francês chamado Bougnét: ‘*Je ne connais pas le droit civil, je n’enseigne que le code de Napoléon.*’ Estas palavras resumem muito do que foi compreendido como direito no período pós-Revolução Francesa.” (STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916...*, p. 70-71).

<sup>24</sup> Referência feita por LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 17.

É este o tipo abordagem contra a qual se insurge a contemporânea doutrina do Direito Civil, pelos fenômenos que se consagraram chamar “repersonalização” e “despatrimonialização”. Na lição de Paulo Nalin,

A despatrimonialização guarda relação com a mudança que vai ocorrendo no sistema entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade voltada a si mesma, primeiramente do “produtismo” e, mais atualmente, do consumismo). Nota-se, destarte, uma prevalência do sujeito face ao patrimônio.

Nesse sentido, a doutrina do Direito Civil vai reclamar uma mudança paradigmática<sup>25</sup> em sua abordagem. Não mais a tutela do sujeito capitalista singular, mas sim ser social dotado de dignidade. Na metáfora de Luiz Edson Fachin, há uma virada de Copérnico<sup>26</sup>, já que o centro do Direito Privado passa a ser a Constituição, norma hierarquicamente superior e de observância obrigatória, a qual é peremptória em conferir essa proteção primeira à dignidade do sujeito de direitos.

## **2. Constitucionalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito Civil**

O contexto brasileiro, de modo especial anteriormente à CF/88, sofria claras influências do ideário liberal-burguês, explicitado neste estudo no ponto precedente. O tratamento usualmente conferido pelos civilistas era aquele ainda da era napoleônica: ampla liberdade contratual (autonomia da vontade praticamente

---

<sup>25</sup> A noção de mudança paradigmática é abordada por Thomas Kuhn: “A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição da ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações” (KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1997, p. 116).

<sup>26</sup> FACHIN, Luiz Edson. ‘Virada de Copérnico’: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: \_\_\_\_\_ (coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 317.

ilimitada) e igualdade formal, o que se aliava à proteção intransigente do direito proprietário, tudo com base na centralidade ocupada pelo Código Civil<sup>27</sup>.

Na sociedade contemporânea, porém, não mais se sustentava aquela ordem, o que ficou claro com o advento da Carta Magna de 1988, que vige atualmente. É fenômeno a que se convencionou chamar “constitucionalização do Direito Civil”.

Ponto essencial, sabe-se que dentre as teorias do direito, ainda que bastante criticada<sup>28</sup>, a mais aceita contemporaneamente é a de Hans Kelsen, normativista, e que põe a Constituição como ápice de uma pirâmide de normas. É dizer, dentre os diversos comandos impostos pelo Ordenamento Jurídico, a Carta Constitucional (ao menos no plano do direito posto) é a hierarquicamente superior, de modo que aquelas inferiores a ela devem sempre encontrar ali seu fundamento, material ou procedimental<sup>29</sup>.

Dessarte, flagra-se que não mais o Código Civil pode ser o centro do sistema de Direito Privado, mas sim o é a Constituição: as regras e princípios ali consubstanciados são o ponto culminante.

No Brasil, portanto, especialmente com a Carta de 1988, quando ainda vigia o Código Civil de 1916, e em virtude, também, da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana na legislação máxima, tocava dar uma interpretação que levasse mais em consideração os valores do “ser” em detrimento do “ter”, estes no tratamento característicos da burguesia francesa pós-revolucionária.

---

<sup>27</sup> LÔBO, Paulo. A constitucionalização do Direito Civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org). *Direito Civil contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18-19.

<sup>28</sup> Conferir o debate entre as teorias apologéticas e críticas do Direito, conforme explicado por DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32-33 e 38-43.

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito*. São Paulo: RT, 2007, p. 94 e ss. A norma superior que não é de direito posto é a norma hipotética fundamental: “A unidade, quer dizer, a coerência formal de todas as normas de um certo Direito positivo, reside em todas elas poderem reconduzir-se a uma norma única, como fundamento último da sua validade” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 98-99).

Por isso é que constitucionalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito Civil são noções fortemente ligadas. Com a inauguração de uma nova ordem constitucional, rompe-se com o passado e fica clara a intenção da sociedade em renovar o arcabouço jurídico, especialmente quando o Poder Constituinte manifesta-se de modo legítimo (pelas constituições promulgadas, e não pelas outorgadas, estas, em regra, ditatoriais), como ocorreu no processo constitucional de nosso país, a ponto de ser chamado o novo diploma maior de “Constituição Cidadã”<sup>30</sup>, expressão que não por acaso tornou-se consagrada.

Chamou a atenção, primeiramente, a nova estrutura da Lei Constitucional: ela não mais trazia a organização estatal em primeiro plano, como fizeram todas as Constituições predecessoras (desde a Carta Imperial, de 1824, à EC 1/69). Em vez disso, aborda, nos Títulos I e II, os “Princípios Fundamentais” e os “Direitos e Garantias Fundamentais”, os quais englobam direitos sociais e também coletivos. Apenas no Título III, já no art. 18, é que a Carta Magna vai tratar “Da Organização do Estado”. E essa mudança na ordem dos fatores não é gratuita. A mensagem que traz é que somente se justifica a existência do Estado pelo cidadão e para o cidadão, sendo a tutela ao ser humano sua finalidade e, por consequência, objetivo inafastável da ordem jurídica.

A corroborar a posição de forma peremptória, deve-se observar que é ponto nevrálgico da nova Carta Magna, conforme se assinalou acima, o princípio encartado no art. 1º, inciso III, que dispõe ser fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade humana. Mais do que isso, “na conformação da economia pela Carta, o homem não é mero agente das relações econômicas, mas a sua própria causa (art. 170, *caput*)”<sup>31</sup>.

Conceito (ou “signo jurídico”, como se disse acima) sabidamente aberto, não faltaram estudos e produção doutrinária acerca da noção, a fim de dar-lhe aplicabilidade concreta face ao grau de abstração terminológica. O que se deve ter

---

<sup>30</sup> A festejada terminologia é de Ulysses Guimarães, que presidiu a Assembleia Nacional Constituinte.

<sup>31</sup> CASTRO, Carlos Alberto Farracha de; NALIN, Paulo. Economia, mercado e dignidade do sujeito. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al.* (org.). *Diálogos sobre Direito Civil: Construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 102.

em mente, contudo, é que essa imprecisão dos termos jurídicos não é de todo indesejada, constituindo cláusula geral que pode amoldar-se às necessidades e transformações ocorridas no seio da sociedade, de modo que o direito não fica engessado em uma legislação que se afirme completa e imutável.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, quando se fala em “dignidade humana”, positiva-se no direito uma noção reclamada pela sociedade, explicando a autora, na esteira da teoria kantiana, que, agora já na Ordem Jurídica, será “(...) contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto”<sup>32</sup>. Desdobra-se o conceito em quatro postulados básicos: (i) reconhecimento dos demais sujeitos como iguais, com (ii) direito à integridade psicofísica, (iii) possuidores de autodeterminação (vontade livre) e (iv) participantes, todos de igual modo, do grupo social, pelo que não devem ser marginalizados<sup>33</sup>.

Fácil de ver, com os apontamentos da professora, que a dignidade humana permeia as noções de Direito Civil, dando-lhe novos contornos: falou-se diretamente da igualdade, da liberdade e dos interesses (e, pode-se dizer, funções) sociais. Nesse sentido é que

A autonomia privada passa a ser apenas um dos feixes do princípio maior da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), e os atos provenientes da autonomia não se reconduzem apenas à liberdade de iniciativa (CF, art. 1º, IV) – alvo de interpretação restritiva por autorizada doutrina -, mas a toda e qualquer expressão, patrimonial ou não patrimonial, do sujeito.<sup>34</sup>

Portanto, resta ao civilista notar que por a ideia de dignidade humana estar afirmada na Constituição Federal, logo como “Princípio Fundamental” (complementa-se, para fins do estudo ora desenvolvido) da ordem jurídica, os institutos por ele trabalhados devem todos estar emoldurados por aquela noção. Assim, *v. g.*, liberdade contratual, isonomia formal não são mais valores absolutos, *i. e.*, não

<sup>32</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 119.

<sup>33</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana..., p. 119.

<sup>34</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 73.

devem mais ser abordados na visão da burguesia oitocentista. A desproporção de forças (a que chama a atual legislação consumerista de “hipossuficiência”), que implica na desigualdade do poder contratual<sup>35</sup>, e a necessidade imperiosa de contratar, sob pena de mitigação da dignidade do ser humano, devem ser levadas em conta pelo jurista. Bem assim, a propriedade não tem uma finalidade autossuficiente, sendo mitigada quando desrespeite valores humanos e sociais, na forma da CF/88, art. 186<sup>36</sup>.

É nesse sentido que se reclama uma “despatrimonialização” do direito, devendo sempre prevalecer a dignidade do ser humano em detrimento da tutela do patrimônio, acaso os valores sejam conflitantes. Nada obstante, saliente-se que no ordenamento jurídico também o patrimônio é, e em especial no sistema capitalista, modo de garantia da existência digna. Por esse motivo Luiz Edson Fachin fala em Patrimônio Mínimo Existencial:

A pessoa natural, ao lado de atributos inerentes à condição humana, inalienáveis e insuscetíveis de apropriação, pode ser também, à luz do Direito Civil brasileiro contemporâneo, dotada de uma garantia patrimonial que integra sua esfera jurídica. Trata-se de um patrimônio mínimo mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada.<sup>37</sup>

De se notar que o Ordenamento Jurídico possui dispositivos expressos que protegem um mínimo patrimonial do sujeito de direitos, como ocorre no artigo que inquina vício de invalidade à cláusula de doação excessiva do patrimônio<sup>38</sup>, bem

---

<sup>35</sup> Conforme Enzo Roppo, “a disparidade de condições económico-sociais existente, para além do esquema formal da igualdade jurídica abstracta dos contraentes, determina, por outras palavras, disparidade de poder <<contratual>> entre partes fortes e partes débeis” (ROPPO, Enzo. *O contrato...*, p. 38).

<sup>36</sup> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

<sup>37</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1.

<sup>38</sup> CC/02, “Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”.

como pela tutela conferida na Lei 8.009/90, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família<sup>39</sup>, na vedação à penhorabilidade salarial<sup>40</sup> e à prodigalidade, uma vez que se reputa relativamente incapaz para a prática de atos envolvendo patrimônio familiar aquele que o dilapida<sup>41</sup>.

Assim, mesmo que o bem patrimonial esteja, a princípio, na esfera de disponibilidade do sujeito de direitos, o Ordenamento reconhece sua ligação com um valor maior, merecedor de tutela jurídica especial: nomeadamente, a dignidade da pessoa humana. Por tal motivo, essa esfera de patrimônio mínimo, mantenedor da subsistência e dignidade do sujeito de direitos, revela-se verdadeiro direito indisponível.

Portanto, pode-se concluir que a despatrimonialização do Direito Civil acarreta em dar tutela adequada aos direitos essencialmente patrimoniais, de acordo com seu status na ordem jurídica. Não implica dizer que, por estar-se a tratar de uma situação basicamente pecuniária, é desmerecida digna tutela do direito. Na lição de Paulo Nalin,

Despatrimonialização, dignidade da figura do contratante e função social do contrato encontram o seu fio condutor na figura do homem e no seu livre desenvolvimento, refundando-se o Direito Civil em torno do respeito aos valores da pessoa. A autonomia contratual, antes de ser instrumento de circulação de riquezas, no atual estágio de desenvolvimento constitucional,

---

<sup>39</sup> “Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”.

<sup>40</sup> CPC, “Art. 649, IV: Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo”. Sobre a penhorabilidade parcial de salários, com fundamento no direito de ação e na inconstitucionalidade formal do veto do § 3º, conferir ARENHART, Sérgio Cruz. *A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários*. Disponível online via [http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/151227/A\\_PENHORABILIDADE\\_DE\\_IMOVEL\\_DE\\_FAMILIA\\_DE\\_ELEVADO\\_VALOR\\_E\\_DE\\_ALTOS\\_SALARIOS](http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/151227/A_PENHORABILIDADE_DE_IMOVEL_DE_FAMILIA_DE_ELEVADO_VALOR_E_DE_ALTOS_SALARIOS). Acesso em 15.8.2012. Ainda assim, mesmo aqui se defende que a penhora só pode ser parcial, em vista da garantia do mínimo existencial.

<sup>41</sup> CC/02, “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: (...) IV - os pródigos”.

presta-se ao livre desenvolvimento da pessoa contratante, sem que dela se possa excluir um quase inevitável conteúdo patrimonial mínimo.<sup>42</sup>

Desse modo, quer-se referir, em verdade, que, observados os princípios norteadores do sistema, com os limites por ele impostos (no que tange à proteção do mínimo de subsistência, especialmente), dê-se o regime legal adequado a cada fato social carimbado por jurídico em nosso Ordenamento. É para este fim que se presta, especialmente, o Livro I da Parte Especial da Lei 10.406/02, a qual instituiu o Código Civil ora vigente.

### **3. O regime das obrigações na legislação brasileira (CDC e CC/02) e a noção doutrinária**

Mormente abordado, em termos de legislação infraconstitucional, pelo Código Civil de 2002, o Direito das Obrigações não encontra definição legal no ordenamento brasileiro, isto é, não se especifica, peremptoriamente, ao menos em termos legislativos, do que se poderia tratar este ramo do Direito Civil. No referido diploma, a abordagem do tema inaugura a Parte Especial (está, portanto, em seu Livro I), encerrando aproximadamente 700 artigos. Trata o *Codex* de fornecer uma espécie de “teoria geral” das obrigações, em que se compreendem os quatro primeiros Títulos do referido Livro: aborda-se, ali, as modalidades, transmissão, adimplemento, extinção e inadimplemento das obrigações. Após, o diploma substantivo passa a tratar de uma Teoria dos Contratos (do que as obrigações constituem objeto), com disposições gerais e especiais relativas a cada espécie contratual. Por fim, engloba-se no regime obrigacional os atos unilaterais, os títulos de crédito, a responsabilidade civil e as preferências e privilégios creditórios.

Nada obstante a disciplina do Código Civil, destina-se ela à aplicação entre sujeitos que celebram negócios jurídicos em condições de igualdade, em que vigora

---

<sup>42</sup> NALIN, Paulo. *Do contrato...*, p. 249.

com mais força a autonomia da vontade e o princípio do *pacta sunt servanda*<sup>43</sup>, sendo um regime, pode-se dizer, mais clássico de assunção de obrigações e celebração de contratos<sup>44</sup>, que se dá em situações ideais de contratualidade, portanto. Não é com esse tipo de relação que o jurista defronta-se com maior frequência nos dias atuais, mas sim com a espécie de obrigação assumida mais corriqueiramente no mundo globalizado: as relações consumeristas, mormente celebradas à luz de contratos massificados, em que se perde, em considerável grau, a personalidade e o poder de barganha (negociação) de uma parte face à outra. Indispensável ter em mente, por isso, que ponto central da ciência jurídica de Direito Privado ocupa também o Código de Defesa do Consumidor<sup>45</sup>, local em que se busca dar tutela jurídica às relações obrigacionais assumidas em condições de desigualdade e até de imperatividade contratual<sup>46</sup>.

A disciplina em dois planos legislativos distintos não cinde o regime das obrigações, mas leva à influência mútua de um e outro diploma legal, embora a situação prática, naturalmente, possa exigir maior aplicação deste ou daquele regime legal. Conforme lição de Paulo Lôbo,

O tratamento distinto das obrigações negociais e extranegociais no Código de Defesa do Consumidor pode levar ao entendimento de se ter formado “um novo direito das obrigações”, no dizer de Jean Carbonnier, tendo como originalidade, em contraste com a suposta igualdade teórica entre as pessoas consideradas pelo direito civil, a pressuposição da inferioridade de um dos contratantes. Mas é sobretudo o direito do consumidor que tem

---

<sup>43</sup> Ressalve-se, é claro, que não se está a afirmar, com a menção ao referido brocardo latino, que os pactos não são passíveis de revisão ou devem ser cumpridos ao pé da letra (na ideia de que quem diz contratual diz justo), mas sim que é mais frequente, nesses contratos, que o teor reproduzido corresponda à vontade efetiva dos contraentes. Menos passível, dessa arte, de relativizações, quer-nos parecer.

<sup>44</sup> Isso devido a toda influência que o diploma ocupou ao longo da história na vida dos privados, como abordado nos pontos antecedentes, principalmente no que tange à tutela da propriedade e liberdade de contratar.

<sup>45</sup> O diploma foi instituído pela lei 8.078, e data de 1990, entrando em vigor muito anteriormente, portanto, ao vigente Código Civil.

<sup>46</sup> São os casos que o cidadão se vê compelido a contratar, como nas hipóteses de conta bancária para fins trabalhistas, contratos de fornecimento de energia elétrica, saneamento, compra de gás, etc. Semelhante situação (de desproporção de forças, com praticamente imposição unilateral de cláusula contratuais ante a necessidade de contratar) ocorre no âmbito do Direito do Trabalho. Não por acaso, ali as controvérsias se resolvem segundo o princípio do *in dubio pro misero*.

empurrado, penetrando e modificando o direito civil obrigacional, nos países que mantêm esse dualismo legislativo.<sup>47</sup>

É que apesar de a interpretação dada pelo jurista, em virtude das condições demonstradas pelos contratantes (de igualdade ou inferioridade técnico-econômica), em ambos os diplomas encontram-se soluções confluentes, que se pautam nas ideias de equidade, boa-fé (com seu principal corolário, a transparência) e da justiça contratual, a refletir o valor maior da dignidade dos contratantes. Não é por acaso que o CDC abre sua disciplina estipulando que tem ele por objetivo “a proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social...” (art. 1º), além de inquirir nulidade à cláusula que for abusiva, iníqua ou incompatível com a boa-fé (art. 51, IV). Dispõe a Lei do Consumidor, ademais, que haverá

harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores<sup>48</sup>

Aqueles ideais supracitados refletem-se também com clareza no atual Código Civil, como se verifica, já na parte geral, nos artigos 113<sup>49</sup> e 187<sup>50</sup>. A respeito do Livro das Obrigações, no que se pode chamar *parte geral* da teoria contratual, fica também clara a imposição de limites à autonomia privada<sup>51</sup>. Além disso, é peremptório o Código ao estipular no art. 422 que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

---

<sup>47</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações...*, p. 21.

<sup>48</sup> CDC, Art. 4º, Inciso III.

<sup>49</sup> “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

<sup>50</sup> “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

<sup>51</sup> “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Parece, desta forma, que o ordenamento complementa-se de forma coerente no que tange à disciplina legal conferida ao Direito Obrigacional, principalmente no que respeita à normativa encartada nos Códigos de Defesa do Consumidor e Civil, coadunando-se com os valores firmados na Constituição da República. Note-se, aliás, que na atuação em juízo dois pontos em principal interessam para aquele que invoca aplicação do Diploma Consumerista a determinado litígio: (i) a formação de litisconsórcio passivo por todos os integrantes da cadeia produtiva, nos termos dos artigos 12 e 18, e (ii) a inversão do ônus probatório<sup>52</sup>, conforme preconizado no art. 6º, inciso VIII, todos do CDC. Não fosse a dificuldade de provar (questão mais atinente ao Direito Processual do que ao material), portanto, parece que passaria bem o causídico brasileiro na defesa do consumidor apenas com a legislação geral das obrigações, encartada no Código Civil<sup>53</sup>.

Outro ponto interessante de se notar na legislação brasileira é que, como dito acima, ela não conceitua obrigação ou contrato, iniciando a tratativa do tema a Lei 10.406/02 no art. 233, já a abordar as “Obrigações de Dar Coisa Certa”. A omissão legislativa é certamente consciente, contrastando com a opção feita por outros Ordenamentos, como o Alemão (§ 241), o Português (art. 397º) e o Francês (na definição de contrato, art. 1.101), e adotando a linha de outros Códigos que

---

<sup>52</sup> Apesar de consagrada na doutrina a expressão “inversão” do ônus da prova, muito por força de ser a terminologia empregada pela lei, parece-nos mais correto que seja empregado o termo “modificação do regime” de ônus da prova. É que o regime geral de ônus probatório encontra-se disciplinado no CPC, art. 333, como cediço. O que faz a Lei 8.078/90 não é inverter o que cada parte processual deve provar (pois assim, absurdamente, deveria o autor provar fato impeditivo de seu direito), mas sim facultar nova forma de o magistrado decidir face à insuficiente instrução (trata-se de uma regra de julgamento). Nesse sentido, é a lição de ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da prova e sua modificação no Processo Civil brasileiro*. Disponível online via “[http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/259013/O\\_Onus\\_da\\_Prova\\_e\\_sua\\_Modificacao\\_no\\_Direito\\_Processual\\_Civil\\_Brasileiro](http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/259013/O_Onus_da_Prova_e_sua_Modificacao_no_Direito_Processual_Civil_Brasileiro)”, p. 9. Acesso em 7.8.2012.

<sup>53</sup> A posição é escorada por Cláudia Lima Marques: “Parece-me que o CDC tende a ganhar com a entrada em vigor do CC/2002, pois os seus princípios básicos são quase os mesmos. Como vimos, quatro são os princípios básicos do CDC que afetam diretamente o novo direito obrigacional brasileiro: o princípio da vulnerabilidade, o da confiança, o da boa-fé e o do equilíbrio contratual. (...) Note-se que, à exceção do princípio especial da vulnerabilidade, que dá sustento à especialidade do CDC, os outros três princípios encontram-se hoje incorporados no sistema geral do direito privado, pois presentes no novo Código Civil, como vimos. (...) A convergência de princípios e cláusulas gerais entre o CDC e o CC/2002 e a égide da Constituição Federal de 1988 garantem que haverá diálogo e não retrocesso na proteção dos mais fracos na relação contratual” (MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 52). Não se ignore, é claro, que durante aproximadamente 13 anos teve vigência o CDC sem a complementação do atual Código Civil, aí sim ocupando ainda mais relevante função aquele primeiro caderno legal.

também não põe conceito daquelas terminologias, como o Italiano<sup>54</sup> (art. 1.173 e ss.), o Espanhol<sup>55</sup> ou o Argentino<sup>56</sup> (art. 495 e ss.).

Assim, a doutrina usualmente apela à etimologia para definição da matéria de obrigações, referindo que a palavra tem origem latina na junção dos termos *ob* (para) e *ligatio* (ligação), de maneira a traduzir a ideia de vínculo entre sujeitos, além de assentar-se que o tema constitui um núcleo clássico do Direito Civil, lapidado desde os romanos, e “mais refratário a mudanças”, pois “sofre bem menos a interferência da alteração de valores e hábitos sociais”<sup>57</sup>. Não é outra a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

de todo o Direito Civil são as obrigações que maior cunho guardam de elaboração científica, e maior expressão ideal da lógica jurídica apresentam no direito moderno, prestando maior fidelidade ao Direito romano, pois foi o direito obrigacional, em decorrência de seu caráter especulativo, a obra-prima da legislação romana.<sup>58</sup>

Nada obstante o recurso ao termo *obligatio*, útil à didática, Gagliano e Pamplona Filho chamam a atenção para a correta utilização do termo pelo cientista do direito, especialmente se etimologicamente rigoroso:

Não se deve confundir, ainda, obrigação (*debitum*) e responsabilidade (*obligatio*), por somente se configurar esta última quando a prestação pactuada não é adimplida pelo devedor. A primeira corresponde, em sentido estrito, ao dever do sujeito passivo de satisfazer a prestação positiva ou negativa em benefício do credor, enquanto a outra se refere à autorização, dada pela lei, ao credor que não foi satisfeito, de acionar o devedor, alcançando seu patrimônio, que responderá pela prestação.

<sup>54</sup> Aí se inicia a abordagem do tema pelas fontes das obrigações. Após, assinala-se a obrigatoriedade do elemento pecuniário da prestação e a imposição da “*correttezza*” (boa-fé) no proceder das partes contratantes.

<sup>55</sup> No Livro IV do Título I, referido Código refere que “toda obrigação consiste em dar, fazer ou não fazer alguma coisa”, pelo que carente de definição direta o conceito estudado.

<sup>56</sup> O Título I do Livro das Obrigações no Código Argentino trata “Da Natureza e Origem das Obrigações”.

<sup>57</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. II. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-2.

<sup>58</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 2. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 3-4.

Ao fim e ao cabo, por clara influência da etimologia, e também da definição constante das Institutas, segundo a qual “*obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei*”<sup>59</sup>, é comum a referência ao vínculo jurídico, pelo qual liga-se um credor a um devedor, ressaltando-se que em muitas situações um mesmo sujeito pode ocupar os dois polos da relação jurídica (sendo, portanto, credor de determinada prestação e devedor de outra<sup>60</sup>). A ampliar o conceito, também aparece a ideia de *relação* jurídica<sup>61</sup> e de “processo”<sup>62</sup>, como forma de realização do interesse do credor, conceito que parece mais apropriado, desde o ponto de vista de que o Direito Civil atual não se preocupa somente com o surgimento e extinção do vínculo credor-devedor, mas sim também com a fase pré e o efeito pós-contratual.

Por fim, impende anotar a comum referência feita pelos autores ao fato de que a relação jurídica obrigacional tutela interesses econômicos, isto é, volta-se para a regulamentação das operações patrimoniais, conforme refere ampla doutrina. A exemplo, Orlando Gomes<sup>63</sup>, Washington de Barros Monteiro<sup>64</sup>, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>65</sup>, Diez-Picazo e Atononio Gullón<sup>66</sup>, Francesco Messineo<sup>67</sup> e Umberto Breccia<sup>68</sup>.

---

<sup>59</sup> A referência aparece em GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17ª ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 15.

<sup>60</sup> Exemplo clássico, em que fica fácil de verificar-se a hipótese, é o da compra e venda: o vendedor é devedor de uma prestação de entregar a coisa, e credor de uma prestação de pagar.

<sup>61</sup> “Preferimos, por isso, por ser mais completa, a seguinte [definição]: obrigação é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 8).

<sup>62</sup> “A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor” (SILVA, Clóvis Verissimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Jose Bushatsky, 1976, p. 10).

<sup>63</sup> “Na classificação das matérias do Direito Civil, a parte relativa aos vínculos jurídicos, de natureza patrimonial, que se formam entre sujeitos determinados para a satisfação de interesses tutelados pela lei, se acha sistematizada num conjunto de noções, princípios e regras a que se denomina, com mais frequência, *Direito das Obrigações*” (GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p. 5).

<sup>64</sup> Ver nota 61.

<sup>65</sup> “Em objetiva definição, *trata-se do conjunto de normas e princípios reguladores das relações patrimoniais entre um credor (sujeito ativo) e um devedor (sujeito passivo) a quem incumbe o dever*

A questão, todavia, não é unânime.

Mormente pela falta de uma definição em nosso Código Civil, e por outros ordenamentos, como o português, dispensarem o requisito econômico, é possível sustentar que uma obrigação jurídica obrigacional não disponha de um conteúdo econômico, visto que a legislação não vedaria a celebração de quaisquer negócios jurídicos (sem conteúdo patrimonial) pelo regime facultado no Livro I da Parte Especial do Código Civil, questionamento sustentado, em minúcia, por Fernando Noronha<sup>69</sup>.

Antes de discutir-se o acerto da crítica, é preciso demorar-se um tanto mais na análise da relação jurídica obrigacional, seus elementos e estrutura, a fim de perquirir-se em que ponto se põe, ou não, a necessidade de um conteúdo patrimonial a determinado negócio jurídico, bem como as consequências de aceitar-

---

*de cumprir, espontânea ou coativamente, uma prestação de dar, fazer ou não fazer*" (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil...*, p. 2).

<sup>66</sup> "(...) la prestación en sí misma puede no tener valor patrimonial siempre que vaya acompañada de medios o instrumentos a través de los cuales se logre una satisfacción económica por su incumplimiento" (DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. v. 2. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2004, p. 122). Tradução livre: "(...) a prestação em si mesma pode não ter valor patrimonial sempre que vá acompanhada de meios ou instrumentos através dos quais se logre uma satisfação econômica pelo seu descumprimento".

<sup>67</sup> "Por *obligación*, o *relación obligatoria*, debe entenderse, en efecto, una *relación* entre dos sujetos (al menos), en virtud de la cual uno de ellos (*deudor*: llamado, a veces, 'promitente'), queda '*obligado*', esto es, sometido a um deber, o 'comprometido' frente al outro (*acreedor*: llamado, a veces, 'estipulante') a *cumplir una prestación* (arg. arts. 1174 y 1218), o sea, a *desarrollar una actividad determinada (comportamiento) patrimonialmente valorable* (...)" (MESSINEO, Francesco. *Manual de Drecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: EJEJA, 1955, p. 3-4). Tradução livre: "Por *obrigação*, ou *relação obrigacional*, deve-se entender, com efeito, uma relação entre dois sujeitos (ao menos), em virtude da qual um deles (*devedor*: chamado, às vezes, 'promitente'), fica '*obrigado*', isto é, submetido a um dever, ou 'comprometido' frente a outro (*credor*: chamado, às vezes, 'estipulante') a *cumprir uma prestação* (arts. 1174 e 1218), ou seja, a *desenvolver uma atividade determinada (comportamento) patrimonialmente valorável*".

<sup>68</sup> "Nella comune cultura giuridica per 'diritto delle obbligazioni' si intende quella parte dello studio del diritto privato patrimoniale che regola la nascita, le vicende, i modi di estinzione dei rapporti tra i creditori e i loro debitori" (BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 1). Tradução livre: "Na comum cultura jurídica, por 'direito das obrigações' se entende a parte do estudo do direito privado patrimonial que regula o nascimento, o desenvolvimento e o modo de extinção do negócio jurídico entre credor e devedor".

<sup>69</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do Direito das Obrigações; introdução à responsabilidade civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 44-45. Reproduziremos e analisaremos as ideias do autor em tópico posterior (Capítulo II, Ponto 3).

se tal negócio como obrigacional ou não obrigacional, a fim de conferir-lhe a adequada tutela jurídica<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Nunca se duvide que o direito de ação, constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXV), sempre exige que a cada situação jurídica dê o sistema de direito resposta adequada, tempestiva e efetiva. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. v. 2. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 33-34. É claro, a atenção destes autores está voltada ao âmbito processual-civil. Todavia, entendemos que a “resposta adequada” também engloba, no conteúdo do direito de ação, a aplicação do regime jurídico-positivo de direito material acertado.

## CAPÍTULO II

### A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL

#### 1. Do fato à relação jurídica

Fato jurídico, em primeiro contato, nada mais é do que um determinado fato social que sofreu a incidência da norma jurídica, ingressando, assim, no mundo do direito<sup>71</sup>, donde a preliminar e insofismável afirmação de que todo fato jurídico é social, mas a recíproca não é verdadeira.

No plano técnico-científico, e de modo didático, Marcos Bernardes de Mello foi o autor brasileiro que melhor trabalhou a teoria do fato jurídico na genuína fórmula criada por Pontes de Miranda, o qual enxerga o fenômeno jurídico em três planos: existência, validade e eficácia<sup>72</sup>. É claro o autor em referir aquela primeira ideia, acima aduzida, introduzindo o conceito ponteano de suporte fático, encarado justamente como aquele dado fato (que ocorre no mundo real) e que chega ao direito. Note-se, todavia: suporte fático não se confunde com simples fato, pois que esse é todo aquele que acontece no mundo e nem sempre repercute no direito. Por isso é que Marcos Bernardes de Mello diz que deve o fato estar referido ao homem. De forma exemplificativa, se um sujeito morre, mas não se tem certeza acerca de tal acontecimento (nem de seu desaparecimento), nada há de tal fato que releve ao direito; da mesma forma, se um animal nasce nos confins do mundo, onde ninguém há que se interesse pelo bicho. Enquanto não se saiba, em definitivo, sobre a ocorrência do fato, não penetra ele o mundo jurídico. Assim:

---

<sup>71</sup> Clássico o esquema, dos primeiros contatos que temos na faculdade com a ideia de Direito: fato jurídico = fato social + norma jurídica.

<sup>72</sup> Daí as três obras que consagraram, no cenário nacional, o autor alagoano, que levam o lógico título “Teoria do Fato Jurídico”, em três volumes, cada qual acerca de um dos mencionados planos (existência, validade e eficácia). Originalmente de 1985, esta obra encontrava-se na 18ª ed. quando da confecção do presente trabalho (ano de 2012), editada, em São Paulo, pela Saraiva.

Os puros eventos naturais só interessam ao direito enquanto possam ser relacionados a alguém. A inviabilidade dessa relação (evento R homem) cria a impossibilidade de se considerar o fato juridicizável (= possível de tornar-se fato jurídico). Assim, *a referibilidade do fato da natureza ou do animal ao homem constitui elemento nuclear implícito de todo fato jurídico "stricto sensu" (...)*. Disso se conclui que suporte fático é *plus* em relação ao fato (real) porque é este qualificado e acrescido das circunstâncias outras definidas pela norma para completá-lo. O fato *integra* o suporte fático, portanto não podem ser iguais.<sup>73</sup>

Como dito, ingressa no mundo jurídico interessa aquela conduta que sofreu incidência da norma jurídica, de modo que, *a priori*, estão excluídos aqueles comportamentos que ficam puramente no campo da moral ou do social (sem receber, portanto, o carimbo de jurídico). Assim, por exemplo, em princípio não interessa ao direito se o pai deseja “boa-noite” a seu filho antes de que este se ponha a dormir; é relação social (aquela de carinho entre pais e filhos) em que não cabe intervenção estatal (o que ocorre com as regras de boa conduta, de cortesia ou de etiqueta, em geral). Todavia, o recurso imoderado, pelo pai, ao castigo, ou a prática de ato contrário à moral, são fatos sociais que sim interessam ao Estado e ao direito, visto que aquele que incorre em tal conduta sofre a incidência do disposto no art. 1.638 do CC/02, ameaçando-se-lhe a perda do poder familiar.

Diante disso, pode-se afirmar que é a norma jurídica que incide sobre determinado fato (seleciona parte do suporte fático) para lhe tornar jurídico. Esquemáticamente<sup>74</sup>:



Donde se infere: há vários meios de conformação de condutas, constituindo o direito apenas um deles, que tem a marca distintiva na possibilidade de impor sanções (conformação social coercitiva), o que decorre da soberania do Estado, que

<sup>73</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100.

<sup>74</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência...*, p. 189.

detém o monopólio da força e da jurisdição<sup>75</sup>. Dita a norma jurídica o que e como se regulamenta, ao recair sobre o suporte fático e jurisdicizar um dado fato.

O fato jurídico é visto conforme os elementos nucleares do suporte fático, que são aqueles que fazem justamente com que ele exista. Conforme Marcos Bernardes de Mello,

é preciso ter em vista que há fatos que, por serem considerados pela norma jurídica essenciais à sua incidência e conseqüente criação do fato jurídico, constituem-se nos *elementos nucleares do suporte fático* ou, simplesmente, no seu núcleo.<sup>76</sup>

Daí que nesse elemento nuclear (mais propriamente, no cerne<sup>77</sup>) consiste a classificação dos fatos jurídicos, conforme esteja presente, ou não, um “ato humano volitivo no suporte fático tal como descrito hipoteticamente na norma”<sup>78</sup>. Assim, desponta a clássica classificação dos fatos jurídicos, a qual se esquematiza abaixo:

A) Fato Jurídico Lato Sensu:

- a) Fato Jurídico *stricto sensu*;
- b) Ato-fato jurídico;
- c) Ato jurídico *lato sensu*
  - c.1) Ato jurídico *stricto sensu*
  - c.2) Negócio jurídico

<sup>75</sup> Não se pode dizer que a sanção posta pelo direito é a “melhor” por ser mais coativa, eis que dispõe de tal faculdade de utilizar-se da força física. Veja-se, como aludido acima, a coação exercida pelas regras de boa conduta. Se, por exemplo, um sujeito marca uma partida de futebol com seus colegas e não comparece, por irresponsabilidade, frustrando o certame, com boa probabilidade sofrerá abalo psicológico pelo prejuízo às suas interações sociais. Quer-se dizer, com o exemplo simples, que a sociedade regula-se bem em diversos setores sem a intromissão do Direito. Conforme Norberto Bobbio, a sanção social difere da jurídica por ser externa porém não institucionalizada. “Não há nenhuma dúvida de que sanções desse tipo são eficazes(...)”. De todo modo, entende o autor que seu defeito é “(...) a *ausência de proporção entre violação e resposta*.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 149-150).

<sup>76</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência...*, p. 85.

<sup>77</sup> Dois são os elementos nucleares do fato jurídico: cerne e elementos completantes. O primeiro identifica o fato jurídico, e o segundo, embora não o faça, é essencial para sua existência. Difere, portanto, de elemento complementar, que atine ao plano da validade ou eficácia do fato jurídico (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência...*, p. 85-89).

<sup>78</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência...*, p. 150.

Como dito, reside a diferença substancial entre eles na presença ou ausência, relevante ou não (e em qual medida) ao direito, do elemento volitivo. Os fatos jurídicos em sentido estrito somente dizem respeito àqueles acontecimentos independentes de qualquer conduta humana, como a morte, o nascimento, a avulsão. Os atos-fatos jurídicos surgem em virtude de condutas humanas (comissivas ou omissivas). Neles, porém, não releva o elemento volitivo (conduta humana + fato natural), como ocorre na prescrição e decadência, na ocupação, na caça e na pesca. Já no ato jurídico *lato sensu* importa a conduta humana e a consciência de sua exteriorização, dividindo-se suas subcategorias em ato jurídico *stricto sensu* (efeitos previamente definidos em lei, como estabelecer domicílio, reconhecer filho) ou negócio jurídico (poder de regulamentar, em certa medida, os efeitos das relações jurídicas advindas do ato, como ocorre nas relações contratuais)<sup>79</sup>.

Todo fato jurídico gera um efeito no mundo do direito, uma situação jurídica, a qual pode ser simples (unissubjetiva) ou complexa (intersubjetiva). As primeiras dizem respeito “apenas a uma esfera jurídica (...), sem estabelecer, como decorrência sua, um relacionamento jurídico intersubjetivo”<sup>80</sup>, como deter o estado de pessoa. Já as complexas, referem-se a esferas jurídicas alheias, podendo ser unilaterais (a oferta, que determina vinculação ou vinculabilidade, enquanto não aceita)<sup>81</sup> ou multilaterais, as quais consubstanciam relação jurídica, isto é, relacionamento entre dois sujeitos, com posições ativas e passivas relativas a direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções, as quais recaem sobre determinado objeto<sup>82</sup>.

Pondo os termos de modo mais didático, a análise do vocábulo relação jurídica, da mesma forma que se fez com “fato jurídico”, torna simples a explicação:

---

<sup>79</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência...*, p. 165, 168, 188-189, 198 e 202.

<sup>80</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência...*, p. 212.

<sup>81</sup> Note-se: “Ao se lançar, de público, a declaração unilateral de vontade, com o ato de alguém, a que nasce direito, ou ao se concluir o contrato, não se pode dizer que a relação jurídica de obrigação se inicia. Inicia-se a relação jurídica pessoal, porque a prestação pode ainda não ser exigível (= não ter nascido a obrigação.” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. t. XXII. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 13).

<sup>82</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência...*, p. 212-216.

remete à ideia de uma relação social sobre a qual incidem normas jurídicas<sup>83</sup>. Isto é, sobre determinadas tratativas existentes entre os sujeitos sociais recai (incide) a marca do jurídico<sup>84</sup>, de modo que uma relação jurídica é composta por um ou diversos fatos jurídicos, havendo interferência da esfera de direitos de um sujeito na de outros. Nesse sentido, diz Francisco Amaral:

A relação social assim regulada passa a denominar-se relação jurídica, que apresenta, portanto, dois requisitos: um, de ordem material, que é a relação social, o comportamento dos indivíduos; outro, de ordem formal, que é o seu reconhecimento pela ordem jurídica, que confere à relação social o caráter de juridicidade. Esse reconhecimento transforma a relação num vínculo jurídico que se traduz em uma situação de poder e outra de dever ou de sujeição.<sup>85</sup>

Note-se que foi a categoria de relação jurídica essencial para a formulação e amadurecimento da teoria do direito atual, sendo ela capaz de explicar quase todo o fenômeno do direito. Por forte influência do individualismo que se referiu anteriormente, neste trabalho, com a passagem da sociedade estratificada ao sujeito individual<sup>86</sup>, surgido no período pós-medieval, o sistema jurídico privilegia a relação

---

<sup>83</sup> Parece-nos, desse modo, que existem relações sociais que interessam e outras que não interessam ao direito, deixando de ser regulamentadas conforme determine o direito objetivo. Há quem afirme, contudo, que toda relação social é tutelada pelo direito (daí a onipresença do jurídico), pois sempre que não recaia norma sobre a relação, é ela permitida. Nesse sentido, ensina Dimitri Dimoulis: "(...) Quando falta previsão jurídica concreta sobre uma conduta não temos vazio jurídico. O silêncio mostra que o ordenamento jurídico permite certa conduta, pois aquilo que não é proibido por lei é permitido (art. 5º, II, da Constituição Federal)" (DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito...*, p. 237).

<sup>84</sup> "A relação jurídica, enquanto relação direito-dever, refere-se sempre a duas regras de conduta, sendo que a primeira atribui um poder, a outra atribui um dever. Que depois, efetivamente, dessas duas normas seja suficiente em regra enunciar apenas uma delas, uma vez que a atribuição de um direito a um sujeito implica sempre a atribuição de um dever a outros sujeitos, e vice-versa, não altera em nada a questão substancial, ou seja, de que direitos e dever são figuras subjetivas em que se refere a presença de uma regra, e, portanto, a relação jurídica é aquela relação que se distingue de qualquer outro tipo de relação por ser uma relação regulada por uma norma jurídica." (BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito...*, p. 34).

<sup>85</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil...*, p. 196.

<sup>86</sup> Vide Parte I, Ponto 1, do presente estudo. Este ambiente é propício à formação da categorial "relação jurídica": "A relação jurídica surge, então, como um conceito representativo da ideia de ligação entre vontades autônomas e diversas, e que por isso mesmo se coloca no centro do sistema de direito civil, numa perspectiva interindividual: a vontade do sujeito como fundamento do individualismo jurídico, e este como justificação axiológica do poder jurígeno dos particulares. Não é por outra razão que o sistema jurídico se pode definir como um sistema de relações, no sentido de serem estas a disciplina legal dos casos concretos das relações sociais" (AMARAL, Francisco. *Direito Civil...*, p. 201-202).

que se dirige de um sujeito de direitos a outro. Não por acaso, a ciência das pandectas esforçou-se para explicar o direito absoluto como aquele oponível *erga omnes*, criando a tão influente ficção jurídica do sujeito passivo universal: os direitos do indivíduo oponíveis a qualquer um. Assim, o fenômeno jurídico molda-se a esta formulação, na medida em que sempre se pode explicar o direito pelo recurso à ideia de relação jurídica<sup>87</sup>.

A relação de que se ocupa, no presente estudo, é aquela atinente à obrigação<sup>88</sup>, contraposta justamente à já citada noção de relação jurídica absoluta, própria dos direitos reais e da personalidade, já que oponíveis *erga omnes*. Costuma assinalar a doutrina, portanto, que é justamente o caráter de referir-se a outras pessoas específicas, e apenas a elas, que torna uma relação jurídica obrigacional (de caráter, portanto, relativo)<sup>89</sup>. Isto é, tem ela uma prestação a ser cumprida por pessoa determinada, e não uma pretensão dirigida contra todos (relação jurídica real, que recai sobre as coisas e possui efeitos *erga omnes*)<sup>90</sup>.

É preciso, nesse sentido, Alcides Tomasetti Jr., ao fornecer o conceito técnico de relação jurídica obrigacional:

Dentre as várias categorias de relações jurídicas (*e. g.*, reais, sucessórias, familiares) diferencia-se a relação obrigacional pelo nexa normativo (*vínculo*) que se estabelece entre o titular do crédito e o adstrito à dívida. O primeiro (credor) pode exigir do segundo (devedor), e *dele apenas*, o

<sup>87</sup> E isso ocorre mesmo naquelas situações a que Marcos Bernardes de Mello nomina de situação jurídica simples, pois detê-la, nos parece, ao fim e ao cabo, só encontra sentido enquanto houver referibilidade a outros homens. Nada adianta, por exemplo, dizer que a pessoa possui direitos da personalidade se não puder fazê-los valer em face de seus semelhantes, isto é, se não puder fazer com que sejam eles respeitados.

<sup>88</sup> “As obrigações são efeitos de fatos jurídicos; a própria obrigação *ex lege* é obrigação que supõe fato, que entre no mundo jurídico e a irradie” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. t. XXII..., p. 55).

<sup>89</sup> “Os negócios jurídicos de direito das obrigações irradiam pretensões *personais*, isto é, pretensões a que alguém possa exigir de outrem, *debitor*, que dê, faça, ou não faça, em virtude de relação jurídica só entre eles” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. t. XXII..., p. 8).

<sup>90</sup> Conforme Paulo Luiz Netto Lôbo, “Por oposição, os direitos absolutos (direito a não sofrer dano, direitos reais e direitos da personalidade) são oponíveis a todas as pessoas que estejam submetidas à ordem jurídica brasileira. Não incidem em ato positivo ou negativo determinada pessoa. Todos estão obrigados a não violar o direito absoluto de cada titular; quem violar fica obrigado, pessoalmente, cessando para ele a indeterminação” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações...*, p. 53). “Quem infringe direito absoluto fica *obrigado*, pessoalmente” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. t. XXII..., p. 11).

comportamento que solucione a dívida; por sua vez é somente o credor, e *ele apenas*, aquele a quem o devedor tem de efetuar a respectiva prestação (dar, fazer, não fazer). Quando os figurantes numa relação jurídica obrigacional estão presentes em ambos os pólos, ativo e passivo, dessa relação, são ou serão reciprocamente *credores* (sujeitos ativos; titulares de posições jurídicas subjetivas ativas) e *devedores* (sujeitos passivos; titulares de posições jurídicas subjetivas passivas) entre si. A presença de um credor, no pólo ativo, e de um devedor, no pólo passivo, bem como a existência de uma prestação – que o credor pode juridicamente exigir do devedor, ao qual toca a neessidade jurídica de prestar –, *caracteriza a relação jurídica obrigacional*.<sup>91</sup>

Também não se distancia da noção Paulo Luiz Netto Lôbo, embora traga definição mais sintética:

A relação jurídica obrigacional é a que se dá entre uma ou mais pessoas, sujeitos de direito ao crédito (credor ou credores), e uma ou mais pessoas, sujeitas ao débito correspondente de realizar determinada prestação (devedor ou devedores), em virtude de um fato jurídico lícito ou ilícito do qual promanou.<sup>92</sup>

Feito o estudo acerca da noção de relação jurídica, passa-se à análise dos elementos caracterizadores de tal no ordenamento pátrio, especialmente no que tange ao regime obrigacional.

## 2. Elementos da relação jurídica obrigacional

A expressão “Direito das Obrigações” consagra, em verdade, forma elíptica da noção de relação jurídica obrigacional<sup>93</sup>, donde, das noções acima apresentadas, percebe-se ser ela uma situação decorrente de determinado fato jurídico e relacionada a outros sujeitos de direito, direcionando-se a pessoa específica.

<sup>91</sup> TOMASETTI Jr., Alcides [et al]. *Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 5.

<sup>92</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações...*, p. 49.

<sup>93</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. Direito das Obrigações: em busca de elementos caracterizadores para compreensão do Livro I da Parte Especial do Código Civil. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (coord.). *Arte jurídica*: biblioteca científica do Programa de Pós-Graduação em Direito Civil e Processo Civil da Universidade Estadual de Londrina. Curitiba: Juruá, 2005, p. 281.

Em que pese a dificuldade de se ter um conceito unívoco acerca da abrangência do Direito das Obrigações<sup>94</sup>, é possível que daquela noção de relação jurídica sejam extraídos determinados elementos comumente verificáveis nesse tipo de situação. A doutrina, de modo ordinário, refere, assim, como elementos da relação obrigacional, a existência de (i) sujeitos (ativo e passivo), (ii) vínculo jurídico e (iii) objeto<sup>95</sup>.

São sujeitos da relação obrigacional aqueles com capacidade para negociar ou para cometer delito, conforme vier a dispor a legislação (capacidade para assumir obrigações). Em geral, representa-se a relação jurídica obrigacional clássica como aquela em que um sujeito A empresta dinheiro (contrato de mútuo) a B, de modo que este fica (ou ficará, quando surja exigibilidade) obrigado à restituição do montante, donde restam claros os pólos ativos e passivos da relação, na qual um detém exigibilidade (pretensão) e outro o dever de prestar (no caso, restituir). Vale advertir, ainda, que por ser uma relação, deve haver individualização dos sujeitos: se não determinados desde o início, ao menos determináveis<sup>96</sup>.

Destaque-se, todavia, que a preocupação do direito raramente cinge-se à mera ligação credor-devedor, visto que na maioria das relações jurídicas os sujeitos ocupam, simultaneamente, ambos os pólos da relação jurídica. São as chamadas relações jurídicas complexas<sup>97</sup>.

Já o vínculo é apontado como elemento imaterial (ou espiritual), sendo caractere necessário da relação jurídica obrigacional desde a concepção, já destacada neste trabalho<sup>98</sup>, que o vocábulo obrigação advém do latim *ob* e *ligatio*, revelando a ideia de vinculação. Ainda mais, comum o recurso às Institutas,

---

<sup>94</sup> Seguindo K. Larenz, adverte o Professor Rodrigo Xavier Leonardo que "(...) a multiplicidade do significado vital ou social das situações abrangidas pelo direito das obrigações, por si só, dificulta imensamente o trabalho de conceituação desse ramo do direito." (LEONARDO, Rodrigo Xavier. Direito das Obrigações: em busca de elementos..., p. 279).

<sup>95</sup> Neste sentido, GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil...*, p. 31. GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p. 20-21. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 13.

<sup>96</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p. 22.

<sup>97</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Direito das obrigações: em busca de elementos...*, p. 289.

<sup>98</sup> Capítulo I, Ponto 3.

relembre-se, que define: “*obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei*”.

Destaca-se que o vínculo presente ao Direito das Obrigações é aquele jurídico, e não qualquer ligação desprovida de eficácia cogente (moral, cultural, etc.). Assim, deve ele ser (ou vir a ser) provido de pretensão (exigibilidade).

Nada obstante, ainda que o direito seja mutilado de pretensão, observe-se que o ordenamento jurídico pode conferir-lhe proteção, como ocorre no caso das obrigações prescritas: mesmo que inexigível determinado crédito, a teoria do adimplemento leciona que uma vez pago o débito, está ele bem pago, tornando-se irrepitível, pois ainda que inexistente pretensão (e faculdade de ação em sentido material)<sup>99</sup>, permanece hígido o direito. É o recurso às obrigações naturais<sup>100</sup>, que se esclarece no Código Civil Português, art. 402: “A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça”<sup>101</sup>.

Ainda, faz-se referência ao elemento objetivo da obrigação, que consiste na prestação, consubstanciada em um dar, fazer (obrigações positivas) ou não fazer

---

<sup>99</sup> Conforme explica Ovídio Baptista, “Enquanto exijo, em exercício de pretensão, espero o cumprimento, mediante ato voluntário do obrigado, ainda não ajo para a satisfação, com prescindência de qualquer ato de cumprimento por parte do sujeito passivo. A partir do momento em que o devedor, premido por minha exigência, mesmo assim não cumpre a obrigação, nasce-me a ação. Já agora posso agir para a satisfação, sem contar mais com a ação voluntária do obrigado cumprindo a obrigação”. E prossegue o Professor: “Na generalidade dos casos, este agir para a realização há de ser veiculado através da ‘ação’ processual (...). Quanto mais o estado alargou, através da história, o seu campo de atividades e ampliou o monopólio da jurisdição, proibindo a realização privada do direito, tanto menor passou a ser a possibilidade de exercer-se a ação de direito material sem a invocação da proteção jurisdicional”. Por fim, também observa Ovídio Baptista que, ao contrário do que faz crer erroneamente parte da doutrina, não se substituiu a ação em sentido material pela “ação” processual: “A realização coativa do direito, com absoluta prescindência da vontade ou da colaboração do obrigado, que se consegue através da jurisdição, é rigorosamente a mesma ação de direito material, ou seja, o mesmo agir para a realização inerente a todo direito, com única diferença que, proibida a autotutela privada, a efetivação do direito se dá através da ação dos órgãos estatais” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. v. 1. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 81- 82, 84-85).

<sup>100</sup> “Note-se bem que o assunto merece um esclarecimento: há que se distinguir o vínculo jurídico dos demais vínculos sociais e, dentre os vínculos jurídicos, aqueles que engendram obrigações perfeitas (ditas obrigações civis) e as obrigações mutiladas (as obrigações naturais), utilizando-se, aqui, da terminologia de Pontes de Miranda” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Direito das Obrigações: em busca de elementos...*, p. 282).

<sup>101</sup> Segundo CC/02, torna-se irrepitível o pagamento de dívida prescrita, ou de outra obrigação ainda que desprovida de exigibilidade: “Art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível”.

(obrigações negativas), conforme vem previsto no CC/02, Livro I da Parte Especial. Mais precisamente, o objeto imediato (ou direto) da obrigação não consiste no bem da vida buscado pelo credor, como naturalmente pensa o leigo na matéria jurídica, mas na ação a ser desempenhada pelo devedor. Daí a distinção entre objeto imediato (prestação) e objeto mediato (bem da vida) da obrigação: o primeiro atinente à atividade do devedor, o segundo ao objeto da própria prestação de dar, fazer ou não fazer<sup>102</sup>.

Conforme lição de Rodrigo Xavier Lenoardo,

A identificação do objeto/conteúdo da obrigação como uma prestação é reflexo da chamada doutrina pessoalista, segundo a qual, a obrigação propiciaria o surgimento de uma relação pessoal na medida em que vincularia dois sujeitos de direito a um dever de prestar.<sup>103</sup>

Essa concepção de pessoalismo é distinta daquela revelada no princípio do Direito Romano, em que, pelo inadimplemento da obrigação, poderia o sujeito ser reduzido à condição de escravo<sup>104</sup>. Mais precisamente, era a responsabilidade que recaía sobre a pessoa do devedor, o que veda o ordenamento jurídico contemporâneo, desde a concepção de que consiste o fim último do ordenamento a proteção do ser humano (princípio da dignidade da pessoa humana). Põe bom termo

---

<sup>102</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Pablo. *Novo curso de Direito Civil...*, p. 20-21.

<sup>103</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Direito das Obrigações: em busca de elementos...*, p. 283.

<sup>104</sup> “No princípio, em razão da pessoalidade do vínculo, o devedor se achava comprometido e responsável com o próprio corpo pelo seu cumprimento, estabelecendo-se o poder do credor sobre ele (*nexum*), compatível com a redução do obrigado à escravidão (*manus iniectio*), se faltava o restage da dívida. Estas idéias eram tão naturalmente recebidas que não repugnava impor sobre o devedor insolvente um macabro concurso creditório, levando-o além do Tibre, onde se lhe tirava a vida e dividia-se o seu corpo pelos credores, o que, aliás, está na Tábua III: ‘Tertiis nundinis partis secanto; si plus minusve secuerunt se fraude esto’” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 10). Ainda mais enfático é Washington de Barros Monteiro: “(...) A *obligatio* primitiva caracterizava-se como direito de garantia sobre a pessoa física do obrigado. A soma por este devida constituía o preço do resgate. Se o credor não era pago num determinado prazo, assistia-lhe o direito de recorrer a um processo executivo extremamente violento, exercido contra a própria pessoa do devedor. A obrigação implicava, assim, primitivamente, sujeição deste à vingança sobre o seu corpo, em detrimento da própria liberdade, quicá mesmo da vida.” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil...*, p. 6).

à questão a regra do art. 391 do Código Civil, segundo a qual “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”<sup>105</sup>.

Contrapõe-se a essa noção pessoalista a patrimonialista, segundo a qual a relação jurídica, em virtude da responsabilidade ser patrimonial, dar-se-ia, em verdade, entre patrimônios, e não entre pessoas, a qual teve como principal adepto e defensor da noção Eugène Gaudemet<sup>106</sup>. Conforme explicam Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería,

Os partidários desta concepção procuravam no objeto da obrigação aquilo que efetivamente satisfazia a pretensão do credor e acabaram por identificá-lo com os bens compreendidos no patrimônio do devedor, porque, ainda que este último não cumprisse espontaneamente a prestação, os seus bens proporcionariam ao credor o resultado útil equivalente àquele que esperava obter com a obrigação. Afirmando, nesse sentido, que a obrigação, na sua essência, não traduz débito, mas responsabilidade do devedor decorrente do descumprimento do débito.<sup>107</sup>

Por ser centrada no momento patológico da relação, merece ela rechaço dos juristas na atualidade. Conforme Rodrigo Xavier Leonardo, seguindo Massimo Bianca,

(...) o conjunto de teorias, genericamente chamadas objetivistas ou patrimonialistas, tendencialmente procurariam ressaltar, no direito das obrigações, a posição do poder do credor em detrimento da posição de dever do devedor (...).

<sup>105</sup> Um tanto tímido o dispositivo, é verdade, pois bem poderia ter colocado que respondem “somente” os bens do devedor. Alguém mais “pessimista” poderia, até mesmo, defender a infelicidade do dispositivo: “No que concerne à redação do art. 391 do CC, é preciso um esclarecimento importante. Isso porque prevê o dispositivo que ‘Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor’ (destacamos). Ora, o dispositivo prevê expressamente a responsabilidade integral de todos os bens do devedor. Entretanto, como é notório, existem alguns alguns bens do devedor que estão protegidos, particularmente aqueles reconhecidos como impenhoráveis. Melhor é, portanto, a redação do art. 591 do CPC, pela qual ‘O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei’” (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Obrigações e responsabilidade civil*. 4ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 35).

<sup>106</sup> A referência é feita por LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Direito das obrigações: em busca de elementos...*, p. 284.

<sup>107</sup> KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo. FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre direito civil*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 271.

Massimo Bianca, todavia, esclarece que o *poder* ao qual referem os defensores das teorias patrimonialistas apenas diz respeito a um momento *patológico* da relação jurídica obrigacional enquanto *remédios contra o inadimplemento* (...).

Além disso, impende destacar a doutrina de Washington de Barros Monteiro, que rebate a tese de Eugène Gaudemet ao asseverar que o ordenamento jurídico sempre tem por norte o ser humano, não a coisa em si:

Deve ser arredada essa teoria, que faz abstração da personalidade do credor e do devedor. Como advertem Planiol-Ripert, a idéia que procura encerrar a obrigação num vínculo entre dois patrimônios implica manifesto exagêro da abstração jurídica. Cumpre não perder de vista que o direito disciplina relações humanas, relações do homem entre si, não relações entre coisas, singulares ou coletivas.

Em posição mais atualizada, a homenagear também o ideário da constitucionalização do Direito Civil, refuta-se aquela tese com a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo:

A relação jurídica obrigacional não é uma relação entre patrimônios, como também não é uma relação entre interesses, mas entre pessoas com todas as suas vicissitudes concretas e existenciais, que o direito não pode desconsiderar.<sup>108</sup>

Parece-claro, assim, que o ordenamento jurídico vigente, inclusive no plano da realização forçada da prestação, que se dá por meio do processo civil (visto que o titular do direito não detém ação em sentido material, conforme a elucidativa lição de Ovídio Baptista acima reproduzida na nota 99), tem em vista sempre o agir (ou não agir) do devedor, e só subsidiariamente, se impossível o cumprimento natural, converte-se a execução em pecuniária<sup>109</sup>. Com acerto a crítica, portanto, pois que é

<sup>108</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações...*, p. 52.

<sup>109</sup> É o princípio da primazia da tutela específica, encartado nos artigos 461, §1º (obrigações de fazer e não fazer) e 461-A, §3º (obrigações de dar), do CPC. Conforme Fredie Didier *et ali*, "(...) o credor tem o direito de exigir o cumprimento específico da obrigação de fazer, não-fazer e dar coisa. Há a primazia da tutela específica. Apenas se o credor não a quiser, ou se o cumprimento específico for impossível, a tutela do equivalente em dinheiro (perdas e danos) será concedida" (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito*

muito mais uma questão pragmática a execução por equivalente pecuniário do que propriamente uma decorrência da fisiologia da relação obrigacional. Esta, repita-se a passagem supra colacionada, tem em vista as “pessoas com todas as suas vicissitudes”.

Com isso quer-se dizer que tratar as obrigações como relação patrimônio-patrimônio é desconsiderar aquelas todas que se cumprem espontaneamente, dando só valor ao momento litigioso e ignorando seu elemento-cerne, que é o humano.

Diante dessas constatações, não se deixa de questionar: necessita a relação jurídica obrigacional de um caráter patrimonial, ou pode ela referir-se a qualquer interesse digno de tutela pelo ordenamento jurídico? O título infra transcrito antecipará a posição adotada no presente trabalho, a qual se busca explicar com maior detalhamento.

### **3. A patrimonialidade da prestação**

Como dito alhures, nada no ordenamento jurídico há que diga, expressamente, requererem as relações jurídicas obrigacionais algum elemento patrimonial em sua constituição ou nos elementos que a compõem<sup>110</sup>, muito embora seja comum a doutrina, quase sempre que a define, apontar tal requisito como necessário<sup>111</sup>. Porém, diante da omissão legislativa, e em homenagem à autonomia privada, não seria legítimo submeter qualquer interesse jurídico lícito à batuta do direito obrigacional? Há, poder-se-ia dizer, diversas obrigações que não revertem qualquer conteúdo econômico para os sujeitos da relação. Por exemplo, se dois sujeitos comprometem-se a não fazer algazarra das 22 horas de um dia às 6 horas

---

*Processual Civil*: execução. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 53).

<sup>110</sup> A princípio, basta a licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto, a teor do art. 104, II, do CC vigente. Para Pontes de Miranda, assim, “Se a prestação é lícita, não se pode dizer que não há obrigação (= não se irradiou) se a prestação não é suscetível de valoração.” (PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. t. XXII..., p. 41).

<sup>111</sup> Basta que lembremos a consagrada formulação de Enzo Roppo, para quem “(...) o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas” (ROPPO, Enzo. *O contrato...*, p. 11).

do outro, ninguém duvida que ficam jungidos a obrigação de não fazer, porém sem nenhum caráter, aparentemente, econômico.

Veja-se que a matéria é, sim, passível de ser tratada em legislação<sup>112</sup>, e o recurso ao direito comparado, em primeira análise, pouco ajuda no deslinde da questão em relação à tutela conferida pelo ordenamento pátrio. Basta observar-se que enquanto o direito português não exige elemento patrimonial<sup>113</sup> para caracterizar um dever jurídico como subsumido ao regime obrigacional, é peremptório o Código Civil italiano em estabelecer que a prestação de uma determinada obrigação reclama caráter mensurável em pecúnia. Veja-se.

Dispõe o Código Civil Português<sup>114</sup>:

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

Já no diploma italiano a tratativa é diametralmente oposta:

Art. 1.174. Caráter patrimonial da prestação. A prestação que forma objeto da obrigação deve ser suscetível de valoração econômica e deve corresponder a um interesse, ainda que não patrimonial, do credor.

---

<sup>112</sup> Apesar de tal possibilidade, talvez seja mesmo mais adequado que o legislador afaste-se da conceituação, visto que assim se permite a definição doutrinária e jurisprudencial, com a conseqüente constante renovação e readaptação dos institutos. Lembre-se o brocardo jurídico segundo o qual “*omnis definitio in jure civile periculosa est*” (D. 50.17.202).

<sup>113</sup> Também aponta Sílvio de Salvo Venosa que o Código Civil japonês dispensa requisito patrimonial (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 20). Apesar da elevada erudição da lembrança, não nos atemos ao estudo de tal sistema, por entendermos demasiado afastado de nosso ordenamento jurídico. É suficiente, pensamos, a discussão travada entre ordenamento português e italiano. De toda sorte, fica a referência ao leitor mais entusiasmado.

<sup>114</sup> Natural, com o dispositivo, que os portugueses sejam pela não observância do requisito da patrimonialidade da obrigação. É o que se verifica em: COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções fundamentais de direito civil*. 4ª ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2001, p. 152-155; FARIA, Jorge Leite de Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações: apontamentos das lições proferidas na Universidade Católica – Porto*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2001, p. 101-103; PEREIRA, Manuel de Souza Domingues das Neves. *Introdução ao direito e às obrigações*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 51; TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*. 6ª ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 1989, p. 10-11.

Assim, a seguir a diretriz traçada pela legislação portuguesa, e aliando-se a uma leitura equivocada da propagada doutrina da despatrimonialização, em nome da dignidade de pessoa humana, poderia soar sedutora a teoria, mormente pelo argumento de que não se poderia deixar de fora a proteção de uma “obrigação”, ainda que não assuma caráter patrimonial. Aliás, parte dos juristas só fez concessão à necessidade da patrimonialidade como requisito da prestação em homenagem à indenizabilidade, isto é, ao recurso ao patrimônio quando inobservado o dever contratual ou legal. Conforme lição de Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería,

São juristas que afirmam que o significado da “patrimonialidade” das relações obrigacionais é tão-somente o fato de o seu descumprimento só poder produzir efeitos pecuniários. Trata-se de uma indicação do já referido processo histórico que, iniciado no direito romano, hoje generalizou entre as nações civilizadas a vedação a que os efeitos do inadimplemento obrigacional possam recair sobre a pessoa do devedor.

Dentre nós, a perspectiva não patrimonial, ainda que minoritária, é defendida por juristas de escol, como Fernando Noronha, que refere novos meios de reparação pelo descumprimento obrigacional, como nos casos em que se gera dano moral e que podem ser reparados não por indenização pecuniária. A exemplo, a publicação de sentença no desagravo da honra em calúnia, injúria ou difamação, bem como a hipótese de divulgação em imprensa do autor verdadeiro de obra não identificada<sup>115</sup>. Na opinião do Professor,

A verdadeira questão está sempre em discriminar interesses dignos de tutela e interesses não dignos. Se um interesse for socialmente sentido como digno de tutela, não é o fato de as obrigações normalmente dizerem respeito a necessidades econômicas que impedirá a aplicação das respectivas normas para atender a necessidades afetivas e outras, mesmo quando não exista uma contraprestação, nem se tenha fixado uma cláusula penal. Inversamente, se o interesse não for digno de tutela, não será a existência de contraprestação ou de cláusula penal que dará juridicidade à obrigação. Assim, não terá juridicidade o contrato estabelecendo uma mera obrigação de cumprimentar, ainda que tenha uma contrapartida fixada em

---

<sup>115</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações...*, p. 44.

dinheiro. O simples estabelecimento de um equivalente pecuniário, ou a fixação de uma cláusula penal, não dignificam um interesse.<sup>116</sup>

Também Antunes Varela, autor português, mas que na passagem estuda o direito brasileiro vigente à época (1977, portanto, com o CC/16, que não se diferencia do atual, neste ponto), opina pela dispensa do requisito. Assim são suas ponderações:

(...) nenhuma razão subsiste para que não sejam consideradas válidas as obrigações cujo objeto seja uma prestação que, embora não possua valor pecuniário, corresponda a um interesse (ideal, moral, afetivo) do credor digno de proteção jurídica.

É a lição que, de algum modo, pode extrair-se, por analogia, do disposto no artigo 1.180 (cfr. Art. 550 do Projeto) e que algum apoio encontra ainda no artigo 76.

O artigo 1.180 considera válidos os encargos de doação estabelecidos em benefício do *doador*, de terceiro ou do *interesse geral*, sem qualquer discriminação fundada no seu conteúdo. E os encargos em proveito do doador ou do interesse geral podem revestir natureza não patrimonial. Se a lei reconhece a sua validade, quando anexados ou justapostos a uma liberalidade, por igual razão deve considerar dignas da tutela do Direito (da tutela que for possível) as prestações de natureza análoga, a cuja realização alguém se obrigue autonomamente.

Por outro lado, se o interesse moral (do próprio ou de sua família) basta, nos termos do art. 76, para legitimar a intervenção da pessoa em juízo, também deve, em princípio, reputar-se suficiente para fundamentar a criação do vínculo obrigacional.<sup>117</sup>

Os excertos acima reproduzidos bem resumem a opinião daqueles que adotam a tese da desnecessidade de patrimonialidade nas obrigações, que se sustenta em, basicamente, dois argumentos: i) qualquer interesse digno de tutela deve receber respaldo do ordenamento jurídico; ii) o momento da realização forçada da obrigação, por vezes, responsabiliza o devedor de maneira não apenas pecuniária, como quando o obriga ao pedido público de retratação, publicando sentença no desagravo da honra nos casos de calúnia, injúria e difamação.

---

<sup>116</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações...*, p. 45.

<sup>117</sup> VARELA, Antunes. *Direito das Obrigações: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 93-94.

Aliás, para dar sustentação ao primeiro argumento, costumava-se, como ainda costuma-se, invocar o art. 76 do Código Civil de 1916, segundo o qual “Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral”, exatamente na forma da remissão feita por Antunes Varela, como visto.

Não se duvida do acerto do disposto no art. 76 do antigo Código Civil, visto que correto o posicionamento no sentido de que se o interesse é digno de tutela não pode ser desconsiderado pelo direito, merecendo correspondente tutela processual (ideal assentado, inclusive, no direito constitucional de ação). O que está incorreto é asseverar que ele necessariamente deva estar submetido ao regime do Direito Civil obrigacional, o qual é pensado segundo uma lógica mais mercadológica.

É dizer: transportar qualquer “interesse digno de tutela” à batuta do direito obrigacional não implica homenagear sua dignidade, mas sim reduzi-lo a uma tratativa voltada para tratar de questões majoritariamente econômicas.

Note-se, o ordenamento jurídico possui diversos tipos de deveres e direitos: o dever jurídico, o estado de sujeição, o ônus jurídico, os direitos-deveres, as obrigações em sentido técnico<sup>118</sup>. É aí que o jurista deve buscar encaixar cada interesse digno de tutela, pois que o regime obrigacional possui instrumentos próprios à tutela de prestações pecuniárias.

Não se pode, assim, submeter, por exemplo, a lógica do Direito de Família àquela do das Obrigações. Cada qual, ainda que compartilhe de normas gerais comuns, tem disciplina jurídica própria. Por isso, em sentido técnico, não se pode falar que os deveres conjugais configuram obrigações. Tratar dessa maneira seria desvirtuar institutos do Direito de Família.

Dois exemplos de jurisprudência citados por Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería, embora já um tanto antigos, representam bem o tipo de inadequação que o regime obrigacional acarreta para a tratativa de relações jurídicas que dizem diretamente com o afeto (é a implementação da chamada “teoria do débito conjugal”, ou “*debitum conjugale*”). Veja-se:

---

<sup>118</sup> A explicação detalhada consta de VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 51-64. Analisaremos-la, também, na próxima parte (Capítulo III, Ponto I).

LIMITES DO DEBITO CONJUGAL. ONUS DA PROVA. O COITO ANAL, EMBORA INSERIDO DENTRO DA MECANICA SEXUAL, NAO INTEGRA O DEBITO CONJUGAL, PORQUE ESTE SE DESTINA A PROCRICAO. A MULHER SOMENTE ESTA SUJEITA A COPULA VAGINICA E NAO A OUTRAS FORMAS DE SATISFACAO SEXUAL, QUE VIOLENTEM SUA INTEGRIDADE FISICA E SEUS PRINCIPIOS MORAIS. A MULHER QUE ACUSOU O MARIDO DE ASSEDIO SEXUAL NO SENTIDO DE QUE CEDESSE A PRATICA DA SODOMIA, E NAO DEMONSTROU O ALEGADO, RECONHECIDAMENTE DE DIFICIL COMPROVACAO, ASSUME OS ONUS DA ACUSACAO QUE FEZ SEM NADA PROVAR. A PROVA, NOS TERMOS DO ARTIGO 333, INC-I, DO CPC, INCUMBE A QUEM ALEGA. PROCEDENCIA DA RECONVENCAO OFERECIDA PELO VARAO. (TJRS, Ap. 595116724, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 07/03/1996).

Ação de anulação de casamento. Procedência. Mulher que tem aversão ao ato sexual. Negando-se, terminantemente, ao “debitum conjugale”. Descumprimento de dever de vida em comum (coabitação). Existência de causa inibitória para o congresso sexual, por motivos de ordem psicológica diagnosticados na requerida. Prova pericial demonstradora da anomalia. Estando provada a reiterada recusa da mulher ao ato sexual com seu marido anula-se o casamento, porque, em tais condições, este não chegou a consumir-se. O dever de vida em comum dos esposos no domicílio conjugal, previsto no art. 231 do Código Civil, exige comunhão total, notadamente de natureza íntima, e, uma vez inviabilizada essa comunhão, por falta de cumprimento do “debitum conjugale”, fica caracterizada a nulidade do casamento realizado. Reexame necessário improvido. Segredo de justiça. Decisão unânime. Negaram provimento. (TJPR, Ac. 11033, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Nasser de Mello, j. 10.4.1995).

Não se quer, com a tese aqui defendida, dizer que são ilegítimas as causas de anulação de casamento arroladas no diploma civil, questões que dizem respeito à sociedade, ao legislador e ao estudioso de tal área. O que se afirma é que as relação de família não têm o sinalagma proporcional da relação crédito-débito. Isto é, pode-se falar em deveres conjugais, mas não em créditos ou débitos de afeto.

Por isso é que está correta, defende-se aqui, a doutrina que exige a patrimonialidade da prestação da relação jurídica obrigacional: cada dever jurídico tem seu lugar no ordenamento. Conforme Francesco Messineo, que utiliza os vocábulos italianos *obbligazione* (obrigação) e *obbligo* (dever) para fazer a distinção entre uma e outra situação,

(...) debe aclararse que, a la inversa, puede haber obligaciones (obblighi), que no son obligaciones (obbligazioni), por la razón de que tienen contenido no-patrimonial: tales son las obligaciones (o deberes) de derecho familiar y las obligaciones no-patrimoniales que incumben al componente de persona jurídica, o al propietario (...), además de, em general, la obligación del

respeto de los derechos subjetivos ajenos (sujección a análoga norma jurídica) (...).<sup>119</sup>

A posição é majoritária na doutrina alienígena e brasileira, sendo também seguida por, por exemplo, Luiz Diéz-Picazo e Antonio Gullón<sup>120</sup>, Umberto Breccia<sup>121</sup>, Francesco Messineo<sup>122</sup>, Rodrigo Xavier Leonardo<sup>123</sup>, Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano<sup>124</sup>, Caio Mário da Silva Pereira<sup>125</sup> e Orlando Gomes<sup>126</sup>.

Disse-se acima que havia dois motivos para sustentar-se a desnecessidade da patrimonialidade da obrigação: que qualquer interesse digno de tutela deve receber normativa jurídica; que existem formas não econômicas de responsabilidade. Quanto à primeira, entende-se já respondida. Analise-se, agora, a segunda.

Ora bem, se o momento patológico da relação obrigacional (responsabilidade, em regra, patrimonial), não pode dar o tom da obrigação em favor da patrimonialidade, também não o pode fazer em sentido diametralmente oposto. Isto é: correta a assertiva no sentido de que o fato de a responsabilidade recair sobre o patrimônio não torna, só por si, patrimonial a obrigacional. Deste modo, também não se pode dizer que outras formas de responsabilização (como a publicação em imprensa do autor de obra plagiada) outorgam caráter não patrimonial à prestação. A questão, como esclarecido acima, diz muito mais com o direito processual civil, no sentido da imposição coercitiva do dever assumido

<sup>119</sup> MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial...*, p. 10. Tradução livre: “(...) deve-se esclarecer que, por outro lado, podem existir deveres (*obblighi*) que não são obrigações (*obbligazioni*), pelo razão de que têm conteúdo não-patrimonial: tais são as obrigações (ou deveres) de direito de família e as obrigações não-patrimoniais que incumbem ao componente de pessoa jurídica, ou ao proprietário (...), além de, em geral, a obrigação de respeito aos direitos subjetivos alheios (sujeição a análoga norma jurídica) (...)”.

<sup>120</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil...*, p. 122

<sup>121</sup> BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni...*, p. 1

<sup>122</sup> MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial...*, p. 3-4.

<sup>123</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Direito das obrigações: em busca de elementos caracterizadores...*, p. 286.

<sup>124</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil...*, p. 32-33.

<sup>125</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Teoria geral das obrigações...*, p. 13.

<sup>126</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações...*, p. 23-25.

(processo de execução). O que importa é que pelas características fixadas em lei, a relação crédito-débito rege-se pela lógica de mercado, pela lógica da pecúnia.

Vale reproduzir as teses apresentadas na lição do Professor César Fiuza, autor que é bastante sintético na análise do tema, mas apresenta argumentos valiosos. Veja-se:

Ora, se toda prestação pode ser adimplida, mesmo aquelas morais, sendo-lhes dado valor em dinheiro, é sinal de que têm fundo econômico, equivalente patrimonial. Evidentemente que quando a Constituição Federal (art. 5º, V) ou o Código Civil (art. 186) dizem serem indenizáveis todos os danos causados por uma pessoa à outra, mesmo os puramente morais, não está preconizando não existirem obrigações cuja fonte não seja econômica. Sem dúvida alguma, é totalmente diferente o dano advindo de acidente de trânsito daquele oriundo de calúnia ou difamação. Este tem origem não econômica, não se discute. Mas, uma vez que seja indenizável, adquire caráter patrimonial. Caso contrário, nem se poderia falar em compensação de danos morais.

Em minha opinião, pois, é impossível o conteúdo da prestação ser meramente moral. Moral pode ser a obrigação ou mesmo sua fonte, como o dano moral, mas a prestação, seu objeto, será obrigatoriamente patrimonial ou, quando nada, conversível em dinheiro. Em outras palavras, o interesse pode ser moral, mas não a prestação.<sup>127</sup>

Compartilha-se, por derradeiro, das conclusões esposadas por Carlos Nelson Konder e Pablo Rentería:

(...) 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. 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 específica, diferente daquela conferida às obrigações.<sup>128</sup>

É dizer: as relações patrimoniais merecem adequada tutela do ordenamento jurídico, especialmente quando tocam parcela de mínimo existencial. Nada obstante,

<sup>127</sup> FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 252.

<sup>128</sup> KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais..., p. 297.

dar tratamento jurídico idêntico a deveres não patrimoniais implica reduzir aqueles a um tratamento inadequado, e não valorizar todo e qualquer interesse digno de tutela. Por isso, entende-se essencial o requisito patrimonial de uma prestação para que se configure subsumida ao Livro I da Parte Especial do Código Civil de 2002.

Haveria, ainda, uma terceira objeção que comumente aparece na doutrina: a existência de certas obrigações que manifestamente demonstram inexistência de interesse patrimonial, com quando se estipula doação com encargo, no interesse social ou do doador. Aqui, não necessitaria a contraprestação de elemento valorado em pecúnia, na forma defendida por Antunes Varela (nota 118, acima). Veja-se, contudo, com o devido respeito ao insigne professor, que não é o entendimento mais adequado.

#### **4. Interesse e patrimonialidade**

Urge, dessarte, assinalar que o interesse do credor/devedor pode ser patrimonial ou não, pouco importando ao direito se buscam eles recompensas patrimoniais ou não, até porque na maior parte das vezes é difícil, se não impossível, saber o que se passa na mente dos negociantes<sup>129</sup>. Assim, por exemplo, o vizinho que contrata com o outro, por exemplo, obrigação de não fazer barulho após as 20 horas, tem, à primeira vista, interesse apenas de obter sossego. Todavia, se inobservado o não fazer, e impossibilitada a tutela específica, caberá indenização pecuniária, ou mesmo execução de cláusula penal eventualmente estipulada, o que, de forma transparente, subsume-se ao regime jurídico obrigacional. Do mesmo

---

<sup>129</sup> Note-se que o direito tem se esforçado por eliminar requisitos subjetivos dos fatos jurídicos, como ocorre, no direito civil, pela atribuição de responsabilidade objetiva e pela verificação da boa-fé também na modalidade objetiva. Parece bastante representativo que seja esse um objetivo geral do ordenamento jurídico (e não só do Direito Civil) o fato de o próprio direito criminal, ao qual o imperativo de dolo (intenção) é tão caro, balizar-se por critérios objetivos de imputação. Assim, “Através da moderna teoria da imputação, o tipo objetivo aumenta em importância também em relação àquilo que lhe conferia a tese finalista, e isto à custa do tipo subjetivo. É verdade que o posicionamento do dolo no tipo subjetivo é plenamente compatível com a teoria da imputação objetiva. Mas a concepção de ação típica é bem diferente. Enquanto os finalistas consideram a ação de matar unicamente o direcionamento consciente do curso causal no sentido da morte, de acordo com a concepção aqui defendida, toda causação objetivamente imputável de uma morte será uma ação de matar, e isto também quando ela não for dolosa” (ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 115-116).

modo, se o doador estabelece encargo ao donatário, de que este destine a doação, por exemplo, para fins altruísticos, como a exposição ao público de uma obra de arte, também aqui haverá regime obrigacional, pois o que importa é que haverá trânsito de riquezas a depender da observância do encargo.

Pontes de Miranda é peremptório:

Qualquer interesse, ainda não patrimonial, pode ser o do credor. Tanto a prestação pode interessar ao credor quanto a outrem, sendo indireto o interesse do credor. O interesse de beneficência, altruístico, ou de caridade, é interesse como qualquer outro. Se o interesse é moral, à infração do dever corresponde à indenizabilidade do dano moral.<sup>130</sup>

Também é bastante elucidativo Alcides Tomasetti Jr. ao aludir à necessidade de trânsito pecuniário, pelo que afastada a tese de que o encargo sem mensuração patrimonial tolhe o caráter de patrimonialidade da prestação da relação jurídica obrigacional:

A noção de operação econômica assenta em critérios integralmente objetivos. Trata-se de um simples fato de movimentação de produtos e serviços, existentes ou ainda não existentes no mercado, de um patrimônio a outro, *independentemente* da intenção de perseguirem ou não os seus agentes o lucro ou algum outro intento especulativo.

(...) o fenômeno da circulação da riqueza vem qualificado pela *troca econômica* que pressupõe o intercâmbio de bens dotados objetiva ou subjetivamente de valores econômicos equivalentes. Mas pode haver, e comumente há, circulação de riqueza sem que se verifique a transferência com correspectivo. Existem *atos gratuitos* que configuram operações econômicas, e não é por outra razão que o comodato e a doação também são contratos: pelo intermédio deles a riqueza circula, mas sem retribuição.<sup>131</sup>

De outra banda, não é pela fixação de uma cláusula penal que qualquer dever jurídico verte-se em obrigacional<sup>132</sup>, visto que em certos âmbitos a consciência

<sup>130</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. t. XXII..., p. 14.

<sup>131</sup> TOMASETTI Jr., Alcides *et ali*. *Comentários à Lei de Locações de Imóveis Urbanos...*, p. 7.

<sup>132</sup> Entende-se equivocada, assim, a posição exarada pelo que Ribeiro de Faria chama de doutrina tradicional, a qual "assentava, pois, na patrimonialidade da prestação. E fazia assim porque raciocinava desta sorte: de uma prestação não patrimonial só podem resultar danos morais do credor;

social repudia a mercantilização, como no caso da maioria dos deveres conjugais. Assim, conforme lição elucidativa de Pietro Perlingieri,

Uma prestação é patrimonial quando a consciência comum de uma dada coletividade, em um dado momento histórico, 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.<sup>133</sup>

Portanto, pouco importa perquirir qual seja o interesse do credor no âmbito de determinada relação obrigacional, se possui caráter patrimonial ou não, ponto que a prestação o tenha, na forma do art. 1.174 do Código Civil Italiano, como se afirmou em tópico anterior, havendo circulação de riquezas.

---

os danos morais são irressarcíveis; logo: uma obrigação de objecto não patrimonial será, de sua natureza, incoercível. Ora isso, dizia-se, não pode ser. A menos que, ajuntava-se, se tivesse garantido o não cumprimento de uma prestação nessas condições, v. g. com cláusula penal: se tu não tocares piano, infringindo a obrigação assumida de o não fazer, pagas 100” (FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações...*, p. 95).

<sup>133</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 1997, p. 224, *apud* KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais..., p. 288.

## CAPÍTULO III

### SITUAÇÕES JURÍDICAS PATRIMONIAIS E EXISTENCIAIS

#### 1. Os deveres do ordenamento jurídico

Diversos são os deveres que compõem o ordenamento jurídico. Sabe-se que, no cotidiano, informalmente, podem ser usados os termos obrigações, deveres e até mesmo ônus indistintamente. Isto é, no direito brasileiro, em diversas passagens da legislação dá-se margem à ideia de que o cidadão possui alguma “obrigação” imposta pela lei. No caso do Livro da Parte Especial do CC, por exemplo, tem-se a noção geral de que aquele que tem perante outrem uma dívida fica adstrito a pagá-la. É comum também o dizer-se que o sujeito possui obrigações quando a lei lhe imponha qualquer conduta. É o caso, *v. g.*, dos deveres relativos aos Direitos das Coisas, às condutas atribuídas aos cônjuges, às obrigações tributárias, etc<sup>134</sup>. Quando sem preocupação técnica, não há qualquer problema em referir-se a tais fatos como obrigações. Em sentido científico, porém, a distinção é necessária<sup>135</sup>, pois a cada qual há um específico regime jurídico.

Caio Mário da Silva Pereira leciona que

O ordenamento social é referido de deveres: do cidadão para com a sua pátria, na órbita da política; do indivíduo para com o grupo, na ordem social; de um para com os outros, dentro do organismo familiar; de uma pessoa com outra pessoa, na vida civil. Não importa onde esteja, o homem acha-se

---

<sup>134</sup> Conforme Antunes Varela, “Diz-se que o inquilino é *obrigado* a pagar a renda, com se afirma que todos têm *obrigação* de respeitar a propriedade alheia, que o *mandatário* é obrigado a aceitar a revogação do mandato, que o réu é *obrigado* a contestar os factos articulados pelo autor, ou que as partes são *obrigadas* a reduzir a compra a escritura pública, se ela tiver por objecto coisa imóvel; como se diz ainda que temos *obrigação* de pagar os impostos lançados pelo estado e antigamente se dizia tínhamos obrigação de cumprir o serviço militar” (VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral...*, p. 51).

<sup>135</sup> “Na linguagem vulgar, empregam-se um por outros os termos “crédito” e “pretensão”, “dívida” e “obrigação”, mas o jurista, se quer escapar a erros graves, só os pode usar com a precisão que se há de esperar a toda investigação científica. Inclusive para poder interpretar as leis, ou os decretos, nem sempre feitos por gente técnica.” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. t. XXII..., p. 16).

rodeado de experiências, das quais lhe resultam situações que traduzem imposições, deveres ou obrigações. Algumas não chegam mesmo a penetrar os limites do jurídico, permanecendo, como deveres morais, espirituais ou de cortesia; outras adentram a órbita do direito e assumem ora o sentido positivo de compromisso de natureza patrimonial, ora negativa de respeito aos bens jurídicos alheios, atinentes a sua integridade física, moral ou econômica. Falando de tais deveres, não destoamos da boa linguagem por apelidá-los de obrigações. Mas não é nesta acepção que aqui pretende-se fixar um conceito.<sup>136</sup>

No âmbito do estritamente jurídico, as matérias tratadas pelo ordenamento como “deveres” ou “obrigações” não necessariamente possuem regime jurídico idêntico ou semelhante, e a noção geral de que todas as obrigações impostas pelo direito impõem o mesmo tipo de conduta em face do tutelado pela norma é acepção leiga que deve ser superada. É que, como ensina Antunes Varela, “nestas frases do cotidiano confundem-se *figuras* muito diferentes uma das outras, na sua expressão vinculativa, que à ciência jurídica cumpre distinguir”<sup>137</sup>. O autor vai diferenciar, deste modo, as seguintes categorias:

- Dever jurídico: “é a necessidade imposta pelo direito (objectivo) a uma pessoa de observar determinado comportamento”<sup>138</sup>. Esse dever pode surgir de um comando Estatal, derivado de um interesse coletivo, ou de um acordo individual, a que corresponde a situação de direito subjetivo.
- Estado de sujeição: é a situação oposta a um direito potestativo, em que “a contraparte está apenas *sujeita*, quer queira, quer não a que determinados efeitos (a constituição, modificação ou extinção de um direito) se produzam em sua esfera jurídica, por simples vontade da outra pessoa”<sup>139</sup>. Como no dever jurídico, “(...) o sujeito seria absolutamente impedido de pautar sua conduta segundo sua vontade, sendo esta uma autêntica privação jurídica, vez que ligada a uma sanção jurídica”<sup>140</sup>.

<sup>136</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil...*, p. 3.

<sup>137</sup> VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral...*, p. 51.

<sup>138</sup> VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral...*, p. 52.

<sup>139</sup> VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral...*, p. 56.

<sup>140</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 59.

- Ônus jurídico: trata-se de uma conduta a que se faculta à parte proceder ou não. Uma vez assumida, proporciona-se uma situação vantajosa ao sujeito<sup>141</sup>. Deste modo, “Para o descumprimento de um ônus não existe qualquer sanção, pelo menos no sentido jurídico imputado à expressão sanção. O descumpridor de um ônus submete-se a uma desvantagem”<sup>142</sup>.
- Direitos-deveres (poderes funcionais): “são direitos conferidos no interesse, não do titular ou não apenas do titular, mas também de outra ou outras pessoas e que só são legitimamente exercidos quando se mantenham fiéis à função a que se encontram adstritos”<sup>143</sup>. V. g., direitos dos cônjuges, poder parental, tutela e curatela.

Assim, pode-se dizer que há um posicionamento doutrinário demonstrando “(...) em grau crescente, a liberdade de o indivíduo agir segundo vontade própria, o que se realiza em quatro níveis: deveres, obrigações, ônus e faculdades”<sup>144</sup>. Nada obstante, é preciso destacar a diferença entre os dois primeiros e os dois últimos:

A posição jurídica do sujeito que age na relação processual a partir de um ônus (como na produção de uma prova) é uma posição subjetiva ativa. A posição jurídica do sujeito que age, ou deixa de agir, diante de uma obrigação ou de um dever em sentido estrito é uma posição subjetiva passiva. O ônus, portanto, não pode ser analisado como noção afinada aos deveres e sim como noção aproximada aos direitos.<sup>145</sup>

Diante dessas noções, resta claro que a ordem jurídica impõem diversos deveres ao sujeito, os quais se submetem a regimes jurídicos distintos. Possuem pressupostos e efeitos diferentes. Propositadamente, deixou-se de fora do rol acima colacionado os direitos atinentes à relação jurídica obrigacional. É que, exaustivamente no capítulo anterior, buscou-se demonstrar que suas características específicas implicam dizer que não pode seu regime legal ser aplicado a relações

<sup>141</sup> VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral...*, p. 60.

<sup>142</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova...*, p. 59.

<sup>143</sup> VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral...*, p. 61.

<sup>144</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova...*, p. 55.

<sup>145</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova...*, p. 60.

outras que não sejam as marcadas pelo veio da economia. A preocupação, dessarte, é “reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento da tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa”<sup>146</sup>.

## 2. A noção de patrimonialidade

Muito se disse acerca da patrimonialidade e despatrimonialização. É hora, portanto, de estudar-se as ideias doutrinárias que acerca do “patrimônio”, dando-lhe conceito ou definição, ao menos apontando uma noção.

Note-se, preliminarmente, que a noção técnica de patrimônio distancia-se, muitas vezes, das concepções leigas em torno do tema. Não é preciso dizer, pois do conhecimento geral, que se refere, informalmente, ao patrimônio de alguém como sinônimo dos bens ou da riqueza por aquele sustentado. Comum a afirmação de que “quando falecer, Fulano deixará um belo patrimônio a Beltrano”, ou que “esta ou aquela família tem muito patrimônio”. Também se sabe que, por vezes, os termos, quando empregados pelo jurista ao atuar sua arte, adquirem significado diverso do sentido utilizado por aquele que não se dedica ao estudo do direito, conforme demonstrou-se também no ponto precedente.

Historicamente, atribui-se aos autores franceses Charles Aubry e Charles Rau as primeiras formulações, com maior rigor científico, acerca do tema, as quais se deram no contexto do Século XIX, portanto da escola exegética francesa. Diz-se, todavia, que mencionados autores buscaram fugir do “ambiente intelectual” de seu país, buscando obra que superasse a simples “interpretação” da letra fria da lei, e se calcasse em aspectos históricos e filosóficos. Por isso, beberam tais autores de fonte estrangeira, nomeadamente da obra do alemão Karl Salomo Zacharie<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 34.

<sup>147</sup> XAVIER, Luciana Pedroso. *As teorias do patrimônio e o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Orientador: Rodrigo Xavier Leonardo. Defesa: Curitiba, 2011, f. 46-47.

Segundo tal concepção (clássica ou subjetivista), define-se o patrimônio pelo “conjunto de direitos civis de uma pessoa sobre os objetos que constituem bens”<sup>148</sup>. Grife-se, daí, estar o patrimônio na ordem dos direitos, e não das coisas, donde afirmar-se que é decorrência da personalidade.

(...) a teoria clássica (ou subjetiva) desenvolvida por Aubry e Rau concebia a noção de patrimônio por meio de quatro predicados: i) a ideia de patrimônio se deduz diretamente da ideia de personalidade; ii) o patrimônio engloba todos os bens da pessoa, aí incluídos os inatos e os futuros; iii) o patrimônio exprime um valor pecuniário, que será apurado a partir da diminuição do passivo do ativo; iv) toda pessoa é titular de um (e apenas um) patrimônio.<sup>149</sup>

Nada obstante, hodiernamente a noção tem sido criticada, mormente pelas situações do chamado patrimônio de afetação, em que uma dada massa de bens é destinada a cumprir função específica e desvinculada de pessoa física ou jurídica, como ocorre com a Lei 10.931/04, que dispõe sobre o patrimônio de afetação imobiliária, tema ao qual se dedica a autora supracitada. Nesse sentido, sofre crítica a noção clássica de patrimônio, visto que não mais necessariamente ligado a uma pessoa específica<sup>150</sup>.

Conforme Fernando Noronha, entende-se, na teoria moderna, o patrimônio como

a afetação (escopo, finalidade, destinação) atribuída à massa de bens em causa. Existe um patrimônio quando há afetação de uma massa de bens a um objetivo, a um uso bem determinado, à satisfação de certas necessidades.<sup>151</sup>

<sup>148</sup> XAVIER, Luciana Pedroso. *As teorias do patrimônio...*, f. 49.

<sup>149</sup> XAVIER, Luciana Pedroso. *As teorias do patrimônio...*, f. 68.

<sup>150</sup> “A teoria objetiva, a seu turno, rompe com a forte legação entre patrimônio e personalidade e propõe a independência entre essas categorias: a primeira delas, como já se viu, é a possibilidade de serem criados patrimônios de afetação, isto é, massas patrimoniais unidas em virtude da finalidade socialmente relevante para a qual foram instituídas. A segunda decorrência é o novo olhar que se dirige aos sujeitos de direito: a “repersonalização do direito”, segundo a qual a pessoa deve ser recolocada no centro do ordenamento jurídico” (XAVIER, Luciana Pedroso. *As teorias do patrimônio...*, p. 75-76.

<sup>151</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações...*, p. 271.

Destaque-se, das noções apontadas, o mérito de ter ligado a teoria clássica à ideia de personalidade. Se é verdade, pela teoria objetiva, que nem todo patrimônio está ligado a um sujeito, também é certo que todo sujeito tem um patrimônio. Até daí a ideia de um patrimônio jurídico que garanta o mínimo de subsistência<sup>152</sup>.

Sem maiores elucubrações, interessa destacar, quando se refere à patrimonialidade da obrigação, que se está dispondo de uma prestação economicamente valorável, na forma do art. 91 do Código Civil<sup>153</sup>. Desse modo, também preciso é o professor Alcides Tomasetti:

Patrimônio é o setor das esferas jurídicas dos sujeitos de direito (pessoas naturais ou coletivas) no qual se concentram as posições subjetivas ativas e passivas de seu titular, suscetíveis de valoração econômica e conseqüente expressão pecuniária.<sup>154</sup>

É, assim, a circulação de riquezas elemento característico de uma relação jurídica obrigacional. Fora dela, estão os direitos existenciais<sup>155</sup>. Na teoria, a afirmação é simples de ser feita. Na prática, nem sempre se consegue separar as esferas com facilidade.

---

<sup>152</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo...*, p. 1.

<sup>153</sup> Segundo Francisco Amaral, “Patrimônio é o conjunto de relações jurídicas economicamente apreciáveis de que o indivíduo é titular (CC, art. 91)” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução...*, p. 233).

<sup>154</sup> TOMASETTI Jr., Alcides [et al]. *Comentários à Lei de Locações de Imóveis Urbanos...*, p. 7.

<sup>155</sup> Apesar de não acreditarmos que a separação deva dar-se segundo o ponto de visto do interesse do indivíduo, mas sim da marca objetiva da prestação, válida a lição de Francisco Amaral: “Essa divisão refere-se mais ao interesse visado, material ou moral, do que ao direito em si. Os patrimoniais destinam-se a satisfazer um interesse econômico, avaliável em dinheiro, como os reais e os obrigacionais; os extrapatrimoniais não têm valor pecuniário, como ocorre com os de personalidade e os de família”. Diz o autor, ainda (e essa parte nos interessa mais), que “Sempre existem interferências e matizes que tornam impossível uma divisão radical e simplista. Seria talvez melhor aceitar-se a tese dos degraus da patrimonialidade, segundo a qual na relação de direitos subjetivos com o patrimônio da pessoas existem diversos patamares de crescente patrimonialidade, exigibilidade e transmissibilidade” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil...*, p. 235).

### 3. A colonização do mundo da vida. Ainda uma vez, dignidade, patrimonialidade e despatrimonialização

Há um certo temor geral, manifestado pelos sociólogos, no sentido de uma propalada “colonização do mundo da vida” (expressão de Jürgen Habermas), evento segundo o qual a lógica mercadológica invadiria a esfera das relações interpessoais<sup>156</sup>. Não é para menos: o capitalismo hodierno, ainda que superando antigas amarras (de um capitalismo liberal, selvagem), já que calcado num Estado Social, provedor, ainda assim impõem a mercantilização de valores, aparentemente, morais. Vende-se, ninguém duvida, a privacidade (observem-se os *reality shows*), vende-se a imagem (revistas de moda, garotos propaganda), vendem-se ensinamentos (livros, técnico-científicos ou não), vende-se a disponibilidade sexual<sup>157</sup>. Ainda, quando se controverte, especialmente em juízo, sobre a guarda de um filho, em diversos casos a discussão cinge-se em estabelecer quanto será devido mensalmente, em pecúnia, para o infante. Como em Machado de Assis<sup>158</sup>, questiona o próprio Belzebu:

A venalidade, disse o Diabo, era o exercício de um direito superior a todos os direitos. Se tu podes vender a tua casa, o teu boi, o teu sapato, o teu

<sup>156</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. *Situações jurídicas dúplices...*, p. 3. Parece-nos que no âmbito do direito é evidente a invasão pela lógica capitalista, visto que os direitos, muitas vezes, não são economicamente gratuitos. Os juspublicistas têm-se dedicado ao estudo da matéria, fazendo referência à chamada “reserva do possível”, segundo a qual o Estado deveria prover certos direitos na medida de sua capacidade econômica. A alocação de recursos, assim, para direitos atinentes, *v. g.*, à saúde, à educação, à moradia, etc., dependeria de políticas públicas. O tema é bastante controvertido, mas a jurisprudência dominante atual parece não ceder à tese (veja-se: STF, ARE 639337 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.8.2011, DJe 15.9.2011). Sobre o assunto: AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, especialmente p. 228. OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Orientadora: Regina Maria Macedo Neri Ferrari. Defesa: Curitiba, 2006, especialmente f. 336 e ss. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, especialmente p. 126-134.

<sup>157</sup> A propósito, Portal Globo.com. *Leilão da virgindade termina nesta quarta e lances chegam a R\$ 900 mil*. Disponível on-line via “<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2012/10/leilao-da-virgindade-termina-nesta-quarta-e-lances-chegam-r-900-mil.html>”. Publicação e acesso em 23.10.2012.

<sup>158</sup> A remissão é feita por SCHREIBER, Anderson. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*. v. II..., p. 261.

chapéu, coisas que são tuas por uma razão jurídica e legal, mas que, em todo caso, estão fora de ti, como é que não podes vender a tua opinião, o teu voto, a tua palavra, a tua fé, coisas que são mais do que tuas, porque são a tua própria consciência, isto é, tu mesmo?<sup>159</sup>

É certo, em nosso ordenamento jurídico, que uma dada proporção de tais direitos pode ser negociada. No âmbito dos Direitos da Personalidade, o legislador do diploma de 2002 estabeleceu limites à autonomia da vontade<sup>160</sup>, dizendo mesmo que tais direitos não sofrem limitação voluntária, salvo casos previstos em lei (art. 11). Assim, não se admite a disposição do próprio corpo em ato contrário aos bons costumes ou que venha a gerar incapacidade permanente (art. 13); veda-se a utilização da imagem que atinja a honra do sujeito ou se destine a fins comerciais. Mais precisamente, “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”<sup>161</sup>. Quer dizer, dentro de certos limites, e é do conhecimento ordinário, valores pessoais são negociáveis. Há, contudo, dimensões que tocam o existencial, ou o aspecto moral dos sujeitos; para além dali, inegociáveis. Exemplo esclarecedor é o próprio Direito Autoral, em que expressamente a legislação atribui uma esfera patrimonial e outra moral ao direito do autor (artigos 22, 24 e 28 da Lei 9.610/98), de modo que, se se pode desprender da primeira, a segunda resta sempre acoplada ao titular do direito. Também “(...) O direito à imagem reveste-se de duplo conteúdo, moral, porque direito de personalidade; patrimonial, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia”<sup>162</sup>.

Em que pese uma doutrina que se pode nominar tradicional aponte a complementaridade entre aspecto patrimonial e moral<sup>163</sup>, é bem verdade que na

<sup>159</sup> ASSIS, Machado de. *A Igreja do Diabo*. Disponível on-line via “<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000195.pdf>”, p. 5. Acesso em 18.10.2012.

<sup>160</sup> “Cabe salientar que em um processo de racionalização do direito e de sua redução à norma, paulatinamente, esvaziou-se o significado, eminentemente político, daquela que fora *autonomia da vontade*, adotando-se, inclusive, o signo de *autonomia privada*, para a designação de uma expressão do indivíduo que passa a ser dependente do ordenamento jurídico.” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional...*, p. 70).

<sup>161</sup> Enunciado n. 4 da I Jornada de Direito Civil.

<sup>162</sup> STF, RE 215984, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 4.6.2002.

<sup>163</sup> “De acordo com o discurso tradicional dos direitos autorais, os aspectos patrimoniais e de personalidade dos direitos autorais são absolutamente complementares. O aspecto personalíssimo

prática as coisas não se dão de modo tão estanque. Na teoria dos direitos autorais é esclarecedora a tese do Professor Sérgio Said Staut Júnior, o qual aponta que, na verdade, o aspecto moral, em nossa sociedade, acaba assumindo uma papel subalterno, importando apenas enquanto patrimonialmente relevante:

Melhor seria, portanto, falar em dependência ao invés de complementaridade. De certa maneira, o aspecto econômico da atividade criativa e dos direitos que tutelam depende (para a sua existência) do vínculo entre autor e obra que é, justamente, a base do elemento pessoal (personalíssimo) da manifestação intelectual criativa e dos direitos que a protegem. Portanto, o vínculo que une o sujeito à sua obra é necessário para a valorização e circulação da obra no mercado, é o que acaba por atribuir valor ou um maior valor à obra, e talvez, por isso, deva ser tutelado. E talvez, por isso, a necessidade do discurso de valorização do aspecto moral dos direitos autorais, em um contexto de preocupações que não levam o autor a sério.

No plano do direito posto, é possível afirma que reage o legislador constituinte à negociabilidade de certos direitos. Busca-se evitar a temerosa mercantilização do mundo da vida, repudiada pela sociedade brasileira. É a advertência que fica clara do disposto no art. 199, § 4º, da Carta Maior, em que se estipula a inviabilidade da comercialização da “ (...) remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados (...)”. Um ordenamento poderia, sim, admitir a compra e venda de tais elementos, como o faz o americano. Aqui, contudo, a hipótese é repugnada. Vencido o Diabo de Machado de Assis, portanto, como leciona Anderson Schreiber:

O diabólico raciocínio não seduziu o constituinte brasileiro. A clara supremacia de valores existenciais, corporificados na tutela da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III), impõe da parte do intérprete a constante vigilância para que os atributos da personalidade não venham tratados sob a ótica patrimonialista que, há séculos, caracteriza

---

reflete e protege a própria personalidade do autor, tutelando o vínculo que o une a sua obra. Ademais, o conteúdo patrimonial garante ao autor as condições materiais para a sua sobrevivência, condição básica para se pensar na possibilidade de criar. Sem os seus direitos de personalidade o autor não poderia manter a ligação existente entre ele e o produto criativo de seu intelecto. Mas, sem os direitos patrimoniais, o autor também não poderia sobreviver com base em sua atividade artística, científica ou literária (...)” (STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006, p. 185).

a leitura do direito civil. Em matéria de direitos da personalidade, incumbe ao jurista brasileiro não permitir que a venalidade se torne uma falha venial. Somente a segura distinção entre a lógica do *ter* e a do *ser* pode tutelar adequadamente a pessoa humana, de modo a cumprir, plenamente, o elevado projeto constitucional.<sup>164</sup>

Como se vê, toca ao jurista tratar adequadamente a situação que se lhe apresenta, segundo a ótica patrimonial ou existencial. Por isso é que se insiste na inadequação das teses que propagam a dispensabilidade do requisito patrimonial para enquadrar determinado direito como uma obrigação, como subsumido, portanto, ao regime previsto no Código Civil de 2002, Livro I da Parte Especial. Neste ambiente, atua-se segundo a lógica do mercado, da disponibilidade, da proporcionalidade entre prestações. Quanto a outros interesses dignos de tutela, dão sim azo à tutela jurisdicional, na forma precisa preconizada pelo Código Civil de 1916, art. 76. Não implica dizer, contudo, que todos estão regidos pela ótica do Direito Obrigacional.

Nesse aspecto, não é a toa que se festeja tanto o fenômeno da despatrimonialização do Direito Civil. Com ele não se retira o veio patrimonial de tal ramo do direito, não se lhe desprestigia, mas valores exclusivamente pecuniários, antes defendidos de modo intransigente, sofrem leitura conforme os valores constitucionais:

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 da patrimonialidade) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade como fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a “redução” quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável.<sup>165</sup>

Dessarte, gera-se um certo desconforto quando relações não patrimoniais remetem à tutela das obrigações. É que, pela expansão que se experimenta hoje em

<sup>164</sup> SCHREIBER, Anderson. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002..., p. 261-262.

<sup>165</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil...*, p. 33.

dia no que tange à restituição dos danos experimentados, acaba-se, quase sempre, remetendo a reparação ao direito obrigacional, mormente pela previsão constitucional (art. 5º, V e X) e legal (CC, art. 186) de que o dano também moral é indenizável. Assim, muitas situações de violação de deveres legais acabam gerando responsabilidade civil (a qual recorre ao regime jurídico obrigacional), em que, na maior parte das vezes, estipula-se prestação da pagar quantia como critério de indenizabilidade.

Veja-se, como exemplo, caso noticiado por Anderson Schreiber, em que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais determinou ao pai de sujeito que pagasse a este a quantia de 200 salários mínimos em virtude de falta de “amor e carinho” com o filho. Nas palavras do autor,

O acórdão gera inevitável preocupação com os contornos da tutela de valores existenciais, e causa receio, seja no que tange à adoção, implícita, de um dever de amar, incompatível com qualquer acepção de sentimento, seja no que tange à identificação expressa de um dano jurídico decorrente do desamor – e, coerentemente, também do amor excessivo, do amor contido, do amor fugaz, e assim por diante.<sup>166</sup>

Também pela indenizabilidade do dano nas relações familiares, manifestou-se recentemente o Superior Tribunal de Justiça, em processo relatado pela Ministra Fátima Nancy Andrichi<sup>167</sup>. Disse ela, então, que a questão se resolvia mediante “interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares” (p. 4 do voto condutor). Na ementa do caso, em que se acabou condenando o pai ao pagamento de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de indenização moral, ficou consignado:

(...) Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente

<sup>166</sup> SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista trimestral de Direito Civil*. v. 22, abr-jun, 2005, p. 62-63.

<sup>167</sup> STJ, REsp 1159242/SP, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrichi, j. em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. RDDP, v. 112, p. 137. RSTJ, v. 226, p. 435.

tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

Além desse dano moral na relação familiar, também há a situação de prévia estipulação de multas no âmbito dos deveres conjugais, quase à semelhança de uma cláusula penal, fenômeno constatado no direito norte-americano por Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder:

São notórias as combinações milionárias sobre indenizações pelo descumprimento de “deveres existenciais” nos EUA, principalmente em termos de “obrigações sexuais”, indenizações por traições ou pelo término do casamento em determinado período. Será que isso teria cabimento em nosso ordenamento jurídico? Seria possível os cônjuges dispensarem o dever de fidelidade ou de coabitação (...)?

Por meio de uma análise legalista, a resposta seria negativa. Mas no âmbito de um Estado Democrático de Direito, em que se renova o conceito de ordem pública de modo a atrelá-lo à realização da dignidade humana, vem sendo discutida a possibilidade de o próprio casal construir a “ordem pública familiar” de acordo com o que para eles, são os valores mais importantes para uma relação amorosa ser bem-sucedida.<sup>168</sup>

Claro, pode ser que o descumprimento dos deveres patriarcais efetivamente cause prejuízos ao filho, subsumindo-se às hipóteses legais de ressarcibilidade do dano moral (artigos 186 e 927 do CC). Não se discute a reparabilidade do dano exclusivamente moral<sup>169</sup>. Contudo, questiona-se em que medida tal auxilia na tutela familiar, no bom desenvolvimento das relações entre pais e filhos, no reforço ao objetivo constitucional de solidariedade (artigos 1º, III, e 3º, I, e 226). Parece que a violação do disposto no art. 1.666, IV, do Código Civil, não encontra adequada solução nas decisões exaradas pelo Tribunal mineiro e pelo STJ, eis que pautada na lógica de mercado, e não da solidariedade familiar (ainda que perfeitas, ao menos em termos de legislação fria, quanto ao agravo moral).

<sup>168</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. *Situações jurídicas dúplices...*, p. 16.

<sup>169</sup> Os artigos 5º, V e X, da CF/88 e 186 do Código Civil são mesmo peremptórios.

Por oportuno, anote-se que, no caso acima relatado, votou vencido o Ministro Massami Uyeda, aduzindo o seguinte (p. 2 e 3 da declaração de voto vencido):

Ora, se atentarmos para a realidade dos fatos, qualquer filho, qualquer filha, enfim, qualquer pessoa poderá dizer assim: mas estou sendo preterido em relação aos meus irmãos e qualquer dado subjetivo poderia motivar um pedido de indenização por dano moral. Ora, isso faria com que quantificássemos ou potencializássemos as mágoas íntimas – muitas legítimas, algumas supostamente legítimas – de filhos, de irmãos, de pais, de marido e mulher também, porque o dever dos cônjuges está entre prestar assistência, amar e tal. E os estudos indicam que esse amor é uma coisa da convivência.(...)

Agora, o que é a negligência no sentido do dever, do pátrio dever? Não sei. Nós mesmos, como pais, avós, temos inúmeras falhas. As crianças, os filhos, hoje, já são adultos e podem até reclamar, e até com muita razão.

Então, abrir essa porta aqui, reconhecer isso como um direito não podemos, com todo o respeito. Existe uma lesão à estima. Todos nós... A nossa vida é feita de perdas e ganhos, talvez até mais de perdas do que de ganhos.

Também interessante notar recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que se analisou a hipótese do *reality show* “ídolos”, pelo qual os participantes intentam demonstrar alguma habilidade na disputa por um prêmio pecuniário. Contestavam os candidatos a exibição de imagens suas em situações vexatórias. O Tribunal entendeu que tal situação foi voluntariamente aceita pelos participantes, pelo que contra ela não poderiam insurgir-se:

Direito constitucional. Direito de imagem. Direito civil. Participantes de reality show que, eliminados da competição, pretendem impedir a exibição de cenas que consideram ser constrangedoras. Sinceridade das declarações de vontade emitidas quando da inscrição dos recorrentes no programa de televisão. Exposição que era previamente conhecida dos recorrentes, que a ela se submeteram. Tutela antecipada indeferida em primeiro grau. Recurso desprovido liminarmente.<sup>170</sup>

---

<sup>170</sup> TJRJ, AI 0015710-75.2011.8.19.0000, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Alexandre Câmara, j. 11.4.2011.

Quer-nos parecer que esta esfera do direito ao próprio corpo e à imagem não está no âmbito de disponibilidade do sujeito, pois que diz respeito à sua dignidade. Nesse sentido, foi a sempre lembrada decisão proferida pelo Conselho de Estado no caso do arremesso de anões<sup>171</sup>, que muita similitude fática guarda com este do citado *reality show*. “Das diversas premissas da decisão se extrai a necessidade de proteção do indivíduo contra si mesmo, e especialmente da sua liberdade de contratar”<sup>172</sup>. Aliás, é mesmo compreensível que os concorrentes tenham assinado contrato (sabe-se lá se o lendo ou não) admitindo tal situação ante provável necessidade econômica.

Sabe-se das dificuldades em estipular outros meios de coação pelo descumprimento de deveres legais<sup>173</sup>. Uma das maiores preocupações dos processualistas da atualidade, aliás, é justamente com a efetividade da tutela jurisdicional (indiretamente, portanto, com o cumprimento do direito material). É complicado mesmo (senão equivocado ou inócuo) admitir que à violação de um dever inexista sanção, eis que sob certa perspectiva é este mesmo o fim do direito – imposição coativa de conduta<sup>174</sup>. O que toca apontar é que essa remissão ao Direito Obrigacional causa certa sensação de inadequação, pois se restitui monetariamente dever que, a princípio, nenhuma relação guarda com a situação econômica dos jurisdicionados, isto é, “(...) estendemos a função de um instituto historicamente

---

<sup>171</sup> “(...) na comuna de Morsang-sur-Orge, distrito da cidade de Aix-em-Provence, o prefeito proibiu um espetáculo realizado em casa noturna, em que o ‘jogo’ consistia no lançamento de um anão, de um grupo de pessoas para outro; o anão, por dinheiro e devidamente contratado, aceitava participar da ‘brincadeira’. O conselho de estado, em decisão de 1995, contrária a todos os particulares envolvidos, deu como legítima a proibição feita pelo prefeito: o anão estava sendo tratado como coisa” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 797, mar. 2002, p. 24).

<sup>172</sup> SCHREIBER, Anderson. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002..., p. 263.

<sup>173</sup> Sabemos que eles existem, contudo. Além da já citada, tantas vezes, retratação pública, no caso abordado do Direito de Família, veja-se, como exemplo, interessantes sanções legalmente determinadas nas hipóteses de alienação parental (àquele que dá azo à alienação), conforme a Lei 12.318/10, art. 6º: “I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental”.

<sup>174</sup> “Kelsen define o direito como organização da força ou ordem de coação. As normas jurídicas são obrigatórias e aplicam-se mesmo contra a vontade dos destinatários por meio do emprego de força física. O direito vigora em determinado território porque consegue ser politicamente imposto e reconhecido pela maioria da população” (DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito...*, p. 33).

patrimonial, como é a responsabilidade civil, para abranger também a tutela de interesses não-patrimoniais”<sup>175</sup>. Por isso, errado é que, sempre e somente, o descumprimento de qualquer dever jurídico imposto pelo ordenamento venha a acarretar responsabilidade civil.

Assim como os penalistas advogam a “falência da pena de prisão”, mas continuam a aplicá-la, por força de lei e, quiçá, falta de melhor resposta, parece que, em alguma medida, este sentimento perpassa o civilista, o qual acaba por fixar a uma indenização monetária<sup>176</sup> (e até, por vezes, indenização-punição) em virtude de violação de dever que não se mede segundo valor econômico.

---

<sup>175</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira...*, p. 64.

<sup>176</sup> Conforme Sérgio Said Staut Júnior, acerca dos danos na esfera moral do direito autoral, “(...) As questões jurídicas, discutidas nos Tribunais brasileiros, envolvendo violações dos direitos de personalidade do autor quase que invariavelmente terminam em perdas e danos. Atribui-se uma quantia econômica para não deixar sem reparação o dano moral causado ao autor”. E prossegue o professor, citando Carlos Frederico Marés de Souza Filho, o qual diz “(...) que ‘O direito privado reduz todos os bens a valores de expressão monetária. Quando não há solução, as pendências judiciais se resolvem em perdas e danos (...)’.” (STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Direitos autorais...*, p. 190).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dizer da necessidade da patrimonialidade de relação jurídica obrigacional é imperativo, na medida em que essa é a lógica para a qual foi pensado o regime do Livro I do Código Civil de 2002: dedica-se ele, como assinalado, à regulamentação do trânsito de riquezas, independentemente do interesse manifestado pelos sujeitos vinculados obrigatoriamente (dá-se o requisito, por isso, no elemento objeto, qual seja, a prestação). É o sentido técnico de obrigação, que não afasta a existência de outros deveres dignos de tutela, ponto que estes não se subsumem à mesma normativa.

Vale notar, ante as necessidades impostas pelo vigente sistema capitalista, indispensável a garantia de um patrimônio mínimo a qualquer cidadão, conforme lição célebre do professor Luiz Edson Fachin. Neste sentido, também se destaque a conclusão de que patrimônio é um direito, sendo atributo da personalidade, inerente a qualquer ser humano.

Não se duvida que todos os direitos dignos de tutela merecem correspondência no ordenamento jurídico, porém elas devem ter status compatível com o quanto regulamentado. Misturar as coisas implica em aplicar a lógica da proporcionalidade de prestações a deveres outros do ordenamento jurídico, que podem consubstanciar situações existenciais. Aí violada a ideia de despatrimonialização, que implica tratar o “ter” e o “ser” de modo distinto, na medida em que se aproximam ou distanciam.

O risco de não se abordar dessa maneira o sistema é a penetração de valores mercadológicos em sistemas existenciais, desprestigiando a repersonalização do Direito Civil e arriscando-se à propalada colonização do mundo da vida pelo capital.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7 ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários*. Disponível online via "[http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/151227/A\\_PENHORABILIDADE\\_DE\\_IMOVEL\\_DE\\_FAMILIA\\_DE\\_ELEVADO\\_VALOR\\_E\\_DE\\_ALTOS\\_SALARIOS](http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/151227/A_PENHORABILIDADE_DE_IMOVEL_DE_FAMILIA_DE_ELEVADO_VALOR_E_DE_ALTOS_SALARIOS)". Acesso em 15.8.2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da prova e sua modificação no Processo Civil brasileiro*. Disponível online via "[http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/259013/O\\_Onus\\_da\\_Prova\\_e\\_sua\\_Modificacao\\_no\\_Direito\\_Processual\\_Civil\\_Brasileiro](http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/259013/O_Onus_da_Prova_e_sua_Modificacao_no_Direito_Processual_Civil_Brasileiro)". Acesso em 7.8.2012.

ASSIS, Machado de. *A Igreja do Diabo*. Disponível on-line via "<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000195.pdf>". Acesso em 18.10.2012.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 797, mar. 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 8ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1991.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de; NALIN, Paulo. Economia, mercado e dignidade do sujeito. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al.* (org.). *Diálogos sobre Direito Civil: Construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções fundamentais de direito civil*. 4ª ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2001.

DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. v. 2. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2004

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: execução*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo. In: \_\_\_\_\_ (coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARIA, Jorge Leite de Areias Ribeiro de. *Direito das obrigações: apontamentos das lições proferidas na Universidade Católica – Porto*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2001.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *A formação da subjetividade jurídica moderna: notas sobre a constituição de nosso direito*. Disponível on-line via “[http://www.historiadodireito.com.br/mostra\\_textos.php?opcao=mostra\\_texto&id\\_textos=18](http://www.historiadodireito.com.br/mostra_textos.php?opcao=mostra_texto&id_textos=18)”. Acesso em 20.7.2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. II. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17ª ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GROSSI, Paolo. *Para além do subjetivismo jurídico moderno*. Curitiba: Juruá, 2007.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

*Leilão da virgindade termina nesta quarta e lances chegam a R\$ 900 mil*. Disponível on-line via “<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2012/10/leilao-da-virgindade-termina-nesta-quarta-e-lances-chegam-r-900-mil.html>”. Publicação e acesso em 23.10.2012.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Direito das Obrigações: em busca de elementos caracterizadores para compreensão do Livro I da Parte Especial do Código Civil. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (coord.). *Arte jurídica: biblioteca científica do Programa de Pós-Graduação em Direito Civil e Processo Civil da Universidade Estadual de Londrina*. Curitiba: Juruá, 2005.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do Direito Civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org). *Direito Civil contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MESSINEO, Francesco. *Manual de Drecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: EJEA, 1955.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito*. São Paulo: RT, 2007.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: TEPEDINO, Gustavo. FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre direito civil*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

KOZICKI, Katya. Linguagem e direito: problematizando a textura aberta dos enunciados jurídicos. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Direito e discurso: discursos do Direito*. Florianópolis: Boiteux, 2006.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. v. 2. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1960.

- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do Direito das Obrigações; introdução à responsabilidade civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Orientadora: Regina Maria Macedo Neri Ferrari. Defesa: Curitiba, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 2. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- PEREIRA, Manuel de Souza Domingues das Neves. *Introdução ao direito e às obrigações*. Coimbra: Almedina, 1992.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. t. XXII. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista trimestral de Direito Civil*. v. 22, abr-jun, 2005.
- SCHREIBER, Anderson. Os Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SILVA, Clóvis Verissimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Jose Bushatsky, 1976.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. v. 1. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Orientador: Ricardo Marcelo Fonseca. Defesa: Curitiba, 2009.
- STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *Direitos autorais: entre as relações sociais e as relações jurídicas*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2006.

STF, ARE 639337 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.8.2011, DJe 15.9.2011.

STF, RE 215984, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 4.6.2002.

STJ, REsp 1159242/SP, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrichi, j. em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. RDDP, v. 112, p. 137. RSTJ, v. 226, p. 435.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Obrigações e responsabilidade civil*. 4ª ed. São Paulo: Método, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org). *Diálogos sobre direito civil*. v. III. Rio de Janeiro: Renovar 2012.

TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*. 6ª ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 1989.

TJPR, Ac. 11033, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Nasser de Mello, j. 10.4.1995.

TJRJ, AI 0015710-75.2011.8.19.0000, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Alexandre Câmara, j. 11.4.2011.

TJRS, Ap. 595116724, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 07/03/1996.

TOMASETTI Jr., Alcides [et al]. *Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos*. São Paulo: Saraiva, 1992.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VARELA, Antunes. *Direito das Obrigações: conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

XAVIER, Luciana Pedroso. *As teorias do patrimônio e o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Orientador: Rodrigo Xavier Leonardo. Defesa: Curitiba, 2011.

