

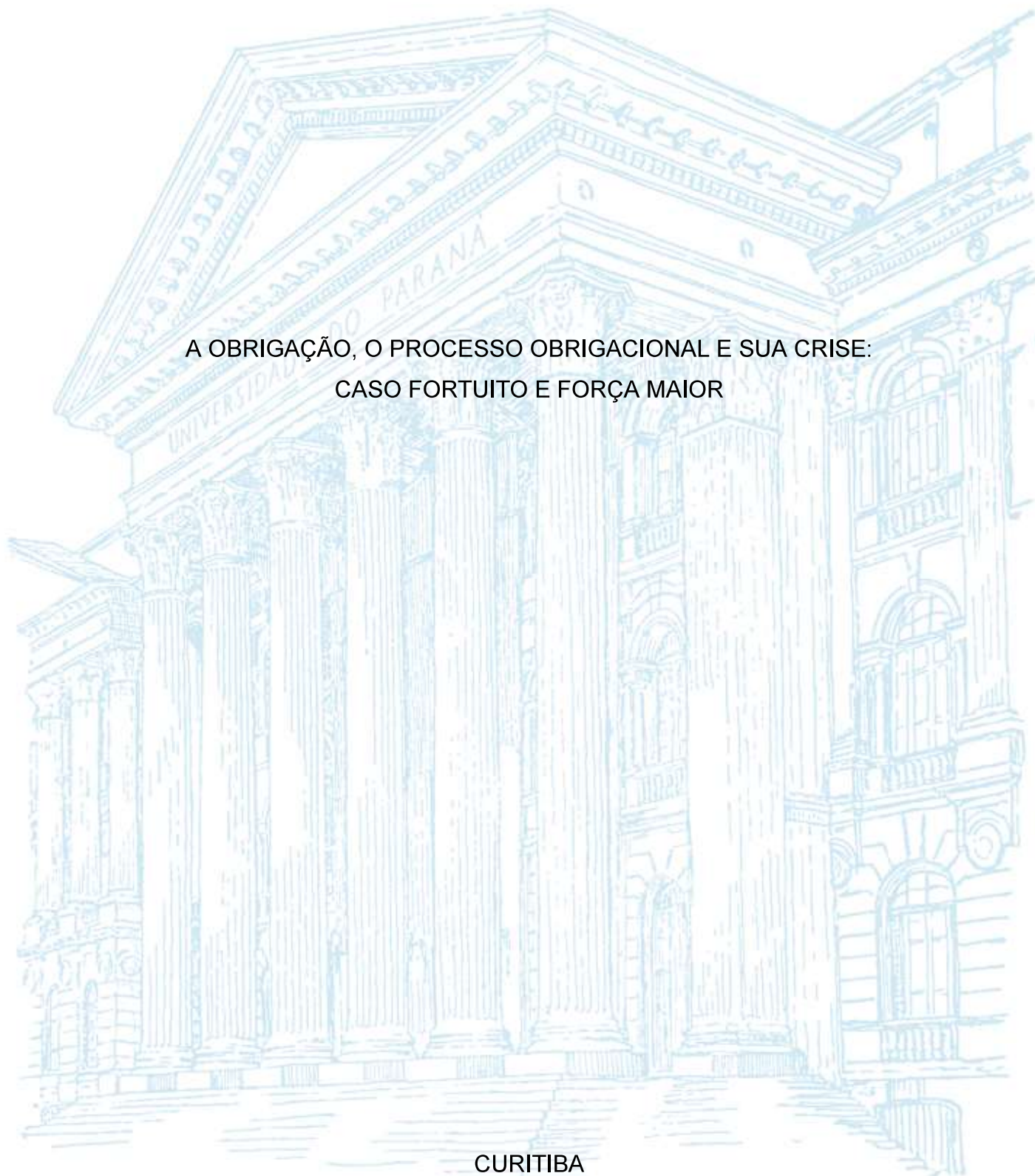
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RUBENS NOVICKI NETO

A OBRIGAÇÃO, O PROCESSO OBRIGACIONAL E SUA CRISE:
CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

CURITIBA

2023



RUBENS NOVICKI NETO

A OBRIGAÇÃO, O PROCESSO OBRIGACIONAL E SUA CRISE:
CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

CURITIBA

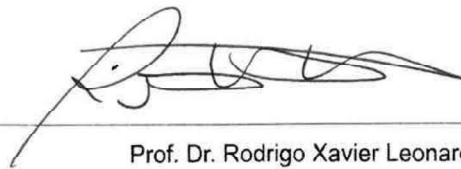
2023

TERMO DE APROVAÇÃO

A Obrigação, o Processo Obrigacional e sua Crise: caso fortuito ou força maior

RUBENS NOVICKI NETO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

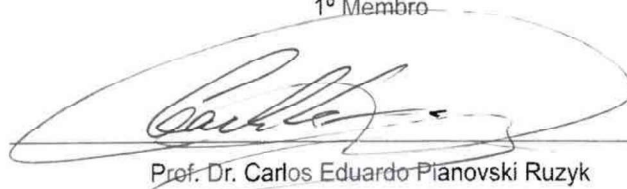


Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo
Orientador

Coorientador



Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior
1º Membro



Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
2º Membro

*Ao Juiz da História,
Ao Rei do Universo,
Àquele que faz novas todas as coisas,
N.S. Jesus Cristo.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, princípio e fim de todas as coisas, alfa e ômega; ao seu Filho, Jesus Cristo, a encarnação da Justiça e da Misericórdia; ao Espírito Santo, todos os dons que me concedeu durante a graduação no curso de direito.

Agradeço à Virgem Santíssima, Nossa Senhora de Lourdes, advogada nossa, as inúmeras intercessões junto a seu Filho.

Agradeço à Mamãe, eterno exemplo de amor e alegria, e ao Papai, eterno exemplo de fortaleza e trabalho. A ambos, pela dívida inadimplível da vida e da educação.

Agradeço ao meu avô Ary Sebastião, eterno exemplo de simplicidade.

Agradeço às minhas avós Geanete e Helena o amor que me deram.

Agradeço ao meu irmão Felipe e à minha cunhada Larissa.

Agradeço ao meu padrinho Ivo Cruz Filho, eterno exemplo do quê realmente é valioso nesta vida.

Agradeço à Maria Gilza, pelo cuidado maternal desde minha tenra infância; ao Sandro, pelo cuidado que teve comigo como se fosse seu filho.

Agradeço as constantes intercessões de São José, São Tomás de Aquino, São José Luis Sanchez del Rio, São João Evangelista, São Mateus, São João Maria Vianney, São Josemaria Escrivá, Santo Agostinho, Santo Afonso Maria de Ligório, São Ivo, São Tomas More, Santa Bernadette, São João Paulo II, São Miguel Arcanjo, São Bento, Santo Inácio de Loyola, Beato Carlo Acutis, São Domingos, São Lucas, São Luis Maria Grignon de Montfort, e todo o restante da Igreja Celeste que intercedeu por mim junto a Cristo nestes anos de graduação.

Agradeço aos sempre mestres da vida e do direito, oportunidade na qual reitero minha enorme admiração: Prof. Rodrigo Xavier Leonardo, por lecionar a justiça com precisão; Prof. Eroulths, por lecionar a justiça com vocação; Prof. Carlos Pianovski, por lecionar a justiça com beleza; Prof. Sérgio Arenhart, por lecionar a justiça com rigor; e ao Dr. Ricardo Alexandre, por lecionar a justiça com inigualável humildade e entusiasmo.

Agradeço os ensinamentos preciosos da Profa. Marília Pedroso Xavier, Profa. Luciana Pedroso Xavier, Prof. Paulo César Busato, Prof. Egon Bockmann Moreira, Prof. Luis Fernando Lopes Pereira e Prof. Marcus Boeira.

Agradeço à equipe da Cortiano & Paranaguá Cunha Sociedade de Advogados, nas pessoas do Prof. Eroulths, Dr. Guilherme, Dra. Ana, Paulo e Cinthia, pela valiosa experiência adquirida durante meu período de estágio.

Agradeço, igualmente, à equipe da Tomasetti Jr. & Xavier Leonardo Sociedade de Advogados, nas pessoas do Prof. Rodrigo, João, Mel, Alex, Bárbara, Roseli e Maria Vitória.

Agradeço ao povo brasileiro e à pátria amada Brasil que custosamente patrocinaram meus estudos na instituição pública da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Agradeço todos os membros, passados e futuros, do Núcleo de Estudos Paideia de Filosofia Jurídica; devo uma grande parte da minha formação intelectual às leituras, conversas e palestras do núcleo.

Agradeço a virtuosa amizade de Rodrigo, Joelson, Henrique, Bernardo S., Júlia, Bernardo K., Giovanni, Luiz e outros tantos colegas; vocês tornaram a vida universitária mais leve e animada.

Agradeço, ainda, a amizade sempre presente d'Os de Sempre, Matheus, Luiz, Tia Simone, Tio Ivo, Cauê, Tio Koser, Rafael, Luca, Tio Marlus, Tia Simone, Milton, Tio Milton, Tia Dagmar, Bruno, Rafaela, Tio Luiz, Tia Pati, Carlos, Tia Ji e Tio Adelino.

Agradeço à minha amiga felina e fidelíssima companheira de estudos, Lola, que me deixou justo no último ano de graduação.

Agradeço à equipe de bem-estar que me acompanhou no último ano de graduação, nas pessoas do Dr. Matheus, Anna Júlia e Movame, sem a qual, certamente, não seria capaz de finalizar o curso.

Agradeço aos sacerdotes dos Legionários de Cristo e do Opus Dei, bem como todas as amigas que fiz nestes movimentos da Igreja; igualmente, agradeço aos sacerdotes diocesanos Pe. Rivaél de Jesus Nascimento e ao Pe. Maurício Gomes dos Anjos.

Por fim, e não menos importante, agradeço ao Fluminense Football Club as tantas glórias e alegrias no ano de 2023, em especial a conquista da Taça Libertadores da América.

“Depois da justiça feita / meu amigo é meu irmão. / A paz se restabelece, / a ordem volta no mundo / e tem de ser desse jeito: / coração com coração!”

(Ariano Suassuna, “A Pena e a Lei”, final do segundo ato)

“Glauco: Em qual espécie de bens tu colocas a justiça?”

Sócrates: Na mais bela, creio, na dos bens que, por si mesmos e por suas consequências, deve amar aquele que quer ser plenamente feliz.”

(Platão, “República”, início do livro II)

“Aquele que é honrado pelas filhas do grande Zeus [as Musas], delas recebe sobre sua língua o doce orvalho e de seus lábios fluem palavras de mel. Todos o observam quando ele aplica imparcialmente a justiça na ágora e com palavras firmes decide as contendas com sabedoria, pondo fim a grandes discórdias.”

(Hesíodo, “Teogonia”, versos 81 a 87)

RESUMO

Este estudo busca uma compreensão rigorosa do fenômeno obrigacional, visando alcançar uma compreensão igualmente precisa do caso fortuito ou de força maior, e sua influência sobre a relação jurídica relativa, pessoal e patrimonial. Para atingir esse objetivo, foram adotadas abordagens fundamentadas na teoria do fato jurídico e na obrigação como processo. Primeiramente, procurou-se (i) estabelecer uma definição estipulativa de obrigação e fixar as bases da relação jurídica resultante; em seguida, (ii) diagnosticar o dinamismo intrínseco às fases de nascimento, desenvolvimento e extinção da relação entre credor e devedor, juntamente com os princípios orientadores do processo obrigacional em direção ao cumprimento, tais como a separação dos planos, a autonomia privada e a boa-fé; e, por fim, (iii) obter uma compreensão holística da influência do caso fortuito ou de força maior sobre o fenômeno obrigacional, bem como examinar como o direito responde a essa crise no cumprimento, utilizando os conceitos e princípios delineados nos tópicos anteriores. Ao final, examinou-se como o fato inevitável pode provocar, em diferentes circunstâncias, a exclusão de responsabilidade do devedor pelo não cumprimento da prestação, a impossibilidade superveniente de adimplir, a extinção da dívida e, enfim, a resolução da relação jurídica obrigacional.

Palavras-chave: direito das obrigações; teoria do fato jurídico; obrigação como processo; caso fortuito; força maior

RESUMEN

Este estudio busca una comprensión rigurosa del fenómeno obligatorio, apuntando a lograr una comprensión igualmente precisa del caso fortuito y de fuerza mayor, y su influencia en la relación jurídica relativa, personal y patrimonial. Para lograr este objetivo se adoptaron enfoques basados en la teoría del hecho jurídico y la obligación como proceso. En primer lugar, buscamos (i) establecer una definición estipulativa de obligación y establecer las bases de la relación jurídica resultante; luego, (ii) diagnosticar el dinamismo intrínseco a las fases de nacimiento, desarrollo y extinción de la relación entre acreedor y deudor, junto con los principios rectores del proceso obligatorio hacia el cumplimiento, tales como la separación de planes, la autonomía privada y la buena fe; y, finalmente, (iii) obtener una comprensión holística de la influencia de las circunstancias fortuitas y de fuerza mayor sobre el fenómeno de la obligación, así como examinar cómo el derecho responde a esta crisis del cumplimiento, utilizando los conceptos y principios esbozados en los temas anteriores. Al final, se examinó cómo el hecho inevitable puede provocar, en diferentes circunstancias, la exclusión de la responsabilidad del deudor por el incumplimiento de la prestación, la posterior imposibilidad de pago, la extinción de la deuda y, finalmente, la resolución de la relación jurídica obligatoria.

Palabras clave: Derecho de las obligaciones; teoría del hecho jurídico; obligación como proceso; caso fortuito; fuerza mayor

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. POR UMA DEFINIÇÃO ESTIPULATIVA DE OBRIGAÇÃO.....	12
3. DA TEORIA DO FATO JURÍDICO.....	13
3.1. DA EXISTÊNCIA: O FATO JURÍDICO COMO FONTE DA OBRIGAÇÃO.....	15
3.2. DA VALIDADE: REQUISITOS DOS ATOS JURÍDICOS LATO SENSU.....	20
3.3. DA EFICÁCIA: DIREITO, DEVER, PRETENSÃO, OBRIGAÇÃO, AÇÃO E EXCEÇÃO.....	22
3.3.1. Sujeitos da relação jurídica.....	23
3.3.2. Objeto da relação jurídica.....	25
3.3.3. Vinculum iuris.....	27
3.4. SÍNTESE.....	33
4. DA OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO.....	34
4.1. DINAMISMO DO PROCESSO OBRIGACIONAL.....	34
4.2. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PLANOS.....	36
4.3. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E O REGULAMENTO OBRIGACIONAL.....	39
4.4. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	46
4.5. SÍNTESE.....	50
5. DA CRISE NA RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL PROVOCADA PELO CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR.....	51
5.1. COMPREENSÃO ESTÁTICA DO CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR E SEUS EFEITOS.....	53
5.2. COMPREENSÃO DINÂMICA DOS EFEITOS DO CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR.....	60
5.3. SÍNTESE.....	66
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	70

1. INTRODUÇÃO

Em sua *Ética a Nicômaco*, Aristóteles afirma que o homem é um animal político, pois sua natureza prescreve a convivência em sociedade para a participação nas virtudes e o atingimento da vida boa (*eudaimonia*). Ocorre que a *vida boa* contém em si, necessariamente, a *vida justa*, na medida que a justiça é apenas uma das virtudes cardeais do comportamento humano. As relações de justiça, portanto, são inerentes à vida em sociedade e sua manifestação ocorre por meio de relações de amizade (*philia*) entre os cidadãos.

Se traduzirmos essas premissas básicas de ciência política e ética aristotélica para termos jurídicos, poder-se-ia afirmar que o direito das obrigações, enquanto principal expressão das relações de justiça entre sujeitos de direito, é um dos pilares centrais do edifício jurídico que sustenta a sociedade contemporânea. Contudo, diante do recente advento de crises sociais oriundas da pandemia do COVID-19, da elevada insegurança política em âmbito nacional, de desastres climáticos, de guerras catastróficas ao redor do globo, dentre outras, o direito das obrigações, enquanto sustentáculo do tráfego jurídico, sofreu profundas interferências. Por conseguinte, reavivou-se o interesse doutrinário e o repertório jurisprudencial referente à crise provocada pelo caso fortuito ou de força maior na relação jurídica obrigacional. Por razões metodológicas, a pesquisa restringiu-se ao plano doutrinário e legal, tendo sido acordado com o professor orientador que a investigação jurisprudencial seria empreendida em outra oportunidade acadêmica.

Neste cenário, este estudo se propõe à uma rigorosa compreensão do fenômeno obrigacional a fim de lograr uma igualmente rigorosa compreensão do caso fortuito ou de força maior e sua influência sobre a relação jurídica relativa, pessoal e patrimonial. Para tanto, buscou-se, a partir da teoria do fato jurídico e da obrigação como processo, (i) fixar uma definição de obrigação e assentar as bases da relação jurídica dela decorrente; (ii) diagnosticar o dinamismo inerente às fases de nascimento, desenvolvimento e extinção da relação entre credor e devedor, bem como os princípios norteadores do processo obrigacional rumo ao adimplemento; e (iii) obter, por meio dos conceitos e princípios expostos nos dois tópicos anteriores, uma compreensão holística da influência do caso fortuito ou de força maior sobre o fenômeno obrigacional e como o direito responde a esta crise no adimplemento.

2. POR UMA DEFINIÇÃO ESTIPULATIVA DE OBRIGAÇÃO

Este estudo gravita na órbita do ramo do Direito Civil denominado Direito das Obrigações e, mais precisamente, do fenômeno do caso fortuito ou de força maior. Dessa forma, a pesquisa conscienciosa do tema requer a precisão dos conceitos, ao menos de forma estipulativa, sem pretensões de perenialidade tampouco idealismo. Para tanto, é necessário recorrer à refinada doutrina privatista, a fim de estabelecer uma definição da obrigação jurídica relativa, pessoal e patrimonial, a partir da sua manifestação nos planos da existência, validade e eficácia.

Considerando que existe uma infinidade de deveres jurídicos fora do chamado Direito das Obrigações disciplinado pelo Livro I da Parte Especial do Código Civil Brasileiro (arts. 421 - 965), deve-se realizar um esclarecimento inicial quanto ao sentido do vocábulo “obrigação”. Toda relação jurídica - seja ela sucessória, familiar, contratual, real, etc. - é composta por duas correspondências: uma entre direito e dever, outra entre pretensão e “obrigação”¹. Assim, a obrigação em sentido lato se refere ao efeito jurídico correlato à pretensão de *qualquer* tipo de relação jurídica, enquanto no sentido estrito se refere à correspondência do devedor à pretensão do credor *apenas* na relação jurídica de crédito². Essa relação não é *das* pessoas, mas sim *entre* pessoas singulares, dado que este vínculo, além de transmissível, importa a prática de um ato (*i.e.* prestação)³. Ademais, por metonímia, os doutrinadores chamam de “obrigação” o que seria, em verdade, a relação jurídica obrigacional de caráter pessoal, relativo e patrimonial - que constitui o objeto desta pesquisa e do comumente chamado “Direito das Obrigações”⁴.

Logo, não é toda relação jurídica entre dois sujeitos que forma um direito de crédito correspondente a um débito; por outro lado, toda relação jurídica relativa, pessoal e patrimonial, importa a existência de um crédito e um débito. Portanto, o significado de obrigação adotado por este estudo - salvo indicação contrária - é o

¹ Adiante, quando tratar-se da eficácia jurídica, a substância eficaz da relação jurídica obrigacional será devidamente explicitada.

² MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. §35, p. 189

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. XXII. §2680, p. 23

⁴ Razão pela qual Pontes de Miranda aponta a artificialidade do termo “Direito das Obrigações” para designar tão-somente as relações jurídicas de caráter pessoal, relativo e patrimonial, uma vez que, a rigor, a obrigação é a correspondência da pretensão de *qualquer* relação jurídica, não apenas das creditórias. *In*: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. XXII. §2679, 1, p. 7

metonímico, como bem delineado por Pontes de Miranda: obrigação é a “relação jurídica entre duas (ou mais) pessoas, de que decorre a uma delas, ao *debitor*, ou a algumas, poder de ser exigida, pela outra, *creditor*, ou outras, prestação”⁵.

Tradicionalmente, esta definição contém em si três elementos fundamentais: o sujeito, o objeto e o *vinculum iuris*⁶. Considerando que esses três elementos se manifestam no plano jurídico da eficácia, é imperiosa a compreensão do fenômeno obrigacional a partir da teoria do fato jurídico, de modo a analisá-lo desde sua gênese, passando pelos requisitos de validade até culminar no conteúdo de seus efeitos jurídicos.

3. DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

O direito não abarca toda a realidade social, mas apenas uma fração da existência humana. Enquanto todos os atos humanos estão sujeitos à ciência ética, apenas alguns são objeto da ciência jurídica. Por conseguinte, os acontecimentos, os fatos da vida, que são gravados de importância ao Direito são chamados de fatos jurídicos.

Partindo deste pressuposto, Pontes de Miranda, escorado nas teorizações do direito alemão, elaborou uma teorização das categorias de fatos jurídicos e das formas de sua manifestação. Posteriormente, Marcos Bernardes de Mello teve o grande mérito de sistematizar o pensamento ponteano de tal forma que lhe concedeu maior uniformidade e didatismo, para além de destacar a originalidade ímpar. Surgiu então a obra *Teoria do Fato Jurídico*, que desde já é declarada como um dos marcos teóricos desta pesquisa. Todavia, esta eleição metodológica não é arbitrária; em verdade, sua adoção se justifica na medida que é a chave interpretativa mais densa e apurada - conforme demonstração adiante - do Direito das Obrigações contido no Código Civil Brasileiro.

Antes de tratar das espécies de fatos jurídicos é necessário compreender como eles vêm a ser, *i.e.* como existem. Portanto, a existência do fato jurídico é o primeiro problema a ser enfrentado. O fato da vida torna-se jurídico quando a lei incide sobre o suporte fático, quer dizer, quando ocorrem determinados fatos no mundo da vida que tem previsão hipotética e abstrata num dispositivo legal

⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXII. §2679, p. 12

⁶ SILVA PEREIRA, Caio Mário. Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. II. §128, p. 15

legitimamente promulgado pela autoridade legislativa. A norma jurídica é uma proposição que prevê o acontecimento de um ou mais fatos (suporte fático) e lhe atribui efeitos jurídicos⁷. Em outras palavras, a norma jurídica incide sobre o suporte fático e juridiciza um fato de modo a lhe atribuir efeitos jurídicos.

Assim, a teoria vem a adquirir outra dimensão, pois os fatos jurídicos não apenas existem, mas também apresentam pressupostos de validade e a irradiação de efeitos em situações jurídicas. Bernardes de Mello observa que “ser, valer e ser eficaz são situações distintas, com consequências específicas e inconfundíveis cada uma, e assim precisam ser tratadas”⁸. A existência, a validade e eficácia são o caminho pelo qual transitam os fatos jurídicos⁹, não obstante a existência seja uma *conditio sine qua non* ao plano da validade e da eficácia; só pode ser válido ou inválido, eficaz ou ineficaz, aquilo que existe¹⁰. Em suma, são três perspectivas de compreensão do mesmo objeto.

O plano da existência é o plano do Ser e, portanto, refere-se justamente à incidência da norma juridicante que faz o fato, seja ele lícito ou ilícito, entrar no mundo jurídico¹¹. Caso a vontade humana constitua elemento nuclear do suporte fático (tal como nos atos jurídicos), o fato transita pelo plano da validade, “onde o direito fará a triagem entre o que é perfeito (que não tem qualquer vício invalidante) e o que está eivado de defeito invalidante”¹². Por sua vez, se a volição humana não integra o suporte fático ou se o fato for ilícito, não existem requisitos de validade¹³; simplesmente existem e produzem eficácia automática¹⁴. Por sua vez, a eficácia é o plano em que os fatos jurídicos irradiam seus efeitos (*i.e.* conteúdo eficaz) a partir da criação de situações jurídicas, sejam elas unissubjetivas ou intersubjetivas¹⁵. A

⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. §9, p. 56

⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §24, p. 169

⁹ Alguns fatos jurídicos não perpassam o plano da validade (*e.g.* fato jurídico *stricto sensu*), porém essa especificidade será destrinchada adiante.

¹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §20, p. 162

¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §21, p. 163

¹² MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §22, p. 164

¹³ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §22, p. 165

¹⁴ Nesse sentido, esclarece Marcos Bernardes de Mello: “quando se trata de fato jurídico *stricto sensu*, ato-fato jurídico, ou fato ilícito *lato sensu*, existe e é eficaz (nascimento com vida, a pintura de um quadro, o dano causado a bem alheio) ou, excepcionalmente, existe e é ineficaz, porque a validade é questão que atinge, apenas, os atos jurídicos lícitos, portanto, nunca diz respeito às demais espécies de fatos jurídicos.[...] Os fatos jurídicos lícitos em que a vontade não aparece como dado do suporte fático (fatos jurídicos *stricto sensu* e ato-fato jurídico), como os fatos ilícitos *lato sensu* (inclusive o ato ilícito), não estão sujeitos a transitar pelo plano da validade, uma vez que não podem ser nulos ou anuláveis.” *In*: MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. pp. 162-164

¹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §23, p. 165

eficácia requer a existência, mas não necessariamente a validade, considerando que alguns atos jurídicos inválidos podem produzir efeitos e que determinados fatos jurídicos, como já mencionado, não passam pelo plano da validade.

Do sobredito, depreende-se que absolutamente todos os fatos passam pelo plano da existência, alguns pelo da validade (atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos) e, na eficácia, todos os fatos jurídicos *podem* produzir efeitos, independentemente de nulidade ou ilicitude, porém nem todos *necessariamente* produzem efeitos¹⁶.

Agora, uma vez assentados os planos de manifestação do fato jurídico (existência, validade e eficácia), é necessário analisá-los a partir da relação jurídica obrigacional, *i.e.* como a obrigação jurídica de crédito e débito - tal como definida no tópico anterior - existe, vale e irradia efeitos no ordenamento.

3.1. DA EXISTÊNCIA: O FATO JURÍDICO COMO FONTE DA OBRIGAÇÃO

As relações humanas abarcam uma infinidade de fatos e acontecimentos que podem ser classificados a partir dos mais variados critérios; quando o fato da vida é juridicizado, é necessário buscar critérios capazes de distingui-los conforme suas peculiaridades e diferentes manifestações nos três planos do mundo jurídico. Bernardes de Mello adota o critério de classificação segundo o elemento cerne do suporte fático, ou seja, “o elemento nuclear básico que define e caracteriza [o fato jurídico] como espécie”¹⁷. Dois são os tipos de cerne, sendo um a conformidade (licitude) ou não conformidade (ilicitude) do fato jurídico com o direito, e o outro a presença ou ausência da vontade humana no suporte fático¹⁸. Por conseguinte, os fatos jurídicos são divididos entre lícitos e ilícitos; dentre os lícitos temos aqueles que dispensam o elemento volitivo (fato jurídico *stricto sensu* e ato-fato) e aqueles que o exigem (ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico).

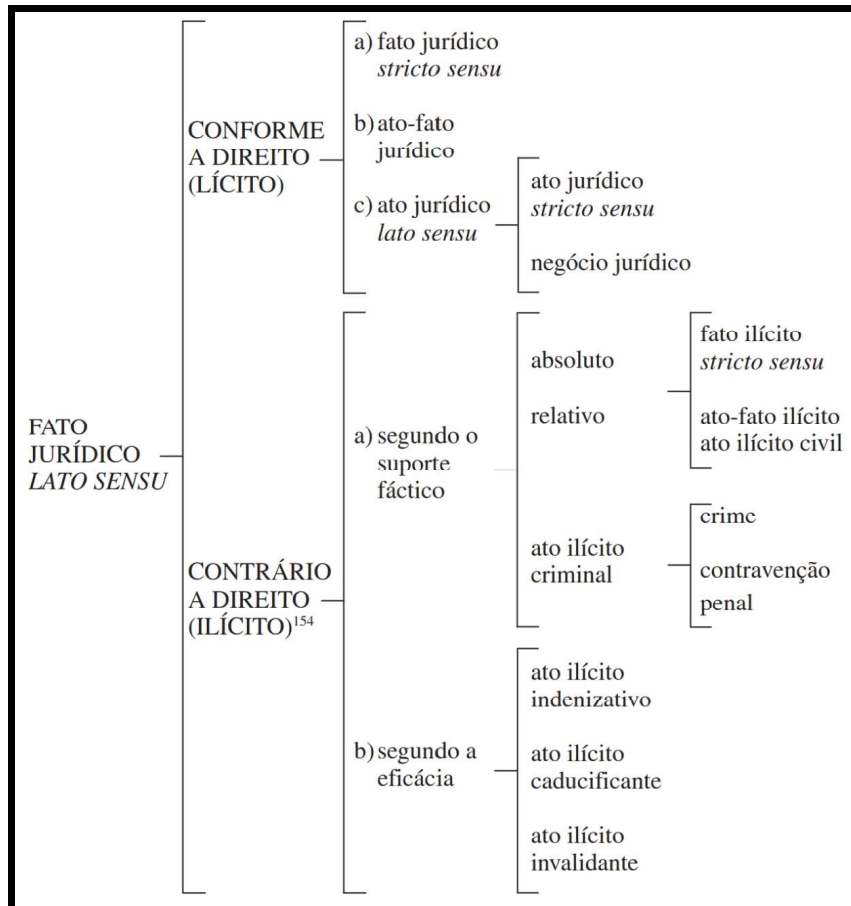
Podemos classificar as espécies de fatos jurídicos na seguinte taxonomia, extraída da *Teoria do Fato Jurídico*¹⁹:

¹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §24, p. 168

¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §29, p. 179

¹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §29, p. 180

¹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §31, p. 187



As espécies mais relevantes a este estudo são, dentre os lícitos: o fato jurídico *stricto sensu*²⁰, o ato-fato jurídico²¹, o ato jurídico *lato sensu*²² (cujas espécies

²⁰ Motivado pelo objeto da pesquisa, mas também pela apego à precisão e clareza científicas, anota-se as definições fornecidas por Marcos Bernardes de Mello a cada uma das espécies de fatos jurídicos referenciadas como as mais pertinentes fontes de obrigações. Nessa esteira, o fato jurídico em sentido estrito é “Todo fato jurídico em que, na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial, denomina-se fato jurídico *stricto sensu*.” *In*: MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. §33, p. 195

²¹ O ato-fato jurídico surge a partir da “situação de fato criada pela conduta, comissiva ou omissiva, constitui uma mudança permanente no mundo, passando a integrá-lo definitivamente, sem que haja a possibilidade de, simplesmente, ser desconsiderada (como seria possível se se tratasse, exclusivamente, de ato). Como a conduta que está à base da ocorrência do fato é da substância do fato jurídico, a norma jurídica a recebe como avolitiva, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem; não importa, assim, se houve, ou não, vontade em praticá-la. Com esse tratamento, em coerência com a natureza das coisas, ressalta-se a consequência fática do ato, o fato resultante, sem se dar maior significância à vontade em realizá-lo. A essa espécie Pontes de Miranda denomina ato-fato jurídico, com o que procura destacar a relação essencial que existe entre a conduta humana e o fato que dela decorre. *In*: MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. §34, p. 198

²² O ato jurídico *lato sensu* é “o fato jurídico cujo suporte fático prevê como seu cerne uma exteriorização consciente de vontade, que tenha por objeto obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível.” *In*: MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. §37, p. 208. Portanto, os elementos essenciais do ato jurídico são um ato humano volitivo, a consciência dessa exteriorização de vontade e a não contrariedade de seu objeto ao direito.

são o ato jurídico *stricto sensu*²³ e o negócio jurídico²⁴) e a categoria geral do ilícito²⁵. Todas essas espécies de fatos jurídicos podem ser fonte de uma relação jurídica obrigacional, sendo os mais comuns o negócio jurídico contratual e o fato ilícito ensejador de responsabilidade civil.

Quer dizer, são os fatos jurídicos, por excelência, que constituem a fonte dos efeitos a serem irradiados pelas obrigações, como ensina Pontes de Miranda:

As dívidas são efeitos ou dos negócios jurídicos, ou dos atos-fatos lícitos, ou dos atos *stricto sensu* lícitos, ou dos fatos *stricto sensu* lícitos, ou de atos ou atos-fatos *stricto sensu* ilícitos, ou dos fatos ilícitos. Só efeitos, já em pleno mundo jurídico.²⁶

Todavia, esta conclusão não é pacífica na doutrina civilística, em decorrência de determinadas imprecisões conceituais. A tarefa torna-se mais árdua face o silêncio do Código Civil no arrolamento das fontes, pois no Livro I da Parte Especial (arts. 421 - 965) são reguladas as espécies de obrigações (o contrato, a responsabilidade civil, os atos unilaterais e os títulos de crédito), não as fontes propriamente ditas. Por sua vez, os tipos contratuais previstos na lei também não esgotam todas as possibilidades de contratos, em vista dos princípios da autonomia privada e da tutela à atipicidade. Ou seja, o Código não fornece muitas diretrizes úteis à resolução do problema.

Portanto, a fim de esclarecê-lo, far-se-á um apanhado das principais teorias das fontes, conjugando-as com a redação do Código Civil Brasileiro; em seguida, a partir das lições de Orlando Gomes e Paulo Lôbo, será feita uma leitura crítica dessas teorias.

²³ No ato jurídico *stricto sensu*, “a vontade não tem escolha da categoria jurídica, razão pela qual a sua manifestação apenas produz efeitos necessários, ou seja, preestabelecidos pelas normas jurídicas respectivas inalteráveis pela vontade, e invariáveis.” *In*: MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. §32, p. 188

²⁴ No negócio jurídico, “a vontade é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria jurídica, à sua escolha, visando à obtenção de efeitos jurídicos que tanto podem ser predeterminados pelo sistema, como deixados, livremente, a cada um. Assim é que, por exemplo, nos contratos — que são a mais importante espécie de negócio jurídico — em geral os figurantes podem ter a liberdade de estruturar o conteúdo de eficácia da relação jurídica resultante, aumentando ou diminuindo-lhe a intensidade, criando condições e termos, pactuando estipulações diversas que dão, ao negócio, o sentido próprio que pretendem.” *In*: MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. §45, p. 233. Por conseguinte, a principal diferença entre o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico é de que aquele produz efeitos predeterminados na lei, impassíveis de alteração pela vontade dos sujeitos; já este produz efeitos *ex voluntate*, de acordo com o exercício da autonomia privada dos sujeitos.

²⁵ Um ilícito é “todo fato, conduta ou evento contrário a direito que seja imputável a alguém com capacidade delitual (= de praticar ato ilícito).” *In*: MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. §58, p. 304

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXIV. §2882, p. 3

A inteligência romana²⁷ elencava quatro fontes: o contrato, o quase-contrato, o delito e o quase-delito. Apesar de não contar mais com o apoio da doutrina contemporânea do *civil law*, ainda apresenta resquícios no Código Civil Francês²⁸. Esta categorização já se encontra superada e não passa de notícia histórica.

Outro arranjo das fontes proposto por alguns juristas, como Caio Mário²⁹, separa as obrigações *ex voluntate* (oriundas da vontade) e as *ex lege* (oriundas da lei). Em que pese os argumentos favoráveis, mostra-se acertada a crítica de Orlando Gomes: ao fim e ao cabo, a fonte de toda obrigação é a lei, pois é o Direito que juridiciza algumas relações de caráter social, moral e/ou patrimonial através da previsão legal³⁰. É a transformação de um fato da vida em um fato jurídico por meio do preenchimento do suporte fático da norma. Por conseguinte, é necessário distinguir entre a fonte imediata e a mediata das obrigações. Aquela sempre é a lei; essa é as “*condições determinantes* do nascimento das obrigações; são diversos *atos* ou *situações* suscetíveis de produzirem especificadamente esse efeito”³¹. Ou seja, a perquirição acerca das fontes conduz à busca pelos fatos jurídicos previstos em lei que provocam o parto da relação jurídica obrigacional. Dessa forma, o fato jurídico é a fonte mediata da obrigação, visto que “entre a lei, esquema geral e abstrato, e a obrigação, relação singular entre pessoas, medeia sempre um fato, ou se configura uma situação, considerando idôneo pelo ordenamento jurídico para determinar o dever de prestar”³².

Inobstante todos os fatos jurídicos ilícitos gerem, grosso modo, obrigação de reparar, nem todos os fatos jurídicos lícitos geram obrigações, a exemplo da aquisição de personalidade com o nascimento ou a sucessão hereditária. Conquanto as obrigações nasçam de fatos jurídicos, nem todos os fatos jurídicos criam uma relação obrigacional. Em vista disso, propôs-se uma classificação das fontes da obrigação a partir da espécie do fato jurídico constitutivo: alguns juristas elencam os contratos, os atos ilícitos e os atos unilaterais; outros, os negócios jurídicos, os atos

²⁷ Inst. 3, 13, 2: “A divisão seguinte distribui <as obrigações> em quatro espécies. De fato, <elas> são <oriundas> ou de um contrato ou de um quase-contrato ou de um delito ou de um quase-delito”. In: MORAES, Bernardo Queiroz de. *Institutas de Justiniano: primeiros fundamentos de direito romano justinianeu*. 2 ed. São Paulo: YK Editora, 2021. p. 229

²⁸ LÔBO, Paulo. *Fatos Jurídicos como Fontes das Obrigações*. In: DIDIER JR, Fredie; EHRHARDT JR, Marcos. *Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 494

²⁹ SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Op. Cit.* v. II. §130, pp. 36-37

³⁰ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. §19, p. 33

³¹ GOMES, Orlando. *Op. Cit.* §19, p. 34

³² GOMES, Orlando. *Op. Cit.* §19, p. 33

ilícitos e o enriquecimento sem causa. Mesmo assim, o problema não está pacificado.

Nessa orientação, Paulo Lôbo aponta uma impropriedade técnica: não se pode confundir as *fontes* das obrigações com as *espécies* em que se desdobram os fatos jurídicos³³. Como já dito, entre a lei e a relação obrigacional existe o fato jurídico, de modo que só existe obrigação em sentido estrito se houver um dever que a anteceda. Assim, deve-se dissipar a confusão entre os planos da existência e da eficácia na querela das fontes, pois, “somente por metonímia as espécies de obrigações (plano da eficácia), principalmente o contrato e a responsabilidade civil, podem ser consideradas suas fontes, que são os fatos jurídicos (plano da existência) de onde promanam”³⁴. Quer dizer, os negócios jurídicos, a responsabilidade civil e os atos unilaterais apenas criam obrigações quando ingressam no mundo jurídico *enquanto* fatos jurídicos que preenchem um suporte fático mediante a incidência da lei num caso concreto. É com a juridicização desses fatos que nascem os direitos e deveres jurídicos, aí sim, consubstanciados no plano da eficácia por meio de suas espécies. Aqui, a vontade das partes não seria uma fonte, mas apenas um dos elementos do suporte fático. Contudo, esse esclarecimento não deve se confundir com a distinção entre o suporte fático normado e o suporte fático negocial: a diferença é de que no primeiro, o processo obrigacional (já no âmbito da eficácia) se desenvolve conforme o *iter* previsto na norma jurídica, enquanto no segundo as diretrizes obrigacionais são definidas, preponderantemente, pela autonomia privada³⁵.

Do sobredito, para fins estipulativos e didáticos desta pesquisa, adotamos a ideia de que a fonte das obrigações, por excelência, são os fatos jurídicos, quaisquer que sejam, que produzam relações pessoais, relativas e patrimoniais entre sujeitos de direito. Nesse sentido, se um cachorro morde a perna de uma pessoa num parque público, este fato jurídico *stricto sensu* faz nascer uma relação jurídica obrigacional entre o dono do animal e o lesado, por força do art. 936, CC; se um incapaz ou mentecapto pinta a parede desgastada de uma casa e institui uma benfeitoria, este ato-fato jurídico cria uma relação jurídica obrigacional que o proprietário do imóvel deve indenizar a pintura, por força do art. 881, CC; se uma

³³ LÔBO, Paulo. Op. Cit. p. 497

³⁴ LÔBO, Paulo. Op. Cit. p. 497

³⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. A Obrigação como Processo. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 81

pessoa, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio e dessa gestão os prejuízos excedem seu proveito, este ato jurídico *stricto sensu* cria uma relação jurídica obrigacional por força do art. 863, CC; se um contrato de compra e venda de bem imóvel é celebrado, este negócio jurídico cria uma relação obrigacional conforme o art. 481, CC; se uma pessoa fura o sinaleiro e bate no carro de outra, este fato ilícito cria uma relação jurídica obrigacional de indenização, de acordo com os arts. 186 e 927, CC.

Por fim, é preciosa a ressalva de Clóvis do Couto e Silva de que “a classificação das fontes [da obrigação] obedece à dos fatos jurídicos; realiza-se no plano da existência. A obrigação, a seu turno, é eficácia de fato jurídico”³⁶. Trocando em miúdos: o que existe, a rigor, é o fato jurídico; a eficácia irradiada pelo fato é a obrigação. Apesar da fonte da obrigação ser um fato jurídico no plano da existência, a obrigação apenas é uma relação jurídica relativa, pessoal e patrimonial no plano da eficácia

Percebe-se, portanto, que todas as espécies de fatos jurídicos - embora umas sejam mais comuns e prolíferas que outras - podem ser a fonte de uma relação jurídica obrigacional no plano da existência. Agora, prossigamos a exploração dos mundos jurídicos no plano da validade.

3.2. DA VALIDADE: REQUISITOS DOS ATOS JURÍDICOS *LATO SENSU*

Leciona Marcos Bernardes de Mello que o plano da validade “se refere à parte do mundo jurídico em que se apura a existência ou inexistência de défice nos elementos nucleares do suporte fático dos atos jurídicos que influem na sua perfeição”, de tal forma que são válidos ou inválidos³⁷. Ou seja, em termos dogmáticos, trata da perfeição e vigência dos atos jurídicos face o direito positivo.

Como dito anteriormente, não são todos os fatos jurídicos que perpassam o plano da validade, mas apenas aqueles que têm a vontade humana como um dos elementos do seu suporte fático, notadamente os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos. Por outro lado, a imensa maioria das obrigações contraídas no dia-a-dia são oriundas de negócios jurídicos. Logo, o tratamento dos requisitos de

³⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit., p. 71

³⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. §1, p. 41

validade dos atos jurídicos não é menos relevante pelo fato de estar restrito a alguns fatos jurídicos - pelo contrário.

Os pressupostos de validade dos atos jurídicos estão espalhados na Parte Geral do Código Civil. O art. 104, CC, embora de suma importância ao plano de validade, é insuficiente, pois não abarca todas as causas de invalidade dos atos jurídicos³⁸. Dessa forma, além da (i) capacidade do agente, (ii) da licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto e (iii) da obediência à forma prescrita ou não defesa em lei, deve-se incluir (iv) a moralidade do objeto (art. 122, *prima pars*, CC), (v) a incompatibilidade com norma jurídica cogente (art. 166, VI, CC) e (vi) a inexistência de deficiências no suporte fático do ato jurídico, acarretando sua nulidade ou anulabilidade (arts. 166 e ss., CC)³⁹.

De maneira a sistematizar de forma coesa os pressupostos de validade e tomando o art. 104, CC, por base - sem ignorar sua incompletude técnica -, existem os requisitos de validade quanto ao sujeito, o objeto e a forma de exteriorização da vontade⁴⁰. O primeiro trata da manifestação de vontade do sujeito, consubstanciado em sua capacidade de agir e perfeição da manifestação de sua vontade (*i.e.* ausência de defeitos invalidantes), com vistas à proteção da dignidade das pessoas e seu respectivo patrimônio. O segundo trata da harmonização do objeto do ato jurídico⁴¹ com o ordenamento jurídico, por meio de sua possibilidade, determinabilidade, licitude e moralidade⁴². Por fim, o terceiro trata da solenidade que reveste ou não o ato jurídico, a depender da relevância que lhe é conferida pelo legislador, a fim de documentar o negócio e viabilizar sua prova. Se a lei exige ou proíbe determinada formalização, a ausência ou presença desta forma no suporte fático importa invalidade do ato⁴³.

Passemos agora ao mundo da eficácia.

³⁸ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

³⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §8, pp. 59-60

⁴⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §8, p. 60

⁴¹ Objeto deve ser compreendido como as "alterações que ocorrem nas esferas jurídicas dos figurantes por força da criação, modificação ou extinção das relações jurídicas dele resultantes". *In*: MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. §13, p. 82. Nessa esteira, o objeto do ato jurídico é diferente do objeto da prestação, sendo que este está incluído naquele.

⁴² Aqui incluem-se a legalidade em sentido estrito, a categoria jurídica dos bons costumes e o respeito à ordem pública. *In*: MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. §13, p. 83

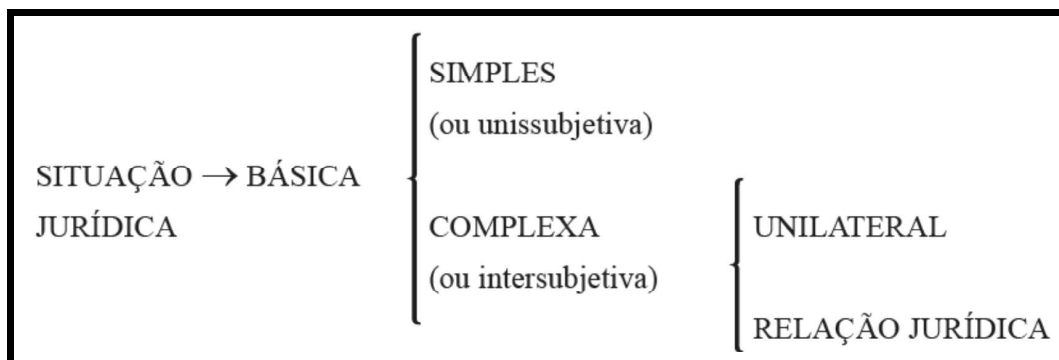
⁴³ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §14, p. 84

3.3. DA EFICÁCIA: DIREITO, DEVER, PRETENSÃO, OBRIGAÇÃO, AÇÃO E EXCEÇÃO

A eficácia jurídica é o efeito do fato jurídico⁴⁴. A obrigação é uma relação jurídica cuja fonte de eficácia é o fato jurídico, contudo a obrigação em sentido estrito - correspectiva à pretensão - é apenas *uma* dentre várias consequências provocadas pelo fato jurídico no plano da eficácia⁴⁵. Preambularmente, é valioso o ensinamento de Pontes de Miranda sobre a eficácia da obrigação e sua crítica - já exposta no tópico 2 - à imprecisão dos termos no vocabulário jurídico corrente:

A eficácia do negócio jurídico consiste em irradiação de direitos (dívidas e deveres), pretensões (e obrigações) e ações ou exceções. De modo que efeitos das obrigações são *efeitos de efeitos*. Aliás, quando se diz que se trata de efeitos das obrigações, elipticamente se fala, porque os efeitos são das dívidas e das obrigações. "Obrigações" está aí por dívidas e obrigações, o que revela de quanto tempo se há mister para que o espírito humano se liberte das frases feitas e expressões inadequadas.⁴⁶

Todas as espécies de efeitos jurídicos encontrados no mundo do direito, desde os mais simples aos mais complexos, são denominadas de *categorias eficaciais*⁴⁷. As categorias de eficácia jurídica se exprimem a partir de inúmeras *situações jurídicas*, sendo que a relação jurídica obrigacional é uma espécie da situação. Esquematicamente⁴⁸:



Assim, uma situação jurídica:

designa toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais, desde os mínimos efeitos à mais complexa das relações jurídicas; define, portanto, qualquer posição em que um sujeito jurídico se encontre no mundo jurídico.⁴⁹

⁴⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 248

⁴⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §5, p. 42

⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXIV. §2882, p. 3

⁴⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §6, p. 43

⁴⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §17, p. 99

⁴⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §16, p. 95

A relação jurídica, enquanto efeito de um fato jurídico, define-se como espécie de um situação jurídica intersubjetiva (entre dois ou mais sujeitos de direitos e suas respectivas esferas jurídicas) oriunda da incidência de uma norma sobre um suporte fático⁵⁰.

Nessa esteira, é certa e aguçada a afirmação de Bernardes de Mello de que o “mundo jurídico é *definido* pelas normas jurídicas, *construído* pelos fatos jurídicos e *integrado* pelas relações jurídicas. Norma jurídica, fato jurídico e relação jurídica são, portanto, conceitos essenciais da juridicidade⁵¹”.

Agora, é necessário compreender a substância da relação jurídica obrigacional e seus elementos, quais sejam, o sujeito, objeto e *vinculum iuris*.

3.3.1. Sujeitos da relação jurídica

O elemento subjetivo é caracterizado por sua duplicidade, pois ao sujeito ativo (credor), corresponde um sujeito passivo (devedor). O *reus credendi* tem a pretensão (direito de exigir prestação) e o *reus debendi* tem a obrigação em sentido estrito (dever de prestar). A posição obrigacional, seja ela ativa ou passiva, é suscetível de transmissão através de negócios jurídicos de cessão de crédito, assunção de dívida ou sub-rogação, de maneira que afasta, de regra, a personalidade estrita da obrigação⁵². Aliás, esta é uma das principais distinções entre a obrigação moderna e a pré-codificada: salvo nas situações personalíssimas, a obrigação tornou-se um valor impessoal e despersonalizado de maneira que o credor e o devedor podem ser alterados sem extinguir a relação jurídica⁵³. No direito moderno, ocorreu uma sobrelevação do elemento econômico ao pessoal⁵⁴.

Outra característica do elemento subjetivo é a sua determinabilidade, visto que no momento do adimplemento o credor e devedor devem ser individualizados a fim da obrigação ser eficazmente prestada⁵⁵. Todavia, isso não impede a indeterminabilidade transitória de um dos sujeitos durante o processo obrigacional. Quer dizer, os sujeitos podem ser determinados ou determináveis na formação do vínculo, mas sempre determinados ao final. Por fim, deve-se distinguir a noção de

⁵⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §34, p. 188

⁵¹ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §17, p. 96

⁵² SILVA PEREIRA, Caio Mário. Op. Cit. v. II. §128, pp. 15-16

⁵³ GOMES, Orlando. Op. Cit. §18, p. 31

⁵⁴ NONATO, Orosimbo. Curso de Obrigações. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. p. 56

⁵⁵ SILVA PEREIRA, Caio Mário. Op. Cit. v. II. §128, p. 16

“polo” e a de “sujeito”. Aquele é o centro de interesses, composto por uma ou mais pessoas, já este são as pessoas naturais ou jurídicas especificamente consideradas. Logo, a pluralidade de sujeitos pode se manifestar em um, no outro ou ambos os polos da relação⁵⁶.

Nesse sentido, um dos traços distintivos da relação obrigacional é a “irradiação de pretensões pessoais a que alguém possa exigir de outrem (devedor) que dê, faça ou não faça em decorrência do vínculo entre eles existente”⁵⁷. Logo, a obrigação sempre será relativa: ao direito absoluto corresponde dever absoluto, mas a violação do direito absoluto obriga pessoalmente o transgressor, provocando o surgimento de uma obrigação relativa; por outro lado, ao direito relativo corresponde dever relativo, que enseja uma pretensão pessoal face uma prestação obrigacional⁵⁸. O direito absoluto do titular oponível *erga omnes* é distinto do direito relativo contra aquele que o violou, cujo dever engendra uma obrigação determinada⁵⁹. Por conseguinte, o “direito das obrigações é o campo mais vasto dos direitos relativos”, mas não o único⁶⁰. É a relatividade e a pessoalidade - ao lado da patrimonialidade do objeto, adiante explorada - que caracterizam seu elemento distintivo.

A título de rigor técnico, é necessário distinguir as obrigações relativas das obrigações pessoais. Ambas são muito similares em conteúdo, embora advenham de critérios metodológicos distintos.

A relação jurídica relativa existe em contraposição à relação absoluta, adotando-se como critério a determinabilidade do sujeito⁶¹. Nas relativas, o sujeito passivo é determinado ou determinável. Ademais, elas podem ser patrimoniais (*i.e.* creditórias) ou extrapatrimoniais (*e.g.* relações jurídicas no direito de família). Por outro enfoque, a relação jurídica pessoal se contrapõe à relação real, adotando-se como critério a possibilidade de exercício autônomo do direito⁶². Enquanto o exercício do direito real independe de cooperação, o exercício do direito pessoal - dentro os quais incluem-se os obrigacionais - demanda uma cooperação entre sujeitos. As relações jurídicas pessoais podem ter um objeto (prestação) de caráter

⁵⁶ SILVA PEREIRA, Caio Mário. Op. Cit. v. II. §128, p. 16

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXII. §2679, p. 8

⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXII. §2679, p. 11

⁵⁹ LÔBO, Paulo. Op. Cit. p. 498

⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXII. §2679, p. 12

⁶¹ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §40, p. 212

⁶² MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §41, p. 220

patrimonial (creditório) ou extrapatrimonial. Aliás, é justamente o critério da cooperação que permite compreender a relação jurídica obrigacional como uma unidade orgânica que não se esgota na simples soma estanque de suas categorias eficaciais⁶³. Assim esclarece Bernardes de Mello, associando o critério de cooperação à finalidade da obrigação, qual seja, o ato de adimplemento:

O traço característico da relação jurídica pessoal, diferentemente das de direito real, é o de que a cooperação de outrem, em regra, mas não somente, o devedor, constitui elemento indispensável para o exercício dos direitos e pretensões que a integram. Sem o adimplemento da obrigação pelo devedor, espontâneo ou forçado (por meio do exercício da ação), ou por terceiro, quando possível, não se realiza o direito do credor. Ninguém pode fazer adimplir, por si próprio, obrigação de que seja credor [...]. Em qualquer hipótese, nas obrigações de dar, de fazer ou de não fazer, há necessidade de que outrem a satisfaça, mesmo em lugar do devedor, substituindo-o, quando possível (obrigações não personalíssimas), até pela substituição do adimplemento por indenização (obrigações personalíssimas de fazer). E esse ato de adimplemento configura, precisamente, a necessidade de cooperação que caracteriza o direito pessoal.⁶⁴

Por conseguinte, as relações jurídicas relativas são sempre de direito pessoal⁶⁵ e as as relações de direito pessoal de natureza patrimonial são sempre de direito relativo⁶⁶, não obstante os critérios de suas respectivas classificações sejam distintos. Pode-se afirmar, portanto, que a relação jurídica obrigacional (composta por crédito-débito) se distingue das demais pela sua relatividade, pessoalidade e patrimonialidade.

3.3.2. Objeto da relação jurídica

Por sua vez, o objeto da obrigação é a prestação de dar, fazer ou não fazer. O devedor é o polo da relação, porém o direito de crédito não recai sobre a *pessoa*, mas sobre o *ato*, pois o bem, nos “direitos de crédito, é, no fundo, ato do devedor (*dare, facere, non facere*). [...] O bem é o ato. Quem é obrigado ao ato é o devedor”⁶⁷. Portanto, a pessoa do devedor é o sujeito, enquanto o ato é o bem devido. Compreensão diversa incorre na confusão entre o sujeito passivo e o objeto da relação jurídica obrigacional. Aqui, o objeto da relação está no patrimônio do

⁶³ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 19

⁶⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §41, p. 227

⁶⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §40, p. 215

⁶⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §41, p. 227

⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit., t. XXII. §2679, p. 14

sujeito passivo (independentemente da existência do objeto da prestação, *i.e.* o objeto mediato da obrigação) e é “devido como ato do devedor”⁶⁸.

Ao contrário, as relações jurídicas reais recaem sobre a coisa alheia ao seu patrimônio, não sobre ato positivo ou negativo de determinada pessoa⁶⁹. Quer dizer, nas relações obrigacionais o objeto não está no patrimônio do sujeito ativo (credor), ao passo que nas relações reais o objeto integra seu patrimônio. Nessa esteira, Orlando Gomes afirma que a distinção entre a relação jurídica de direito real e obrigacional é um imperativo da vida econômica do ser humano, sendo que naquela há uma dominação de coisas e nesta uma utilização de indivíduos por outros indivíduos - donde deriva a relatividade pessoal da relação - com vistas às satisfações de seus respectivos interesses⁷⁰.

Ademais, no entendimento de certa linha doutrinária, o objeto deve ter caráter patrimonial⁷¹, dado que o direito obrigacional também é o retrato do funcionamento do sistema econômico⁷². Para tanto, é essencial tomar como ponto de partida a noção de que todo sujeito de direito é uma fonte perene de patrimonialidade⁷³, sendo o patrimônio compreendido como um complexo de relações jurídicas economicamente apreciável⁷⁴. Logo, esse contempla apenas as obrigações patrimoniais, divididas entre as reais e as pessoais⁷⁵. Quando a prestação tem cunho pecuniário, a patrimonialidade é facilmente identificada; contudo, em muitas outras obrigações pessoais, uma estimação pecuniária nem sempre é possível, inclusive no cálculo de perdas e danos.

Nessas situações, Caio Mário da Silva Pereira apresenta dois argumentos em prol da patrimonialidade do objeto⁷⁶. O primeiro é a atribuição implícita, pela lei, de valores pecuniários às prestações que as partes não tenham fixado o *quantum*, a exemplo do disposto nos arts. 239 e 248, CC⁷⁷. Mesmo que os sujeitos não tenham conferido valor pecuniário genético, o Código Civil converte em equivalente

⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit., t. XXII. §2680, p. 15

⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit., t. XXII. §2680, p. 15

⁷⁰ GOMES, Orlando. Op. Cit. §1, p. 5

⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit., t. XXII. §;, p. 40

⁷² GOMES, Orlando. Op. Cit. §2, p. 8

⁷³ NONATO, Orosimbo. Op. Cit. p. 11

⁷⁴ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 455

⁷⁵ NONATO, Orosimbo. Op. Cit. p. 12

⁷⁶ SILVA PEREIRA, Caio Mário. Op. Cit. v. II. §128, pp. 22-23

⁷⁷ Art. 239. Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos.

Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

econômico as obrigações, seja de dar ou de fazer, que o devedor culposamente inadimpla. Assim, a interpretação dos contornos da lei determina que “a patrimonialidade do objeto é ínsita em toda obrigação”⁷⁸. O segundo argumento é de que a patrimonialidade - ao lado da pessoalidade e relatividade - é justamente aquilo que distingue a obrigação em sentido estrito dos demais deveres jurídicos (e.g. fidelidade conjugal, deveres decorrentes do poder familiar)⁷⁹. Escorado no conteúdo do art. 1.174 do Código Civil Italiano que declara a economicidade da prestação⁸⁰, Caio Mário faz a ressalva de que o caráter patrimonial do objeto não importa que a prestação sempre tenha um valor pecuniário ou de troca. Não obstante falte a economicidade do objeto:

subsiste a juridicidade da obrigação, porque o conceito de interesse se estende até o ponto de envolver, dentro de limites razoáveis, ao valor de afeição - *pretium affectionis* - e, aí, recebe o objeto um caráter patrimonial infrequente, mas nem por isso inábil a permitir a configuração da *obligatio*. A razão está em que o interesse do credor pode ser apatrimonial, mas a prestação deve ser suscetível de avaliação em dinheiro.⁸¹

Em suma, o elemento objetivo da relação jurídica obrigacional é a prestação dotada de patrimonialidade, *i.e.* um ato humano, adimplido mediante a tradição de alguma coisa ou omissão/ação positiva. A determinação das categoriais eficaciais nucleares da relação jurídica obrigacional é a mera tradução de uma operação econômica em termos e compromissos jurídicos; é a veste jurídica de uma prestação econômica⁸². O objeto, portanto, concentra em si os interesses lícitos dos sujeitos da relação obrigacional, atraindo a tutela do ordenamento⁸³.

3.3.3. *Vinculum iuris*

Enfim, o terceiro componente é o *vinculum iuris*. Aqui estão presentes todas as categorias eficaciais da obrigação⁸⁴: a relação jurídica em si e seu conteúdo (direito, dever, pretensão, obrigação, ação)⁸⁵. É o poder criador da relação jurídica, porquanto o termo “poder” signifique o controle da possibilidade de ação de outrem. É o vínculo que juridiciza a relação, elevando-a a um patamar distinto dos deveres

⁷⁸ SILVA PEREIRA, Caio Mário. Op. Cit. v. II. §128, p. 22

⁷⁹ SILVA PEREIRA, Caio Mário. Op. Cit. v. II. §128, p. 23

⁸⁰ Art. 1.174. La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale del creditore.

⁸¹ SILVA PEREIRA, Caio Mário. Op. Cit. v. II. §128, p. 23

⁸² ROPPO, Vincenzo. O Contrato. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 127

⁸³ GOMES, Orlando. Op. Cit. §1, p. 5

⁸⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §35, p. 190

⁸⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. p. 247

morais⁸⁶, de tal modo que “*la théorie des obligations n’est que la traduction juridique des rapports économiques et moraux entre les hommes*”⁸⁷. Este poder se traduz na sujeição relativa do devedor diante do direito subjetivo do credor, uma vez que a liberdade dos sujeitos é, simultaneamente, condição para o nascimento do *vinculum* e objeto de restrição por força desse mesmo vínculo. É o elo jurídico fundamental do direito subjetivo.

A palavra obrigação (*obligatio = ob + ligatio*) contém em si mesma uma noção de liame, elo e vinculação que restringe as possibilidades de ação de um sujeito⁸⁸, ou seja, restringe sua liberdade positiva (espaço de autodeterminação da pessoa sobre sua existência e seu agir) e negativa (espaço de não coerção e de mínima restrição à autorregulamentação de interesses privados)⁸⁹. A ideia de *vinculo* está presente desde as raízes romanas clássicas e justinianeias. Em suas instituições, o jurisconsulto Paulo escrevia que “*obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*”⁹⁰. No mesmo sentido, as Institutas do Imperador Justiniano lecionavam, logo na abertura do tema, que “*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei*”⁹¹.

Esta nota histórica não pretende exaurir as características do direito obrigacional romano em suas diferentes eras, tampouco transplantar um conceito de forma anacrônica, mas, sim, de demonstrar, em consonância com Caio Mário e Orosimbo Nonato, que a estrutura dogmática do vínculo obrigacional não apresenta diversidade essencial no curso dos séculos, guardada as devidas proporções⁹². O conceito permanece vivo e eficaz⁹³. Deve-se reconhecer que a fórmula justinianeia

⁸⁶ GOMES, Orlando. Op. Cit. §7, p. 16

⁸⁷ PLANIOL, Marcel. RIPERT, Georges. Droit Civil. v. 6. p. 3 *apud* NONATO, Orosimbo. Op. Cit. p. 55

⁸⁸ ZIMMERMANN, Reinhard. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. 1. ed. New York: Oxford Press, 1996. p. 1; SILVA PEREIRA, Caio Mário. Op. Cit. v. II. §126, p. 3

⁸⁹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro. 2009. vii, 395f Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 19/06/2009. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/19174>. Acesso em: 3 nov. 2023. p. 15; p. 27

⁹⁰ D. 44, t. 7, fr. 13, pr.: “Consiste a substância da obrigação não em sujeitar a própria pessoa do devedor ou fazê-lo servo do credor; mas em constrangê-lo a uma prestação abrangente de um dar ou de um fazer”. *In*: SILVA PEREIRA, Caio Mário. Op. Cit. v. II. §126, p. 5

⁹¹ Inst. 3, 13, pr.: “A obrigação é o vínculo jurídico em razão do qual, de acordo com os nossos direitos pátrios, compulsoriamente <(por necessidade jurídica)> nos sujeitamos a pagar alguma coisa”. *In*: MORAES, Bernardo Queiroz de. Institutas de Justiniano: primeiros fundamentos de direito romano justinianeu. 2 ed. São Paulo: YK Editora, 2021. p. 229

⁹² SILVA PEREIRA, Caio Mário. Op. Cit. v. II. §126, p. 4

⁹³ NONATO, Orosimbo. Op. Cit. p. 64

do *vinculum iuris* é inevitável, apesar de não ser totalmente adequada ao direito contemporâneo, visto que focaliza no polo passivo da relação e não diferencia a obrigação em sentido estrito das demais obrigações jurídicas, sem se referir à sua patrimonialidade e relatividade⁹⁴. Além disso, não abrange todas as espécies de obrigação, no sentido amplo de prestação⁹⁵. Inclusive, após Caio Mário e Orosimbo Nonato perscrutarem dezenas definições estipulativas de obrigação feitas por eminentes juristas modernos, ambos concluem pela permanência da *obligationum substantia* romana, mesmo que velada na linguagem codificadora dos séculos XIX, XX e XXI⁹⁶. A sensatez de Orosimbo Nonato resume o sentimento deste estudo quanto à pertinência simbólica e dogmática das noções romanas de obrigação: “êrro seria - e de maior graveza - o oblívio das lições do passado; maior, entretanto, procurar a perfeição nas instituições caducas”⁹⁷.

Em síntese, o vínculo está em todos os conceitos do instituto, que resta preso, em maior ou menor medida, à construção romana⁹⁸. Mesmo que o jurista intente evitá-lo “jamais logrará afastar a insinuação de que em toda obrigação há um liame, um laço entre os sujeitos”⁹⁹. Todavia, é inegável que “*l’antica e sempre vera definizione romanística*” requer tempero dogmático e adaptação social, como se estivesse paradoxal e simultaneamente “*ben longgi dall’essere chiara ed esauriente*”¹⁰⁰.

Este *vinculum*, apesar de obrigar as partes, não subordina uma a outra; em verdade, o elo meramente coordena interesses dos sujeitos, com espeque no exercício da autonomia privada. Essa coordenação não escraviza a personalidade do devedor, mas emprega-lhe parte de sua atividade, *i.e.* uma liberdade materializada na prática de atos (dar, fazer ou não fazer)¹⁰¹.

Mas em que consistiria a substância deste vínculo? Muitos autores, escorados na chamada teoria dualista da obrigação, identificam o *Schuld* (dívida) e o *Haftung* (responsabilidade ou garantia) como o conteúdo da relação jurídica obrigacional. Esses conceitos surgiram na doutrina alemã no século XIX a partir das

⁹⁴ SILVA PEREIRA, Caio Mário. Op. Cit. v. II. §126, p. 5

⁹⁵ GOMES, Orlando. Op. Cit. §7, p. 15

⁹⁶ SILVA PEREIRA, Caio Mário. Op. Cit. v. II. §126, pp. 6-7; NONATO, Orosimbo. Op. Cit. pp. 66-73

⁹⁷ NONATO, Orosimbo. Op. Cit. p. 55

⁹⁸ NONATO, Orosimbo. Op. Cit. p. 66; p. 72

⁹⁹ SILVA PEREIRA, Caio Mário. Op. Cit. v. II. §126, p. 5

¹⁰⁰ PACCHIONI, Giovanni. Trattato della Gestione degli Affari Altrui. p. 2 *apud* NONATO, Orosimbo. Op. Cit. p. 73

¹⁰¹ NONATO, Orosimbo. Op. Cit. p. 109

teorizações de Alois Brinz, August Immanuel Bekker e Otto Von Gierke. O *Schuld* “consiste no dever de prestar, na necessidade de observar certo comportamento”, ou seja, é o dever jurídico de prestar puro e simples¹⁰². Já o *Haftung* é a responsabilidade e coerção patrimoniais do devedor exercida por meio da prerrogativa do credor de tomar bens para o adimplemento forçado da obrigação, quer dizer, é uma sujeição do patrimônio do sujeito passivo¹⁰³. Ambos coexistem na obrigação, de forma que não é correto afirmar que só há responsabilidade sem satisfação do débito¹⁰⁴.

O ensinamento de Moreira Alves aponta duas distinções entre *Schuld* e *Haftung*. A primeira é de que a dívida não tem natureza coativa, pois o devedor tem a possibilidade de cumprir ou não a prestação; por outro lado, a responsabilidade tem uma coatividade vinculante. A segunda diferença é a de que a dívida surge logo na gênese da obrigação, enquanto a responsabilidade surge potencialmente, apenas se a prestação não for cumprida¹⁰⁵. Quer dizer, o patrimônio pode ser um meio de execução que secundária e subsidiariamente torna-se objeto da prestação enquanto for uma garantia do credor contra o devedor inadimplente¹⁰⁶. Nesse sentido, a responsabilidade ostenta uma dupla função: preventiva, induzindo o devedor psicologicamente ao pagamento; caso de insuficiência, garantista da satisfação do credor mediante a provocação da tutela jurisdicional¹⁰⁷.

Mais do que um refinamento teórico, a distinção entre esses componentes do *vinculum iuris* é a que melhor explica a racionalidade jurídica do livro das obrigações do Código Civil Brasileiro de 2002. Para além de facilitar o entendimento didático da relação jurídica obrigacional, pode-se afirmar, em consonância com José Fernando Simão, que o direito brasileiro efetivamente adotou esta teoria dualista da obrigação¹⁰⁸.

¹⁰² SIMÃO, José Fernando. A Teoria Dualista do Vínculo Obrigacional e Sua Aplicação ao Direito Civil Brasileiro. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v. 3, 6 set. 2013. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/80. Acesso em: 1 nov. 2023. p. 169

¹⁰³ SIMÃO, José Fernando. Op. Cit. p. 169

¹⁰⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 83

¹⁰⁵ ALVES, Jose Carlos Moreira. Direito romano. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. I. p. 5

¹⁰⁶ NONATO, Orosimbo. Op. Cit. p. 111

¹⁰⁷ SILVA PEREIRA, Caio Mário. Op. Cit. v. II. §128, pp. 25-26

¹⁰⁸ SIMÃO, José Fernando. Op. Cit. p. 180

Do sobredito, este terceiro elemento da relação jurídica obrigacional nada mais é senão o liame entre credor e devedor que confere àquele poderes correlativos a certos deveres deste, de forma a viabilizar o adimplemento¹⁰⁹.

Eis, portanto, o substrato dogmático da obrigação: sujeito, objeto e o vínculo. Agora, deve-se sistematizar estes conceitos com o rigor técnico de Pontes de Miranda. Este leciona que o “Direito das Obrigações trata de direitos, deveres, pretensões, obrigações e ações” como todos os outros ramos do direito¹¹⁰. Ao direito corresponde o dever; e à pretensão corresponde a obrigação. Logo, a pretensão resulta do direito e a obrigação resulta do dever¹¹¹. Se a obrigação não é adimplida, surge a ação que visa condenar o devedor-demandado a prestá-la, por meio da tutela jurisdicional do direito¹¹². A prestação oriunda da obrigação chama-se primária, se advinda de execução específica, chama-se secundária, uma vez que o devedor não possui a *facultas alternativa* entre a satisfação da obrigação e a execução (se couber) ou perdas e danos¹¹³. Enfim, o acionado pode se defender com a exceção.

Em linguagem cristalina, explica Bernardes de Mello:

Direito, pretensão, ação e exceção, bem como dever, obrigação, situação de acionado e situação de excetuado, são categorias eficazes que consistem em situações diferentes dentro de uma relação jurídica, a saber: (a) o direito e seu correlato dever existem *in potentia*, de modo que são inexigíveis só por si; (b) a pretensão e sua correspondente obrigação nascem a partir do momento em que o direito se torna exigível: constituem a fase de exigibilidade do direito; (c) a ação e a correspondente situação de acionado nascem quando, descumprida a obrigação, o direito se torna impositivo: é o momento da impositividade do direito; (d) a exceção e a situação de excetuado, que lhe corresponde, existem quando o devedor é titular de um direito que, sem negar a existência da pretensão do credor, a ela se opõe, encobrindo-a ou extinguindo-a.¹¹⁴

Na relação jurídica obrigacional, o direito pessoal é o crédito, que atribui ao credor o direito à prestação e faz o devedor devê-la. Ainda, esclarece Pontes de Miranda que “o crédito é *direito relativo*: em princípio, a direção do crédito, ou das obrigações e ações que dele se irradiam, é contra o devedor, ou obrigado, ou sujeito passivo da relação”¹¹⁵. É o direito de crédito que faz surgir a pretensão e a ação, sem com eles se confundir¹¹⁶. Por sua vez, a pretensão é o poder de exigir a

¹⁰⁹ SIMÃO, José Fernando. Op. Cit. p. 168

¹¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXII. §2679, p. 12

¹¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXII. §2680, p. 24

¹¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXII. §2680, p. 19

¹¹³ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 83

¹¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. p. 265

¹¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXII. §2679, p. 9

¹¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXII. §2680, p. 17

prestação¹¹⁷, na hipótese do devedor não ter satisfeito a obrigação. Caso contrário, pode-se exercer a ação - que não só exige a prestação, mas age efetivamente através da provocação da tutela jurídica estatal.

Em síntese metafórica, leciona Pontes de Miranda:

Quem deve está em posição de ter o *dever* de adimplir. Pode não estar obrigado a isso. Então, há o dever, e não há a obrigação. Os que, em matéria de ciência jurídica, empregam “dívida” e “obrigação” como se fôssem sinônimos procedem como quem falasse do “arqueiro”, referindo-se a homem que não tem arco, embora o pudesse ter e costumasse andar armado de arco. Que é o “arqueiro”? perguntaria algum ouvinte; e com razão. Arqueiro é o fabricante de arcos; arqueiro é o que luta com arco; e arqueiro é o jogador de futebol que fica à entrada do arco, para impedir que a bola entre. O crédito é como o arqueiro, o homem que peleja com o arco. Pode estar armado ou não estar. A arma é a *pretensão*. Crédito sem pretensão é crédito mutilado, arqueiro sem arco. Existe o crédito, porém não se pode exigir.¹¹⁸

Nesse esquema, a relação jurídica obrigacional tem, de um lado, o sujeito ativo, titular em ato do direito e em potência da pretensão e da ação; e, do outro, o sujeito passivo, titular em ato do dever e em potência da obrigação *stricto sensu*. O *vinculum iuris* tem o *Schuld* materializado na relação direito-dever, ao passo que o *Haftung* concretiza-se na relação pretensão-obrigação, donde pode resultar a ação. O objeto, *i.e.* o ato humano de prestar, integra o próprio conteúdo do vínculo, sem com ele se confundir.

Por fim, não menos relevante é a noção de exceção e objeção e suas respectivas influências na relação jurídica obrigacional. A exceção é o “direito de alegar o que encubra a eficácia do direito, da pretensão, da ação ou da própria exceção que se exerce contra o titular do *ius exceptionis*”¹¹⁹. Há um direito que encobre a exigibilidade de um negócio existente, válido e eficaz. Por outro lado, a objeção é uma mera alegação de fato - não de direito - impeditivo ou extintivo da obrigação¹²⁰. É na esfera da objeção que se enquadra o fenômeno do caso fortuito ou da força maior.

Por conseguinte, a obrigação jurídica apresenta o seguinte perfil abstrato¹²¹:

¹¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit., t. XXII. §2680, p. 16

¹¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXVI, §3102, p. 5

¹¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXII. §2680, p. 28

¹²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXII. §2680, p. 29

¹²¹ MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. §35, p. 189



Em outras palavras, a relação jurídica obrigacional requer a existência de um crédito, do qual emanam todos os outros elementos, de forma que sua existência independe da pretensão e da ação. Um crédito não vencido, por exemplo, carece de pretensão e ação, mas não implica na inexistência da obrigação jurídica. Por conseguinte, o crédito existe desde o instante que a prestação é *devida*, mas a pretensão só existe quando a prestação pode ser *exigida*¹²².

3.4. SÍNTESE

Eis o retrato da forma e do conteúdo da relação jurídica obrigacional. Após a incidência da norma jurídica sobre um suporte fático, alguns fatos da vida são juridicizados e ingressam no mundo jurídico. O mundo jurídico, em termos metodológicos, apresenta três planos distintos: a existência, a validade e a eficácia. Portanto, o exame consciencioso da obrigação conduz à conclusão que: (i) no plano da existência, as fontes da obrigação são, por excelência, os fatos jurídicos, independentemente de sua espécie; (ii) no plano da validade, os atos jurídicos *lato sensu* demandam certos requisitos quanto ao sujeito, ao objeto e à forma para perfectibilizar a irradiação de seus efeitos; e (iii) no plano da eficácia, a substância da relação jurídica é representada pelas categorias eficaciais do direito de crédito, dever de débito, pretensão, obrigação *stricto sensu*, ação e exceção. Nesse esquema, a relação jurídica é composta pelo credor (sujeito ativo), devedor (sujeito passivo), objeto (obrigação *stricto sensu*) e o *vinculum iuris*, donde se irradiam e se conectam as categorias eficaciais. Tem-se, portanto, a elaboração *estática* do significado da obrigação. Agora, antes de analisar o fenômeno do caso fortuito ou de

¹²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXII. §2680, p. 18

força maior, é necessário *dinamizar* os elementos obrigacionais com o intuito de compreender como a relação se forma, desenvolve e se extingue.

4. DA OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO

4.1. DINAMISMO DO PROCESSO OBRIGACIONAL

A adequada compreensão do fenômeno obrigacional não pode se restringir aos conceitos estáticos e singulares de direito, dever, pretensão, obrigação, ação e exceção. Quer dizer, a obrigação não se limita à soma destas categoriais eficaciais; em verdade, forma um conjunto orgânico composto por várias fases de desenvolvimento, com vistas a uma finalidade própria¹²³. Essas categorias estão interligadas entre si (pois todas são efeitos do direito de crédito) e vetorizadas ao adimplemento da obrigação (sua extinção fisiológica pelo cumprimento da obrigação de dar, fazer ou não fazer).

Esta complexidade e dinamicidade da obrigação são um reflexo das demandas do tráfego jurídico contemporâneo¹²⁴. Dessa forma, percebe-se que a obrigação não pode ser emoldurada como um simples conjunto inerte de categoriais eficaciais, mas, sim, como uma realidade dinâmica que nasce, se desenvolve e se extingue em resposta às circunstâncias de fato e de direito que a orbitam. Para tanto, a teoria do fato jurídico é fundamental ao estudo da obrigação, porém não a exaure.

Para compreender a obrigação como um sistema dinâmico de processos, este trabalho adota o marco teórico preconizado por Clóvis do Couto e Silva, sintetizado na tese “A obrigação como processo”. A proposta da obra é “salientar os aspectos dinâmicos que o conceito de dever revela, examinando-se a relação obrigacional como algo que encadeia e desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor”¹²⁵. Portanto, o adimplemento constitui a

¹²³ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 20

¹²⁴ Por exemplo, no mesmo instrumento contratual estão previstos inúmeros direitos e obrigações recíprocas e/ou dependentes entre as partes; no caso de contratos coligados, o desenvolvimento de uma relação obrigacional está intimamente vinculada ao desenvolvimento de outra; por força do princípio da boa-fé objetiva, surgem deveres laterais de conduta que geram deveres correspondentes, independente de previsão expressa em contrato ou do cumprimento da obrigação *stricto sensu*; ou, como último exemplo, um ato ilícito pode resultar em vários tipos de obrigações de reparar em decorrência da natureza dos danos, sejam eles materiais, morais, contratuais, coletivos, existenciais, etc.

¹²⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 17

dimensão teleológica da obrigação, norteia seu desenvolvimento e encadeia uma sequência de atos a ele tendentes por meio de uma ordem de cooperação entre os sujeitos - representada pelo *vinculum iuris* - para sua realização¹²⁶. Aliás, é justamente a cooperação que diferencia a relação de direito pessoal da real (cf. tópico 3.3.1), pois esse conjunto de atividades cooperativas, pré-determinadas nas categorias eficaciais, é o que resulta na satisfação do interesse do credor e compõe, em essência, a obrigação¹²⁷.

Em síntese irretocável de Couto e Silva, “a obrigação é conceito finalístico; dirige-se, sempre, ao adimplemento ou à satisfação do interesse do credor”¹²⁸. A obrigação, portanto, se exaure com seu do adimplemento¹²⁹.

Mas em que consiste o adimplemento? Em seu sentido estrito, o adimplemento é *um dos modos de extinção* da obrigação, ao lado dos modos eventuais de satisfação, os modos não necessariamente satisfativos, os modos por satisfação do credor sem adimplemento, o modo por execução forçada, os modos sem satisfação do credor, os modos por atitudes desconstitutivas dos figurantes e o modo por fato a que concerne a natureza das dívidas ou por lei¹³⁰. Vê-se, então, a existência de vários *modos de extinção* da dívida, sendo o adimplemento apenas *uma* de suas espécies, inobstante constitua a finalidade, por excelência, de toda relação jurídica obrigacional, ao menos em seu momento genético. Quer dizer, a causa final da obrigação é a satisfação e consequente liberação, embora isso nem sempre ocorra¹³¹.

Face essa pluralidade de modos de extinção, Pontes de Miranda anota dois sentidos possíveis de adimplemento¹³²: na acepção estrita adotada por este estudo, restringe-se à prestação pelo devedor diretamente ao credor; na acepção larga, engloba qualquer liberação ou qualquer satisfação da obrigação, incluindo outros meios de extinção satisfativos da dívida, inclusive de terceiros¹³³. Ou seja, quanto ao conteúdo, o adimplemento satisfaz a prestação e, quanto ao efeito, ele libera do

¹²⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 19

¹²⁷ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 20

¹²⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 168

¹²⁹ NONATO, Orosimbo. Op. Cit. p. 72

¹³⁰ Estes distintos modos de extinção da obrigação são esquematizados por Pontes de Miranda no sumário dos tomos XXIV e XXV do Tratado de Direito Privado.

¹³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXIV §2902, p. 72

¹³² Por conta de vicissitudes históricas e linguísticas, a palavra “adimplemento” pode ser tomada como sinônimo de “pagamento” (normalmente usada para adimplemento pecuniário) ou “solução”.

¹³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXIV. §2902, pp. 72-73

*vinculum iuris*¹³⁴. O ato do adimplemento (prestar, satisfazer) é distinto de seu efeito (solver, liberar).

Deve-se esclarecer, contudo, que o adimplemento é prioritariamente obtido por meio da prestação primária (*i.e. Schuld*, o débito) e, apenas subsidiariamente, via prestação secundária (*i.e. Haftung*, a responsabilidade patrimonial pelo exercício da pretensão e ação), seja por execução específica ou perdas e danos, conforme o caso¹³⁵. Portanto, a obrigação como processo fornece um “programa”, um “caminho”, um “roteiro”, de como a obrigação deve progredir e quais atos os sujeitos devem praticar com vistas ao adimplemento, *i.e.* sua extinção fisiológica, seja ela prevista num suporte fático normado (programa previsto em lei), num suporte fático negocial (programa previsto no regulamento do negócio jurídico oriundo da autonomia privada) ou, até, pela conjunção de ambos¹³⁶.

Dito isso, a adequada compreensão do dinamismo do processo obrigacional - composto pelo nascimento, desenvolvimento e extinção, sem exclusão das fases pré e pós obrigacionais - só é possível mediante a exposição de três princípios angulares, adiante analisados: a separação dos planos obrigacionais, a autonomia privada e a boa-fé objetiva.

4.2. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PLANOS

O princípio da separação dos planos auxilia a compreensão do processo obrigacional na medida que separa a fase de nascimento e desenvolvimento da obrigação da fase de seu adimplemento. No primeiro plano, é criado o *vinculum iuris* que une os sujeitos em torno do objeto, bem como o desenvolvimento dinâmico de suas categoriais eficaciais; no segundo plano, ocorre o afastamento dos sujeitos e sua liberação do vínculo pelo cumprimento das prestações nucleares e acessórias¹³⁷. É certo, ainda, que nem sempre uma obrigação é adimplida e muitos outros fatores podem causar sua extinção (*e.g.* o caso fortuito ou de força maior).

No direito brasileiro, o princípio da separação dos planos refere-se à divisão meramente relativa entre a operatividade do direito obrigacional e do direito real¹³⁸.

¹³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXIV. §2.902, pp. 71-72

¹³⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 168

¹³⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 168

¹³⁷ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 43

¹³⁸ Isto porque o Código Civil Brasileiro condiciona a eficácia da tradição à existência de negócio jurídico antecedente. *In*: SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 49

Por conseguinte, quando o ato de adimplemento importa transmissão de propriedade - o que ocorre, via de regra, nas obrigações de dar -, o nascimento e desenvolvimento da relação jurídica está situado no plano obrigacional, ao passo que o ato de adimplemento, consubstanciado na transmissão de propriedade, está no plano real¹³⁹. Por vezes, se a obrigação consiste em fazer ou não fazer, o adimplemento se situa no próprio plano obrigacional, o que, contudo, não elimina a distinção entre as diferentes fases da obrigação¹⁴⁰.

Este rigor dogmático não se trata de uma trivialidade, pois a separação dos planos é um instrumental teórico de tripla função. A primeira, conforme Couto e Silva, é a de que:

a divisão em planos não tem por finalidade apenas determinar se o ato é abstrato ou causal, ou diferenciar nascimento da obrigação do seu adimplemento, mas é útil, sobretudo, ao estabelecimento de um discrimine entre os princípios e os requisitos dos atos que se inserem num e noutro setor. Esse discrimine é básico, e tem sua maior importância quando se trata de adimplemento que consista na transferência de propriedade.¹⁴¹

Quer dizer, o fato jurídico que cria a obrigação é distinto daquele que a adimple. Em se tratando de negócio jurídico, a vontade de contrair uma obrigação pressuporia a vontade de adimpli-la, embora a vontade de ambos os atos não se confundam¹⁴². Ou seja, esta vontade estaria co-declarada naquela, como se essa vontade unitária - integrante do suporte fático de nascimento da obrigação - fosse bifurcada. Todavia, a co-declaração está relacionado ao negócio jurirreal, não com o fato jurídico da transferência da coisa¹⁴³. Por conseguinte, o fato da vontade estar presente no suporte fático no plano obrigacional não quer dizer que estará necessariamente, mas potencialmente, presente no plano do adimplemento. Basta pensar que um contrato de compra e venda de imóvel, por si, não tem eficácia real, pois o que transfere a propriedade é o registro na matrícula (art. 1.245, CC) oriundo de acordo de transmissão de propriedade (negócio jurídico distinto da compra e venda), embora a vontade de transmitir a propriedade (ato de adimplemento) esteja contida na vontade de vender. Já nos casos de bens móveis, a transferência da propriedade ocorre com a tradição (art. 1.267, CC). Em suma, a separação de

¹³⁹ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 44

¹⁴⁰ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 167

¹⁴¹ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 54

¹⁴² SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 52

¹⁴³ O negócio jurídico jurirreal - resultante num direito formativo de direito real, não no direito real em si - e o negócio jurídico obrigacional são espécies do negócio jurídico patrimonial, distinto dos negócios extrapatrimoniais. In: MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. §55, pp. 282-283

planos importa não só um constante diálogo entre direito real e obrigacional, mas também uma separação entre e a formação dos direitos-deveres obrigacionais e sua extinção¹⁴⁴. Cada plano é composto por diferentes fatos jurídicos com distintas funções, requisitos e pretensões, embora integrem o sistema da mesma relação jurídica.

A segunda finalidade deste princípio é a determinação do objeto da dívida nas obrigações alternativas ou de dar coisa genérica. Não obstante a individualização do objeto ocorra no plano obrigacional, esta escolha é requisito do adimplemento, pois a satisfação do débito requer a perfeita determinação da coisa para irradiação da eficácia do negócio jurídico dispositivo¹⁴⁵. A título de comparação, a determinação do credor pode ocorrer após a prestação (e.g. consignação em pagamento), porém a escolha do objeto ocorre sempre antes do adimplemento, pois sua existência precede a tradição. Diferentemente, no caso de substituição do objeto da prestação, esse ato localiza-se no plano do adimplemento¹⁴⁶.

Por fim, a terceira finalidade refere-se à ação mais adequada à tutela do direito. Se a demanda versar sobre adimplemento, a ação é pessoal e cabe execução específica; se já houver ocorrido a transferência de propriedade, cabe ação reivindicatória, sem qualquer relação com o vínculo obrigacional originário, pois já extinto¹⁴⁷. A depender do momento do processo obrigacional que surgir a querela, a técnica processual exige uma certa adaptação.

Em virtude do mencionado, resta demonstrado, como já lecionava Clóvis do Couto e Silva, que um dos aspectos centrais do dinamismo do processo obrigacional é a separação relativa entre o plano de nascimento e desenvolvimento da obrigação e o plano de adimplemento, cuja distinção teórica revela importantes consequências práticas, em especial nas obrigações que prevêm dever de transmissão de propriedade. É justamente a distância entre o ato de formação direcionado ao ato de adimplimento que permite definir a obrigação como um processo¹⁴⁸. Adiante, demonstrar-se-á como o caso fortuito ou de força maior podem ensejar alterações nas categorias eficaciais da relação jurídica a depender da fase que o processo obrigacional se encontre.

¹⁴⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 57

¹⁴⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 60

¹⁴⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 169

¹⁴⁷ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 61

¹⁴⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 167

4.3. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA E O REGULAMENTO OBRIGACIONAL

A autonomia privada é um princípio que, para além de permear todo o direito civil contemporâneo, é um dos motores da relação obrigacional e um espaço em que os sujeitos de direito tem a liberdade de autorregrear suas condutas - atribuindo-as uma veste não só econômica, mas também jurídica - mediante a confluência de suas vontades.

Entretanto, a autonomia privada não é um princípio norteador de *todas* as obrigações, apenas de *algumas*, quais sejam, aquelas que a vontade integra o seu suporte fático. Dessa forma, não há, em seu sentido pleno, exercício da autonomia privada numa obrigação oriunda de ato ilícito, fato jurídico *stricto sensu* ou ato-fato, ao passo que desempenha um papel central no negócio jurídico e, em menor relevo, no ato jurídico *stricto sensu*. Em contrapartida, a realidade demonstra que uma imensa porção do tráfego jurídico ocorre por meio de negócios jurídicos. Logo, apesar da autonomia privada não influir em todas as obrigações, ela norteia a formação e o desenvolvimento de grande parte das relações jurídicas obrigacionais presentes no cotidiano do direito. Para a adequada compreensão desta influência, é necessário conceituar estipulativamente a autonomia privada e delimitar seu papel regulamentador nos negócios jurídicos. Nesta empreitada, as lições de Vincenzo Roppo, contidas n' *O Contrato*, constituem o marco teórico concernente à determinação, via autonomia privada, das categorias eficaciais das relações jurídicas obrigacionais advindas de negócios jurídicos.

De acordo com Francisco Amaral, a autonomia privada pode ser vista a partir de sua natureza ou da técnica jurídica:

Sob o ponto de vista técnico, a autonomia privada funciona como verdadeiro poder jurídico particular, traduzido na possibilidade do sujeito agir com a intenção de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem. Tal poder não é, porém, originário. Deriva do ordenamento jurídico estatal, que o reconhece, e exerce-se nos limites que esse fixa; [...] Quanto à sua natureza, a autonomia privada é verdadeiro poder jurídico que se traduz na possibilidade do sujeito atuar para o fim de modificar situações jurídicas subjetivas, próprias ou de outrem.¹⁴⁹

¹⁴⁹ AMARAL, Francisco. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica: perspectivas estrutural e funcional. In: MENDES, Gilmar; STOCCO, Rui. Doutrinas Essenciais de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2, p. 592

Percebe-se, então, que a autonomia privada encerra em si uma série de faculdades¹⁵⁰, como por exemplo a de se obrigar ou não; de determinar as categoriais eficaciais da obrigação; do tempo, modo e lugar da prestação; com quem se obrigar; de escolher o tipo contratual mais adequado aos interesses das partes, etc¹⁵¹. Nessa esteira, a autonomia, enquanto o princípio que confere poder jurígeno aos particulares, é o *instrumento* mediante o qual a vontade integra o suporte fático do negócio jurídico, em especial o contrato¹⁵². A rigor, os particulares não criam normas, mas efeitos “reconhecidos pelo sistema jurídico quando o negócio ingressa no mundo do direito. Há, pois, poder de escolha de efeitos que se juridicizam”¹⁵³. Quer dizer, é um suporte fático negocial, contraposto ao normado, que regulamenta as categorias eficaciais do negócio. Assim, é indispensável debruçar-se sobre a construção do suporte fático negocial (*i.e.* uma parcela do regulamento obrigacional) através da autonomia privada, que contém em si as categoriais eficaciais da relação jurídica obrigacional.

O regulamento obrigacional¹⁵⁴ pode ser definido como o conjunto de direitos e deveres, sejam eles essenciais ou acessórios, que “as partes reciprocamente assumiram e que consubstanciam a operação econômica pretendida, que resultam do conjunto das cláusulas nas quais se articula o texto do contrato”¹⁵⁵. É o conteúdo imperativo do negócio ao qual as partes livremente se submeteram. Essa imperatividade é o ônus do poder jurídico conferido à autonomia privada, visto que a liberdade negocial exige, a seu turno, a responsabilidade patrimonial dos sujeitos¹⁵⁶.

Este regulamento obrigacional advêm de três fontes: a autonomia privada, as normas jurídicas - sejam elas de natureza civil, penal ou administrativa - e as decisões jurisdicionais. A determinação do conteúdo obrigacional como um todo, *i.e.* totalidade das categorias eficaciais, é o resultado da concorrência destas fontes de acordo com as circunstâncias fáticas da relação jurídica¹⁵⁷. Enquanto a autonomia privada é o exercício por excelência da liberdade negocial e fonte principal do

¹⁵⁰ ROPPO, Vincenzo. O Contrato. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 132

¹⁵¹ ROPPO, Vincenzo. Op. Cit. p. 149

¹⁵² LÔBO, Paulo. Direito Civil: contratos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 54-55

¹⁵³ LÔBO, Paulo. Op. Cit. p. 56

¹⁵⁴ Vincenzo Roppo utiliza o termo “regulamento contratual” ao invés de “regulamento obrigacional”. Este estudo, contudo, preferiu adaptar o termo para harmonizá-lo à teoria do fato jurídico e suas premissas metodológicas, considerando que o contrato é uma espécie de negócio jurídico e, portanto, apenas uma das fontes da obrigação.

¹⁵⁵ ROPPO, Vincenzo. Op. Cit. p. 126

¹⁵⁶ ROPPO, Vincenzo. Op. Cit. p. 128

¹⁵⁷ ROPPO, Vincenzo. Op. Cit. p. 140

regulamento, a norma jurídica e a decisão jurisdicional podem limitá-la ou complementá-la, visto que o direito não contempla liberdades absolutas. Quer dizer, embora o poder criador da relação obrigacional seja oriundo do negócio jurídico celebrado *por meio* da autonomia privada, a substância da relação não é determinada - nem poderia, seja por contrariedade à norma, seja por lacuna - *apenas* pela autonomia, mas sim pela dialética das fontes. A síntese desta dialética é o regulamento obrigacional, *i.e.* o suporte fático negocial e normado a que são atribuídos efeitos jurídicos. A conjugação destes vários suportes fáticos oriundos de diferentes fontes define o “arranjo recíproco dos interesses das partes, coenvolvidos na operação econômica e a que o contrato é chamado a dar veste e vinculatividade jurídica”^{158 159}.

Antes de examinar o diálogo entre as outras fontes do regulamento obrigacional e a autonomia privada, é necessário um esclarecimento acerca das espécies de normas jurídicas. Estas podem dividir-se em três categorias: as imperativas, as dispositivas e as interpretativas, como ensina Pontes de Miranda:

O princípio de que se parte é o do auto-regramento da vontade, mas os sistemas jurídicos estabelecem regras cogentes, dispositivas e interpretativas, para que a algo se tenha de atender, ou se atenda, se o manifestante da vontade não disse diferentemente do que a lei edictou, ou se há dúvida sobre o que êle disse.¹⁶⁰

As normas imperativas são inderrogáveis por materializarem assuntos que o legislador considera de ordem pública, ou seja, sua disposição não pode ser alterada pela autonomia privada das partes, de maneira que limita a liberdade dos particulares ou amputa disposições obrigacionais incompatíveis com interesses hierarquicamente superiores do ordenamento¹⁶¹. Em suma, é uma introdução autoritária de categorias eficaciais no regulamento obrigacional, contra a vontade das partes¹⁶². As normas imperativas são a manifestação espraiada, precisa e concreta do conceito abstrato de ordem pública¹⁶³. Nesse sentido, não poderia um fornecedor afastar sua responsabilidade civil objetiva por conta de caso fortuito interno do produto ou de serviço, por força dos arts. 12, 13 e 14, CDC, que

¹⁵⁸ ROPPO, Vincenzo. Op. Cit. p. 126

¹⁵⁹ Não se esqueça, todavia, que no caso dos atos jurídicos *lato sensu*, a eficácia do regulamento contratual está largamente condicionada aos seus requisitos de validade quanto ao sujeito, objeto e forma, previstos na Parte Geral do Código Civil e já tratados no tópico 3.2.

¹⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXIII. §2767, p. 5

¹⁶¹ ROPPO, Vincenzo. Op. Cit. p. 150; p. 193

¹⁶² ROPPO, Vincenzo. Op. Cit. p. 194

¹⁶³ ROPPO, Vincenzo. Op. Cit. p. 190

invalidariam os efeitos da cláusula, considerando que os direitos do consumidor são questão de ordem pública.

Por outro lado, as normas dispositivas são a regra em matéria de direito privado, pois têm aplicação meramente subsidiária no regulamento obrigacional - característica que não reduz sua importância prática. Sua incidência está condicionada à omissão das partes, pois, em caso de existência de cláusula contrária à norma dispositiva, prevalecem os termos pactuados¹⁶⁴. Por isso, estão sujeitas à derrogação pela autonomia privada. No caso do art. 393, *caput*, CC, se as partes determinaram que o devedor responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, não pode o credor responsabilizá-lo com espeque na primeira parte do dispositivo¹⁶⁵.

No que concerne ao caso fortuito ou de força maior, um dos pontos nevrálgicos da dialética de fontes é a chamada teoria dos riscos, *i.e.* a definição do regulamento obrigacional sobre quem suporta os riscos de uma eventual impossibilidade superveniente de prestar a obrigação¹⁶⁶. Não obstante o Código Civil fixe regras - exploradas adiante - acerca da distribuição de riscos para as diferentes espécies de obrigações e para a transmissão de propriedade de bem móvel ou imóvel, as partes, no exercício da autonomia privada, podem dispor de forma diversa. Assim, elas poderiam alocar entre si não só o risco de suportabilidade de perda da prestação decorrente de caso fortuito ou de força maior, mas quais seriam os efeitos (*i.e.* categorias eficaciais) provocados por esse fato necessário, cujo efeito não era possível evitar ou impedir.

Essa liberdade se justifica na medida que o esquema típico previsto pelo legislador nem sempre corresponde às expectativas, possibilidades, interesses, circunstâncias e/ou exigências que as partes se vêem envolvidas. Nessa esteira, o direito das obrigações é o *locus* privilegiado em que os sujeitos de direito podem autorregurar os riscos que estão dispostos a assumir, repartir entre si os ônus, vantagens e sacrifícios demandados pela relação jurídica obrigacional e seu movimento rumo ao adimplemento¹⁶⁷.

¹⁶⁴ ROPPO, Vincenzo. Op. Cit. p. 149

¹⁶⁵ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

¹⁶⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 109

¹⁶⁷ ROPPO, Vincenzo. Op. Cit. p. 148

Conclui-se, portanto, que a dialética de fontes é o que forma o regulamento obrigacional, sendo a autonomia privada seu núcleo. As outras fontes - norma jurídica e decisão jurisdicional - podem ser analisadas sob dois prismas: o procedimental (quanto à construção do regulamento) e o substancial (quanto à natureza dos interesses)¹⁶⁸. Do ponto de vista procedimental, a operatividade da lei e da jurisdição é inseparável; inobstante as leis imperativas e dispositivas integrem o negócio em abstrato, sua aplicação concreta e emanação de efeitos requer um pronunciamento jurisdicional. A norma só incide se o juiz assim decidir e o juiz só pode decidir pela interpretação das leis postas no ordenamento. Quer dizer, existe uma repartição de papéis entre a jurisdição e a norma no regulamento obrigacional¹⁶⁹.

A compreensão que Roppo tem acerca da articulação entre legislação e jurisdição merece um adendo a respeito da atividade interpretativa do julgador. Não se pretende aqui adotar cegamente um suposto cognitivismo interpretativo (o juízo conhece do significado do texto legal e o declara para a solução de um caso), tampouco um mero logicismo na aplicação do direito (o juízo faz uma conexão entre a norma interpretada e o caso concreto). Como bem ponderam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, é equivocada a compreensão de que o papel da jurisdição é a mera declaração da legislação, como se a norma jurídica fosse anterior à atividade interpretativa; pelo contrário, só há norma se há interpretação judicial¹⁷⁰.

Em verdade, “a norma é resultado de um processo que visa a reduzir a equivocidade do texto e concentrar seu significado”¹⁷¹. Nesse sentido, a interpretação judicial recai sobre o *texto* do dispositivo para daí extrair uma *norma*, utilizando como critério reconstrutivo os significados contidos na constituição, na lei, na doutrina e na jurisprudência. É a partir da valoração, individualização e escolha entre vários significados do texto que se obtém a norma. Por isso, o direito padece de uma dupla indeterminação: os textos que compõem os dispositivos legais são equívocos (podem ser ambíguos, complexos, abrangentes, superáveis, complexos, mal redigidos, etc.) e as normas são vagas (pois todo seu raio de alcance e sua aplicabilidade são incertas)¹⁷².

¹⁶⁸ ROPPO, Vincenzo. Op. Cit. p. 166

¹⁶⁹ ROPPO, Vincenzo. Op. Cit. p. 167

¹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. pp. 74-75

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. p. 78

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. pp. 77-78

Por conseguinte, não é possível autonomizar completamente a lei e a valoração judicial enquanto fontes do regulamento obrigacional, mas sim compreendê-las numa unidade funcional em que o texto da primeira pode ser menos equívoco e resultar numa norma menos vaga ou, caso contrário, a atividade interpretativa do juiz, devidamente fundamentada, ganha protagonismo sobre a legislativa.

Isto posto, se a interpretação do direito é descritiva e reconstrutiva de sentidos possíveis dos textos jurídicos, é fundamental que as razões das decisões exaradas pela Corte Superior (Superior Tribunal de Justiça) e pela Corte Constitucional (Supremo Tribunal Federal) constituam precedentes obrigatórios a serem seguidos pelos demais magistrados no seu ofício interpretativo, visto que esse incremento jurisprudencial da ordem jurídica é o que concentra o significado das normas. Lecionam Marinoni, Arenhart e Mitidiero que a força dos precedentes no âmbito processual civil:

consubstancia-se no símbolo maior de colaboração entre o legislativo e o judiciário para a promoção do império do Direito - o legislador oferece textos ao juiz, que reconhece seus significados, possíveis, valorá-los argumentativamente e escolhe um desses significados para adscrever ao texto e reconstruir a norma.¹⁷³

Assim, a interpretação judicial e o sistema precedentalista são componentes da valoração judicial enquanto fonte do regulamento obrigacional, na medida que apresentam-se como balizas teóricas e processuais para que a atividade jurisdicional influencie nas categoriais eficaciais da relação jurídica obrigacional.

Portanto, a construção do regulamento interliga todas as fontes, mas, mediante provocação da jurisdição - seja arbitral ou judicial -, pode ocorrer com uma reduzida ou ampla margem interpretativa. Se a norma é rígida, com baixa densidade interpretativa, reflete uma escolha legislativa explícita e fornece critérios claros de regulamentação, a valoração discricionária do juízo é reduzida¹⁷⁴. Por outro lado, se a norma tem conteúdo genérico, uma redação ampla e/ou é uma cláusula geral, o juízo se vê com largo poder de valoração e interpretação do texto, de modo que é a jurisdição - não o legislador -, por excelência, que lhe confere significado preponderante dentro do regulamento obrigacional. A lógica judicial não é orientada pelos interesses dos particulares, mas por um potencial antagonismo - que nem

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. p. 179

¹⁷⁴ ROPPO, Vincenzo. Op. Cit. p. 167

sempre se realiza - à autonomia privada, de forma a valorar se as categoriais eficaciais almejadas violam valores constitucionais e infraconstitucionais norteadores do ordenamento jurídico e da ordem pública¹⁷⁵. Existe, pois, sob o crivo jurisdicional, uma *reserva* de um poder geral de controle sobre os negócios jurídicos celebrado por particulares e suas consequências econômicas, sem configurar, contudo, uma tutela ou vigilância absoluta¹⁷⁶. O que é vedado ao juízo é a modificação (≠ interpretação) do regulamento: sob o pretexto de interpretá-lo, não se pode atribuir “significado que resulte positivamente não partilhado por nenhuma das partes”, salvo matéria de ordem pública¹⁷⁷. Por conseguinte, Roppo conclui que, *em termos procedimentais*, no primeiro caso, a norma é fonte determinante das categoriais eficaciais da obrigação, já no segundo caso, é a atividade valorativa da jurisdição que é a fonte preponderante¹⁷⁸.

Do ponto de vista substancial, as fontes podem incidir no regulamento enquanto suplemento da autonomia privada (normas e valorações judiciais que suprem as omissões e lacunas do conteúdo obrigacional) ou antagonismo (normas e valorações judiciais contrastantes aos interesses individuais das partes)¹⁷⁹. Portanto, a dialética de fontes não importa, necessariamente, a limitação ou contradição da autonomia privada; pelo contrário, pode respeitá-la e harmonizá-la. Em síntese didática, Vincenzo Roppo:

as determinações do regulamento contratual operadas pela vontade das partes exprimem sempre os poderes de autonomia privada, e, portanto, os interesses desta. As fontes diversas da vontade das partes podem, diferentemente, operar segundo estas variantes: a) valorações legais contrastante com a autonomia privada; b) valorações legais homogêneas e instrumentais da autonomia privada; c) valorações judiciais contrastantes com a autonomia privada; d) valorações judiciais homogêneas e instrumentais da autonomia privada.¹⁸⁰

Do sobredito, um último esclarecimento é necessário. Inobstante a norma imperativa sempre integre o regulamento obrigacional em abstrato, nada impede que as categoriais eficaciais da obrigação sejam tão-somente determinadas pela autonomia privada. Caso as cláusulas pactuadas sejam jurídica e economicamente suficientes ao reto desenvolvimento e adimplemento do processo obrigacional, os sujeitos não cogitarão o exercício do direito de ação perante a jurisdição. Logo,

¹⁷⁵ ROPPO, Vincenzo. Op. Cit. p. 177

¹⁷⁶ ROPPO, Vincenzo. Op. Cit. p. 178

¹⁷⁷ ROPPO, Vincenzo. Op. Cit. p. 174

¹⁷⁸ ROPPO, Vincenzo. Op. Cit. p. 167

¹⁷⁹ ROPPO, Vincenzo. Op. Cit. pp. 167-169

¹⁸⁰ ROPPO, Vincenzo. Op. Cit. p. 168

nestas circunstâncias, pode-se afirmar que apenas a autonomia privada constituiu fonte do regulamento em virtude do suporte fático puramente negocial. É nesta medida que a valoração judicial é uma *reserva* de controle, não um dirigismo, sobre as relações jurídicas de crédito-débito.

Expostas as consequências do princípio da autonomia privada sobre o processo obrigacional, passemos ao terceiro e último princípio dinamizador.

4.4. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O terceiro e derradeiro princípio informador do processo obrigacional é a boa-fé objetiva. Aliás, duplamente objetiva, pois incide sobre conduta exterior *objetiva* que é avaliada segundo as circunstâncias *objetivas* do caso.

Todavia, uma ressalva deve ser feita: a despeito da boa-fé ser um princípio posto numa norma imperativa (e.g. arts. 113, 187 e 422, CC), sua adequada compreensão exige sua autonomização, pois, não obstante pudesse ser analisada no tópico anterior enquanto parte do regulamento obrigacional, a boa-fé *não se limita* ao regulamento nem ao diálogo com a autonomia privada. Em verdade, este princípio ostenta uma “importância verdadeiramente nuclear para o Direito das Obrigações, emparelhando à autonomia privada as ideias de confiança legítima e de cooperação devida em vista da utilidade da prestação”¹⁸¹, de forma a criar uma dialética entre credor e devedor a partir dos elementos estáticos da relação jurídica (direito, dever, pretensão, obrigação, ação e exceção), cuja síntese, oriunda da cooperação dos sujeitos, é o adimplemento¹⁸².

Nesse sentido, não é gratuita a observação de Clóvis do Couto e Silva, ainda na década de 60, que, apesar da boa-fé não estar explicitamente prevista no Código Civil de 1916, ela norteia o dinamismo obrigacional. Inclusive, ela pode até gerar relações jurídicas autônomas e regular outras independentemente do exercício da autonomia privada ou do fato jurídico que as origina.

No tocante aos efeitos jurídicos do caso fortuito ou de força maior, é inegável que a boa-fé, face determinadas circunstâncias, incidirá na relação jurídica obrigacional; contudo, sua densidade não será tão complexa quanto noutras relações de natureza empresarial, em que os negócios prevêm uma série de

¹⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 46

¹⁸² SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 169

direitos e deveres recíprocos. Isso ocorre porque este princípio é um instituto jurídico aberto, em constante construção pela jurisprudência e pela doutrina, de forma que sua eficácia pode se manifestar de três modos principais.

Nessa orientação, leciona Judith Martins-Costa que o instituto da boa-fé não é passível de definição tecnicamente unívoca, mas tão-somente de indicar, por metonímia, três modelos de comportamento exigíveis pelos sujeitos na relação jurídica obrigacional. Assim, a boa-fé pode ser compreendida como:

(i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do alter, copartícipe da relação obrigacional; (ii) baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção ao próprio exercício contratual; e (iii) como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais. Ao assim atuar funcionalmente, a boa-fé serve como *pauta* de interpretação, *fonte* de integração e *critério* para a correção de condutas contratuais (e, em certos casos demarcados em lei, inclusive para a correção do conteúdo contratual).¹⁸³

Vê-se, então que o conteúdo normativo da boa-fé extrapola, em muito, sua concepção como mais uma norma imperativa integrante do regulamento obrigacional, visto que sua densidade normativa é de altíssima complexidade. Logo, o princípio pode indicar, simultânea ou separadamente, os referidos três modelos de comportamento.

O primeiro é o reconhecimento de deveres laterais de conduta (*i.e.* uma fonte de integração obrigacional), não orientados ao adimplemento em si, mas ao padrão de comportamento efetivamente prescrito aos contratantes, consubstanciado no art. 422, CC¹⁸⁴. Por esse motivo, nem todo inadimplemento importa violação da boa-fé objetiva; similarmente, determinadas atitudes das partes face a ocorrência de um caso fortuito ou de força maior podem violar os deveres oriundos da boa-fé, inobstante exista uma crise na relação obrigacional. A crise ou o adimplemento *per se* não autorizam as partes a agirem como bem entenderem; pelo contrário, reforça a necessidade de condutas virtuosas capazes de perfectibilizar ou redirecionar a obrigação, seja à extinção ou outro modo de satisfação¹⁸⁵. Quer dizer, a conformidade do comportamento do credor e do devedor com o princípio da boa-fé não é auferível em abstrato, apenas *in concreto*¹⁸⁶.

¹⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit. p. 45

¹⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit. p. 42; Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁸⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. pp. 37-38

¹⁸⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 38

Esses deveres laterais não se confundem com os acessórios, que auxiliam no cumprimento da prestação principal, de maneira que o correto adimplemento da obrigação pode estar acompanhado de violação aos deveres laterais, que não estão presentes nem no regulamento negocial nem no normado. Basta perceber que o art. 422, CC, é uma cláusula geral que não especifica as espécies dos deveres laterais. Alguns exemplos dessas figuras parcelares são a vedação do comportamento contraditório, a *supressio*, a *surrectio*, os deveres de informar, os deveres de não gerar danos à contraparte ou terceiros, o *duty to mitigate the loss*, etc¹⁸⁷.

O segundo modelo de comportamento é a limitação ao exercício de posições jurídicas ativas inadmissíveis (*i.e.* um critério para a correção de condutas), consubstanciada no *standard* comportamental do art. 187, CC¹⁸⁸. Mesmo aquele sujeito que dispõe de poderes jurídicos não pode exercê-los contra a boa-fé, em correspondência à vedação do abuso de direito¹⁸⁹.

O terceiro modelo, por fim, fornece um parâmetro para a interpretação dos negócios jurídicos (*i.e.* uma pauta de interpretação negocial), nos termos do art. 113, CC¹⁹⁰. Os incisos do §1º apenas explicitam o conteúdo normativo da boa-fé, de maneira que o regulamento obrigacional acordado, em caso de obscuridade ou desentendimento entre os sujeitos, será interpretado a partir de suas condutas, das práticas de mercado, da razoabilidade e proporcionalidade, da racionalidade econômica do negócio, etc. Em síntese, são cânones e padrões objetivos para que o sentido concreto que as partes deram ao regulamento e à finalidade da obrigação sejam apreendidos¹⁹¹.

¹⁸⁷ MARTINS, Raphael Manhães. Análise Paradigmática do Direito das Obrigações: boa-fé, deveres laterais e violações positivas do contrato. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 11, n. 44, 2008. p. 225 e ss.

¹⁸⁸ Art. 187. 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.

¹⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit. p. 43

¹⁹⁰ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

¹⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit. p. 44

Portanto, este é o quadro *geral* dos modelos comportamentais impostos pela boa-fé objetiva no direito civil brasileiro. Não obstante, existem inúmeros modelos *específicos* que estão espalhados na legislação e na jurisprudência, como se fossem explicitações dos modelos gerais em relações jurídicas e categoriais eficazes determinadas¹⁹². Cite-se, por exemplo, o art. 853-A, §8, CC, sobre contrato de administração fiduciária de garantia¹⁹³, e o art. 1.202, CC, sobre condutas objetivas do possuidor que fazem presumir o fim da sua boa-fé subjetiva¹⁹⁴. É justamente o dinamismo subjacente a este princípio que não permite sua compreensão como um conceito encapsulado e uniforme, mas como critério de distinção entre deveres obrigacionais dele advindos e aqueles decorrentes da lei e da autonomia privada¹⁹⁵. Por conseguinte, não seria exagero afirmar que a boa-fé - enquanto fonte de integração - é mais uma fonte do regulamento obrigacional, mesmo que se limite a gravitar sua órbita, sem adentrar o núcleo da obrigação.

Destaque-se que os deveres laterais (art. 422, CC) e a limitação ao abuso de direito (art. 187, CC) podem informar todas as fases da relação jurídica obrigacional ou, até, antes mesmo de sua existência ou após sua extinção, como nas fases pré e pós negociais de um contrato. Por esta razão, a boa-fé não se reduz a mais uma estipulação do regulamento obrigacional, apesar do modelo interpretativo (art. 113, CC) necessariamente incidir sobre uma relação já existente, pois não há como interpretar um negócio que não existe. Nesse sentido, o didatismo de Martins-Costa:

O agir segundo a boa-fé objetiva concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, consideradas a finalidade e a *utilidade do negócio em vista do qual se vinculam, vincularam, ou cogitam vincular-se*, bem como o específico campo de atuação em que situada a relação obrigacional. [g.n.]¹⁹⁶

¹⁹² MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit. p. 45

¹⁹³ Art. 853-A. Qualquer garantia poderá ser constituída, levada a registro, gerida e ter a sua execução pleiteada por agente de garantia, que será designado pelos credores da obrigação garantida para esse fim e atuará em nome próprio e em benefício dos credores, inclusive em ações judiciais que envolvam discussões sobre a existência, a validade ou a eficácia do ato jurídico do crédito garantido, vedada qualquer cláusula que afaste essa regra em desfavor do devedor ou, se for o caso, do terceiro prestador da garantia.

§ 7º Paralelamente ao contrato de que trata este artigo, o agente de garantia poderá manter contratos com o devedor para: I - pesquisa de ofertas de crédito mais vantajosas entre os diversos fornecedores; II - auxílio nos procedimentos necessários à formalização de contratos de operações de crédito e de garantias reais; III - intermediação na resolução de questões relativas aos contratos de operações de crédito ou às garantias reais; e IV - outros serviços não vedados em lei.

§ 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o agente de garantia deverá agir com estrita boa-fé perante o devedor.

¹⁹⁴ Art. 1.202. A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente.

¹⁹⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. Cit. p. 38

¹⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit. p. 43

Em suma, a boa-fé objetiva - seja ela concebida como pauta de interpretação da obrigação, sua fonte de integração e/ou critério para a correção de condutas dos sujeitos - é um princípio que complexifica a relação jurídica obrigacional pela criação de direitos e deveres mútuos entre credor e devedor, para além do regulamento, a fim de imprimir um *mínimo de moralidade* no dinamismo entre as fases de formação, nascimento, desenvolvimento, extinção e pós-extinção do vínculo obrigacional.

4.5. SÍNTESE

Em virtude do mencionado, buscou-se demonstrar a afirmação, feita ao início deste tópico, que a teoria do fato jurídico e seus conceitos centrais não exauram a compreensão do fenômeno obrigacional, apesar de consistirem em ferramentas valiosíssimas a sua análise. A visão estática da obrigação - formada por categoriais eficaciais de caráter pessoal, relativo e patrimonial - assume um novo significado quando posta em movimento, de forma a transformá-la num processo, *i.e.* uma sequência de atos dinâmicos e cooperativos entre devedor e credor, dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas encerradas pelo vínculo, tendentes ao adimplemento - embora este nem sempre ocorra. A obrigação é vista, simultaneamente, sob um prisma fixo e variável¹⁹⁷.

Assim, a relação obrigacional não é composta por um mero conjunto de direitos e deveres abstratos, seguidos por uma exigência de um comportamento (pretensão) e sua realização (obrigação em sentido estrito). É um verdadeiro "caminho" percorrido por seres humanos para a realização de seus interesses sociais, éticos e/ou econômicos sob a tutela do ordenamento jurídico. Esse caminho, se interpretado realisticamente, está sujeito às inúmeras vicissitudes que podem abalar seu adequado cumprimento, como a ocorrência do caso fortuito ou de força maior.

Nesta empreitada de desvendar os meandros do processo obrigacional, posto em movimento a partir da teoria do fato jurídico, mostrou-se necessário recorrer a três princípios - bem como o conceito de regulamento obrigacional - integrantes das fases de nascimento, desenvolvimento e extinção da obrigação.

O princípio da separação dos planos revela a comunicação necessária entre o direito real e o direito obrigacional, para além de distinguir as características dos

¹⁹⁷ NONATO, Orosimbo. Op. Cit. p. 57

atos formativos da relação jurídica dos atos de adimplemento. A autonomia privada representa o poder dos sujeitos de direito em autorregrear suas condutas e atribui-las efeitos jurídicos, de modo a criar, alterar ou extinguir obrigações por meio da vontade racionalmente orientada. O conjunto de efeitos oriundos da dialética entre a autonomia, a lei, a valoração judicial e a boa-fé objetiva compõe o chamado regulamento obrigacional. Por fim, o princípio da boa-fé demonstra o dinamismo do processo obrigacional na medida que os sujeitos não se obrigam apenas àquilo que explicitamente se obrigaram, mas também a uma série de modelos comportamentais (de interpretação da obrigação, de limitação ao abuso de direito e de deveres laterais de conduta) que visam a manutenção da cooperação virtuosa entre os sujeitos. Em suma: a obrigação como processo é a síntese de uma dialética de fontes, de condutas, de fases e de planos.

Sem ignorar outros princípios que incidem sobre o direito das obrigações (*e.g.* relatividade, força obrigatória, função social, etc.), os acima examinados são os que melhor auxiliam na compreensão do fenômeno obrigacional: uma engrenagem - feita pela teoria do fato jurídico - cujo bom funcionamento depende dos sujeitos, suas condutas (boa-fé), suas vontades (autonomia privada) e da técnica jurídica que a revolve (separação dos planos).

Uma vez estabelecidas a forma e a substância da relação jurídica obrigacional, este estudo passa, enfim, a analisar sua resposta à crise da obrigação face a ocorrência de um caso fortuito ou de força maior.

5. DA CRISE NA RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL PROVOCADA PELO CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR

Ao lado das causas negociais e legais, o caso fortuito ou de força maior é uma *causa de alteração* da relação jurídica obrigacional, pois exclui a responsabilidade do devedor. Já a impossibilidade superveniente da prestação, oriunda do caso fortuito ou de força maior sobre o objeto, é uma *causa não satisfativa de extinção* da obrigação¹⁹⁸. Apesar de integrarem uma mesma crise e serem efeitos do mesmo fato, são momentos jurídicos distintos cujas repercussões precisam ser exploradas em minúcia.

¹⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXV. §3056, p. 211

Por definição, o fortuito ou a força maior são um fato jurídico¹⁹⁹ necessário, cujo efeito não era possível evitar ou impedir, que resultam numa *alteração* da obrigação (*i.e.* o alargamento ou restrição de suas categoriais eficaciais) sem quebra da identidade, pois os sujeitos permanecem os mesmos²⁰⁰.

Não obstante a tendência natural da obrigação se incline ao adimplemento, este nem sempre ocorre por inúmeras razões, de maneira que durante o processo obrigacional alguns fatos jurídicos podem modificá-la ou extingui-la. Por conseguinte, é precisa a lição de Rodrigo Xavier Leonardo e Otávio Luiz Rodrigues Jr. ao afirmarem que o descumprimento parcial ou total da obrigação não é sinônimo de inadimplemento, pois o inadimplemento requer não só o descumprimento, mas também a imputação de responsabilidade pela ausência de prestação (art. 392, CC)²⁰¹. Igualmente, o inadimplemento não se confunde com a impossibilidade objetiva de adimplir proveniente de caso fortuito não imputável ao devedor. Assim, diante de fato inevitável, o descumprimento não importa inadimplemento, salvo disposição negocial válida em contrário.

Como demonstrar-se-á adiante, o caso fortuito ou de força maior, em certas circunstâncias, *pode causar* a extinção de responsabilidade, que por sua vez *pode causar* a impossibilidade superveniente da obrigação, que *pode causar* a resolução da obrigação pela extinção da dívida. É um evento não imputável ao devedor que resulta na impossibilidade da prestação²⁰². Quer dizer, este fato jurídico pode acarretar a incidência da norma sobre vários suportes fáticos em efeito dominó, cuja última consequência, via de regra, será a extinção da dívida e a resolução da obrigação.

Assim sendo, percebe-se que a ocorrência do fortuito não tem consequência jurídica unívoca, pois, a depender das circunstâncias de cada obrigação, ele produzirá diferentes efeitos, nem sempre importando a resolução do vínculo, embora essa seja a regra. Tal como este estudo revelou a face estática e a dinâmica da relação obrigacional, na mesma medida e por analogia, prossegue-se à análise da

¹⁹⁹ O “caso fortuito ou força maior caracterizam fato jurídico em sentido amplo, abrangendo fatos em sentido estrito e atos, portanto, acontecimentos derivados da natureza ou da ação humana”. In: MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V, t. II. p. 199

²⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXIII. §2784, p. 61

²⁰¹ RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. As consequências da pandemia e o caso fortuito ou força maior. In: ANASTASIA, Antonio; TOFFOLI, Dias; TEBET, Simone (Org.). Comentários ao REJET (Lei 14.010/2020) pelos autores do anteprojeto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 138

²⁰² MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit. p. 199

definição estática do fato inevitável e, em sequência, à sua influência no processo obrigacional.

5.1. COMPREENSÃO ESTÁTICA DO CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR E SEUS EFEITOS

No interregno entre a celebração de um negócio e a irradiação de seus efeitos, podem suceder eventos que o ordenamento confere consequências modificativas ou extintivas da obrigação, de modo que é necessária averiguar se um fato tem o condão de compor o suporte fático do caso fortuito ou de força maior²⁰³. É distinta, portanto, a impossibilidade originária da obrigação (resultante em nulidade, por força do art. 166, II, CC) da causa modificativa superveniente, como o caso fortuito, que incide já no âmbito da eficácia²⁰⁴.

Existem três espécies de normas jurídicas sobre a responsabilidade dos prejuízos oriundos do caso fortuito ou de força maior que podem integrar o regulamento obrigacional: (i) de atribuição de responsabilidade, mesmo que o dano tenha resultado de fato inevitável, *e.g.* art. 399, *prima pars*, CC; (ii) de pré-exclusão de reponsabilidade, em que alguém que seria o responsável não responde, *e.g.* art. 393, CC; ou (iii) de afastamento da responsabilidade mediante prova, em que alguém responde pelo dano, salvo se alegar e provar a ocorrência de fortuito ou força maior, *e.g.* art. 399, *in fine*, CC²⁰⁵. Por sua vez, a atribuição de responsabilidade advinda da autonomia privada, seja por negócio jurídico ou cláusula negocial, constitui uma quarta espécie, à parte dos suportes fáticos normados²⁰⁶.

É justamente nesse sentido que a introdução deste tópico frisou que o caso fortuito ou de força maior *poderiam causar* a exclusão de responsabilidade e a consequente impossibilidade e resolução. Apesar da não-responsabilidade ser a regra da técnica legislativa - conforme o brocardo *casus nullo praestantur* -, existem exceções, pois nem sempre o fato necessário excluiu a suportabilidade dos prejuízos²⁰⁷. Existem inúmeras disposições espalhadas no Código Civil que estabelecem regulamento específico, apto a substituir a regra geral do art. 393, CC,

²⁰³ RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Op. Cit. p. 137

²⁰⁴ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

²⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXIII. §2793, p. 97

²⁰⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXIII. §2794, p. 101

²⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXIII. §2794, p. 90

como por exemplo nos contratos de locação de coisas (art. 575, CC), no comodato (art. 583, CC), no mandato (art. 667, §1º, CC), no transporte de pessoas (art. 743, CC) e na gestão de negócios (art. 868, CC), dentre outros²⁰⁸.

Assim, este fato jurídico tornou-se, de regra, uma categoria geral de excludente de responsabilidade na doutrina e jurisprudência, ao ponto de se dividir em fatos naturais, atos do príncipe ou atos de terceiro²⁰⁹. No Código Civil, seu regime geral é o de *pré-exclusão da responsabilidade*, positivado no art. 393, localizado nas disposições iniciais do título referente ao inadimplemento das obrigações:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

À primeira vista, é evidente que a *ratio legis* é a atribuição de responsabilidade e de riscos nas relações obrigacionais afetadas por um caso fortuito ou de força maior. Aqui a teoria do risco (cf. tópico 4.3) define a suportabilidade dos prejuízos oriundos da impossibilidade da prestação. Apesar das partes poderem pactuar de forma diversa no regulamento obrigacional, o legislador, via norma dispositiva, fixou que o devedor não responde pelos prejuízos do fortuito.

²⁰⁸ Art. 575. Se, notificado o locatário, não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito.

Parágrafo único. Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade.

Art. 583. Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.

Art. 667. O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente.

§1. Se, não obstante proibição do mandante, o mandatário se fizer substituir na execução do mandato, responderá ao seu constituinte pelos prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, embora provenientes de caso fortuito, salvo provando que o caso teria sobrevindo, ainda que não tivesse havido substabelecimento.

Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade. Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.

Art. 868. O gestor responde pelo caso fortuito quando fizer operações arriscadas, ainda que o dono costumasse fazê-las, ou quando preterir interesse deste em proveito de interesses seus.

Parágrafo único. Querendo o dono aproveitar-se da gestão, será obrigado a indenizar o gestor das despesas necessárias, que tiver feito, e dos prejuízos, que por motivo da gestão, houver sofrido.

²⁰⁹ MELLO, Baptista de. Do Caso Fortuito e Da Força Maior nos Contratos Civis. In: TEPEDINO, Gustavo. FACHIN, Luiz Edson. Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, p. 474

Já nos casos que o autorregramento afasta o direito dispositivo, pode haver responsabilidade sem culpa²¹⁰.

No tocante ao *caput* do artigo, deve-se esclarecer que quaisquer discussões hodiernas acerca da distinção entre caso fortuito e o de força maior são absolutamente estéreis e irrelevantes, pois o art. 393, CC, tratou-os de forma equivalente pelo uso da conjunção “ou”. Apesar de existirem algumas distinções pontuais na legislação especial, os efeitos provenientes de ambos são os mesmos²¹¹.

Ademais, ele prescreve não a extinção da dívida ou a resolução da obrigação, mas tão-somente uma pré-exclusão da responsabilidade pelo corte do nexo de imputação - não da culpabilidade -, de forma a impedir os resultados típicos da ação de prestar. A distribuição de riscos faz desaparecer o direito do credor às perdas e danos pelo não cumprimento²¹². Por isso que o fortuito é um causa de alteração da obrigação, como classificava Pontes de Miranda. Este posicionamento é defendido por Martins-Costa:

Sustentamos que o caso fortuito ou a força maior são *excludentes da responsabilidade* e não, imediatamente, da culpabilidade, pois constituem fatores que cortam, ou impedem, o *nexo de imputação* e o *nexo de causalidade* e não somente a inculpação. Já observamos que imputar é atribuir algo a alguém. Também averbamos que, pelo nexo causal, se estabelece uma relação de responsabilização entre a conduta daquele que é imputado (isto é, daquele a que é atribuído o dever) e o evento danoso. [...] Porém ocorrendo o fortuito ou a força maior, é a *própria conduta devida* que fica cortada, impedida de realização, é a própria conduta que não se pode realizar (seja ela conduta culposa ou não), em razão de um fato não controlável pelo devedor. Portanto, não se trata mais de *conduta devida*.²¹³

Do sobredito, é certo que o caso fortuito ou de força maior estão relacionados com o vínculo de atribuição de responsabilidade pelo não cumprimento da prestação, visto que sua ocorrência impede o nascimento ou cessa as categoriais eficaciais decorrentes da dívida, dentre as quais inclui-se a obrigação *stricto sensu*. A rigor, o fortuito não causa a resolução da obrigação, mas a impossibilidade da prestação que, por sua vez, resolve a obrigação *ipso facto* pela extinção da dívida, pois o objeto não mais existe²¹⁴.

²¹⁰ MELLO, Baptista de. Op. Cit. p. 473

²¹¹ RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Op. Cit. p. 142; MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit. p. 198; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXIII. §2792, p. 77

²¹² SILVA PEREIRA, Caio Mário. Op. Cit. v. II. §177, p. 343

²¹³ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit. p. 211

²¹⁴ MELLO, Baptista de. Op. Cit. pp. 475-476

Importante ressaltar que a referida exclusão da responsabilidade ocorre *na medida* dos prejuízos advindos do fato, sejam eles totais ou parciais, temporários ou definitivos²¹⁵. Se os prejuízos forem totais, a exclusão é igualmente total; se parciais, a exoneração ocorre somente naquela parte que o adimplemento foi prejudicado. Se o prejuízo for temporário, afasta-se apenas as consequências provenientes da mora, salvo se venha a tornar-se inútil ao credor. Se definitivos, atraem a impossibilidade da prestação. Quer dizer, a variabilidade da extensão do prejuízo resulta na variabilidade correspondente dos efeitos²¹⁶.

Por sua vez, o parágrafo único revela um suporte fático aparentemente simples, mas em verdade complexo. Não basta o fortuito ou a força em si, mas também a inevitabilidade, *i.e.* o “elemento forte” do dispositivo²¹⁷. Entretanto, a inevitabilidade não se refere ao fato em si, mas sobre suas *consequências ao adimplemento* da relação obrigacional em concreto. Uma análise apriorística, feita em abstrato, é inadequada à incidência do dispositivo, uma vez que apenas a avaliação específica da situação permite auferir se o fato necessário - oriundo de acontecimento natural, humano ou administrativo - impossibilitou ou não o cumprimento da prestação e eventual adimplemento²¹⁸. Nesse sentido, não é gratuita a afirmação de Pontes de Miranda que a inevitabilidade é relativa no tempo e espaço de desempenho da obrigação:

O acontecimento há de ser *cognoscível*, há de provir de atividade estranha àquela que é do devedor, e a consequência de danos tem de ser considerada, ao tempo que se produzem, inevitáveis. A inevitabilidade somente pode ser em relação aos homens, no lugar e tempo em que as consequências se hão de apresentar.²¹⁹

A inevitabilidade do fato aludido pelo dispositivo só pode ser averiguada situadamente, a partir do inteiro conteúdo da relação obrigacional, conforme a possibilidade de “conhecimento do ato pelo agente, usando normal diligência, e a sua impossibilidade de resistir ao evento, ou de eliminá-lo (ou de resistir ou eliminar suas consequências) *relativamente ao dever a ser prestado*”²²⁰. Logo, se o fato não afetar o cumprimento da prestação, se o devedor puder afastá-lo ou se somente causar dificuldade, ainda que grande, no cumprimento, não está preenchido o

²¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit. pp. 208-210

²¹⁶ RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Op. Cit. p. 144

²¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit. p. 202

²¹⁸ RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Op. Cit. p. 143

²¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXIII. §2793, p. 85

²²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit. p. 200

suporte fático do art. 393, CC²²¹. Não há que se falar em imprevisibilidade, pois o fato, seja ele previsível ou não, pode configurar caso fortuito ou de força maior desde que seja inevitável²²². Em síntese, o fato inevitável com repercussão no adimplemento é o elemento central da configuração do caso fortuito ou de força maior na regra geral da técnica legislativa brasileira.

No âmbito da responsabilidade civil objetiva, especialmente em matéria de direito do consumidor, o conceito de caso fortuito desdobra-se em “fortuito interno” e “fortuito externo” a fim de verificar a excludente de responsabilidade. O primeiro é o fato inevitável relacionado à organização da empresa e os riscos de sua atividade; nesse caso, permanece a responsabilidade do devedor mesmo com a ocorrência do fato necessário. O segundo refere-se aos fatos estranhos à organização da empresa, de modo a afastar a suportabilidade dos riscos e excluir a responsabilidade²²³.

Em vista da demonstração que o elemento central da definição do caso fortuito ou de força maior é a inevitabilidade, Pontes de Miranda assim resume o tema:

desde que há o elemento comum da inevitabilidade das consequências (e as consequências é que importam), força maior, de que pode resultar responsabilidade, é a força que impede, inevitavelmente, o adimplemento (maior porque impede, no todo ou em parte), e o caso fortuito é o *casus fortuitus* cujas consequências não se podem evitar. Ficam de fora a força, a *vis*, cujas consequências se podem evitar, e o caso fortuito de consequências evitáveis.²²⁴

Do exposto, revela-se verdadeira a afirmação inicial acerca da complexidade do suporte fático do art. 393, CC, de maneira que não menos importante é o direito probatório acerca da inevitabilidade do fato necessário e suas consequências ao adimplemento, em especial se a norma jurídica a requer para afastamento de responsabilidade ou presunção relativa de culpa. O sujeito que alega o caso fortuito ou de força maior como excludente de sua responsabilidade é quem deve prová-lo, para além de demonstrar que existe nexo causal entre o fato e a impossibilidade de adimplir, bem como a ausência de culpa no acontecimento do fato ou agravamento de seus efeitos²²⁵. Aqui caberia *objeção* ao direito, não uma exceção, conforme o

²²¹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit. p. 204; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXIII. §2793, 84

²²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXIII. §2793, p. 88

²²³ SILVA PEREIRA, Caio Mário. Op. Cit. v. II. §177, p. 343

²²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXIII. §2792, p. 79

²²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit. p. 221; MELLO, Baptista de. Op. Cit. p. 479

tópico 3.3.3. Na esteira da legislação processual civil (art. 373, CPC²²⁶), incumbe ao interessado provar o fato constitutivo de seu direito ou fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da contraparte. De maneira que a parte interessada, seja ela o devedor ou o credor da obrigação principal, pode alegar a ocorrência do fortuito a fim de “negar a composição do suporte fático de que resultaria coincidência da regra jurídica de responsabilidade”²²⁷. No caso do fato inevitável sobrevir enquanto o devedor estivesse em mora, nos termos do art. 399, CC, ele deveria provar isenção de culpa na mora ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

Por último, a fim de extirpar quaisquer imprecisões, é necessário distinguir o fortuito das figuras da imprevisão e da exoneração convencional. A teoria da imprevisão, prevista nos arts. 478 - 490, CC, concerne à resolução da obrigação por onerosidade excessiva, com o intuito de atenuar o rigor do princípio do *pacta sunt servanda*²²⁸. Apesar de existirem algumas semelhanças, como a desobrigação do devedor, a projeção no tempo e a incidência sobre obrigações de execução diferida, as diferenças são mais acentuadas: (i) no fortuito a impossibilidade de prestar é absoluta, na imprevisão é restrita à uma extrema dificuldade; (ii) num a desoneração obrigacional é imediata, noutro ela é condicionada; (iii) num prepondera a inevitabilidade, noutro a imprevisibilidade; (iv) num a lesão à obrigação está consolidada, noutro está em vias de se consolidar; (v) num o devedor é atingido de forma direta e a obrigação de forma indireta, noutro é o inverso; (vi) um não é passível de invocação quando houver culpa ou estado de mora (art. 399, CC), o outro é invocável, desde que o imprevisto seja anterior à mora; (vii) um enseja apenas a resolução, o outro pode resolver ou revisar a obrigação; (viii) um situa-se

²²⁶ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

²²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXIII. §2794, p. 101

²²⁸ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

entre o possível e o impossível, o outro entre o normal e o anormal; e (viii) um pode ser renunciado contratualmente, o outro não, por motivo de ordem pública²²⁹.

Por outro lado, a exoneração convencional possui o mesmo efeito não indenizatório do fortuito e da força maior, porém deles se diferencia na medida que a convenção não suprime a responsabilidade em si, apenas afasta a obrigação dela decorrente. Em outras palavras, as partes, no exercício da autonomia privada, definem antecipadamente a dispensa da indenização, um dos efeitos naturais do não cumprimento da obrigação²³⁰.

Em síntese, o caso fortuito ou de força maior, cuja característica principal é a inevitabilidade do fato no desempenho do adimplemento, é uma causa, a depender da norma jurídica incidente, de exclusão da responsabilidade - seja total ou parcial, temporária ou definitiva - do sujeito pelo não cumprimento da prestação e os prejuízos dele decorrentes. Surge, então, a impossibilidade de prestar. Num último exercício, é necessário conjugar o raciocínio doutrinário *supra* com o teor dos dispositivos referentes ao inadimplemento das obrigações, notadamente os arts. 389, 392, 393, 396 e 399, do Código Civil²³¹.

Já foi mencionado que a configuração do inadimplemento requer o não cumprimento da prestação devida e a culpa do devedor; assim reza o art. 389 ao estabelecer que a ausência de prestação faz o devedor responder pelo prejuízo (perdas e danos + juros + honorários). Esta é a regra. Todavia, o art. 393, já analisado, *altera* o conteúdo da obrigação e fulmina a responsabilidade do devedor pelo prejuízo com a ocorrência do caso fortuito ou de força maior. Nessa extensão, ele se inclui na exceção de imputação de responsabilidade previsto ao final do art.

²²⁹ BORGES, Nelson. Estrutura doutrinária e campo operacional da teoria da imprevisão. 1999. 640f. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba. pp. 120 e ss.

²³⁰ SILVA PEREIRA, Caio Mário. Op. Cit. v. II. §178, pp. 343-344

²³¹ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

392. Por sua vez, o art. 396 fulmina os efeitos produzidos pelo estado de mora, pois a ausência de prestação não foi imputável ao devedor. Esse cenário descortina uma crise na obrigação, pois sua finalidade - *i.e.* o adimplemento - não pode ser realizada. Por fim, o art. 399 revela dois aspectos: uma regra de manutenção da responsabilidade do devedor em mora, mesmo diante de um fortuito; e a determinação de que o caso fortuito ou de força maior são uma causa de impossibilidade da obrigação. Quer dizer, o *casus* e a *vis* provocam, em regra, a exclusão de responsabilidade e a impossibilidade da prestação. São fatos ocorridos no plano de desenvolvimento do processo obrigacional que influenciam o plano do adimplemento. Para compreender a complexidade do fenômeno modificativo e extintivo que o fato inevitável suscita, é imperiosa dar um passo além e examiná-lo a partir do dinamismo do processo obrigacional. É o que se propõe.

5.2. COMPREENSÃO DINÂMICA DOS EFEITOS DO CASO FORTUITO OU DE FORÇA MAIOR

O caso fortuito ou de força maior instalam uma crise no desenvolvimento do processo obrigacional face a obstrução do caminho rumo ao adimplemento. O tópico anterior revelou as diferentes espécies de normas de atribuição de responsabilidade que podem integrar o regulamento obrigacional, sendo que o regime geral é o de pré-exclusão, consubstanciado no art. 393, CC. Agora, o estudo dinâmico do caso fortuito exige a compreensão de seus efeitos sobre as diferentes modalidades de obrigação; da eficácia irradiada pelos princípios da separação dos planos, da autonomia privada e da boa-fé objetiva; e do *iter* processual rumo à resolução, por meio da distinção de exclusão de responsabilidade, impossibilidade superveniente, extinção da dívida e resolução da obrigação.

De antemão, a compreensão da obrigação como processo exige uma pequena releitura do texto do art. 393, CC, visto que o dispositivo alude somente à exclusão de responsabilidade do devedor. É certa a observação de Xavier Leonardo e Rodrigues Jr. de que as partes de um negócio sinalagmático são titulares de um complexo de situações ativas e passivas, de maneira a serem credoras e devedoras recíprocas de prestações principais, acessórias e laterais. Por conseguinte, concluem os doutrinadores, que “a aplicação do art. 393 ocorrerá em favor da parte que efetivamente sofreu a consequência do *casus*,

independentemente desta ser qualificada como devedora²³². Em virtude do dinamismo obrigacional, qualquer parte contratual e qualquer modalidade de obrigação - repita-se: salvo norma ou disposição negocial em sentido diverso, a depender das circunstâncias da obrigação - podem ser exoneradas pela responsabilidade dos prejuízos oriundos do fato inevitável.

Considerando que cada modalidade de prestação (dar, fazer ou não fazer) possui normas específicas ao desenvolvimento obrigacional, a ocorrência de um fortuito também pode apresentar efeitos distintos. Para tanto, incidem diretamente as normas referentes às modalidades de obrigações (arts. 233 e ss., CC) e, por reflexo, as normas do inadimplemento (arts. 389 e ss., CC). Quer dizer, o caso fortuito é o fato inevitável que *impossibilita* o adimplemento (o objeto mediato se perdeu, ou o ato a ser feito ou não é mais realizável) e *exonera a responsabilidade* pela ausência de cumprimento da prestação. A impossibilidade superveniente consiste, justamente, na perda da coisa ou possibilidade de realização ou não do ato. É a impossibilidade - não a exclusão de responsabilidade -, por excelência, que atrai os dispositivos referentes à resolução da obrigação dos arts. 233 e ss. do Código Civil. Isto posto, *a impossibilidade e a não-responsabilidade são dois prismas distintos*, porém complementares, pelos quais o caso fortuito ou de força maior influenciam o processo obrigacional. Por um lado, a obrigação poderia ser resolvida com responsabilidade pelas perdas e danos; por outro, ela poderia não ser resolvida e haver responsabilidade; ainda, o vínculo poderia perdurar sem responsabilidade. Cada uma destas situações depende do fator culpa, que não interessa ao presente raciocínio.

O que se pretende demonstrar é que a obrigação pode ter categorias eficaciais extintas ou alteradas por fatos anômalos que ocorrem durante seu desenvolvimento e podem causar sua resolução, resultando em diversos rumos ao processo obrigacional. Contudo, a regra concernente ao caso fortuito ou de força maior se limita a prescrever os efeitos da não-responsabilidade, da impossibilidade superveniente, da extinção da dívida e da resolução da obrigação. Examinemos, portanto, esses efeitos em cada modalidade prestacional.

Nas obrigações de prestar coisa certa, se a coisa se perder (*i.e.* impossibilidade superveniente), sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes.

²³² RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Op. Cit. p. 145

Se o fortuito apenas deteriorar a coisa, o credor pode resolver a obrigação ou aceitá-la, desde que abatido o valor que se perdeu. Ademais, se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta se perder fortuitamente antes da tradição, o credor sofre a perda e a obrigação se resolve, ressalvados os seus direitos até o dia da perda. Este é regulamento o previsto nos arts. 234 e 235 e 238, CC, que refletem as regras tradicionais de assunção dos riscos, em que o devedor ou, no caso de restituição, o proprietário, são onerados pela perda ou impossibilidade.

Se a obrigação for de prestar coisa incerta, o ordenamento confere tratamento diverso, visto que, antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito, nos termos do art. 246, CC. Logo, antes da concretização, todo o risco cabe ao devedor, pois o bem ou seu valor equivalente está contido em seu patrimônio, de modo que o risco não pode ser transferido a quem não se atribuiu o bem que será prestado²³³. Aqui vale o princípio de que o gênero não é passível de perecimento, nem mesmo por fato inevitável.

Já nas obrigações de fazer, de acordo com o art. 248, CC, se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolve-se a obrigação; se houver estado de mora, a responsabilidade é agravada, para além da regra do art. 399, CC, por força do art. 249, CC, pois se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Enfim, nas obrigações de não fazer, esta é extinta se, sem culpa do devedor, lhe torne impossível abster-se do ato que se obrigou a não praticar, conforme o art. 250, CC.

Eis o panorama geral da crise que o caso fortuito ou de força maior provocam no desenvolvimento e na extinção da relação jurídica obrigacional e suas respectivas categoriais eficaciais. Agora, é necessário temperar as disposições legais modificativas e extintivas do processo obrigacional com seus princípios dinamizadores, expostos no tópico 4 deste estudo.

Em primeiro lugar, a separação dos planos do processo obrigacional. O caso fortuito só pode incidir naquelas obrigações de execução diferida, visto que necessariamente deve ocorrer no plano de desenvolvimento da obrigação. Não obstante o art. 393, CC, esteja localizado no título do inadimplemento, a rigor, a

²³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. Cit. t. XXIII. §2794, p. 92

exoneração de responsabilidade opera no próprio desenvolvimento obrigacional, visto que o efeito típico, se presente a culpabilidade do devedor no descumprimento, seria a *transformação* da obrigação em indenização por perdas e danos. O eventual pagamento das perdas e danos, por sua vez, estaria situado no adimplemento. Por isso, reforça-se, Pontes de Miranda classifica o fortuito e a força maior como causa de alteração, não de extinção, embora a primeira possa provocar a segunda. Já a impossibilidade da prestação, esta sim, está situada no plano do adimplemento. Nas obrigações de dar, o perecimento da coisa opera a comunicação dinâmica entre o plano de direito obrigacional e real, pois o art. 1.275, IV, CC, estabelece que a propriedade é perdida jurídica e ontologicamente pelo perecimento da coisa²³⁴. Nesse sentido, até a tradição - ato de direito real - a coisa pertence ao devedor, conforme o art. 237, CC. Se a prestação for de dar coisa certa e esta vier a perecer, é evidente que a obrigação perde sua razão de ser; inexistente objeto, um dos elementos centrais da relação obrigacional. Logo, “o devedor deixa de dever; e, sem débito, não há obrigação”, visto que “a impossibilidade objetiva superveniente impede a continuidade da relação jurídica”²³⁵. Sem débito, a obrigação se extingue por resolução. Em contrapartida, se a prestação for de dar coisa incerta, independentemente da perda da propriedade, permanece o dever de prestar, pois o gênero não perece. Se o caso fortuito ou de força maior causarem impossibilidade da obrigação de fazer ou não fazer, ocorre a resolução da obrigação e o adiantamento do plano da extinção, sem inadimplemento, através de um modo não satisfativo. Em suma, percebe-se um permanente e dinâmico diálogo entre os planos do desenvolvimento e a extinção da obrigação, bem como entre o direito obrigacional e o direito real, suscitados pelo caso fortuito ou de força maior, de maneira que altera as categoriais eficaciais e os direitos das partes, culminando, normalmente, na resolução da obrigação, exceto nas obrigações de dar coisa incerta.

Em segundo lugar, o princípio da autonomia privada. Todas as normas supracitadas, referentes à modalidade das obrigações (arts. 233 e ss., CC) e ao inadimplemento (art. 389 e ss., CC), especialmente o art. 393, CC, ostentam natureza de norma dispositiva. Assim, elas integram o regulamento obrigacional,

²³⁴ Art. 1.275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade:
IV - por perecimento da coisa;

²³⁵ LÔBO, Paulo. Direito Civil: obrigações. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 263

salvo se houver negócio jurídico que estipule as consequências do caso fortuito ou de força maior de maneira diversa, em consonância aos interesses das partes e ao valor econômico da prestação. No mesmo sentido, a autonomia tem o condão de alterar as regras de distribuição de riscos de fatos inevitáveis e supervenientes à celebração do negócio, em conformidade com o art. 421-A, II, CC, que prevê o respeito da jurisdição à alocação de risco fixada pelas partes²³⁶. É comum nos contratos empresariais, inclusive, não só uma alocação de riscos ou de efeitos específicos, mas também uma definição extensiva de “quais eventos supervenientes serão assumidos por um dos contratantes, afastando-se, total ou parcialmente, a qualificação de caso fortuito ou de força maior” e a incidência do art. 393, CC²³⁷.

Nesse tocante, releva-se o papel interpretativo que a valoração judicial desempenha no regulamento obrigacional. O juiz ou o árbitro, para além de respeitar a alocação de riscos estabelecida negocialmente, deve pautar sua interpretação das cláusulas negociais pelos parâmetros do art. 113, CC, e pelo princípio da boa-fé, de maneira a interpretar as cláusulas restritivamente para não ampliar prejuízos a uma das partes, tampouco alterar arbitrariamente a distribuição dos riscos em ofensa à racionalidade econômica do momento da contratação²³⁸. Aliás, a interpretação judicial também ocupa relevante papel ao decidir se o suporte fático do parágrafo único do art. 393, CC, foi preenchido: devido à complexidade e relatividade que torna um fato inevitável, o julgador tem ampla margem interpretativa para definir, por exemplo, se ocorreu um caso fortuito ou de força maior, se reverberou no adimplemento, se o ocorrido pertencia aos riscos do negócio, se houve culpa do devedor, etc. Nesse sentido, ao mesmo tempo que uma enchente pode configurar um fato inevitável à obrigação de dar um determinado cavalo que morreu afogado no estábulo, pode não ser à uma determinada safra de soja que se perdeu pelas chuvas, considerando que as intempéries climáticas são corriqueiras na atividade agrícola, inerentes aos riscos da atividade e contempladas pelos preços de mercado. Ou seja, em última instância, é a decisão jurisdicional que pode alterar completamente os rumos do processo obrigacional pela interpretação relativa do regulamento contratual, seja para determinar se o caso fortuito ou de força maior

²³⁶ Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada;

²³⁷ RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Op. Cit. p. 147

²³⁸ RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Op. Cit. p. 147

ocorreu, seja para determinar seus efeitos, seja para interpretar as cláusulas a eles referentes. No exercício da atividade interpretativa, a aferição do fato inevitável e suas consequências - que só pode ocorrer em concreto, mas não em abstrato, conforme tópico 5.1 - exige a consideração da cláusula geral da boa-fé, da conduta das partes e do disposto no negócio jurídico, tomando como referência o inteiro conteúdo da relação obrigacional, não apenas um recorte parcial²³⁹. Isto porque a inevitabilidade do fato e a possibilidade do negócio é relativa no tempo e no espaço, como já exposto, cujos efeitos podem ser totais ou parciais, temporários ou definitivos. O julgador deve estar atento a todas estas circunstâncias antes de decidir pela existência de caso fortuito e a eficácia por ele irradiada.

Ademais, face a permissão do art. 393, CC, mostra-se “possível, mediante disposição louvada na autonomia privada, tratar não apenas da qualificação dos fatos mas, também, modular as consequências da superveniência do caso fortuito ou força maior”, como por exemplo, a alteração do prazo prestacional, a assunção de responsabilidade ou a extinção *ipso facto* da obrigação²⁴⁰. Vê-se que a autonomia privada possibilita uma série de arranjos negociais ao gosto das partes. Todavia, não pode-se olvidar que a regra geral de pré-exclusão de responsabilidade do art. 393, CC, não é a única espécie, embora seja a principal; as normas disciplinadoras dos efeitos do fortuito também podem atribuir a responsabilidade ou exigir prova para seu afastamento (cf. tópico 5.1).

Outrossim, a autonomia privada é mais restrita nas relações jurídicas assimétricas ou destituídas de boa-fé²⁴¹. Caso a assunção do risco ocorra contra o consumidor, a cláusula é eivada de nulidade em decorrência de sua abusividade; e, mesmo nos contratos presumidamente paritários e simétricos, uma determinada cláusula negocial pode ser declarada nula por violação à boa-fé objetiva, enquanto o comportamento configure abuso de direito²⁴².

Por fim, no que se refere ao princípio da boa-fé, restou claro seu papel interpretativo (art. 113, CC) das cláusulas referentes à definição do fortuito e à validade de seus efeitos, bem como um critério para correção de condutas abusivas (art. 187, CC), na medida que credor e devedor não podem exercer suas respectivas posições jurídicas ativas como lhes convier, particularmente num momento em que a

²³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit. p. 200

²⁴⁰ RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Op. Cit. p. 147

²⁴¹ RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Op. Cit. p. 146

²⁴² MARTINS-COSTA, Judith. Op. Cit. p. 218

relação jurídica obrigacional se encontra em crise, longe do adimplemento e próxima da sua extinção não satisfativa.

Paralelamente, a boa-fé, enquanto fonte de integração (art. 422, CC), instaura deveres laterais de conduta que as partes devem executar a fim de manter a retidão não só no desenvolvimento, mas também na adequada extinção da obrigação e o cumprimento de eventuais deveres pós-obrigacionais. Considerando que os deveres laterais - mencionados no tópico 4.4 - apenas podem ser auferidos em concreto, citam-se a seguir algumas situações que a boa-fé objetiva seria violada diante do acontecimento de fato inevitável numa obrigação. Por exemplo, na vedação ao comportamento contraditório, não pode o credor, ao perceber que fez um mal negócio, criar uma situação fortuita, mesmo que indiretamente, para impossibilitar o adimplemento da obrigação e resolver o negócio desvantajoso; senão, estaria se beneficiando da própria torpeza. Caso uma obrigação deva ser desempenhada com distância geográfica entre credor e devedor (e.g. a construção de uma casa litorânea para o próximo verão), a ocorrência de um caso fortuito obstativo à prestação deve ser informada o quanto antes ao credor por força do dever de informação; nesse caso, a informação é essencial aos interesses do credor, visto que teria que reorganizar seus planos de férias e empreendimento imobiliário. Caso o negócio jurídico preveja cláusulas com posições jurídicas ativas acionadas pelo fortuito, quando este vier a ocorrer e se esses direitos não forem exercidos, a contraparte pode alegar *supressio*; ou, se uma conduta não prevista no contrato, foi reiteradamente praticada e tolerada após o fato inevitável, pode haver uma *surrectio*. Por último, caso o fortuito atinja apenas parte da obrigação, tem o devedor a encargo de zelar pela parte que não foi afetada, em virtude do chamado *duty to mitigate the loss*.

A violação desses deveres laterais importa o ressurgimento da responsabilidade da parte que os violou, mas não a responsabilidade referente à impossibilidade de cumprimento da obrigação em si, mas sim dos prejuízos oriundos especificamente da transgressão daquele dever lateral.

5.3. SÍNTESE

Em virtude do mencionado, obteve-se uma compreensão, tanto estática quanto dinâmica, do que é o caso fortuito ou de força maior, como ele instaura uma

crise no processo obrigacional e quais são seus efeitos sobre a relação jurídica. O elemento central do fortuito é a inevitabilidade do fato e das consequências que ele produz sobre o adimplemento, sendo que a norma geral é a de pré-exclusão da responsabilidade pelos prejuízos resultantes do não cumprimento da prestação e a impossibilidade superveniente da prestação. Assim, pode-se elaborar o seguinte esquema lógico-causal:

caso fortuito ou de força maior → exclusão de responsabilidade impossibilidade superveniente → extinção da dívida → resolução

Excepcionalmente, se a norma prescrever a exclusão de responsabilidade mediante prova, basta incluí-la entre o acontecimento do fortuito e a exclusão. Já se a norma for a de atribuição de responsabilidade, a obrigação se resolve pelo adimplemento simples da indenização dos prejuízos (perdas e danos + juros + honorários).

Este esquema revela a influência do caso fortuito ou de força maior no dinamismo obrigacional e como cada um dos princípios a ele reagem. De início, o fato inevitável causa alteração do conteúdo da obrigação, perpassando pela impossibilidade, e culmina, via de regra, na extinção não satisfativa do vínculo. Neste *iter* percorrido, é clara a importância da divisão entre os planos de desenvolvimento e (in)adimplemento da obrigação, bem como a operabilidade relativa entre direito obrigacional e real que esses planos refletem. Por sua vez, a autonomia privada tem o condão de alterar a grande maioria dos efeitos fixados em lei para moldá-los aos interesses e possibilidades das partes; dessa forma o regulamento negocial pode suplantar quase que inteiramente o normado, de forma a dar contornos completamente diversos ao processo obrigacional. Por fim, a boa-fé atua como critério da conduta das partes e de interpretação do regulamento após o acontecimento do caso fortuito, bem como estabelece deveres laterais que balizam o processo de alteração e extinção da obrigação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa buscou um rigoroso posicionamento e uma adequada compreensão do caso fortuito ou de força maior no direito civil brasileiro, por meio dos marcos teóricos da teoria do fato jurídico e da obrigação como processo. Nesta

odisseia, mostrou-se necessário pintar um retrato do direito das obrigações a fim de realizar uma justa análise dos efeitos provocados pelo fortuito e como eles instalam uma crise no desempenho obrigacional.

Assentou-se que a obrigação se manifesta em três planos distintos: a existência, a validade e a eficácia. No primeiro, ela vem a ser a partir da juridicização de determinados fatos capazes de criar relações de direito entre sujeitos; no segundo, a obrigação requer alguns requisitos quanto ao sujeito, objeto e forma para que os efeitos possam ser irradiados; no terceiro, é tangenciada a substância da obrigação, composta pelo sujeito, objeto e o *vinculum iuris*, cujo conteúdo é as categorias eficaciais do direito de crédito, dever de débito, pretensão, obrigação *stricto sensu*, ação e exceção. Por conseguinte, a relação jurídica obrigacional distingue-se das demais relações de direito por ser relativa, pessoal e patrimonial.

Fixados os alicerces do edifício obrigacional, é necessário compreender seu processo de nascimento, desenvolvimento e extinção, a fim de funcionalizá-lo ao adimplemento, aos interesses das partes e aos interesses jurídicos tutelados pelo ordenamento, bem como diagnosticar a influência que determinados fatos da vida (e.g. o caso fortuito ou de força maior) podem causar. Percebe-se, então, que o posicionamento estático fornecido pela teoria do fato jurídico, apesar de ser um instrumental valioso, não exaure uma visão total do fenômeno obrigacional, que exige uma sequência de atos dinâmicos e cooperativos entre os sujeitos para seu reto desenvolvimento. Este trajeto percorrido pela obrigação é informado, em larga medida, por três princípios, quais sejam, a separação dos planos de nascimento, desenvolvimento e extinção da obrigação e seu corolário da separação relativa entre o direito obrigacional e real; a autonomia privada e seu poder jurídico criar e/ou alterar o regulamento obrigacional, integrado pelas normas e pelas decisões jurisdicionais; e a boa-fé objetiva, seja como pauta de interpretação, fonte de integração e/ou critério de correção de condutas da relação obrigacional. Ou seja, a obrigação é, simultaneamente, um complexo orgânico e dinâmico apto a responder às circunstâncias fáticas que a interfiram, sem perder de vista, enquanto for possível, o adimplemento.

Entretanto, a satisfação plena dos direitos de credor e devedor nem sempre é atingida. Uma das causas de sua perturbação é o caso fortuito ou de força maior, cuja principal característica é a inevitabilidade de suas consequências sobre o adimplemento. O ordenamento prevê como regra geral - consubstanciada nos títulos

das modalidades de obrigação (arts. 233 e ss) e do inadimplemento (arts. 389 e ss., CC) - a exclusão de responsabilidade pelos prejuízos advindos do *casus* e a impossibilidade superveniente da prestação. Em seguida, a dívida é extinta e a obrigação se resolve. Não obstante, existem exceções à essa regra geral, seja por normas específicas de atribuição de responsabilidade, seja por normas que requerem prova da inevitabilidade do fato, seja por regulamento diverso oriundo da autonomia privada. Após a alteração da obrigação, se inicia seu caminho rumo à extinção, seja ela não satisfativa, conforme a regra geral, seja ela satisfativa por adimplemento, por força dos efeitos de disposições legais ou negociais em sentido diverso. É justamente nessa caminhada rumo ao seu fim, iniciada pela ocorrência do caso fortuito ou de força maior, que sobreleva-se a influência dos princípios dinamizadores da obrigação, quais sejam, a separação dos planos, a autonomia privada e a boa-fé objetiva, já amplamente explorados. Neste processo, a obrigação se acaba, a prestação não pode ser satisfeita, a dívida e demais categorias eficaciais se extinguem, o vínculo se encerra e os sujeitos se liberam. É assim que a crise do fortuito impacta a relação jurídica obrigacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Jose Carlos Moreira. Direito romano. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- AMARAL, Francisco. A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica: perspectivas estrutural e funcional. In: MENDES, Gilmar; STOCCO, Rui. Doutrinas Essenciais de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2, pp. 579-606.
- AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BORGES, Nelson. Estrutura doutrinaria e campo operacional da teoria da imprevisão. 1999. 640f. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba.
- GOMES, Orlando. Obrigações. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LÔBO, Paulo. Direito Civil: contratos. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LÔBO, Paulo. Direito Civil: obrigações. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LÔBO, Paulo. Fatos Jurídicos como Fontes das Obrigações. In: DIDIER JR, Fredie; EHRHARDT JR, Marcos. Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- MARTINS, Raphael Manhães. Análise Paradigmática do Direito das Obrigações: boa-fé, deveres laterais e violações positivas do contrato. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 11, n. 44, p. 214-239, 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V, t. II.
- MELLO, Baptista de. Do Caso Fortuito e Da Força Maior nos Contratos Civis. In: TEPEDINO, Gustavo. FACHIN, Luiz Edson. Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4, pp. 467-480
- MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MORAES, Bernardo Queiroz de. Institutas de Justiniano: primeiros fundamentos de direito romano justinianeu. 2 ed. São Paulo: YK Editora, 2021.

NONATO, Orosimbo. Curso de Obrigações. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. 1. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. As consequências da pandemia e o caso fortuito ou força maior. In: ANASTASIA, Antonio; TOFFOLI, Dias; TEBET, Simone (Org.). Comentários ao REJET (Lei 14.010/2020) pelos autores do anteprojeto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ROPPO, Vincenzo. O Contrato. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro. 2009. vii, 395f Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 19/06/2009. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/19174>. Acesso em: 3 nov. 2023.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. II.

SILVA, Clóvis do Couto e. A Obrigação como Processo. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SIMÃO, José Fernando. A Teoria Dualista do Vínculo Obrigacional e Sua Aplicação ao Direito Civil Brasileiro. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v. 3, 6 set. 2013. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/80. Acesso em: 1 nov. 2023.

ZIMMERMANN, Reinhard. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. 1. ed. New York: Oxford University Press, 1996.