

A obrigação como processo e a responsabilidade patrimonial.

The obligation as process and patrimonial responsibility.

Fredie Didier Junior

Professor-adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado).

Professor dos cursos JusPODIVM e LFG – Sistema de Ensino Telepresencial. Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP).

Advogado e consultor jurídico. www.frediedidier.com.br

Paula Sarno Braga

Professora de Direito Processual Civil da Universidade Salvador e da Faculdade Baiana. Professora do Curso de Especialização em Direito Processual Civil (JUS PODIVM/Unyahna). Especialista em Direito Processual Civil (FJA/JUS PODIVM).

Mestre (UFBA). Advogada.

Fecha de presentación: Octubre, 2008. Fecha de publicación: Abril, 2009.

Resumo.

Um confronto teórico entre as noções de obrigação e responsabilidade, no contexto material e processual.

Abstract.

A theoretical confrontation between obligation and responsibility, in the material and procedural context.

Sumario.

- I. Considerações iniciais
- II. Princípio da responsabilidade patrimonial ou de que “toda execução é real”
- III. Obrigação e responsabilidade
- IV. Referências.

Palavras-chave.

Obrigação, Processo obrigacional, Responsabilidade, Direito material, Direito Processual.

Key words.

Obligation, Obligational process, Responsibility, Material law, Procedural law.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

O direito a uma prestação é o poder jurídico, conferido a alguém, de exigir de outrem o cumprimento de uma prestação (conduta), que pode ser um fazer, um não-fazer, ou um dar coisa (dinheiro ou coisa distinta de dinheiro).

Trata-se de direito que precisa ser concretizado (efetivado) no mundo físico, com a realização da prestação devida. Quando o sujeito passivo não realiza a prestação, voluntariamente, configura-se o inadimplemento ou lesão, pressuposto de toda e qualquer atividade executiva.

Inadimplida a prestação, o patrimônio do devedor e de terceiros previstos em lei (ex.: seu cônjuge ou seu sócio) responderão pelo seu cumprimento, mediante execução forçada.

A responsabilidade patrimonial (ou responsabilidade executiva) seria, segundo doutrina maciça, o estado de sujeição do patrimônio do devedor, ou de terceiros responsáveis (cf. art. 592, CPC), às providências executivas voltadas à satisfação da prestação devida. Seria a sujeição potencial¹ e genérica de seu patrimônio. Haveria a possibilidade de sujeição de todos os seus bens (dentro dos limites da lei), não sujeição efetiva e específica de um deles.

Nesse contexto, há uma grande preocupação dos processualistas em definir a massa patrimonial passível de execução – do devedor e de terceiro. Mas existem questões, prévias e necessárias, que não podem passar sem um exame rigoroso: a) a possibilidade de ainda falar-se em responsabilidade estritamente patrimonial; b) a existência diferença substancial entre obrigação e responsabilidade; c) a definição da responsabilidade como vínculo material ou processual.

A estas questões ora nos dedicamos.

II. PRINCÍPIO DE RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL OU DE QUE “TODA EXECUÇÃO É REAL”.

De acordo com o princípio da responsabilidade (“toda execução é real”), somente o patrimônio do devedor (CPC, art. 591), ou de terceiro responsável, pode ser objeto da atividade executiva do Estado².

Nem sempre foi assim, contudo.

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4, p. 321.

² Com essa máxima, excluem-se da responsabilidade bens que compõem o patrimônio do devedor (ou terceiros responsáveis), e que são pela execução intocáveis - até porque não podem ser objeto de alienação voluntária ou forçada. Trata-se dos bens impenhoráveis, examinados no capítulo sobre a penhora, mais à frente.

Houve época, como no primitivo Direito Romano, em que se permitia que a execução incidisse sobre a própria pessoa do executado, que poderia, por exemplo, virar escravo do credor como forma de pagamento da sua dívida. Episódio que bem demonstra o espírito desta época é o célebre julgamento de Pórcia na obra “O Mercador de Veneza” de Shakespeare.

No direito romano, não se falava em “obrigação”. O seu correspondente histórico era o nexum (espécie de empréstimo), que conferia ao credor o poder de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação, sob pena de responder com o seu próprio corpo – quando poderia ser reduzido, inclusive, à condição de escravo³.

Essa visão era socialmente aceita, a ponto de admitir-se um concurso de credores sobre o corpo do devedor, que seria dividido entre eles (Tabula III: “Tertiis nundinis partis secanto; si plus minusve secuerunt se fraude esto”)⁴. A Tábua Terceira da Lei das XII Tábuas deixa clara essa macabra possibilidade de responsabilização pessoal do devedor, em sua Lei 9: “se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre”.

A obrigação era um vínculo eminentemente pessoal, estando o devedor vinculado à obrigação com o seu próprio corpo. O credor tinha o direito sobre o seu cadáver.

Com a evolução do conceito de obrigação, a execução passou da pessoa do devedor ao seu patrimônio. Foi com a edição da Lex Poetelia Papiria, em 428, a. C., que a responsabilidade assumiu caráter patrimonial⁵. E o Código Civil francês, que é de 1804, não deixa dúvidas, em seu texto, dessa conquista do Direito Moderno, referindo expressamente em seu art. 2.093 que “os bens do devedor são a garantia comum de seus credores”.

A humanização do direito trouxe consigo este princípio, que determina que só o patrimônio e, não, a pessoa submete-se à execução. Toda execução é real. A humanização do Direito ainda fez com que, mesmo no patrimônio do devedor, alguns bens não se submetessem à execução, compondo o chamado beneficium competentiae, que integra o estudo das impenhorabilidades.

³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações*. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 5 e 6.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 09 e 10.

⁵ MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, cit., p. 6.

Entretanto, a proliferação das técnicas de execução indireta parece relativizar um pouco esse princípio, na medida em que pressionam psicologicamente a pessoa do devedor para que cumpra a obrigação com seu comportamento⁶.

Mas, ainda assim, na execução indireta, o cumprimento da prestação não se dá sobre o seu corpo, como ocorria em fases mais remotas da humanidade – prender o devedor não salda a dívida, por exemplo⁷. A prisão civil, como técnica de coerção pessoal, atualmente só é admitida para a execução de prestação pecuniária de alimentos, conforme orientação do STF, que ao julgar o recurso extraordinário n. 466.343-1, entendeu que nem mesmo para os casos de depositário infiel é possível a utilização da prisão civil por dívida. Entendeu o STF que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que restringem a prisão civil por dívida à obrigação de alimentos, impedem que se admita a prisão civil para o depositário infiel, mesmo com expressa autorização constitucional.

A responsabilidade executiva parece assumir, atualmente, caráter híbrido, comportando coerção pessoal e sujeição patrimonial:

i) a coerção pessoal incide sobre a vontade do devedor, admitindo o uso de medidas coercitivas, de execução indireta, para forçá-lo a cumprir a obrigação com seu próprio comportamento (ex.: 461, § 5º, e 475-J, ambos do CPC);

ii) descumprida a obrigação, e não sendo possível/adequado o uso de técnica de coerção pessoal, tem-se a sujeição patrimonial, que recairá sobre os bens do devedor ou de terceiro responsável – que responderão pela própria prestação in natura (ex.: dar coisa ou entregar quantia) ou por perdas e danos. Mas é de considerar-se, ainda, que a pessoa do terceiro pode ser objeto de execução, como, por exemplo, a entrega de filho aos pais em busca e apreensão (CPC, art. 839) ou numa separação/divórcio⁸.

Há, portanto, uma excessiva valorização do princípio da responsabilidade patrimonial, previsto no artigo 591 do CPC9, que, afinal, destina-se, às obrigações de dar coisa e pagar quantia certa.

⁶ Lopes da Costa fala do princípio e suas exceções, e ressalta: “as multas compulsórias (*astreintes*), embora satisfeitas com o patrimônio do condenado, têm também certo caráter pessoal, pois se destinam, por uma coação psicológica, a atuar sobre a vontade do réu, para coagi-lo a tomar determinada atitude”. (COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 4, p. 53).

⁷ Assim, THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 2, p. 198; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. 2, p. 57.

⁸ LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 6, p. 435 e 435.

⁹ Isso, talvez, por influência de Liebman, que entende que “execução forçada” só se implementa com atividade subrogatória e, não, com atividade coercitiva (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 5-6).

Não se estende às demais obrigações (fazer/não fazer), em que a prioridade é a tutela específica, com a obtenção do cumprimento da obrigação pessoalmente pelo devedor, só se convertendo, em último caso, no seu equivalente em dinheiro.

Logo, o dito princípio não alcança a totalidade do fenômeno executivo¹⁰, em razão da aplicação do princípio da efetividade. Em algumas obrigações, não se deve, desde logo, converter a obrigação em perdas e danos. Ao credor deve-se garantir tudo aquilo que ele tem direito, de sorte que, tendo direito à execução específica, deve-se promovê-la para que se alcance exatamente aquilo a que tem o credor direito, em prol da própria efetividade da tutela executiva. A efetividade, como se percebe, limita, na tutela de algumas obrigações, o princípio da responsabilidade patrimonial, estimulando o uso de medidas de coerção indireta.

Enfim, há situações em que a execução não recai sobre o patrimônio; é o caso da execução indireta. Mas é correto afirmar que a regra é a de que a execução de prestação patrimonial tem como garantia básica o patrimônio do devedor ou do responsável. Este trabalho tem o objetivo de estudar apenas a responsabilidade patrimonial.

III-OBRIÇÃO E RESPONSABILIDADE.

A. VISAO DUALISTA.

O estudo da responsabilidade patrimonial e, sobretudo, a distinção entre responsabilidade e obrigação, deve-se à teoria formulada pelo alemão Alois Brinz – divide a obrigação em Schuld und Haftung. Dela nasce uma visão dualista do vínculo obrigacional, decomposto em dois elementos: o débito (Schuld) e a responsabilidade (Haftung).

Os adeptos dessa doutrina defendem que o débito (Schuld) e a responsabilidade/garantia (Haftung) coexistem na relação obrigacional, mas o Haftung só emerge com o inadimplemento.

O débito (Schuld) é o dever de prestar, de realizar uma atividade em benefício do credor. Uma vez inadimplido, autoriza o credor a ativar a máquina judiciária para dar cumprimento à prestação (impor a sanção executiva), respondendo os bens do devedor (e dos terceiros previstos em lei) pelo seu adimplemento.

O débito (Schuld) seria uma situação de desvantagem que gera a expectativa de que algum bem do devedor (ou outrem) venha satisfazê-lo. No entanto, seria situação jurídica estática, pois não conferiria ao credor qualquer força ou permissão para trazer ao seu patrimônio o que lhe é devido, não autorizaria movimentos em prol de sua satisfação. Já a responsabilidade (Haftung)

¹⁰ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 007, cit., p. 200-202.

seria eminentemente dinâmica, pois viria instrumentalizar a efetivação da obrigação, determinando quais bens (do sujeito passivo/devedor ou de terceiro) responderão pelo seu adimplemento¹¹.

A dívida é vínculo pessoal. A responsabilidade é um vínculo patrimonial. O devedor obriga-se; seu patrimônio responde¹².

E para aqueles que questionavam a teoria sob o argumento de que, cumprida espontaneamente a prestação, não haveria responsabilidade (elemento autônomo), Betti retrucou, ensinando que a responsabilidade é estado potencial que coage preventivamente, pressionando o devedor a adimplir a prestação, e garante repressivamente o seu cumprimento, se inadimplida a prestação. Subsistiria, pois, mesmo sem inadimplemento¹³.

Seria possível obrigar-se sem responsabilizar-se e vice-versa, dizem. Haveria obrigação sem responsabilidade, por exemplo, na obrigação natural (quando credor não pode coagir devedor), na dívida de jogo, na dívida prescrita¹⁴ etc. E haveria responsabilidade sem obrigação, por exemplo, para o fiador, para aquele que dá hipoteca em garantia de débito alheio.

Trata-se de visão bem aceita, adotando-a, por exemplo, juristas como Serpa Lopes¹⁵ e Betti¹⁶.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 04, cit., p. 323-325.

¹² BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 116.

¹³ BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, t. 1, p. 270. Diz o autor que a responsabilidade se constitui sempre primeiro no caso em que o acontecimento esperado não se verifica entre os sujeitos e tem como ponto essencial dois elementos: a) um acontecimento aguardado ou temido por um dos sujeitos, que é a *razão* da responsabilidade; e b) um bem pertencente ao outro sujeito, que é *objeto* da responsabilidade, já que está destinado a servir de satisfação ao primeiro para o caso de um acontecimento esperado não se verificar ou o temido acontecer. Se se produz o acontecimento esperado ou não se produz o temido, a responsabilidade desaparece. De um lado, a razão da responsabilidade se expressa na expectativa prévia de um acontecimento; a responsabilidade mesma, pois, corresponde por outro lado a uma expectativa secundária de satisfação, é pré-constituída ao acontecimento; é uma garantia. (BETTI, Emilio. *Teoría General de las obligaciones*, cit., p. 270).

¹⁴ LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 6, p. 438.

¹⁵ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1966, v. 2, p. 11-13.

¹⁶ Defende a absoluta independência da responsabilidade em relação ao débito e a possibilidade de conceber o débito como independente de uma responsabilidade. Para o autor, incorrem em erro aqueles que defendem ser inconcebível um débito jurídico separado de responsabilidade. E mais grave é o erro dos "germanistas" que concebem a responsabilidade como necessariamente concomitante ao débito (BETTI, Emilio. *Teoría General de las Obligaciones*, t. 1, cit., p. 281).

Na concepção originária de Alois Brinz, a responsabilidade era vista e examinada como categoria do Direito Privado. Atualmente, porém, encontram-se vários doutrinadores processualistas inserindo-a no contexto do Direito Processual – alguns deles considerando que o alemão vivia, ainda, período sincrético do Direito Processual, no fim do século XIX.

Atribui-se a revisão da teoria de Brinz e sua adaptação à ciência contemporânea a Carnelutti¹⁷, cujas lições foram desenvolvidas e incorporadas à doutrina brasileira por Liebman¹⁸ e Buzaid¹⁹. Defendem que o dever jurídico imposto ao devedor de cumprir a prestação é objeto de relação obrigacional. Já a responsabilidade seria a susceptibilidade do patrimônio do devedor (e outros) à execução, para satisfação da dívida, típica relação de direito processual, vínculo travado no campo processual entre responsável e Estado, não se tratando de relação entre credor e devedor. O erro da doutrina privatista teria sido considerar a sanção (a responsabilidade) como elemento da relação obrigacional, quando é expressão do poder soberano do Estado.

Esses autores observam, ainda, que, a despeito de a responsabilidade patrimonial ser categoria processual, o Código Civil de 2002 inova ao tratar do tema, para dispor que “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor” (art. 391, CC).

Com isso, repetiria, sem necessidade, o disposto no art. 591, CPC, mas acabaria ratificando a distinção entre obrigação e responsabilidade – assim como o faz no art. 389, CC20-21.

¹⁷ “(...) agora se pode dizer que as dificuldades são superadas quando se compreendeu que débito e responsabilidade não são dois elementos de uma mesma relação, ou seja, da relação entre devedores e credores, mas duas distintas relações, a primeira das quais tem caráter material e a segunda caráter processual; a responsabilidade não é uma obrigação, mas uma sujeição e a relação ocorre não entre o devedor e o credor mas entre o devedor e o juiz. Para maior precisão, à responsabilidade do devedor corresponde a ação (executiva) do credor; aqui é portanto, em última análise, também com este propósito uma relação entre as partes mas intermediada por juiz, no sentido que a ação se dirige ao juiz e a responsabilidade se põe de frente a ele” (tradução livre) (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Nápoli: Morano Editore, 1958, p. 314-315).

¹⁸ O autor registra: “É mérito indiscutível de Carnelutti ter demonstrado sua natureza processual, realizando separação dos elementos material e processual que iam anteriormente confusos na relação jurídica e esclarecendo que a responsabilidade subsiste apenas em face do Estado, único titular do poder de pôr as mãos sobre os bens do executado para fins de execução, nos limites fixados pelo título” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 85 e 86).

¹⁹ BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 17 e 18.

²⁰ Art. 389 do Código Civil: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

²¹ Já Alcides de Mendonça Lima, unitarista que é, critica o artigo 591, do CPC, por conter norma tipicamente material. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, cit., 429-431).

Seguem essa linha de entendimento Camelutti²², Liebman²³, Buzaid²⁴, Araken de Assis²⁵, Amílcar de Castro²⁶, Teori Zavascki²⁷, Cândido Dinamarco²⁸, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²⁹, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald³⁰, Theodoro Jr.³¹ e outros.

B. VISA O UNITARISTA.

Inúmeros juristas, contudo, mantêm uma visão unitarista da obrigação, sem conseguir dela destacar débito e responsabilidade. Seriam faces de um mesmo vínculo e vínculos distintos.

O dever jurídico traz consigo a coação. A dívida (débito) é o dever de prestar sob coação da ordem jurídica, que pode conduzir ao adimplemento voluntário ou forçado. Assim, a responsabilidade é decorrência do vínculo obrigacional³². Seguem esse posicionamento Karl Larenz³³, Von Tuhr³⁴, Antunes Varela³⁵, Caio Mário³⁶, Ovídio Baptista³⁷, Ruggiero³⁸, Marcelo

²² *Diritto e Processo*. Nápoli: Morano Editore, 1958, p. 314 e 315.

²³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4ª ed., p. 85-86.

²⁴ BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*, cit., p. 17 e 18.

²⁵ ASSIS, Araken de. "Responsabilidade patrimonial". *Execução civil (aspectos polêmicos)*. João Batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha (coord.). São Paulo: Dialética, 2005, p. 11.

²⁶ CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1976, v. 8, p. 78.

²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 8, p. 261.

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 4, cit., p. 326 e 327.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 252-253.

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 14 segs.

³¹ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 198.

³² BUZAID, Alfredo. *Do concurso de credores no processo de execução*, cit., p. 17.

³³ Segundo o autor, todo aquele que assume uma obrigação responde, em caso de inadimplemento, com tudo aquilo que possui. Aquele que deve responde. Entende ser cabível distinguir conceitualmente responsabilidade e dívida, mas aquela segue esta como "a sombra ao corpo". Aquele que assume obrigação corre o risco de perder seu patrimônio (ou uma parte dele) para a execução (LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 34).

³⁴ TUHR, A. von. *Tratado de las obligaciones*. 1ª ed. (reimp.). W. Roces (trad.). Madrid: Editorial Reus, 1999, t. 1, p. 10-12. Diz o autor que o crédito encerra um dever para o credor e uma responsabilidade para seu patrimônio. E a responsabilidade vai normalmente aparelhada àquele dever – reconhecendo que pode recair sobre bens de terceiro.

³⁵ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, v. 1, p. 131 ss.

³⁶ O autor, de forma não tão clara, demonstra insurgir-se contra a teoria dualista, malgrado reconheça ser lógica e clara, defendendo que na obrigação há "relação entre pessoa e pessoa, com projeção no patrimônio do devedor. O

Junqueira Calixto³⁹, Alcides de Mendonça Lima⁴⁰, José Frederico Marques⁴¹, Washington de Barros Monteiro⁴² e Sérgio Cavalieri Filho⁴³.

Antunes Varela entende que a ação creditória (responsabilidade/garantia) é elemento essencial da obrigação. A obrigação é o direito a um comportamento pessoal do devedor; esse é o seu objeto imediato – ainda que mediatemente vise a uma coisa (como na prestação de entregar coisa). A obrigação volta-se, assim, para essa direção principal, que é obter uma ação ou omissão pessoal do devedor e só se desvia desse destino com seu inadimplemento, deslocando-se para uma direção subsidiária que é a sanção executiva. Reconhece a importância da ação executiva, como elemento real/patrimonial e subsidiário do direito de crédito, para que deixe de ser mera expectativa, tornando-se realidade. Mas o débito, diz, não é simples dever de

vínculo jurídico estabelece essa sujeição”, invocando clássica concepção de obrigação de Savigny. Mas é interessante notar que, apesar das críticas próprias e de outros autores, que traz para essa diferenciação, entende que “a teoria dualista permite destacar os elementos fundamentais do vínculo obrigacional”, o que diz o autor não ter perdido de vista (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2, p. 24-27).

³⁷ Que não aceita a doutrina que decompõe a relação obrigacional em débito e responsabilidade, para dizer que há casos que o responsável não é devedor. Mas, ainda assim, diz ser inegável que na estrutura da obrigação, há dois elementos (débito e responsabilidade) (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. 2, p. 57).

³⁸ O autor defende que os dois elementos (débito e responsabilidade) são “aspectos do mesmo fenômeno”, “momentos inseparáveis da obrigação”. Débito é “dever do devedor munido de responsabilidade”. Mas reconhece que tais elementos podem ser considerados abstratamente diferentes. Essa distinção conceitual ajudaria a entender melhor a estrutura íntima da obrigação e explicar fenômenos e regras particulares, como aquelas situações em que há responsabilidade sem débito (exemplo: débito futuro ou garantido por penhor/fiança), débito sem responsabilidade (exemplo: obrigação natural) ou a responsabilidade de um e débito do outro, quando o terceiro dá garantia própria, penhor/hipoteca sobre o débito alheio. (RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3, p. 43-46.)

³⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. “Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes”. *Obrigações. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 4-6 e 14-15. O autor segue fielmente a visão de Antunes Varela.

⁴⁰ LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 6, p. 432 e 433.

⁴¹ Defende que obrigação se desdobra em dívida e responsabilidade patrimonial. Mas deixa claro que responsabilidade patrimonial subsiste no plano material e não se confunde com a responsabilidade processual que nasce com a propositura de ação executiva (MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, v. 4, p. 41 e 42).

⁴² O autor diz-se, em verdade, seguidor de uma posição intermediária fundada na idéia de que a obrigação se sustenta na ação conjunta dos dois elementos – débito (elemento pessoal/espiritual) e responsabilidade (elemento patrimonial) – que se completam (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações*. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 25-28).

⁴³ *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. Não obstante diferencie responsabilidade e obrigação, defende que não há responsabilidade sem a correspondente obrigação.

prestar. É o dever de prestar “sob coacção da ordem jurídica”. O débito (poder de exigir prestação) e ação executiva são peças que integram um mesmo sistema obrigacional – ainda que vinculados por relação instrumental, quando a execução é instrumento de efetivação da prestação. Ambos estariam abrangidos pelo processo obrigacional.

Assim, defende o autor não ser necessário recorrer ao desmembramento da obrigação em duas relações distintas para explicar conceitualmente situações em que se defende existir débito sem responsabilidade e vice-versa. O entendimento dessas situações pode ser encontrado dentro dos quadros da chamada doutrina clássica, que, considerando a obrigação como uma relação unitária, está mais próxima da unidade vital dos fenômenos que retrata. E, para comprovar sua visão, o autor critica, pontualmente, as falhas nos exemplos dados pelos seguidores desta corrente, para justificar as suas ideias⁴⁴: “As obrigações naturais não provam a favor da tese da dualidade pela razão simples de que não são verdadeiras obrigações jurídicas, nem sequer deveres jurídicos: trata-se de meros deveres morais ou sociais juridicamente relevantes, que se não caracterizam apenas pela falta de acção creditória. A fiança destinada a garantir a dívida já existente não pode, por sua vez, ser considerada como um caso de responsabilidade sem débito, mas antes como um caso típico de obrigação acessória. O fiador não é apenas responsável, é também devedor, embora acessoriamente (...). No caso da hipoteca ou do penhor constituído por terceiro (...), não é correta a afirmação de que a responsabilidade esteja num lado (patrimônio do terceiro) e a dívida noutra (na titularidade do devedor). O devedor, além de sujeito ao dever de prestar, responde também pelo cumprimento da obrigação com todos os seus bens suscetíveis de penhora (...) O conceito que melhor se adapta a esta situação não é o de responsabilidade desintegrada do débito, mas a figura clássica do direito real de garantia, que assinala melhor a função acessória da hipoteca em face da obrigação assegurada (...). No caso da solidariedade passiva, também não é exacta a afirmação de que a responsabilidade de cada um dos devedores excede o montante do seu débito. Cada um dos devedores responde perante o credor comum pelo cumprimento integral da prestação, precisamente porque é devedor, não apenas pela sua cota, mas pela prestação total”.

Para mais bem compreender o pensamento de Antunes Varela, é preciso partir da premissa, que nos parece correta, de que o vínculo obrigacional não é estático, e sim dinâmico. Couto e Silva⁴⁵, em sua célebre obra “A Obrigação como Processo”, vale-se dessa perspectiva, estudando o processo de nascimento, de desenvolvimento e de adimplemento da obrigação. Para o autor, a “obrigação como processo” é expressão que denota o caráter dinâmico da relação obrigacional. Revela as diversas etapas que transcorrem, de forma interdependente, com o desdobramento da relação obrigacional.

⁴⁴ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, v. 1, p. 147-151.

⁴⁵ SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 10 - 13.

Judith Martins-Costa⁴⁶ identifica que a relação obrigacional desenvolve-se, de fato, como um processo “polarizado pelo seu adimplemento, que é o fim que a dinamiza e atrai”. Caracteriza-a juridicamente como um vínculo jurídico revestido de complexidade e dinamicidade⁴⁷. A relação obrigacional, para além de crédito e débito, compõe-se de um conjunto de situações jurídicas, como direitos subjetivos, deveres jurídicos, poderes, pretensões, ônus jurídicos, sujeições e exceções. E todo esse cabedal de situações jurídicas ativas e passivas não se queda estático, cravado, isolado no bojo do liame obrigacional. Está sujeito a interferências externas do tempo, do espaço, e todas as circunstâncias advindas do contexto em que se desenrola. Eis sua complexidade e dinamicidade⁴⁸.

Inicialmente, há os deveres de prestação principais (primários) e acidentais (secundários). No epicentro da relação obrigacional⁴⁹ há o(s) dito(s) dever(es) principal(is) ou primário(s), cujo adimplemento é o fim último do rito percorrido. São eles que justificam todo o processo obrigacional, razão por que definem o tipo negocial surgido. Orbitam em seu entorno os chamados deveres secundários ou acidentais, que se subdividem em: i) deveres meramente acessórios ou anexos; ii) deveres autônomos. Os deveres meramente acessórios (anexos) visam a criar as condições necessárias para que o dever principal seja adimplido. Exemplifica a autora com o dever de embalar e transportar a coisa, com segurança, que viabiliza e prepara o perfeito adimplemento de um contrato de compra e venda. Já os deveres secundários autônomos seriam substitutos (“sucedâneos”) ou paralelos (“coexistentes”) da prestação principal. Por exemplo, o dever de indenizar pelo inadimplemento absoluto é substituto do principal, e o dever de indenizar pela mora é paralelo a ele. Todos estes deveres de prestação (primários e secundários) visam a concretizar um direito a uma prestação do credor, trazendo-lhe um benefício. Mas ao seu lado, subsistem deveres instrumentais, corolários da boa-fé objetiva, que têm por fim assegurar o adequado adimplemento do negócio, considerando as razões por que foi criado. E o adimplemento adequado é leal, transparente e cooperativo⁵⁰⁻⁵¹.

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 1, p. 48; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 394 ss. e 437 ss.

⁴⁷ A autora comenta o surgimento da concepção de obrigação como processo, partindo da vetusta visão estática da relação obrigacional, como vínculo que resulta em mera soma de crédito e débito, oriunda do direito romano (MARTINS-COSTA, *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 383-389).

⁴⁸ Também assim, VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. 9.ed. Coimbra: Almedina, 1998, v. 1, p. 65 e segs.

⁴⁹ Sua “alma”, diz a autora.

⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 1, p. 34-37. Conferir, ainda, SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito*. O Exemplo Privilegiado da Boa-fé Objetiva Contratual. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 190 e segs.

⁵¹ Ver, a propósito, BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações privadas*. Salvador: JusPodivm, 2008.

Trata-se de visão lançada por Karl Larenz⁵², inspirado no pensamento de Hartmann, e seguida pela melhor doutrina portuguesa, como Manuel Carneiro da Frada⁵³, Almeida Costa⁵⁴, Mota Pinto⁵⁵, Antunes Varela⁵⁶ e Menezes Cordeiro⁵⁷.

Para contrapor a concepção da responsabilidade patrimonial como categoria autônoma em face do dever de prestar, depõem ainda duas circunstâncias, que os próprios seguidores da doutrina da Schuld und Haftung reconhecem: de um lado, a responsabilidade não pode constituir-se sem uma dívida, ainda que futura ou condicional, a partir da qual ela se forma; de outro, constata-se que a responsabilidade não persiste, em nenhum dos casos descritos pelos autores, depois de extinto o débito correspondente.

Tudo isso reforça a idéia de que a responsabilidade (ação creditória) integra o direito à prestação, como principal sustentáculo do poder de exigir conferido ao credor. A responsabilidade seria, por conseguinte, uma forma de sanção pelo não cumprimento do débito (inadimplemento), que é um ato antijurídico⁵⁸. Seria mais um passo do processo obrigacional; dentre os direitos subjetivos, deveres jurídicos, poderes, pretensões, ônus jurídicos, sujeições e exceções, seria um estado de sujeição do patrimônio do devedor (e terceiros).

A idéia de que a execução forçada é um direito processual do credor distinto do direito material de crédito também é incisivamente questionada. Antunes Varela⁵⁹ traz a visão mais lúcida sobre a questão, esclarecendo que não há dúvida de que a ação executiva dá ensejo à relação processual entre exeqüente, executado e Estado-juiz, mas que servirá, contudo, de instrumento para a realização do poder material de submeter o devedor, poder este integrante da relação obrigacional – tal como a ação reivindicatória subsiste para efetivar faculdade que brota do direito de propriedade, exemplifica.

⁵² LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1, p. 37-38.

⁵³ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato de deveres de proteção*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 36-40.

⁵⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 63 ss.

⁵⁵ PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da Posição Contratual*. Coimbra: Almedina. 2003, p. 335-340, 348 e segs. e 374 e segs.

⁵⁶ VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, v. 1, p. 65-69.

⁵⁷ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 586-592.

⁵⁸ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*, 10ª ed., v. 1, p. 151,

⁵⁹ ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das Obrigações em Geral*, 10ª ed., v. 1, p. 131 e 132.

C. VISAO ADOTADA.

Compreendemos que a obrigação é fenômeno mais amplo que abrange a responsabilidade.

A obrigação é um processo dinâmico que se desenrola com o fim único: o adimplemento da prestação principal. Mas esse processo caracteriza-se por contar com uma sucessão de situações jurídicas de direito/poder/dever/ônus/sujeição etc. e, dentre elas, o dever jurídico e a responsabilidade.

A obrigação abrange o dever jurídico principal e a responsabilidade, etapas do seu itinerário. Descumprido o dever, e configurado o inadimplemento, surge a responsabilidade, estado de sujeição do patrimônio do devedor/terceiro, ou, eventualmente, de sua vontade/liberdade, ao cumprimento da prestação.

As teorias unitarista e dualista são formas distintas de descrever um mesmo fenômeno. A concepção dualista visualiza dever e responsabilidade como elementos distintos, sem perceber que integram um mesmo processo obrigacional. A visão unitarista, que parte da percepção dinâmica da obrigação, acentua o vínculo entre a responsabilidade e o dever: uma é sanção ao descumprimento de outro.

Parece indiscutível, qualquer que seja a teoria adotada, que há duas situações jurídicas muito distintas: a dívida e a responsabilidade. Esse é o grande mérito da concepção dualista. Cada uma dessas situações pode ser titularizada por um sujeito distinto, razão pela qual se distinguem as figuras do devedor e do responsável. Ambos, porém, são sujeitos de uma situação jurídica material passiva e fazem parte de um mesmo vínculo obrigacional, examinado sob uma perspectiva dinâmica, sendo esse o grande mérito da visão unitarista.

A confusão parece concentrar-se no seguinte aspecto: é preciso distinguir as diversas funções que as regras sobre responsabilidade patrimonial podem exercer.

Uma regra sobre responsabilidade patrimonial, ao determinar qual é o sujeito que deve responder pelo cumprimento da obrigação, é uma regra de Direito material. Cuida de regular o processo obrigacional, definindo as posições jurídicas que os sujeitos devem assumir em determinada relação jurídica. Serve ao órgão jurisdicional como diretriz para a tomada de suas decisões. É o Direito material que determina quem é o responsável pela obrigação. Uma norma de direito material é uma norma de decisão: serve para a solução do problema jurídico posto à apreciação do órgão jurisdicional. E as regras sobre responsabilidade patrimonial têm essa função.

As regras que estabelecem limitações à responsabilidade patrimonial, impedindo que determinados bens sirvam à garantia da obrigação, são, porém, regras processuais, pois servem de controle ao exercício da função jurisdicional executiva. Uma regra é processual quando serve para definir o modo pelo qual o poder pode ser exercido. Ao impedir a penhora sobre determinado bem, a regra jurídica funciona como regra de Direito processual. Talvez seja essa a razão pela qual o CPC cuida da responsabilidade patrimonial e tantos processualistas entendam que o vínculo jurídico da responsabilidade tem natureza processual.

4.-REFERÊNCIAS.

ANTUNES VARELA, João de Matos. Das Obrigações em Geral. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, v. 1.

ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ASSIS, Araken de: “Responsabilidade patrimonial”. Execução civil (aspectos polêmicos). João Batista Lopes e Leonardo José Carneiro da Cunha (coord.). São Paulo: Dialética, 2005.

BETTI, Emilio. Teoria General de las Obligaciones. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, t. 1.

BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do devido processo legal às relações privadas. Salvador: JusPodivm, 2008.

BUZAID, Alfredo. Do concurso de credores no processo de execução. São Paulo: Saraiva, 1952.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. “Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes”. Obrigações. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. Diritto e Processo. Nápoli: Morano Editore, 1958.

CASTRO, Amílcar de. Comentários ao Código de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: RT, 1976, v. 8.

CAVALIERI, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. Da Boa Fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. Direito Processual Civil Brasileiro. Rio da Janeiro: Forense, 1959, v. 4.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4.

- FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. Direito das Obrigações. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato de deveres de proteção. Coimbra: Almedina, 1994.
- LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. 1.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de Execução. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 6.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1976, v. 4.
- MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t., 1.
- _____. A boa-fé no direito privado. São Paulo: RT, 1999.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações. Saraiva: São Paulo, 2003
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2
- PINTO, Carlos Alberto Mota. Cessão da Posição Contratual. Coimbra: Almedina. 2003.
- RUGGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil. Campinas: Bookseller, 1999, v. 3.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil. 4ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1966, v. 2.
- SILVA, Clóvis V. do Couto. A obrigação como processo. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Hermenêutica Filosófica e Direito. O Exemplo Privilegiado da Boa-fé Objetiva Contratual. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, t. 2
- THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 2.
- TUHR, A. von. Tratado de las obligaciones. 1ª ed. (reimp.). W. Roces (trad.). Madrid: Editorial Reus, 1999, t. 1.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2000, v. 8.