

Direito das obrigações

O caráter de permanência dos seus institutos, as alterações produzidas pela lei civil brasileira de 2002 e a tutela das gerações futuras.**

GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA

Sumário: 1. Primeiras considerações – 2. Estabilidade no tempo e uniformidade no espaço do direito das obrigações – 3. O Código Civil de 2002 e seus reflexos no sistema obrigacional brasileiro – 4. Perspectivas do direito das obrigações e as gerações futuras enquanto destinatárias das obrigações.

1. Primeiras considerações

O mundo jurídico e suas relações privadas apresentam uma vertente tendencialmente *dinâmica* e outra tendencialmente *estática*, como bem lembrava já Gustav Radbruch, apesar de este jusfilósofo não ter utilizado a *tendência* para justificar o seu discurso, nem seu pensamento.

O dinamismo das relações jurídicas privadas estaria representado pelas relações de crédito, pelas relações obrigacionais, ao passo que os direitos reais, exatamente por tenderem à garantia de situações que implicam uso, fruição e eventual disposição ou aquisição das coisas, teriam de se apresentar de forma mais estática, duradoura e – por que não? – segura.

Se esta visão é mesmo verdadeira, como tem sido proclamada e repetida, é porque ela enxerga o fenômeno do ponto de vista do objeto das relações jurídicas e da função que estas últimas desempenham no mundo do ser. Assim, porque a função primordial das relações obrigacionais é ajudar a desenvolver o fenômeno da colaboração econômica entre os homens, como já ressaltara Orlando Gomes (p. 3), traça o legislador as regras supletivas destas relações, pelo que as pessoas, quando contratam em seu dia a dia, não se lembram de pactuar expressamente: vendo-te este café, em contraprestação deve-me 1 real; Aqui está um real, dá cá o café... Nós não precisamos agir assim primeiro porque nosso Direito, salvo raras e expressas exceções, não é um direito formalista, como era o Direito Germânico, e depois nossa despreocupação é intuitivamente tranqüila porque sabemos que o legislador preocupou-se, por nós, desenhando nossos direitos e nossos deveres, com os quais, normalmente, concordamos; principalmente para essas coisas mais comuns...

Por isso dispõe o legislador acerca dos traços característicos das relações, vale dizer, aqueles traços que normalmente estão presentes em cada contrato. E agindo como o matemático que põe em evidência os fatores comuns da expressão e encerra entre parênteses aquilo a que o comum se refere, na feliz imagem de Antunes Varela (p. 45), ressalta as regras comuns a todas as relações creditórias e também aos negócios jurídicos em geral. Por isso tem-se não só uma parte geral das obrigações, como uma parte geral ao próprio Direito Civil como um todo.

Mas isto não impede que eu modifique um destes traços, pactuando com a outra parte de uma forma um tanto quanto diversa, desde que isso não seja expressamente proibido. E é por isso que, quando eu sou cliente habitual daquela padaria e não tenho dinheiro trocado, o vendedor me vende o café a prazo, apesar de ser da essência daquele negócio, o pagamento à vista. Nós pactuamos diferir o pagamento no tempo. A vida é dinâmica e cada vez mais exigente, rápida e nós somos, por definição, consumidores daquilo que não produzimos, uma vez que não somos auto-suficientes.

Essa a dinâmica a que se referia Radbruch, conjugada, por fim, com o caráter transitório destas relações, uma vez que, como lembra Álvaro Villaça Azevedo (p. 31), *se fosse perpétua, importaria servidão humana, escravidão, o que não mais se admite nos regimes civilizados.*

Mas será que o direito obrigacional é mesmo tão dinâmico? Do ponto de vista da função que desempenha, quer dizer, da troca dos objetos economicamente apreciáveis, não me resta dúvida que sim, e então me alinho a Radbruch.

Aquilo que me impede de usar o *dinâmico* sem o *tendencialmente* é uma outra faceta desse ramo do Direito Civil, faceta esta que é, justamente, o objeto desta exposição: Por que é que as regras do direito creditório não são assim tão dinâmicas? Por que é que mudaram tão pouco ao longo dos tempos? E por que é que são tão semelhantes de Estado para Estado? Por que é que ao cruzar a fronteira de qualquer país, em geral, eu compro ou vendo de forma tão semelhante ao modo de comprar e vender em meu próprio país?

Sempre se ouve dizer ser o Direito das Obrigações o ramo do Direito Privado que menos se sujeita a alterações, pois a relação jurídica que ele envolve se mantém, temporal e espacialmente, quase imutável. No entanto, e por outro lado, não se deve desconsiderar que o direito positivo que lhe dá a especificidade normativa pode sofrer, e sofre, determinadas e bem importantes mudanças que interferem, de modo bem profundo, nas relações jurídicas das

quais se originam os *direitos patrimoniais obrigacionais*. Isso porque as exigências da contemporaneidade requerem uma evolução cada vez mais dinâmica, em toda a estrutura jurídica e relacional humana, o que não deixa de alcançar, também, a ambiência da relação jurídica obrigacional, sem dúvida.

A transformação da vida e das relações humanas é tão intensa que não pôde mesmo, mais, permanecer despercebida; a crise instalou-se. Na esfera do direito – e do direito privado, como um todo – impôs-se prontamente uma nova consciência moral, a ditar urgência de revisão de conceitos, de institutos, de estruturas e de valores, a favor de uma mentalidade ética bem distinta daquela para quem a arquitetura jurídica do passado houvera sido desenhada, e por força da qual o traço da solidariedade social e o traço da dignidade individual passaram a realizar sadio percurso paralelo.

Nesse contexto, então, o Direito das Obrigações – que é um direito pessoal (*jus ad rem*), uma vez que essa relação jurídica que ele abriga vincula apenas as pessoas diretamente envolvidas – muda também, conhece e exige a concreção de paradigmas novos, mesmo para um contexto tão mais específico, como o dele, que o desenha como um direito relativo, já que respeita exclusivamente às pessoas envolvidas na relação jurídica, em caso.

Ele muda também, mas muda menos. Por quê? É o que vou tentar explicar, começando com a...

2. Estabilidade no tempo e uniformidade no espaço do direito das obrigações

O título desta parte foi tomado de empréstimo ao título dado a um dos itens da Introdução ao livro do professor Antunes Varela (p. 25 e ss.), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, livro este que está dedicado de forma muito amável à memória de um dos grandes professores de Direito Civil brasileiro e dos grandes estudiosos de Direito das Obrigações de que se tem notícia em nosso país, Prof. Orlando Gomes.

Em seu livro, Antunes Varela ressalta que *o génio dialéctico dos latinos, temperado por um forte sentido das realidades práticas, permitiu, de facto, que o Direito romano previsse e regulasse em fórmulas muito concisas e equilibradas grande parte das situações típicas que vieram a constituir-se ou continuaram a verificar-se nos séculos posteriores* (p. 26). Assim é que a autonomia privada continua a reger as relações obrigacionais, ditando-se a vontade das partes mais ou menos pelos mesmos interesses e pelas mesmas conveniências.

A isto, unem-se outros argumentos:

1) O primeiro e principal é aquele segundo o qual *não é possível dizer que este ou aquele ramo do Direito mudou mais ou menos que os outros*, se não se lançar mão da *comparação*. É isto, com efeito, aquilo que se faz quando se diz que o Direito das Obrigações mudou pouco! Compara-se este ramo com o Direito de Família, com os Direitos Reais e com o Direito das Sucessões e com as alterações que estes ramos sofreram, ao longo dos anos, em decorrência das mudanças da sociedade, das ciências sociais e de suas interpenetrações (fatores políticos, morais, sociais e religiosos). E esta comparação é, sem sombra de dúvida, desigual, principalmente porque, como lembra Álvaro Villaça Azevedo, o Direito das Obrigações não sofre muitas influências das injunções locais, pelo que *é universal, quase imutável, pois as situações dele decorrentes são, praticamente, as mesmas em todo o mundo* (p. 25).

Já o Direito de Família teve de acompanhar a evolução dos costumes e suas especificidades espaciais; teve de se abrir para a possibilidade de dissolução dos vínculos matrimoniais; teve de reconhecer a união estável; teve de garantir a igualdade dos filhos, corrigindo séculos e mesmo milênios de injustiças que confundiam as relações mantidas pelos genitores com as relações existentes entre pais e filhos, irradiando efeitos daquelas relações sobre estas.

Os Direitos Reais também mudaram muito. A religião, os paradigmas das ciências humanas e das ciências sociais passaram a emprestar aos institutos primordiais do Direito das Coisas uma função que não tinham, antes, e que fez com que a organização da propriedade se alterasse significativamente. Daí a extirpação da enfiteuse do novo Código, por exemplo. Daí a previsão de desempenhar a propriedade uma função social, cuja inobservância autoriza a desapropriação.

O mesmo se passou com o Direito das Sucessões, mas aqui mais por reflexos das modificações anteriormente referidas, na medida em que cuida esse ramo da ciência civilista de regular a transferência da propriedade dos bens do *de cuius* preferencialmente, se bem que não exclusivamente, a seus familiares. Por isso, cito a inclusão do cônjuge ou companheiro supérstite entre os herdeiros necessários e em concorrência direta com os descendentes e ascendentes do morto, apenas como exemplo.

2) Outro argumento é o que se refere à *crescente necessidade de internacionalização do*

comércio jurídico, internacionalização esta que se serve das estruturas básicas do direito das obrigações, beneficiando-se de sua estabilidade e homogeneidade, o que impede, ou pelo menos atravança, qualquer alteração unilateral dessas regras por um sistema jurídico, o que poderia dificultar o comércio de bens e serviços transfronteiriços, alijando aquele Estado dos *benefícios do mercado global*.

Conseqüência deste argumento e, em certa medida, também do primeiro, é a verificação empírica da unificação planejada do Direito obrigacional, quer num mesmo país, pela previsão de regras comuns para as obrigações civis e comerciais, como fizeram a Suíça, a Polônia, a Itália, a Turquia e agora o Brasil, se bem que a idéia tenha nascido aqui, em nosso país, pela pena de Teixeira de Freitas (cf. Villaça Azevedo, p. 25 e 26) quer, ainda, em vários Estados, chegando-se mesmo a falar num Código Universal de Obrigações, decorrência do Projeto Franco-italiano de Código Unificado das Obrigações. Se a universalidade parece exagerada e de difícil consecução, dê-se aqui a notícia, que possivelmente já é do conhecimento de muitos, de que, no seio da União Européia, há já um projeto relatado por Giuseppe Gandolfi que prevê a adoção de um Código Europeu dos contratos (Cf. Antunes Varela, p. 30).

Orlando Gomes (p. 7 e 8) criticava, em sua obra, a mutilação do Código Civil com a elaboração de um Código das Obrigações. Seu argumento ia no sentido de que era preferível a concentração das obrigações civis e comerciais no Código Civil porque, se mutilação devesse haver, devia ela ser sofrida pelo Código Comercial, por ser, em seu entender, direito *especial*. Aduzia ainda o surgimento do Direito das empresas e sua possível incorporação ao direito econômico, então acabado de surgir como disciplina autônoma, e com tendência para absorver o direito comercial.

3) Para além destes dois argumentos que relatei, verifica-se, ainda, uma *tendência de intervenção estatal pontual*, limitando ou delimitando a autonomia contratual (cf. Silvio de Salvo Venosa, p. 30 e 31), sempre que a sociedade enxerga na relação creditória um desequilíbrio ou uma desproporção entre as forças contrapostas, porém complementares. Tal intervenção pontual se faz, por vezes, em decorrência de uma contingência histórica passageira, determinada por razões o mais das vezes de cunho econômico, como é o caso das sucessivas leis que buscaram disciplinar as relações de locação de imóveis, conforme a escassez maior ou menor dos bens disponíveis para este fim.

Mas pode também se dar não apenas por uma *contingência* histórica, mas por uma *realidade* histórica duradoura ou permanente. Por isso é que os contratos de locação de serviços e o de empreitada deixaram de se reger pelas normas relativas às obrigações privadas, "publicizando-se" e autonomizando-se de forma a constituir uma nova disciplina jurídica, o Direito do Trabalho, se bem que uma nova conformação da realidade histórica possa estar a se avizinhar, autorizando o pensamento de alguns no sentido do retorno ao Direito Privado.

Também a consciência, por parte do Estado, de que a autonomia da vontade pode ser constantemente prejudicial a uma das partes, posta na relação material creditória em uma situação de hipossuficiência, pode autorizar tal intervenção, como ocorreu nos contratos de seguro, nos contratos bancários, nas relações de consumo.

Mas estas mudanças pontuais, ditadas pela necessidade prática, e que, em última análise, têm mesmo a finalidade de proteger a função do direito das obrigações que é garantir o comércio jurídico, acabam por não modificar substancialmente a estrutura da relação obrigacional.

A teoria geral das obrigações permanece estática, inerte, quase imutável, apesar do aumento do comércio jurídico (*crescente pulverização das relações obrigacionais*, segundo Venosa – p. 29 – e *intensificação da atividade econômica*, na expressão de Maria Helena Diniz – p. 4), dos impulsos de consumo estimulados pela propaganda e pela publicidade, e apesar, ainda, das novas tecnologias, como a *internet*, que cria formas novas de obrigação, mas que continuam a se reger pelas regras de antanho. Por quê?

Certamente o espírito prático dos juristas romanos contribuiu, em grande parte, para esta '*imutabilidade*' posterior. Uma imutabilidade que não se impôs pela força, nem pela hierarquia, ou seja, uma imutabilidade que não teve de ser defendida pelo uso do poder, nem pela previsibilidade de rigidez do ordenamento jurídico obrigacional.

Já salientei, e volto a fazê-lo, agora na companhia de Silvio de Salvo Venosa (p. 30), que esta imutabilidade é relativa e que ocorreram modificações – e não poucas, mas algumas – até mesmo relevantes, como aquela verificada ainda no Direito Romano relativa à *economicidade* da obrigação, retirando-se a possibilidade de execução pessoal, garantindo-se o cumprimento do pactuado com o patrimônio, presente e futuro, do devedor (*Lex Poetelia Papiria*).

O mais interessante de notar é a *homogeneidade* com que as modificações se foram operando

no direito obrigacional posterior, nos diversos países e nas diversas regiões, bem como a *simultaneidade* mais ou menos rigorosa com que foram se verificando. Tudo devido às necessidades econômicas que iam se produzindo. Também hoje, ainda, se verifica o mesmo fenômeno, tudo se passa dessa forma, neste contemporâneo tempo em que as comunicações se aceleraram e as distâncias entre os povos tendem à *virtualidade*, construindo um *creciente reclamo de conforto pelo indivíduo*, na expressão sempre refinada de Silvio Rodrigues (p. 3)... É Rodolfo Sacco (p. 37 e ss.) quem chama a atenção para uma característica muito peculiar da origem remota da obrigação enquanto liame jurídico: para este professor da Universidade de Turim a obrigação nasce, ainda no período neolítico, por uma questão de necessidade econômica, de impossibilidade pessoal para a obtenção de todas as necessidades individuais. É, assim, o coletivo que se *'obriga'* a facilitar a consecução das necessidades de um de seus membros o qual, posteriormente, se sente na obrigação de retribuir. A fonte da obrigação é, então, a necessidade de grupo.

Essa mesma necessidade de grupo permanece presente, ainda que latente, quando se atenta para o seguinte: uma necessidade de repudiar e corrigir um desequilíbrio, um enriquecimento desproporcionado. Por isso, quem experimenta uma vantagem, fica obrigado a proporcioná-la, de forma justa e equivalente, àquele que lha proporcionou. Aqui, a prestação é anterior à obrigação, tal como ocorre, segundo lembra o mesmo autor, nos contratos de fato, nos quase-contratos.

Mas é da natureza, ou da fraqueza humana como preferirão alguns, transformar rapidamente as necessidades econômicas em ambições. Acumular capital, aumentar o patrimônio. Não é difícil imaginar os engenhos arquitetados pela alma humana no sentido de se safar do cumprimento de uma obrigação, depois de ter já auferido a prestação.

Bem por isso, as regras relativas ao incumprimento foram sendo talhadas. As prescrições para os casos de perda do objeto por culpa de quem o detivesse, de impossibilidade da observância do dever, foram, a pouco e pouco, se desenvolvendo.

Mas também não é difícil perceber o interesse cotidiano de todos no bom cumprimento das obrigações; as sensações de justiça que desperta. E aqui está a explicação para o enorme desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial da matéria até nossos dias. Desenvolvimento este que não foi só grande. Foi também e principalmente sólido. Aqui a razão de certa imutabilidade nos conceitos e nas normas, a que não ficou imune o Código Civil aprovado em janeiro deste ano.

3. O Código Civil de 2002 e seus reflexos no sistema obrigacional brasileiro

Com efeito, o Livro I da Parte Especial do Código Civil é aquele que apresenta o menor número de alterações substanciais. Modificações no sentido da reordenação de suas normas foram, no entanto, operadas, a começar pela colocação deste livro logo na abertura da Parte Especial do Código, como de resto já vinha sendo feito nas Faculdades de Direito de nosso país, na esteira da colocação das matérias operada pelo Código Civil alemão.

Composto por dez Títulos, trata o Código, nos quatro primeiros Títulos, das *regras gerais* atinentes às obrigações. Nos dois Títulos subseqüentes versa a respeito dos *contratos*, separando as *disposições comuns* a todos, daquelas atinentes a *cada contrato em especial*. O sétimo Título ocupa-se dos *atos unilaterais* que obrigam aquele que tenha agido por si. Cumprindo o intuito de *unificar* as obrigações civis e comerciais, passa o Código Civil a ocupar-se dos *títulos de crédito* no Título oitavo. O penúltimo Título traça as *prescrições atinentes à responsabilidade civil*, quer quanto à obrigação de indenizar, quer ainda no que respeita à indenização em si. Por fim, no último Título, versa acerca das *preferências e privilégios creditórios*.

Vou me restringir, nesta exposição, aos quatro primeiros Títulos deste Livro, uma vez que é sobre isto que falei até aqui e também porque o tempo me obriga a ser sintética nesta fase de nossa conversa.

O primeiro Título do Livro I da Parte Especial cuida das *modalidades das obrigações*, ou seja, desenha o perfil das obrigações tal qual elas podem se expressar no mundo do ser.

O primeiro perfil é, então, aquele pelo qual uma ou mais pessoas se obrigam diante de outra ou outras a entregar uma coisa. Nesse caso, então, a prestação se verifica em um objeto que é dado, em virtude do acordo de vontades. Este objeto que é dado pode ser uma coisa certa ou incerta, como se sabe. Mas a coisa incerta deve ser indicada ao menos pelo gênero (espécie, segundo o projeto de lei do Dep. Fiúza) e pela quantidade, cabendo a uma das partes, normalmente o devedor, proceder à escolha, à individuação do objeto segundo as regras do direito positivo. A única modificação substancial que este modelo de obrigação sofreu no novo

Código está assente no art. 245, segundo o qual, quando se trate de obrigação de entrega de coisa incerta, passam a vigorar as regras atinentes à obrigação de dar coisa certa, com a conseqüente distribuição da culpa pelo perecimento eventual do objeto, assim como as regras a respeito dos frutos e melhoramentos, não mais a partir do momento em que a escolha é efetivada, mas sim do momento em que esta escolha foi levada ao conhecimento da outra parte. Apesar do artigo mencionado só se referir à cientificação do credor (tendo em conta, portanto, o comum das situações que é a escolha pelo devedor), deve este artigo ser lido segundo a mesma *ratio*, em sendo a escolha facultada ao credor, pelo pactuado, quando então estará este obrigado a dar a conhecer sua decisão ao devedor, até mesmo para que este proceda à entrega da coisa...

Mas é importante notar que esta pequena modificação não infirma aquilo que foi dito até aqui. As regras não mudaram. Mudou apenas um pormenor. Importante, é verdade, porque dá maior certeza e estabilidade à distribuição dos ônus relativos aos danos, mas estas regras, que dizem respeito à substância da obrigação de dar, não se alteraram.

O segundo grande modelo traçado pelo legislador e que diz respeito também ao objeto da prestação é aquele relativo quer à facção, quer à não facção de uma certa tarefa. Refiro-me às obrigações de fazer e não fazer. Nestes modelos o legislador incluiu uma regra nova, repetida quer no art. 249, quer no art. 251, regra esta que permite ao credor, verificada a urgência que requeira a medida, e independentemente de autorização judicial para tanto, mandar executar o fato, às suas expensas, ressarcindo-se do prejuízo ao depois, ou desfazer aquilo a que o devedor era obrigado a não fazer, cabível também o posterior ressarcimento, sempre pelo devedor. É óbvio que no curso da ação de ressarcimento deverá o credor demonstrar que a situação era de urgência extrema que lhe impedia até a tentativa de buscar autorização judicial para tanto.

Esta modificação operada pelo legislador, também importante e tendente à manutenção do bem jurídico envolvido, modificação que joga a favor da segurança jurídica, refere-se também mais a uma questão procedimental que material. Vale dizer: o credor já poderia ser ressarcido segundo a letra dos arts. 881 e 883 do CC/1916. Apenas não estava expressa esta quase auto-tutela. Disse quase auto-tutela porque, como já salientei e faço questão de reafirmar, poderá o juiz entender que a urgência não era tamanha que autorizasse a facção ou o desfazimento do fato, devendo o credor ter agido com maior prudência e cautela, constatando que a ação poderia ter sido praticada a melhor preço, por exemplo, pelo que poderá o juiz determinar, nesse caso e ausente a urgência, que o ressarcimento se faça pelo preço menor, por ter sido precipitado o credor. Ou seja, a auto-tutela não existe porque o juiz mantém a tutela estatal em seu poder, ainda que por verificação *a posteriori*.

As obrigações alternativas, por sua vez, modificaram-se também de forma supletiva, na medida em que o acréscimo de dois parágrafos ao art. 252, parágrafos estes sem paralelo na vetusta legislação, torna claro a quem cabe a escolha no caso de multiplicidade de optantes, os quais não chegam a bom acordo no prazo determinado pela autoridade judicial, bem como no caso de caber a escolha a um terceiro que não possa ou que se recuse a optar. Nestes casos, será o juiz quem escolherá a prestação para a hipótese sob litígio. Também aqui, portanto, o aperfeiçoamento do Código Civil de 2002 é pertinente a regra secundária, que supre a "deficiência" (se é que se tratava mesmo de uma deficiência...) do sistema anterior, mas *não modifica* tal sistema.

Quanto às obrigações divisíveis ou indivisíveis a única modificação do legislador foi no sentido de incluir um novo artigo neste Capítulo, artigo este que define as hipóteses de indivisibilidade da obrigação, na esteira, aliás, do pensamento doutrinário a respeito.

No que respeita às obrigações solidárias, acresce o legislador regras à solidariedade ativa que são relacionadas mais à defesa do devedor e às conseqüências do julgamento do que à substância da solidariedade mesma, confirmando, ainda uma vez mais, as teses defendidas no início desta exposição... até porque quanto à solidariedade passiva nenhuma modificação de monta se pode verificar.

O segundo Título deste mesmo Livro trata da *transmissão das obrigações* e se reporta substancialmente, em dois Capítulos, à cessão de crédito, que no Código anterior tinha o status de Título, e à assunção de dívida, figura não tratada no Código Civil de 1916.

Relativamente à cessão de crédito uma importante modificação foi procedida, do ponto de vista positivo. Trata-se da previsão, agora expressa, de que o cessionário de boa-fé não poderá ser confrontado com uma eventual cláusula que proibisse a cessão do crédito, se tal cláusula não estiver aposta no instrumento da obrigação. Mas a esta conclusão já se chegava no

sistema anterior pelo raciocínio lógico. Como lembra Silvio de Salvo Venosa (p. 330), *o terceiro poderá ter tomado conhecimento da proibição de outra forma, o que lhe suprime a boa-fé, o que deverá ser examinado no caso concreto.*

Outra alteração no quadro geral positivo da cessão de crédito é a previsão, no art. 293 do CC, de que o cessionário poderá, ainda que desconhecida a cessão pelo devedor, ou seja, ainda o devedor não tenha sido notificado da modificação subjetiva operada no pólo ativo da relação creditória, exercer os atos conservatórios do direito cedido. A notificação sempre foi tida como algo necessário para que a cessão passasse a produzir efeitos relativamente ao devedor, inclusive para que este a impugnasse, fosse este o caso. Mas a doutrina já aceitava (cf. Silvio de Salvo Venosa, p. 337) que o cessionário conservasse os direitos cedidos anteriormente à notificação até porque, como já ressaltara Orlando Gomes (p. 209), a notificação não é elemento essencial à validade da cessão, mas tão-só elemento essencial para que ela seja eficaz relativamente ao devedor. Esta lição do saudoso mestre foi, aliás, acolhida pelo legislador quando este substituiu no art. 290 a expressão *não vale* do art. 1.069 por *não tem eficácia*.

Quanto à assunção de dívida, também chamada, mesmo depois da aprovação do Código, de cessão do débito por parte da doutrina, como Silvio Rodrigues e Maria Helena Diniz, por exemplo, cabe a verificação da conformidade das regras instituídas pelo Código com aquelas anteriormente preconizadas pela doutrina, como forma de se verificar a estabilidade ou não de suas regras. Ater-me-ei, ainda, ao Projeto de Lei apresentado pelo Deputado Ricardo Fiúza ao Parlamento no sentido de alterar uma série de disposições do Código Civil ainda não em vigor, projeto este que altera algumas das regras atinentes à assunção de dívida.

Segundo Orlando Gomes (p. 215), para quem não existe uma melhor denominação para o instituto em nosso vernáculo, assunção de dívida é a tradução literal do título que o instituto recebe no Direito alemão, um dos primeiros sistemas jurídicos, ao lado do Suíço, a prevê-lo. Trata-se da substituição do sujeito passivo da relação creditória, sem que isto implique modificação da obrigação, quando então, estar-se-ia diante de uma novação subjetiva passiva. A obrigação, assim, permanece a mesma, com mera substituição do devedor. Mas como a substituição do devedor pode implicar o não cumprimento da obrigação, por ser o novo devedor insolvente, por exemplo, exige a lei a concordância expressa do credor, se a assunção tiver sido pactuada pelo devedor primitivo com o terceiro. Mas ela pode também se configurar pelo acordo de vontades diretamente levada a efeito entre o credor e o terceiro, vendo-se assim o devedor primitivo liberado do vínculo.

A vantagem da assunção de dívida sobre a novação subjetiva passiva reside, segundo o mesmo autor, *na circunstância de que não extingue os direitos acessórios nem as garantias da dívida* (p. 225). Com efeito, se o acessório segue o destino do principal, extinta a obrigação anterior, pela novação, extintas estarão as obrigações secundárias, a menos que previstas no novo negócio. Assim também as garantias dadas relativamente àquela dívida: extinta, não subsistem. Já se configurada a assunção da dívida, subsiste a obrigação primitiva, *in totum*, salvo as garantias especiais originariamente dadas pelo devedor ao credor, a menos que aquele concorde com uma eventual manutenção contratada (CC, art. 300).

O Projeto de Lei referido modifica a redação deste art. 300 para restringir a não subsistência destas garantias especiais apenas às hipóteses em que estas mesmas garantias sejam inseparáveis da pessoa do devedor primitivo. O projeto acrescenta, ainda, um parágrafo único a este artigo segundo o qual *as garantias do crédito que tiverem sido prestadas por terceiro só subsistirão com o assentimento deste*. Não parece uma boa previsão legal, posto que desfigura o caráter da assunção de dívida que é justamente a sua continuidade no tempo. Exigir a concordância do garante dá a idéia de que se trata de uma nova obrigação, o que é falso. Por isso, parece que a melhor solução é a não aprovação deste parágrafo único projetado ou seu veto pelo Presidente da República.

O Projeto modifica ainda o art. 299, tornando-o verdadeiramente extenso, ajuntando à lei os caracteres doutrinários do instituto, sem, no entanto, modificar-lhes.

Avançando, o Título III trata do adimplemento das obrigações, seja pelo pagamento, seja por outras formas a este assemelhadas, acarretando, em consequência, a extinção das obrigações. Relativamente ao pagamento, subjetivamente considerado, ou seja, relativamente às pessoas que devem efetuar o pagamento e àquelas que têm o interesse, o direito ou mesmo o dever de receber a prestação, a única modificação de pequena monta refere-se ao pagamento efetuado por terceiro que não tinha interesse na relação e que tenha efetuado o pagamento por sua própria conta. Neste caso, fá-lo por sua conta *E* risco, na medida que o art. 306

determina que o devedor só reembolsará o terceiro se não dispusesse de meios de se exonerar do cumprimento da obrigação por estar esta prescrita, por exemplo. Concorde-se com Silvio de Salvo Venosa (p. 183 e 184), quando este afirma que o dispositivo encontra-se redigido de forma pouco clara, merecendo mais cuidada redação. O dispositivo encontra-se redigido com elegância, é verdade, e não difere de seu ancestral, o art. 932 do CC/1916, em substância, mas poderia mesmo ser juridicamente mais claro. Daí que o Projeto de Lei a que já me referi acrescente uma parte final ao artigo para aclarar a lei no sentido que aqui expus.

Já quanto ao objeto do pagamento e sua prova, sofreu a seção alguma modificação formal, pelo reordenar dos artigos deste livro, vindo para cá ter, regras que até então encontravam-se dispersas pelos outros capítulos ou títulos, mas que ficam melhor ordenadas neste local.

Além disso, previram-se nesta mesma seção as regras relativas ao pagamento das obrigações que se devam operar em dinheiro, prevendo-se como regra geral o pagamento em moeda corrente nacional, parâmetro este que deve ser seguido ainda para a fixação do valor da prestação, nulificando-se os pactos que tenham o ouro ou uma moeda estrangeira como parâmetro de aferição de valor ou reposição do poder de compra da moeda nacional, em escala mundial, salvo os casos previstos na legislação especial.

Prevê-se, ainda, a possibilidade de que o juiz reajuste o valor das prestações, sempre que, a pedido de uma das partes, verifique-se a desproporção manifesta entre o valor da prestação e aquele que a mesma assumia no momento da pactuação, mas apenas quando esta desproporção configurar-se imprevisível ao tempo do ajuste das partes. Previsões deste tipo são assumidas em decorrência das sucessivas crises financeiras que assolaram o país, bem como a tão sonhada estabilidade da moeda nacional...

No que concerne à quitação, passou-se a prever expressamente a possibilidade de esta ser dada por instrumento particular, o que já se admitia, bem como tornou-se claro que a falta de um de seus requisitos não a invalida, se resultar de seus elementos a conclusão de que a dívida foi efetivamente paga (CC, art. 320).

Espaço-temporalmente, as previsões acerca do pagamento também não se alteraram de forma significativa. No entanto, foram somados dois artigos a este tema, mais especificamente no que tange ao lugar do pagamento. Um deles deixa claro que na hipótese de se verificar um motivo grave que impeça, dificulte ou torne inviável o pagamento no local pactuado, será lícito ao devedor aperfeiçoá-lo em outro local, sem que isto cause prejuízo para o credor (CC, art. 329). A outra "inovação" refere-se à presunção de que o pagamento reiteradamente efetuado em local diverso do determinado na obrigação, sem que o credor a isto se tenha oposto, faz presumir que este último renunciou ao seu direito de receber a prestação no local contratado.

Relativamente às outras formas de extinção das obrigações que não o pagamento, também tratadas neste Título III sob análise, há que se fazer referência à transferência de dois Capítulos tratados neste local pelo Código Civil de 1916 para o Título V deste Livro, relativo às várias espécies de contrato. Trata-se da transação e do compromisso, sendo certo que este último capítulo, no CC/1916, estava expressamente revogado pela Lei 9.307/1996, relativa a arbitragem, tendo agora retornado ao Código Civil de 2002, sem necessidade nenhuma, posto que melhor sistematizado e pormenorizado na referida lei.

Mas no que se refere às formas de extinção da obrigação que permaneceram neste Título, convém deixar claro que a maioria delas não sofreu qualquer modificação nos dispositivos que as regulamenta. Assim: o *pagamento em consignação*, salvo a expressa menção de sua modalidade bancária, entretanto já prevista no ordenamento jurídico nacional; a *imputação do pagamento*; a *novação* e a *compensação* não sofreram alterações, salvo aquelas ligadas à redação e à gramática...

Apenas nos Capítulos relativos à *dação em pagamento* e à *remissão de dívidas*, é que se ressalvou, agora expressamente, os direitos atinentes a terceiros, quer quanto aos credores evictos da coisa dada em pagamento (CC, art. 356), quer quanto aos prejudicados pela remissão aceita pelo devedor (CC, art. 385), como sejam os credores do remitente. Em ambas as hipóteses a consequência é o restabelecimento da obrigação primitiva. Ademais, ressalte-se que a aceitação da remissão da dívida pelo devedor, agora legalmente prevista, era já exigida pela doutrina e pelo direito comparado (Cf. Venosa, p. 327).

Por fim, o Título IV do Livro Primeiro trata do inadimplemento das obrigações, daquelas obrigações que não são levadas a bom termo ou que lá chegam de forma defeituosa, incompleta.

Nestes casos, o patrimônio do devedor é que responde pelo seu inadimplemento, ou seja, o credor irá buscar a satisfação de seu crédito no conjunto de bens pertencentes ao devedor,

podendo para tanto requerer a penhora e a venda em hasta pública de tantos quantos sejam necessários para a satisfação do crédito. Esta regra à qual já me referi advém da *Lex Poetelia Papiria*, a partir da qual o devedor deixou de ver seu corpo ou sua liberdade respondendo por suas dívidas (salvo ainda no caso de obrigações alimentares e, para alguns, dentre os quais eu *NÃO?* me incluo, do devedor fiduciário), mas só agora entrou para o Código Civil brasileiro. Nem por isso pessoas eram reduzidas a escravas ou mortas por seus credores, tendo seu corpo dividido no mesmo número daqueles. Está bem, a regra constava do Código de Processo Civil. O que eu quis ressaltar foi tão-só a estabilidade das regras obrigacionais. Desde à *Lex Poetelia Papiria* isso é assim...

Outra modificação mais palpável e mais economicista, mas nem por isso menos necessária, foi a previsão de o devedor inadimplente responde por perdas e danos, como sempre o fez, mas agora é o próprio Código quem prevê a penalização por juros, o reajuste destes valores pelos índices oficiais regularmente estabelecidos e o pagamento dos honorários de advogado.

Relativamente à mora, prevê-se agora a sua constituição por interpelação judicial ou extrajudicial, em lugar da interpelação, da notificação ou do protesto, o que vem a dar no mesmo... O art. 401 não traz, por sua vez, a previsão da purgação da mora por ambas as partes, uma vez que, no caso, não havia mesmo como purgar a mora, como lembravam já os doutrinadores, falando Silvio de Salvo Venosa (p. 247), com mais propriedade, em uma anulação da mora, na medida em que, sendo ambas as partes devedoras, uma nada poderia imputar à outra.

Relativamente às perdas e danos, traz o Código Civil aprovado em janeiro deste ano uma importante previsão que não constava do Código anterior e que atende aos reclamos de justiça, função primordial do Direito. Segundo o parágrafo único do art. 404, o juiz poderá conceder ao credor prejudicado uma indenização suplementar, sempre que restar comprovado que os juros da mora não cobriram suficientemente o prejuízo experimentado e sempre que, cumulativamente, não estivesse prevista na obrigação inadimplida uma pena convencional, a chamada cláusula penal.

Os juros legais, aplicáveis na hipótese de omissão na convenção estabelecida pelas partes, anteriormente fixados de forma estanque pelo legislador civil na base dos 6% (seis por cento) ao ano, encontram-se agora pendentes da verificação da taxa praticada pela Fazenda Nacional para a mora no caso de não pagamento de impostos federais. Apesar de ser silente a norma acabada de explicar, incidirá a taxa vigente no dia da citação inicial do inadimplente, segundo dispõem os arts. 406 e 405, combinados.

No que concerne à cláusula penal, duas alterações mostram-se significativas:

A primeira diz respeito à possibilidade de o magistrado reduzir o seu valor não apenas na hipótese de cumprimento parcial da obrigação pactuada, como também se verificar que o montante da penalidade, apesar de não ultrapassar o valor da obrigação principal, mostra-se manifestamente excessivo em comparação com a natureza e a finalidade do negócio.

A segunda reporta-se ao parágrafo único do art. 416, segundo o qual as partes poderão convencionar que, na hipótese de o prejuízo experimentado pela parte em razão do inadimplemento da outra ser superior ao valor previsto em cláusula penal, será possível a imposição de indenização suplementar pelo juiz, valendo a cláusula penal como mínimo da indenização, cabendo ao credor a prova do prejuízo excedente. Mas isso só será possível se existir expressa previsão no instrumento da obrigação. Caso contrário, prevista cláusula penal, impossível a dupla penalização. Bem por isso, não assiste razão ao pensamento de Maria Helena Diniz, já na primeira edição de sua obra publicada após a aprovação do Código Civil de 2002 quando esta afirma, às páginas 389, que *é impossível acumular a multa com as perdas e danos, salvo em caso de dolo do devedor, desfalcando, p.ex., a coisa a ser devolvida, hipótese em que a indenização cobrirá o ato lesivo em toda a sua extensão*. Não atentou a ilustre Professora da PUC de São Paulo para a permissão legislativa para convenção em contrário.

Por fim, no Capítulo referente às arras ou ao sinal, o tratamento dado pelo novo Código foi *mais moderno e adequado à jurisprudência mais recente*, como resalta Silvio de Salvo Venosa (p. 538), suprimindo-se inclusive dois dispositivos que se mostravam desnecessários segundo o magistério de Silvio Rodrigues (p. 284) autor que, entre nós, mais se dedicou ao estudo das arras, em uma monografia específica.

Chegando ao fim deste percurso que pode ter sido maçante e desagradável para a maioria dos que tiverem a paciência de me ouvir, só me cabe pedir as devidas desculpas e comprovar aquilo que me dispus fazer: as poucas alterações sofridas pelo Código Civil no que concerne à Parte Geral do Direito das Obrigações mostram-se alterações lógicas a que se chegava pela

aplicação dos princípios gerais do direito e da matéria em apreço; outras são transcrições do gênio dos autores que escreveram sobre a matéria, idéias agora positivadas. E se atentarmos, juntos, eu e vocês, às principais alterações, aquelas mais interessantes e revolucionárias que se encontram neste último Título relativo ao inadimplemento das obrigações são regras de responsabilidade civil e não de teoria geral das obrigações...

4. Perspectivas do direito das obrigações e as gerações futuras enquanto destinatárias das obrigações

Mas não quero me ir embora daqui sem deixar-lhes um algo para pensar. Sem que possamos, mais uma vez juntos, olhar para o futuro. Um futuro no qual não mais estaremos aqui. Um futuro que diz respeito às gerações futuras, tema este que tem preocupado muitos juristas, principalmente nos Estados Unidos da América do Norte e da Europa e que começa a preocupar também a nós, brasileiros.

Segundo um esquema tradicional, dizemos que está numa situação de obrigação quem renunciou a um privilégio anterior, representado pela abstenção de uma obrigação, para conferir a alguém um direito, fundando-se assim no consentimento, vale dizer, na adesão de uma parte à proposta feita pela outra. A esta troca de consentimentos dá-se o nome de acordo de vontades.

Todo este esquema lógico a que chegou o Prof. Jean-Yves Goffi (p 234 a 237), baseando-se no esquema de relações jurídicas traçado pelo jurista estadunidense do começo do século XX, Wesley Newcomb Hohfeld, permite pôr em cheque o esquema das relações obrigacionais sempre que verificarmos a tutela das gerações futuras, um termo que tem ganho os mais diversos significados no ramo da bioética e da sociologia, mas que pode ser sumariamente definido aqui, como premissa, por aquelas gerações com as quais nem eu nem vocês vamos conviver, com absoluta certeza. Não se trata portanto da prole eventual de alguns de vocês, nem da prole eventual de meus filhos, nem dos filhos dos demais. É muito possível que eu possa conviver com os meus netos e, quem sabe, também com os meus bisnetos. Estas não são as gerações futuras. As gerações futuras são os netos dos meus netos, dos meus bisnetos. Fácil perceber que estas pessoas, que não dispõem de personalidade (nem mesmo o nascituro a detém!), não podem ter vontade, não podem, portanto, renunciar ao privilégio de não estar obrigado, porque nem privilégios eles têm...

A tendência dos juristas é proteger esta classe de seres indeterminados, garantir que eles tenham a possibilidade de estar aqui neste planeta daqui a algumas décadas ou séculos. Daí porque o Conselho da Europa tenha declarado, em 1979, a fauna e a flora um patrimônio que importa preservar e transmitir às gerações futuras; daí porque o Congresso Americano tenha imposto, em 1969, o dever de proteger o meio ambiente para o bem das gerações futuras (Cf. em Goffi, p. 233).

A grande pergunta que se faz, então, é a seguinte: estas pessoas tem mesmo o interesse de viver neste mundo que vivemos? É-nos lícito condicioná-los desta forma, se nós não fomos condicionados a viver nem na Idade Antiga, nem na Idade Média?

Mas o que é que tudo isso tem a ver com o Direito das Obrigações?

Em interessante artigo publicado nos Arquivos de Filosofia do Direito (*Archives de philosophie du droit*), o professor de Filosofia do Direito Jean-Yves Goffi abordou esta temática, confrontando o esquema das relações de crédito até hoje pensado com base no acordo de vontades, no consentimento, ofertando um novo esquema para estas relações de crédito e débito baseadas não mais no *consentimento*, mas, sim, no *interesse protegido*. Desta forma, pensa o Professor Goffi, poder-se-á garantir às gerações futuras a tutela de sua possível existência.

É bem verdade que o estudo do Professor Goffi tenha sido desenvolvido propositadamente para um colóquio acerca do Direito das Obrigações, daí ter ele centrado sua análise, de uma forma até um pouco forçada, na possibilidade de serem as gerações futuras sujeitos de obrigações civis.

Mas como se tratava de discutir com vocês, aqui nesta bela cidade, neste Belo Horizonte, a tendencial imutabilidade do Direito das Obrigações, achei por bem fomentar o debate, dando notícia desta interessante questão que mais me suscita dúvidas que certezas. Espero que possa acontecer o mesmo com vocês, porque é isto que o mundo moderno nos vais exigir.

Muito Obrigada.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil: teoria geral das obrigações*, 5ª ed. São Paulo: Ed. RT, 1994.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. "Volonté et obligation". *Archives de philosophie du droit*, tomo 44, p. 129-151. Paris: Dalloz, 2000.

GOFFI, Jean-Yves. "Le destinataire de l'obligation: le cas des générations futures". *Archives de philosophie du droit*, tomo 44, p. 233-240. Paris: Dalloz, 2000.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Cabral de Moncada, 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado/Coimbra Editora, 1997.

RESCIGNO, Pietro. *Enciclopedia del Diritto*. Verbete "Obbligazioni (diritto privato)", vol. XXIX, Milano: Giuffrè Editore, 1979.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral das obrigações*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SACCO, Rodolfo. "À la recherche de l'origine de l'obligation". *Archives de philosophie du droit*, tomo 44, p. 33-41. Paris: Dalloz, 2000.

SÈVE, René. "L'obligation et la philosophie du droit moderne". *Archives de philosophie du droit*, tomo 44, p. 87-91. Paris: Dalloz, 2000.

VARELA, J. Antunes. *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

* Palestra proferida no Seminário Nacional sobre o novo Código Civil, promovido pela Escola Superior de Advocacia – Ordem dos Advogados do Brasil seção Minas Gerais, em Belo Horizonte, em 29 de agosto de 2002.

** Agradeço a colaboração do Bel. Gustavo Ferraz de Campos Mônaco que me auxiliou na organização dessas notas, tantas delas constantes dos originais de meu livro *Direito das Obrigações* que se encontra, neste momento, no prelo editorial.