

FONTES DAS OBRIGAÇÕES E FASES DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Jackeline Guimarães Almeida Franzoi*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Fontes das obrigações: conceito e importância; 3. Direito das obrigações; 4. Conclusões; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo analisar as espécies de fontes das obrigações e a evolução do direito obrigacional no decorrer dos tempos.

De início, será investigado o conceito de fontes das obrigações, distinguindo esta terminologia de uma outra espécie de fonte, a fonte do direito.

Será feita uma abordagem sobre a importância do estudo das fontes das obrigações, haja vista a divergência existente entre os doutrinadores acerca de sua classificação, muito embora alguns autores salientem que esta polêmica não tenha mais um grande interesse prático, mas, somente, doutrinário ou histórico.

Convém ressaltar, porém, que a análise das fontes das obrigações é de suma importância até para que, ao final, se possa compreender melhor o próprio conceito de obrigação.

Torna-se, primeiramente, imprescindível estudar as fontes das obrigações no direito romano, pois foi este o manancial de onde nasceram as classificações das demais legislações estrangeiras, inclusive da legislação brasileira.

A seguir, far-se-á uma análise das fontes das obrigações no direito brasileiro atual, segundo o entendimento de alguns dos mais renomados

* Especialista em Direito Contratual, do Consumidor e da Responsabilidade Civil. Aluna do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Advogada na comarca de Maringá (PR).

juristas nacionais para, então, abordar-se a atual crise da classificação destas fontes.

Na segunda parte, e de maneira introdutória, conceituar-se-á, resumidamente, o termo "obrigação" para que se possa entender a importância do estudo de sua evolução nos últimos tempos. Este tópico será abordado de maneira sintética, posto que se trata de tema de outro trabalho conexo do seminário.

Por último, esta evolução do direito obrigacional será, então, analisada mais pormenorizadamente, a fim de se poder visualizar o avanço (ou não) deste direito, que, enfim, diz respeito à vida de todo ser humano. Neste sentido, Ernani Vieira de Souza¹ enfatiza:

(...) é no campo do direito das obrigações que a atividade econômica do homem encontra seu principal ordenamento; daí a sua inegável e preponderante importância no mundo moderno, uma vez que os interesses humanos contrapostos são organizados e delimitados pelas regras que coordenam a relação obrigacional, tendo em mira o equilíbrio das relações entre o credor e o devedor.

2. FONTES DAS OBRIGAÇÕES: CONCEITO E IMPORTÂNCIA

Pode-se conceituar fonte de obrigação como origem, nascedouro, maneiras de surgimento ou realização de uma obrigação.

Obrigação, por sua vez, advém do latim *obligatio* (em que *ob* dá uma idéia de sujeição, e *ligatio*, a noção de vínculo).

Convém fazer-se, de maneira introdutória, uma distinção entre fonte do direito e fonte das obrigações. Fontes do direito, de acordo com Álvaro Villaça Azevedo², são: primeiramente, a lei e, depois, havendo omissão, a analogia, seguida dos costumes e dos princípios gerais do direito (conforme artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Por último, surge a equidade. Já, as fontes das obrigações têm conotação diferenciada.

"Estudar as fontes das obrigações equivale a investigar como nascem ou se criam, de onde surgem, e em virtude de que uma pessoa se pode achar na necessidade de efetuar determinada prestação em favor de outra", menciona Renato de Lemos Maneschy³. Para ele, ainda, cabe fazer uma distinção entre fontes do direito e fontes das obrigações, da seguinte

¹ Souza, E. V. de. Obrigação. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, volume 55, coordenação de R. Limongi França, São Paulo, Editora Saraiva, 1977, p. 264.

² Azevedo, Á. V. *Curso de direito civil: teoria geral das obrigações*. 9ª edição, revista e atualizada. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 40.

³ Maneschy, R. de L. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, Editora Liber Juris Ltda., 1984, p.31

maneira: "as chamadas fontes do direito geram as normas jurídicas, preceitos gerais destinados à disciplina da vida social, enquanto das denominadas fontes das obrigações decorrem direitos e deveres, relações jurídicas, concretas e particulares, entre duas ou mais pessoas, tendo por objeto determinada prestação"⁴

Orlando Gomes⁵ preleciona que "quando se indaga a *fonte* de uma obrigação, procura-se conhecer o *fato jurídico* ao qual a lei atribui o efeito de suscitá-la. É 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*. A esse *fato*, ou a essa *situação*, denomina-se *fonte* ou *causa geradora* da obrigação".

Sílvio Venosa⁶ acrescenta, porém, que "a importância do estudo das fontes das obrigações é eminentemente histórica, porque no passado do enquadramento das obrigações derivavam determinadas conseqüências jurídicas. Hoje as obrigações não mais se caracterizam pela decorrência de certos fatos, mas pela própria estrutura que as define, deixando de ter a classificação das fontes grande importância prática".

Corroborando este pensamento Álvaro V. Azevedo⁷ afirma: "a importância do estudo das fontes das obrigações perdeu, hoje, quase todo o interesse, tendo valor histórico, entretanto. Isto porque os juristas sempre procuraram estudar as obrigações pelas suas origens, sendo estudadas, modernamente, pela sua própria natureza".

Finalizando, Arnoldo Wald⁸ também expõe o seu entendimento neste sentido, ao dizer que "atualmente caracterizamos a obrigação não mais por decorrer de certos fatos, mas pela sua estrutura própria que o direito hodierno define. Por este motivo, as polêmicas travadas a este respeito perderam grande parte do seu interesse prático, embora mantivessem importância para fins doutrinários".

Ao nosso ver, contudo, este tema tem a sua importância, pois toda e qualquer evolução do direito deve ser estudada, até para que se possa diagnosticar possíveis falhas e indicar mudanças benéficas e necessárias.

⁴ *Idem, ibidem*, p. 31.

⁵ Gomes, O. *Obrigações*. 4ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense. 1976, p. 36.

⁶ Venosa, S. de S. *Direito civil: teoria geral*. São Paulo, Editora Atlas, 1984, p. 62-3.

⁷ Azevedo, Á. V. *op. cit.* p. 41.

⁸ Wald, A. *Obrigações e contratos*. 12ª edição, revista, ampliada e atualizada de acordo com a Constituição de 1988 e o Código do Consumidor e com a colaboração do Prol. Semy Glanz. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 70.

2.1. Fontes das obrigações no direito romano

Para que se possa iniciar um estudo a respeito das fontes das obrigações, torna-se indispensável o entendimento destas fontes no direito romano, pois que elas serviram de base para a classificação das fontes na maioria das legislações.

A mais antiga classificação das fontes das obrigações provém das *Institutas*, de Gaio. Datada do período do direito romano pós-clássico⁹, Gaio foi quem elaborou as *Institutas* e relacionou duas fontes das obrigações, da seguinte maneira: "*omnis obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto*", ou seja, as obrigações nascem dos contratos e dos delitos.

Arnoldo Wald¹⁰ lembra, entretanto, que a primeira fonte de obrigação foi o delito¹¹, na esfera penal, seguindo-se a responsabilidade pelos delitos civis. Havia os delitos públicos e os delitos privados, sendo que os primeiros tinham pena imposta a toda a coletividade, e os segundos a favor somente da vítima. Os delitos privados eram o furto, o roubo, a injúria e o dano, além de outros, sendo que o causador respondia pelo seu ato mesmo se o tivesse cometido com culpa levíssima, de acordo com a *Lex Aquilia*. Logo em seguida, surgiriam as obrigações oriundas dos contratos que, porém, nesta época ainda não significavam sempre um acordo bilateral de vontade, mas podiam existir independentemente da declaração do consenso entre os contraentes, muito embora o consenso das partes já fosse um elemento integrante dos contratos desde o século II d.C.

A seguir, dois outros textos, de autoria do mesmo jurista Gaio, surgiram logo após esta época, sendo que o primeiro deles foi o *Digesto*.

⁹ O último período da história do direito romano é classificado como período pós-clássico, coincidindo com a época de sua decadência. Nesse período, sentiu-se a necessidade da fixação definitiva de todas as regras romanas até então vigentes, por meio de uma codificação, situação esta que os romanos desprezavam, pois sabe-se que este direito era eminentemente casuístico (não sendo por acaso que, à exceção da Lei das XII Tábuas, no século V a.C., nenhuma outra codificação fora empreendida pelos romanos até esta era pós-clássica). Foi o imperador Justiniano (527 a 565 d.C.), enfim, quem empreendeu a compilação da grandiosa obra do *Corpus Juris Civilis*, que reuniu os textos do *Codex*, do *Digesto*, das *Institutas* e das *Novellae*, finalizado em 529 d.C. Convém ressaltar que foi esta codificação que preservou a genialidade do direito romano para a posteridade.

¹⁰ Wald. A. *op. cit.* p. 70-1

¹¹ Os delitos que lesavam a coletividade, também no direito romano primitivo, eram perseguidos pelo poder público. Assim era nos casos de traição à pátria, deserção, ofensa aos deuses etc. De outro lado, nesta mesma época, o Estado, por falta de organização eficiente dos poderes públicos, deixou a cargo do próprio ofendido a punição dos delitos que lesavam interesses particulares. O ofendido tinha direito à represália, podia vingar-se. Distinguem-se, então, delitos públicos (*delicta publica*) dos delitos privados (*delicta privata*). No período primitivo, não havia limitação quanto à represália do ofendido. Ficava a seu livre arbítrio o exercício da vingança, sua forma e extensão. O ofendido, naturalmente, podia deixar de vingar-se e, conseqüentemente, estabelecer as condições mediante as quais o deixaria.

Neste primeiro texto, Gaio se referia, além dos contratos e dos delitos, a uma terceira espécie de fonte, que ele denominou "várias espécies de causas", ou melhor, "*ex variis causarum figuris*". Estas várias espécies de causas seriam as fontes de obrigações que não se enquadrariam nem nos contratos, nem nos delitos, como por exemplo a gestão de negócios, a tutela, a curatela, a comunhão incidente entre os vários condôminos de um mesmo bem (obrigações nascidas das relações de vizinhança) e as obrigações surgidas a partir do enriquecimento injusto.

O segundo texto, também atribuído a Gaio, apareceu nas Institutas do imperador Justiniano, à época bizantina, e dizia: "*sequens divisio in quatuor species deducitur: aut enim ex contractus sunt, aut quasi ex contractu; aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio*", significando que as obrigações surgiam dos contratos, dos quase contratos, dos delitos e dos quase delitos, numa divisão quadripartida.

Foi esta classificação das fontes das obrigações que perdurou à época de Justiniano, e que serviu de base para o estudo de legislações posteriores.

Parece não ter havido uma contradição entre os textos romanos acima mencionados, mas, apenas, uma adequação de terminologias até então desconhecidas. O que aconteceu foi uma substituição do termo "várias espécies de figuras" por uma sub-classificação dos contratos e delitos, conceituando os quase contratos e os quase delitos.

O termo "*delictum*" ou "*maleficio*" ficou reservado apenas para os atos considerados dolosos, que traziam a intenção de praticar uma ofensa. Já, os "*quasi delictum*" se inspiravam na noção de culpa. Distinguiu-se o delito do quase delito através da existência ou não da vontade, da mesma forma que se distinguiu o contrato do quase contrato mediante a existência do consenso (acordo de vontades). Esta figura do quase delito surgiu devido ao desenvolvimento do elemento "moral" no direito da responsabilidade, e verificou-se a necessidade de se qualificar a vontade do agente causador do dano. Surgia a responsabilidade baseada na culpa.

Quanto aos contratos, J. Cretella Júnior¹² enfatiza que "dizer que contrato é fonte de obrigações é o mesmo que dizer que a parte que não cumpre uma das cláusulas é responsável pelos danos que o descumprimento causa ao outro contratante. O causador do dano é responsável e como a responsabilidade nasceu do contrato ela recebe o nome de responsabilidade contratual. Responsabilidade extracontratual é a que não tem como fonte o contrato. Ela nasce da inobservância de deveres, impostos a todos pelo direito objetivo e repousa no princípio ético geral do *neminem laedere*".

¹² Cretella Júnior, J. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 18ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1995, p. 242.

Este autor também menciona a classificação quadripartida do direito romano (baseada nos contratos, quase contratos, delitos e quase delitos), seguida da menção à lei.

Contrariando o pensamento da maioria dos autores, acerca da distinção entre delitos e quase delitos no direito romano, Ebert Chamoun¹³ explica que "não obstante a falta de total valor científico e de fundamento lógico à quadripartição justiniânea, ela logrou introduzir-se no Código Civil francês (art. 1370) e no primeiro Código Civil italiano (art. 1097), os quais, para maior imperfeição, ajuntaram ao elenco das fontes justiniâneas, a lei, pressuposto das obrigações, antes que fontes delas. Adulterando mais ainda a quadripartição romana, dominou a doutrina de que a diferença entre os quase-delitos e os delitos se reduzisse a serem os primeiros culposos e os segundo dolosos, doutrina que não tem assento no direito romano". Para este autor, "os delitos (privados) eram os atos ilícitos que lesavam o interesse particular, como o furto, o roubo, o dano e a injúria. (...) os quase-delitos não tinham características próprias, embora fossem, como os delitos, sancionados com o pagamento de uma pena. Compreendiam a hipótese do juiz *qui litem suamfacit*, do *effusum et deiectum*, do *positum et suspensum* e a responsabilidade dos *nautae, campones* e *stabularii*"¹⁴.

Posteriormente, os romanistas alemães modificaram, no século passado, a estrutura dos delitos e quase delitos, agrupando todo o tipo de dano, doloso ou culposo, em um único conceito que eles denominaram "ato ilícito". O direito brasileiro albergou esta idéia, positivando-a em nosso Código Civil antigo, em seu artigo 159, e no Código Civil atual, no artigo 186.

2.2. Fontes das obrigações no direito brasileiro

De acordo com os doutrinadores consagrados, as fontes das obrigações no direito civil brasileiro atual são três:

1. os contratos: que é um acordo de vontades, ato jurídico bilateral, tendentes a criar obrigações;
2. as declarações unilaterais de vontade: que, como o próprio nome já define, trata-se de uma manifestação unilateral de vontade; e,
3. os atos ilícitos: que se constituem em uma ação ou omissão de um agente causador de um dano a outrem mediante conduta culposa ou dolosa.

Um quarto elemento nesta classificação, discutível por alguns

¹³ Chamoun, E. *Instituições de direito romano*. 4ª edição, revista e aumentada. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1962, p. 305.

¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 305.

autores pela sua obviedade, é a lei. Sabe-se, enfim, que todas as obrigações têm origem na lei, por ser esta a fonte primária, autônoma e imediata das obrigações, ou seja, nenhuma obrigação seria cabível a qualquer pessoa se não fosse legal.

Embora a classificação acima referida seja a mais mencionada, ela não se constitui no pensamento unânime dos autores, como se procurará demonstrar a seguir.

Primeiramente, menciona-se a classificação de Clóvis Bevilacqua¹⁵, para quem as fontes das obrigações estão reduzidas a quatro espécies fundamentais, quais sejam o contrato, o chamado quase contrato, os atos ilícitos e a vontade unilateral. Mais adiante ele acrescenta que "as fontes que acabam de ser indicadas admitiriam ainda uma simplificação, se as reduzíssemos a duas: - o ato humano e a lei, elementos que se não devem dissociar de modo completo, porque o ato humano desprovido de sanção legal é juridicamente improficuo e, por outro lado, a lei exige a insuflação vital da atividade humana, para descer do mundo abstrato, onde paira e rutila, sem o que não conseguirá realizar o fim a que se destina. Porém é inútil insistir sobre essa redução, balda de interesse prático e de elucidação teórica".

A seguir, traz-se o entendimento de Arnaldo Wald¹⁶, quando preleciona, nos seguintes termos: "temos, pois, atualmente, como fonte das obrigações, no direito civil brasileiro, os atos jurídicos (unilaterais ou bilaterais), os atos ilícitos, que geram a responsabilidade civil e a lei". Para ele, constituem-se atos jurídicos as declarações de vontade unilaterais, bilaterais ou plurilaterais; os atos ilícitos, que vieram a substituir os delitos e quase delitos do direito romano, são toda a violação da lei, seja por ação ou omissão, que cause um dano e gere a obrigação de indenizar; e, a lei, que pode fazer nascer obrigações entre parentes, vizinhos ou pessoas de algum modo relacionadas. Ele destaca, ainda, como fonte especial de obrigação, o "enriquecimento sem causa", que o Código Civil antigo não tratava especificamente, mas era admitido em alguns de seus artigos, como no caso dos arts. 546 a 549 (aquisição de imóveis), 611 e seguintes (especificação), 615 (confusão), 603 (invenção), dentre outros.

O novo Código Civil brasileiro, em seu artigo 920, já define a figura do enriquecimento sem causa, quando determina:

"Art. 920. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários".

¹⁵ Bevilacqua, C. *Direito das obrigações*. 8ª edição, revista e atualizada por Aquilino Bevilacqua. Rio de Janeiro, Editora Livraria Francisco Alves, 1954, p. 18-9.

¹⁶ Wald, A. *op. cit.* p. 73

Neste caso, não se discute o elemento culpa, bastando o fato, objetivamente. Dois são, então, seus elementos, a saber:

- a) o empobrecimento de uma pessoa, incluindo-se aqui o dano moral;
- b) e o enriquecimento sem causa de outra.

Carlos Alberto Bittar¹⁷ também menciona o enriquecimento ilícito, quando afirma: "na nossa codificação - em que se abarca no Direito Obrigacional a matéria sobre o contrato, suas espécies e a responsabilidade extracontratual - reconhecem-se, como fontes, o contrato, a declaração unilateral e a extracontratual (por atos ilícitos). Mas admite-se a existência de obrigações de outras origens, como as do locupletamento ilícito, da lesão e do abuso de direito, que não se encartam, rigorosamente, nos conceitos básicos e aceita-se também a sua corporificação, mesmo à inexistência de norma legal explícita; daí por que se não deve restringir à lei a temática das fontes, como pretendem alguns autores (dentro da noção de que esta é a única causa eficiente, ou fonte imediata, da obrigação, que se manifesta, em concreto, à luz da ocorrência de fatos constitutivos, ou fontes mediatas, naquela pré-ordenadas)".

Da mesma maneira ensina o grande jurista Sílvio Rodrigues¹⁸, para quem as obrigações têm também por fonte a lei: "sendo que nalguns casos, embora esta apareça como fonte mediata, outros elementos despontam como causadores imediatos do vínculo. Assim, a vontade humana ou o ato ilícito. De modo que classifico as obrigações da seguinte maneira: a) obrigações que têm por fonte imediata a vontade humana; b) obrigações que têm por fonte imediata o ato ilícito; c) obrigações que têm por fonte direta a lei".

Maximilianus Cláudio Américo Führer¹⁹ menciona algumas espécies, dentre as inúmeras fontes das obrigações que ele julga existir, destacando-se: 1) a lei; 2) o contrato; 3) o ato ilícito; 4) a declaração unilateral de vontade; 5) o abuso de direito; 6) o enriquecimento ilícito ou sem causa; 7) a obrigação da coisa, ou em função da coisa (*obligatio propter rem*, ou *in rem scripta*); 8) a responsabilidade em função de certas situações ou atividades; e, por último, 9) a responsabilidade civil. Vê-se que este autor especifica, à parte, situações que outros entendem tratar-se de obrigações eminentemente legais, como a obrigação *propter*

¹⁷ Bittar, C. A. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro, Editora Forense Universitária, 1990, p. 16

¹⁸ Rodrigues, S. *Direito civil*. São Paulo, Editora Saraiva, 1988-1995, p. 10

¹⁹ Führer, M. C. A. *Resumo de obrigações e contratos (civis e comerciais)*. 16ª edição. São Paulo, Malheiros Editores, 1998, p. 18-9.

rem e os diversos casos de responsabilidade civil objetiva.

Entretanto, salienta Roberto de Ruggiero²⁰ que, segundo uma concepção mais moderna, e seguindo uma contextualização estritamente científica da doutrina preponderante, as fontes das obrigações podem ser reduzidas da seguinte maneira:

- a) fatos que consistem numa livre determinação da vontade, que se dirige à constituição de um vínculo obrigatório, e, portanto, declaração de vontade emitidas na intenção de se obrigar;
- b) fatos de qualquer outra natureza, não implicando qualquer determinação volitiva, aos quais o direito objetivo liga, só por si, o aparecimento de uma relação obrigatória.

É neste sentido a explanação de Maria Helena Diniz²¹, quando afirma: "é fácil denotar que as obrigações decorrem de lei e da vontade humana, e em ambas trabalha o fato humano, e em ambas atua o ordenamento jurídico, pois de nada valeria a vontade sem a lei, e a lei sem um ato volitivo, para a criação de um vínculo obrigacional".

Veja-se, enfim, o entendimento de Washington de Barros Monteiro²²: "temos que reconhecer assim que, além dos contratos, das declarações unilaterais da vontade e dos atos ilícitos, outros fatos ainda existem de que resultam obrigações. Enfeixá-los numa fórmula única, sintética, precisa, por amor à simetria e harmonia, parece impossível. Se a generalidade das obrigações se filia aos contratos e aos atos ilícitos, outras existem que se mostram deploravelmente rebeldes a qualquer catalogação sistemática. Preferível, por isso, que o legislador pátrio houvesse retomado à classificação tripartida do direito romano *ex contractu*, *ex delictu* e *ex variis causarum figuris*, ou então, ainda mais simplesmente, à classificação das obrigações em voluntárias e legais".

Segundo o novo Código Civil, as fontes das obrigações são os contratos, os atos unilaterais (termo preferencialmente adotado em oposição à "negócios unilaterais") e o ato ilícito.

A título meramente didático, pode-se conceituar o ato jurídico, resumidamente, da seguinte maneira: "todo ato lícito que tenha o objetivo imediato de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. Desse modo, o ato jurídico, manifestação da vontade do agente ou de vários agentes, deve estar conforme a essa vontade, e devendo ser lícito deve ser

²⁰ Ruggiero, R. de. *Instituições de direito civil*. Tradução da 6ª edição italiana por Paulo Roberto Benasse. Campinas, Editora Bookseller, 1999, p. 131-2

²¹ Diniz, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo, Editora Saraiva, 1996, p. 45-6.

²² Monteiro, W. de B. *Curso de direito civil*. São Paulo, Editora Saraiva, 1990-1995, p. 41.

executado segundo as prescrições de direito”²³; por negócio jurídico pode-se entender "todos os fatos do homem, que se vinculam à existência de um direito, e que podem ter por efeito vir criar uma nova relação jurídica, ampliar, conservar ou proteger um direito já existente”²⁴.

2.3. A crise atual das fontes das obrigações

Por tudo o que até então foi relatado, verifica-se que os autores qualificam como critérios de classificação das fontes obrigacionais, principalmente, a vontade humana e a lei.

Vê-se que o aspecto volitivo, consubstanciado no princípio basilar da autonomia da vontade, foi o princípio fundamental a nortear o direito das obrigações, até então.

A teoria da vontade eclodiu de forma substancial a partir da Revolução Francesa, com as grandes transformações sociais e econômicas da época, assim como pelo desenvolvimento e ascensão da burguesia, e tornou-se um marco na história do Direito. A idéia de contrato como acordo de vontade se solidificou, sendo que estes deveriam nascer para serem cumpridos (*pacta sunt servanda*).

Mas, posteriormente, houve a instalação e acomodação do capitalismo, e o surgimento da Revolução Industrial, no século passado, também deixou marcas profundas nas áreas econômicas, sociais, políticas e jurídicas de todos os países. Diz-se que o importante, então, passou a ser o aspecto segurança (a confiança jurídica), em detrimento da vontade individual. Como bem resume Maurício Macedo dos Santos²⁵, "em consequência disso, a vontade (intenção) não é mais suficiente para produzir o vínculo obrigacional, mas, sim sua declaração, logo há uma objetivação da vontade, a vontade não é mais verificada sob o crivo subjetivo e, sim pelo objetivo, a interpretação dos negócios jurídicos não se dá sobre a intenção das partes, mas sim, sobre os elementos objetivos determinados no negócio jurídico. Atrelado à passagem do valor Vontade para o valor Segurança, com as transformações políticas e econômicas, verifica-se o surgimento de certos serviços que se caracterizam por um feito sociológico novo, que é a massificação social, ou seja, há uma prestação de serviços em massa, que caracteriza os contratos por adesão, como por exemplo, contratos bancários, de transporte, etc., logo há uma limitação da autonomia privada, pois esta se restringe a aderir ou não ao serviço".

²³ Silva, J. de P. e. *Vocabulário jurídico*. Edição universitária. Volume I e 11. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1987, p. 236-7, e Volume III e IV, p. 236-7.

²⁴ Idem. *Vocabulário jurídico*. Volume III e IV. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1987, p. 239.

²⁵ Santos, M. M. dos e Sêga, V. A. *Crise das fontes no direito obrigacional*. Artigo publicado no site <http://www.jus.com.br/doutrina/crisfont.html>. capturado em 16.08.2001.

Observa-se que a "decadência", ou limitação, do princípio basilar da autonomia da vontade, fez surgir novas fontes no direito das obrigações, fontes estas impossíveis de serem enquadradas na classificação atual e clássica do direito.

E, ainda, devido à rápida mudança dos fatos e acontecimentos sociais havidos em nossos dias, principalmente com o crescente desenvolvimento tecnológico, social e biológico, conclui-se que a estipulação codificada das fontes das obrigações tornar-se-ia incapaz de enquadrar todos os seus fatos geradores.

Sobre a autonomia da vontade e o direito das obrigações, salienta o grande mestre Pontes de Miranda²⁶: "o direito é processo social de adaptação, um dos processos sociais de adaptação. A técnica legislativa, desde os costumes das tribos primitivas, ao deixar às pessoas a determinação de certos direitos e deveres, de certas pretensões e obrigações, atende a que a adaptação ainda se tem de fazer por meio de contactos individuais. Diminui essa margem, à medida que as regras jurídicas, que se estabelecem, já são cogentes, ou se tornam cogentes as que eram dispositivas ou interpretativas. A maior adaptação caracteriza-se por essa eliminação progressiva do que fica à mercê das manifestações individuais de vontade".

O certo, enfim, seria mencionar apenas os princípios gerais, que norteariam a conduta e procedimentos jurídicos pós-modernos. Na conclusão de Maurício dos Santos, "as fontes no direito das obrigações devem ser observadas com a devida atenção, sob um enfoque sistemático, tendo em vista a obrigação como totalidade, como um processo e os princípios que a regem, pois o direito das obrigações preocupa-se com a circulação de bens e serviços, a segurança no tráfego (*sic; rectius*: tráfico) jurídico e a distribuição social dos riscos. Logo, a crise das fontes das obrigações foi consequência da admissão destes princípios gerais, da própria evolução das sociedades e da globalização da economia, onde os interesses e necessidades do homem modificaram-se e expandiram-se e, em função destas transformações, foram-se criando novas formas de vinculação entre os homens²⁷".

Neste sentido, Clóvis do Couto e Silva²⁸ salienta: "a crise da teoria das fontes resulta da admissão de princípios tradicionalmente considerados meta-jurídicos no campo da ciência do Direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo. Em verdade, outros fatores passaram a influir poderosamente no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores esses decorrentes da

²⁶ Miranda, F. C. P. de. *Tratado de direito privado*. 3ª edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 11

²⁷ Santos, M. M. dos e Sêga, V. A. *op cit.*

²⁸ Silva, C. V. e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Editora Bushatsky, 1976, p. 74.

cultura e da imersão dos valores que os Códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem. A crise decorre da concepção de que um código por mais amplo que seja não esgota o '*corpus juris*' vigente, o qual se manifesta através de princípios, máximas, usos, diretivas, não apenas na interpretação judicial, como também na doutrinária".

Estes princípios seriam: o princípio da autonomia da vontade, o princípio da boa fé e o da separação entre as fases (ou planos) do nascimento e desenvolvimento do vínculo e do adimplemento, sendo que os dois primeiros dizem respeito às fontes, e o da separação "delimita o mundo, a dimensão na qual os aludidos deveres surgem, se processam e se adimplem"²⁹.

3. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

3.1. Conceito

Primeiramente, tem-se que o "direito pode ser dividido em dois grandes ramos: o dos direitos *não patrimoniais*, referentes à pessoa humana (direito à vida, à liberdade, ao nome, etc.), e o dos direitos *patrimoniais*, de valor econômico, que por sua vez dividem-se em *reais* e *obrigacionais*. Os primeiros integram o Direito das Coisas. Os obrigacionais, pessoais ou de crédito compõem o Direito das Obrigações", resume Carlos Roberto Gonçalves³⁰.

Avaliando a evolução histórica do conceito de obrigação, observa-se que esta terminologia foi primeiramente firmada pelos romanos, que a conceberam como vínculo. Assim, ensina Olímpio Costa Júnior³¹ que o legislador do *Corpus Iuris Civilis* mencionava: "*obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*", ou seja, "obrigação é o vínculo de direito pelo qual somos constringidos com a necessidade de pagar alguma coisa segundo os direitos de nossa cidade".

Para Álvaro Villaça Azevedo³², obrigação, resumidamente, é "a relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, devendo cumprir determinada prestação pessoal, positiva ou negativa, cujo inadimplemento enseja a este executar o

²⁹ *Idem, ibidem*. p.16.

³⁰ Gonçalves, C. R. *Direito civil*. São Paulo, Editora Saraiva, 1998, p. 1

³¹ Costa Junior, O. *A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigações em direito*. São Paulo, Editora Saraiva, 1994, p. 32.

³² Azevedo, Á. V. *op. cit.*, p. 31

patrimônio daquele para satisfação de seu interesse".

Ou seja, obrigação, em sentido amplo, é o vocábulo que exprime qualquer espécie de vínculo ou sujeição entre duas ou mais pessoas. Mas, juridicamente, as obrigações nascem partindo-se de um conteúdo patrimonial e implicando, para uma das partes, em um dever de dar, fazer ou não fazer e, para a outra, em uma faculdade de exigir da primeira a referida prestação.

Complementa Costa Junior³³ que "as transformações impostas pelo direito moderno, seja no sentido de restringir, com o dirigismo contratual, a autonomia da vontade, seja no de permitir, sem substituição do vínculo, a transmissão subjetiva das obrigações (por sucessão ativa e passiva), não subvertem, a rigor, a substância do instituto elaborado pelo direito romano, cujo formalismo também limitava aquela autonomia (só muito depois hipertrofiada) e cujo pragmatismo contornou, na prática, o rígido personalismo do *vinculum*, que impedia a ambulação da *obligatio*".

3.2. Importância do estudo dos direitos obrigacionais

A partir da análise do conceito de obrigação visto acima, vê-se a importância do seu estudo, principalmente nos dias atuais, haja vista a sua enorme projeção nas relações jurídicas comuns em nosso tempo, típica de uma sociedade massificada, globalizada.

Analisando a importância do estudo do direito das obrigações, Arnoldo Wald³⁴ avalia que "o caráter universal e abstrato do direito das obrigações explica a permanência da influência romanista até os nossos dias. (...) Por outro lado, o aspecto personalíssimo e intransferível da obrigação romana foi ultrapassado, regulando o direito moderno a transferência das obrigações e tendo, finalmente, a socialização do direito modificado completamente a função de numerosos institutos do direito das obrigações".

Neste sentido, a festejada autora Maria Helena Diniz³⁵ comenta que "o homem moderno vive numa 'sociedade de consumo', onde os bens ou novos produtos da tecnologia moderna lhe são apresentados mediante uma propaganda tão bem elaborada, que o leva a sentir necessidades primárias ou voluptuárias nunca antes experimentadas, como, p. ex., a de substituir um carro novo por um 'zero km' que, embora supérfluo, virá satisfazer um anseio de status. A ânsia de atender aos mais variados requintes de bem-estar e de vaidade transforma-o num autômato, que age em função da ganância de

³³ Costa Junior, O. op. cit., p. 34.

³⁴ Wald, A. *Obrigações e contratos*. 12ª ed. Revista, ampliada e atualizada de acordo com a Constituição de 1988 e o Código do Consumidor e com a colaboração do Prof. Semy Glanz. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 32-3.

³⁵ Diniz, M. H. op. cit., p. 4.

novos mercados, de maiores lucros e da satisfação de seus desejos e ambições, justificáveis ou artificiais, fazendo-o desenvolver uma atividade econômica intensa. Essa intensificação da atividade econômica, provocada pela urbanização, pelo progresso tecnológico, pela comunicação permanente, causou grande repercussão nas relações humanas, que por isso precisaram ser controladas e regulamentadas por normas jurídicas, que compõem o direito das obrigações".

Ou seja, se este direito tem como escopo o equilíbrio das relações havidas entre credor e devedor, ou melhor, equilibrar "a relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor", é indubitável a importância de sua análise nos dias modernos.

Este direito regula, por exemplo, as obrigações nascidas dos contratos e todo o tipo de responsabilidade civil, institutos que, como se sabe, sofreram inegáveis transformações principalmente no século passado, no qual a autonomia da vontade viu-se relativizada, em matéria de contratos, e a responsabilidade civil caminha a passos largos para sua total objetivação.

3.3. Fases de sua evolução

Partindo-se de uma análise histórica geral, realizada por Miguel Maria de Serpa Lopes³⁶, tem-se que a evolução do direito das obrigações permeou, até a nossa época, cinco fases fundamentais, a saber:

3.3.1. Fase primitiva

"Primitivamente, a idéia do direito entre os romanos era uma idéia de força, demonstrada através das próprias palavras empregadas"³⁷.

Foi o direito de propriedade a primeira manifestação jurídica entre os romanos, que tinha um significado de "vontade dominadora", idéia que também calcou o direito obrigacional desta época: o devedor estava submetido ao credor.

Assim, "durante um longo período embrionário a concepção abstrata da obrigação não existia senão por essa idéia de força. O que preponderava era o aspecto brutal e materializado da submissão do devedor ao credor, como se tudo se desenrolasse no domínio do direito das coisas"³⁸.

o devedor obrigado sujeitava-se com o seu próprio corpo, sendo que

³⁶ Lopes, M. M. de S. *Curso de direito civil. Volume 11: obrigações em geral*. 5ª edição, revista e atualizada por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1989, p. 30 e ss

³⁷ *Idem, ibidem*. p. 30.

³⁸ *Idem, ibidem*, p. 31.

este primeiro momento do direito das obrigações podia ser caracterizado pela vingança privada.

Todavia, é importante ressaltar que, para Caio Mário da Silva Pereira³⁹, existiu uma fase anterior a do direito romano das obrigações, uma fase no qual predominava uma idéia de obrigação coletiva. Neste sentido, este autor menciona: "primitivamente não havia um direito obrigacional. Numa fase primeira da civilização, campeavam a hostilidade e a desconfiança de um a outro grupo, impedindo amistosas relações recíprocas, pois que freqüentemente tomavam conhecimento uns dos outros em razão apenas dos movimentos bélicos que os inimizavam". Assim, o direito obrigacional parece ter surgido quando começaram as relações de negociação e comércio entre as pessoas, de forma coletiva. Era uma idéia de obrigação que abrangia todo um grupo, e a sanção ao inadimplemento também estava direcionada a todos os seus componentes, em geral.

Do mesmo modo ensina Manuel Inácio Carvalho de Mendonça⁴⁰, quando lembra que "todos os pactos primitivos deviam ter-se originado no acordo de certas comunidades. A *gens* romana, o *clã* escocês, o *mark* alemão, ou a comunidade da aldeia, mostram-nos como se resolvia e se contratava solenemente, muito antes do indivíduo. Todos os atos só afetavam a êstes como *gentiles*, membros da coletividade".

3.3.2. Fase da Lei das XII tábuas

Porém, viu-se a necessidade de intensificar um controle destas situações, tanto para proteção da pessoa do devedor quanto para a manutenção de uma ordem social.

Com a intervenção do Estado, a vingança pessoal foi substituída por uma multa pecuniária vultuosa, ou seja: "a pena pecuniária veio tomar o lugar da forma grosseira de escravidão, e nesta só incidia o devedor impossibilitado de pagá-la"⁴¹.

Relata-se ainda que, quanto ao ato ilícito, para que houvesse a obrigação de indenizar, este deveria passar por um ato solene, caracterizado por uma declaração do devedor em "alta voz". O devedor que assim o fizesse, diante de cinco testemunhas, ficaria obrigado com o seu corpo por ocasião de um eventual inadimplemento.

"No princípio, em razão da pessoalidade do vínculo, o devedor se achava comprometido e respondia com o próprio corpo pelo seu

³⁹ Pereira, C. M. da S. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997, p. 6

⁴⁰ Mendonça, M. I. C. de. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. 4ª edição, aumentada e atualizada pelo juiz José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro, Editora Revista Forense, 1956, p. 103

⁴¹ Lopes, M. M. de S. *op. cit.*, p. 31

cumprimento, estabelecendo-se o poder do credor sobre ele (*nexum*), compatível com a redução do obrigado à escravidão (*manus infectio*), se faltava o resgate à dívida. Estas idéias eram tão naturalmente recebidas que não repugnava impor sobre o devedor insolvente um macabro concurso creditório, levando-o além do Tibre, onde se lhe tirava a vida e dividia-se o seu corpo pelos credores, o que, aliás, está na Tabula III: '*Tertiis nundinis partis secanto; si plus minusve secuerunt se fraude esto* "', lembra Caio Mário da Silva Pereira⁴².

Também Carvalho de Mendonça⁴³ explica, com propriedade, o significado da terminologia *nexum*, ao expor que "(...) os plebeus se entregavam aos credores, ligavam-se a eles por uma operação ou solenidade denominada *nexum*, um contrato judiciário em que o mutuário, ou o *nexum dans*, ficava homem livre até o vencimento da dívida. No advento dêste, satisfeita a obrigação, ele retomava plena posse de si; caso contrário, tomava-se *addictus* do credor que, pelo só fato da insolvabilidade, o reduzia à escravidão". Conclui-se que somente aos plebeus era aplicada a regra deste contrato, não sendo admissível empregá-la aos patrícios, ainda que devedores.

Assim era o direito à época da Lei das XII Tábuas, que ainda admitia que o corpo do devedor ficasse sendo propriedade do credor, sendo que nem mesmo o direito de intervenção na ação era dado àquele, pois que era tido como um objeto de domínio.

Mas, devido aos inúmeros casos de injustiças praticados, felizmente este período durou pouco tempo.

3.3.3. Fase da Lei Poetelia

"Uma lei marcou um novo surto no direito das obrigações constituindo o caminho de uma nova era: a Lei *Poetelia*, do ano 428 de Roma, cujo ponto nodal consistiu em transformar o conceito de obrigação, para retirar o *vinculum iuris* da pessoa do devedor e fazê-lo recair no seu patrimônio"⁴⁴.

A única falha desta lei foi a exclusão do direito de autodefesa do devedor, que só poderia ser realizada por um *vindex*, falha esta corrigida posteriormente pela *Lex Varia*.

O resultado desta evolução do direito das obrigações foi que as obrigações, no direito romano, passaram a se constituir em um vínculo pessoal e intransferível, e a responsabilidade recaiu apenas sobre o

⁴² Pereira, C. M. da S. *op cit.*, p. 8.

⁴³ Mendonça, M. I. C. de. *op cit.*, p. 112.

⁴⁴ Lopes, M. M. de S. *op cit.*, p. 32.

patrimônio do devedor. Devido a este caráter pessoal⁴⁵ da obrigação, não se podia cogitar em representação ou contratos em favor de terceiros ainda nesta fase.

Nas palavras de Carvalho de Mendonça⁴⁶, quando conclui acerca da evolução no direito romano: "os romanos não davam ao direito, como os gregos, o caráter ideal de que já falamos; para os romanos o direito era a *lei*, tendente a regular as relações do indivíduo com a sociedade, de tal modo que aquêl nunca pudesse se sobrepor a esta. Quanto ao instituto das obrigações, foi o que mais perfeito saiu dessa elaboração. Operou-se uma espiritualização crescente do conceito das obrigações. Partindo do constrangimento físico, material, do *nexum*, elas atingiram o caráter moral do *juris vinculum*".

3.3.4. Fase do direito medieval

É, de fato, um tanto difícil a análise das obrigações no direito medieval, haja vista que a grande maioria dos autores simplesmente não menciona este período quando relatam acerca da evolução do direito obrigacional.

Sendo assim, far-se-á um brevíssimo e geral relato histórico desta fase, para melhor compreensão do Direito nesta época, a partir de textos de Karl Larenz⁴⁷ e Aurélio Wander Bastos⁴⁸, finalizando com os ensinamentos, mais específicos, de Franz Wieacker⁴⁹ e Carvalho de Mendonça⁵⁰.

Na Idade Média, a visão de mundo estava baseada no cristianismo (fundamentada no judaísmo), que tinha como fundamento a Bíblia Sagrada dos judeus. Assim, e aos poucos, a mensagem de Jesus foi difundida, e o cristianismo ganhou adesões, tornando-se a religião oficial do império romano por volta do século III d.e., época do imperador Constantino, de Roma.

⁴⁵ "Outra foi a diretriz do direito germânico, que abandonou o apego a qualquer idéia pessoal posta em segundo plano, para fundar-se na concepção de um direito sobre os bens do *devedor*. A obrigação, no conceito germânico, converteu-se numa noção econômica e objetiva, suscetível de transferência e transformação, funcionando, consoante o afirmou Ihering, como no antigo direito funcionava a própria casa". LOPES, Miguel Maria de Serpa. *op. cito* p. 32

⁴⁶ Mendonça, M. I. C. de. *op. cito* p. 117

⁴⁷ Larenz, K. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 163 e ss

⁴⁸ Bastos, A. W. *Introdução à teoria do direito*. São Paulo: Liber Júrís, p. 01 e 55

⁴⁹ Wieacker, F. *História do direito privado moderno*. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 01 e ss

⁵⁰ Mendonça, M. I. C. de. *op. cito* p.119 e 55

Com a ascensão do cristianismo, o império romano decaiu, pois a anterior visão de mundo pagão se modifica, e a base deixa de ser o Estado racional para ser a Igreja (espiritual, pacifista),

Nesta época, que teve duração aproximada de mil anos, predominava os ensinamentos da Igreja baseada nos Evangelhos: o Direito abandonou a ciência e a filosofia para fundamentar-se em uma ética teológica, espiritual, consubstanciada na fé. Dois grandes nomes surgiram neste momento, que foram São Tomás de Aquino e São Agostinho.

Franz Wieacker acrescenta que, no direito medieval, o pensamento científico estava embasado nos princípios metodológicos instituídos pela escolástica e pela ciência jurídica dos glosadores, onde era comum a "autoridade trans-histórica dos textos e a aplicação das figuras lógicas da tradição escolar geral"⁵¹. Imperavam três grandes poderes ordenadores do Direito, quais foram "(...) os restos da organização do império romano do ocidente, a igreja romana e a tradição escolar da antiguidade tardia"⁵².

Ou seja, havia, essencialmente: a lei imperial, como absoluta forma de comando de poder; o Direito, como criação intelectualizada e especializada do homem, e exercício deste poder; grande influência da igreja no mundo ocidental⁵³; e o ensino jurídico sendo incluído no *trivium*, primeiramente nos estabelecimentos de ensino "profanos" para, depois, ficar adstrito apenas às escolas dos conventos ou às escolas reais (ou seja, não havia escolas jurídicas específicas, à exceção somente das escolas localizadas no oriente bizantino: houve um monopólio do saber jurídico nas catedrais e escolas reais).

Desta forma, a reflexão do Direito ficou reservada aos métodos típicos da época, fundamentada na gramática, retórica e lógica.

"Supervivência, interrupção e recomeço da influência do direito romano na alta Idade Média é o que se retira fundamentalmente da documentação no testemunho das fontes. Duma forma sistemática, os dados fundamentais são os seguintes: a observância continuada da *lex romana visigothorum* e sua reelaboração e resumo (...); o predomínio, em geral, das formas documentais tardo-antigas dos contratos, das doações e dos

⁵¹ Wieacker, F. ob cit., p. 09-10.

⁵² *Idem, ibidem*, p. 15.

⁵³ "(...) a cristandade fixou desde o início o conceito do direito. Na medida em que a fonte de todo o direito não escrito que *arrancava* da consciência vital espontânea continuou o ser a ética social, e na medida em que toda a ética européia continuou a ser, até bem tarde na época moderna, a ética cristã, a doutrina cristã influenciou o pensamento jurídico, mesmo quando legislador e juristas *estavam* pouco conscientes dessa relação. *Através* do cristianismo, todo o direito positivo entrou numa relação ancilar com os valores sobrenaturais, perante os quais ele tinha sempre que se legitimar". Wieacker, F. ob. cit., p. 17-8.

testamentos (...); e a forte ligação de todas as leis e redacções dos direitos populares (...) ao estilo e terminologia jurídica do direito vulgar⁵⁴, sintetiza Franz Wieacker. Ele também constata que os estudos jurídicos eram realizados a partir da análise das *Institutas* de Justiniano, das *Novelae* e do *Digesto*, assim como de outros textos de origem romana⁵⁵.

Vê-se, desta forma, que havia um estudo do direito romano, que ficava, porém, reservado apenas aos detentores de formação canônica. Além disso, é importante ressaltar que este estudo era permeado de "confusão constante dos pontos de vista teológicos, filológicos e jurídicos, como seria de se esperar de uma escola não especializada no direito"⁵⁶.

Além disso, até mesmo a integridade do direito romano aos poucos foi decaindo, pois a ele foram combinados alguns costumes bárbaros, próprios da época feudal⁵⁷.

Carvalho de Mendonça é contundente ao afirmar que esta época "passou sem utilidade para o desenvolvimento das obrigações". E acrescenta: "os contratos quase se resumiam nas doações às igrejas, mosteiros e senhores feudais, em vendas com pacto *de retro*, ou com reserva de usufruto em enfiteuses e concessões feudais"⁵⁸. Salieta a atuação da igreja católica no meio jurídico, ao dizer que foi ela que implementou a noção de dever ligado à uma sanção (advinda de um Deus, único). O grande mérito da igreja, para este autor, foi o de conseguir separar o dever moral do dever político, disciplinando especificamente o primeiro destes, em especial as formas de conduta.

Conclui-se, desta maneira, que as fontes do direito obrigacional no período medieval continuaram sendo as mesmas do período do direito romano, acrescidas, contudo, de teor espiritual (não racional).

Esta fase, que se prolongou até meados do século XIII, termina com a propagação das idéias de Aristóteles, que abre, novamente, espaço para a ciência, permitindo o surgimento do capitalismo. Com Aristóteles, chega ao fim a era denominada historicamente "cega" do Direito, a era das "trevas" e "escuridão", baseada na fé sem questionamentos. Inicia-se, a partir de suas idéias, a era do Direito Moderno, do jusracionalismo: o Direito fundamentado na razão e na ciência (época do Renascimento).

⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 29-30.

⁵⁵ *Idem, ibidem*, p. 32-3.

⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 33

⁵⁷ Os feudos eram concedidos apenas aos nobres (que tivessem título de nobreza incontestável), sendo que a pessoa do servo era simplesmente anulada. Os nobres e os príncipes só se viam obrigados perante outro de casta igualou superior.

⁵⁸ Mendonça, M. I. C. de. *ap. cil.* p.11 9

3.3.5. Fase do individualismo

"Depois de haver sofrido o embate da evolução social e política da época feudal, carregada de ônus e servidões, a obrigação tomou novo aspecto com a escola liberal do *lasser faire, lasser passer*, ingressando, através do Código de Napoleão, fruto da Revolução Francesa, num período de liberalismo e de individualismo em excesso, encontrando-se, atualmente, numa fase de reação, através da intervenção estatal dos contratos"⁵⁹.

A característica principal, então, desta fase do direito das obrigações, era o individualismo "absoluto", que o direito civil francês sedimentou no Código de Napoleão. Ou seja, as partes eram livres para contratar da maneira que melhor lhes conviesse: porém, uma vez pactuada, esta liberalidade fazia lei entre as partes.

Outro traço marcante é evidenciado por Caio Mário, quando preleciona: "é de assinalar-se, entretanto, que se atribui à vontade plena força geradora do vínculo, ao mesmo tempo que se aceita, sem qualquer constrangimento, a impessoalidade da obrigação. Neste passo, é necessário frisar que uma distância muito grande se abre entre a concepção romana e a moderna, precisamente no que diz respeito a esta impessoalidade do vínculo"⁶⁰.

3.3.6. Fase atual

A fase atual do direito das obrigações é uma época de transição, e está sendo marcada pelo apego a considerações éticas até então esquecidas juridicamente.

A principal mudança dá-se na noção de contratos, que estão subjugados mais à idéia de equidade do que de imutabilidade contratual: "esse modelo de contrato, ainda preconizado por muitos, não mais atende às aspirações e necessidades da sociedade atual, haja vista que não se pode mais admitir uma relação contratual sem equilíbrio, iníqua, celebrada com ausência de boa-fé, ser considerada válida, sob o argumento de que existe a autonomia privada e as partes são livres para contratar. Na realidade, o perfil atual do contrato modificou-se. Abandonou-se o rigor de sua intangibilidade para adaptá-la à nova realidade social, que busca, antes de tudo, uma relação equânime, justa entre os contratantes", argumenta Rogério Ferraz Donnini⁶¹, quando escreve sobre a moderna concepção de contrato, que atualmente está

⁵⁹ Lopes, M. M. de S. *op. cit.* p. 32.

⁶⁰ Pereira, C. M. da S. *op. cit.*, p. 9

⁶¹ Donnini, R. F. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. Organizadores Rui Geraldo Camargo Viana, Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 70-1.

mais para o plano social do que para o individual.

Corroborando este entendimento, o renomado mestre Francisco dos Santos Amaral Neto escreveu um artigo interessante acerca da evolução do direito civil no Brasil, no qual trata da importância da cultura no desenvolvimento das normas jurídicas de um país, os períodos históricos e fases do direito civil brasileiro, além de discriminar alguns institutos que mais sofreram alterações no decorrer do século passado, como é o caso do direito de família, o direito das coisas, o direito das sucessões e, enfim, o direito das obrigações. Assim, ele resume muito bem o momento atual da evolução do direito das obrigações, quando preleciona:

"No campo das obrigações, observa-se uma limitação crescente da autonomia privada, o aumento dos contratos em massa, dos contratos coativos, dos contratos tipos, do contrato de adesão, dos contratos necessários, a lesão como vício do consentimento, a correção monetária hoje consagrada em lei (Lei 6.889, de 8.4.81), a admissão de novas figuras contratuais, com a incorporação imobiliária, a alienação fiduciária em garantia, o compromisso de venda, o *leasing*, o *know-how*, o *franchising*, o *engineering*, o *factoring*, o seguro de crédito, os contratos bancários, nova disciplina do contrato de transporte e do seguro. No campo da teoria geral das obrigações, voltamos à unidade das obrigações civis e comerciais, já preconizada um século antes por Teixeira de Freitas, e na disciplina das fontes, nelas se incluem os contratos, a gestão de negócios, o pagamento indevido, o enriquecimento sem causa, o ato ilícito, o abuso de direito"⁶².

Também conclui neste sentido Caio Mário da Silva Pereira: "o direito obrigacional moderno, especialmente neste século, já inova sobre as concepções dominantes anteriormente encaminhando-se no sentido de soffrear a autonomia da vontade, que no século XIX tão longe fora, e, com o dirigismo, assegurar a predominância do princípio da ordem pública. Cresce a intervenção do Estado em detrimento da liberdade de ação do indivíduo"⁶³.

Concluindo acerca da situação atual do direito das obrigações, mencionamos o pensamento de Orlando Gomes⁶⁴: "orienta-se modernamente o Direito das Obrigações no sentido de realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceitos, não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, senão, também, de sobrepor o interesse coletivo, em que se inclui a harmonia social, aos interesses individuais de cunho meramente egoístico. Corrige situações injustas a que conduziu,

⁶² Amaral Neto, F. dos S. A evolução do direito civil brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. Direção e coordenação de R. Limongi França. Ano 7, volume 24, São Paulo, abril/junho 1983, p. 86

⁶³ Pereira, C. M. da S. *op. cit.*, p. 10

⁶⁴ Gomes, O. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 01-2.

quando imperava na órbita política e econômica do liberalismo, dando-lhes conteúdo mais humano, social e ético. Tende, em resumo, para a socialização e a moralização, na conformidade das convicções a êsse respeito dominantes". Em sua obra, este autor vai enfatizar a evolução do direito obrigacional voltada prioritariamente ao aspecto coletivo (função social), em detrimento do aspecto individual, destacando, ainda, o retorno do emprego da ética no estudo do Direito (e, conseqüentemente, a queda do positivismo científico).

4. CONCLUSÕES

Sabe-se que o direito obrigacional visa regulamentar a vida social e econômica das pessoas. Assim sendo, conclui-se que se trata de matéria que, a despeito de ter sido maravilhosamente edificada pelos romanos, sofreu um processo evolutivo inegável: ou seja, o direito das obrigações, tal como foi construído pelo direito romano e, posteriormente, instituído e codificado pelo direito francês (direito este que o Brasil também sistematizou em seu Código Civil, com algumas nuances da técnica alemã), já não atende mais às necessidades sociais do mundo atual, tornando-se insuficiente.

O progresso, no campo social, das relações obrigacionais, é evidente. Conseqüentemente, o direito das obrigações, ao não acompanhar esta evolução, gera uma crise, um desencontro, entre a moralidade do mundo social e a do mundo jurídico.

Percebe-se, assim, que a crise não está adstrita, somente, ao direito das obrigações e suas fontes. A crise está às portas do Direito, principalmente no Direito do Brasil após o advento da Constituição Federal de 1988: há uma crise que advém dos obstáculos existentes quanto à "implantação do novo modelo de Direito e Estado traduzido na nova ordem constitucional"⁶⁵.

"Pode-se dizer que, no Brasil, predomina/prevalesce (ainda) o *modo de produção* de Direito instituído/forjado para resolver disputas interindividuais, ou, como se pode perceber nos manuais de Direito, disputas entre Caio e Tício"⁶⁶, conclama o douto jurista e professor Lênio Streck.

Hoje, contudo, deve-se pensar em conflito de interesses de cunho transindividual, coletivo, sendo que, da mesma maneira, o direito obrigacional também precisa ser analisado.

Ademais, tem-se, da mesma forma, e a título de agravar ainda mais a crise do direito das obrigações, o processo de codificação do Direito. Sabe-se

⁶⁵ Streck, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 34

⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 35.

que, historicamente, a codificação foi uma criação do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico: os Códigos vieram para transmitir a segurança jurídica adequada para aquela época, assim como para sedimentar maior espaço de autonomia para todos os indivíduos. Ressalte-se, ainda, que os Códigos que seguiram o modelo francês tiveram, como paradigma, o cidadão dotado de patrimônio.

Lembre-se, ainda, que o Estado Liberal apregoava a igualdade de todos perante a lei, que era uma criação democrática de todos. Porém, o que se pôde observar, de fato, foi que os Códigos, ao invés de garantirem a igualdade no seu sentido material (o que era o mais importante), conseguiram apenas cristalizar uma igualdade "formal" de direitos, pois, o que se viu foi a exploração dos mais fracos pelos mais poderosos, que desencadeou reações e conflitos nos mais diversos setores, culminando na criação de um "Estado Social" (Estado que faz prevalecer o interesse coletivo, ao evitar abusos e garantir a afirmação da dignidade da pessoa humana).

Assim, a idéia de codificação, hoje, parece estar superada. Os Códigos, ao imprimir tamanha rigidez às suas regras, podem se tornar obstáculos ao desenvolvimento do direito civil. Ainda mais quando se tem, em mãos, um novo Código Civil⁶⁷ recentemente aprovado que, a despeito de ser novo, já está, em alguns de seus aspectos, ultrapassado.

Críticas à parte, este novo Código albergou alguns valores fundamentais da pessoa humana, visão esta defendida por todos os doutrinadores modernos. Neste sentido, Miguel Reale⁶⁸ faz uma análise geral do novo Código Civil, enfatizando:

O código atual peca por excessivo rigorismo formal, no sentido de que tudo se deve resolver através de preceitos normativos expressos, sendo pouquíssimas as referências à equidade, à boa-fé, à justa causa e demais critérios éticos. Esse espírito dogmático-formalista levou um grande mestre do porte de Pontes de Miranda a qualificar a boa-fé e a equidade como

⁶⁷ O Código Civil brasileiro de 1916 foi formulado mediante uma mentalidade conservadora, e demonstrou-se apto a traduzir os objetivos e anseios das forças sociais e dominantes que o produziu. Pôde-se perceber, porém, que a Revolução Industrial, ocorrida, no Brasil, após o seu advento, e mais precisamente em meados da década de 30, gerou profundas mudanças em todos os níveis e setores da vida da população brasileira, principalmente nas áreas econômica, política, social e jurídica. Houve um crescimento e desenvolvimento em grande e rápida escala, que transformaram as relações jurídicas de todos os envolvidos. Cumpre ressaltar que este desenvolvimento foi também global, não se restringindo ao Brasil, mas atingindo os demais países em geral. É por isso que tanto hoje se fala em globalização, pois é a mesma realidade para todas as nações. A repercussão destes fatores sociais e econômicos alterou, de forma inquestionável, a visão dos juristas, que hoje tendem a dar maior valor a aspectos e princípios como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre as pessoas, princípios estes que vieram a ter o seu clímax quando foram albergados pela Constituição Federal de 1988.

⁶⁸ Reale, M. *Visão geral do projeto de Código Civil*. Artigo publicado no site <http://www.ufrgs.br/mestredir/doutrinalreale1.htm>. capturado em 16.08.2001.

'abecerragens jurídicas', entendendo ele que, no Direito Positivo, tudo deve ser resolvido técnica e cientificamente, através de normas expressas. Nos não acreditamos na geral plenitude da norma jurídica positiva, sendo preferível, em certos casos estabelecer normas genéricas que permitam chegar-se à "concreção jurídica", conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa. (...) **Em nosso projeto não prevalece a crença na plenitude hermética do Direito Positivo, sendo reconhecida a imprescindível eticidade do ordenamento.** O código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exigem a todo instante recursos à analogia e a princípios gerais, devendo ser valorizadas todas as conseqüências da cláusula *rebus sic stantibus*. **Nesse sentido, é posto o princípio do equilíbrio econômico dos contratos como ética de todo o Direito Obrigacional.** Nesse contexto, abre-se campo a uma nova figura, que é a da resolução do contrato como um dos meios de preservar o equilíbrio contratual. Hoje em dia, praticamente só se pode rescindir um contrato em razão de atos ilícitos. O direito de resolução obedece a uma nova concepção, porque o contrato desempenha uma função social, tanto como a propriedade. Reconhece-se, assim, a possibilidade de se resolver um contrato em virtude do advento de situações imprevisíveis, que inesperadamente venham alterar os dados do problema, tornando a posição de um dos contratantes excessivamente onerosa.

Pode-se visualizar, por exemplo, o avanço da teoria do risco, quando se fala em obrigações delituais (extracontratuais). A responsabilidade civil, inegavelmente, é um dos ramos do direito obrigacional que mais se desenvolveu nos últimos anos.

Da mesma forma, em matéria de contratos⁶⁹, constata-se a grande evolução ocorrida, a qual pode-se averiguar através do grande número de figuras contratuais novas colocadas à disposição das pessoas, assim como a multiplicação dos seus efeitos.

Atualmente, a simples assinatura necessariamente obriga as partes contraentes, haja vista a possibilidade de posteriores revisões. Como

⁶⁹ "Talvez uma das maiores características do contrato, na atualidade, seja o crescimento do princípio da equivalência material das prestações, que perpassa todos os fundamentos constitucionais a ele aplicáveis. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio é espécie do macroprincípio da justiça contratual, que por sua vez abrange a boa fé objetiva, a revisão contratual, o princípio *venire contra factum proprio*, o princípio da lesão nos contratos, a cláusula *rebus sic stantibus*, a invalidade das cláusulas abusivas, a regra *interpretativo contra stipulatorem*". Lôbo, P. L. N. *Constitucionalização do direito civil*. Artigo publicado no site www.infojus.com.br/artigos. capturado no dia 29/10/2001.

exemplo, citam-se os contratos de adesão, totalmente questionáveis acerca de seu poder vinculatório, sendo alvos constantes de ações revisionais nos tribunais, como é O caso dos contratos bancários, quando estes contêm cláusulas que ofendem o direito dos consumidores. Já não se discute o caráter volitivo nestes casos, mas uma questão de maior importância, de ordem pública, que é dirigida aos princípios da boa-fé e da proteção à parte hipossuficiente desta relação jurídica.

A autonomia privada passa a dar lugar, assim, aos interesses maiores de ordem pública, que o Estado vem proteger através de normas jurídicas.

Esses são, enfim, alguns frutos do processo de massificação social, que parece ter sempre em vista, prioritariamente, o interesse do bem comum em detrimento da justiça individualista.

Desta forma, a decadência do sentido individualista do direito das obrigações (podendo-se falar, também, no Direito como um todo), contribuiu para que fossem agregados valores éticos e morais ao regramento das condutas humanas. Sem dúvida alguma, este fator muda, sensivelmente, a visão eminentemente positivista do direito e, conseqüentemente, o prisma em que se analisam as conseqüências daquelas condutas.

5. REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, F. dos S. *A evolução do direito civil brasileiro*. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. Direção e coordenação de R. Limongi França. Ano 7, volume 24, São Paulo: abril/junho 1983.

AMARAL NETO, F. dos S. *Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro*. In Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. Direção e coordenação de R. Limongi França. Ano 17, volume 63, São Paulo: janeiro/março 1993.

AZEVEDO, Á. V. *Curso de direito civil: Teoria geral das obrigações*. 9ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

AZEVEDO, A. J. de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1986.

BASTOS, A. W. *Introdução à teoria do direito*. São Paulo: Líber Júrís.
BEVILAQUA, C. *Direito das obrigações*. 8ª edição, revista e atualizada por Aquilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Editora Livraria Francisco Alves, 1954.

BITTAR, C. A. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1990.

BITTAR, C. A. *O direito civil na Constituição de 1988*. 2ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

BRETONE, M. *História do direito romano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1990.

- CHAMOUN, E. *Instituições de direito romano*. 4ª edição, revista e aumentada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1962.
- CHAVES, A. *Lições de direito civil*. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1972.
- COSTA JUNIOR, O. *A relação jurídica obrigacional: situação, relação e obrigações em direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 18ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.
- DANTAS, S. T. *Programa de direito civil 11: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito, fim. de 1943-/945: os contratos*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.
- DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.
- DINIZ, S. *Código Civil italiano*. Traduzido diretamente do italiano por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1961.
- DINIZ, S. *Código Civil suíço e Código Federal suíço das obrigações*. Traduzido diretamente do texto original alemão por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1961.
- DONNINI, R. F. *A Constituição Federal e a concepção social do contrato*. In Temas atuais de direito civil na Constituição Federal. Organizadores Rui Geraldo Camargo Viana, Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- FÜHRER, M. C. A. *Resumo de obrigações e contratos (civis e comerciais)*. 16ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- GIORDANI, M. C. *Iniciação ao direito romano*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 1991.
- GOMES, O. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.
- GOMES, O. *Obrigações*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976.
- GOMES, O. *Tran.: jormações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.
- GONÇALVES, C. R. *Direito civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.
- LA'FAILLE, H. *Tratado de las obligaciones*. Volume I. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores, 1947.
- LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian
- LEVENHAGEN, A. J. de S. *Código civil: comentários didáticos: direito das obrigações, arts. 863 a 1.187*. 5ª edição, São Paulo: Atlas, 1996.
- LOPES, M. M. de S. *Curso de direito civil. Volume 11: obrigações em geral*. 5ª edição, revista e atualizada por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Editora Freilas Bastos, 1989.

- LORENZETTI, R. L. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- MANESCHY, R. de L. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris Ltda., 1984.
- MARKY, T. *Curso elementar de direito romano*. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.
- MAXIMILIANUS, C. A. F. *Resumo de obrigações e contratos (civis e comerciais)*. 16ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- MELLO, M. B. de. *Teoria do fato jurídico: plano de validade*. 3ª edição revisada, São Paulo: Saraiva, 1999.
- MENDONÇA, M. r. c. de. *Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito*. 4ª edição, aumentada e atualizada pelo juiz José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1956.
- MIRANDA, P. de. *Tratado de direito privado*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.
- MONTEIRO, W. de B. *Curso de direito civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990-1995.
- NOGUEIRA, A. C. *Introdução ao direito romano*. 1º volume. Rio - São Paulo: Forense, 1966.
- PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.
- RODRIGUES, S. *Direito civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1988-1995.
- RUGGIERO, R. de. *Instituições de direito civil*. Tradução da 6ª edição italiana por Paulo Roberto Benasse. Campinas: Editora Bookseller, 1999.
- SALDANHA, N. *Fontes do Direito - r*. in Enciclopédia Saraiva do Direito, volume 38, coordenação de R. Limongi França, São Paulo: Editora Saraiva, 1977.
- SAMPAIO, N. de S. *Fontes do Direito - Ir*. In Enciclopédia Saraiva do Direito, volume 38, coordenação de R. Limongi França, São Paulo: Editora Saraiva, 1977.
- SANTOS, J. M. de C. *Código civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- SILVA, C. V. do C. e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- SOUZA, E. V. de. *Obrigação*. In Enciclopédia Saraiva do Direito, volume 55, coordenação de R. Limongi França, São Paulo: Editora Saraiva, 1977.
- VARELA, A. *Das obrigações em geral*. Volume I. 7ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 1991.
- VENOSA, S. de S. *Direito civil: teoria geral*. São Paulo: Editora Atlas, 1984.
- VIANA, R. G. C.; NERY, R. M. de A. (organizadores). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

WALD, A. *Obrigações e contratos*. 12ª edição, revista, ampliada e atualizada de acordo com a Constituição de 1988 e o Código do Consumidor e com a colaboração do Prof. Semy Glanz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

WIEACKER, F. *História do direito privado moderno*. 2ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.