

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O OBJETO DA OBRIGAÇÃO DESPATRIMONIALIZADO A PARTIR DO PARADIGMA DA COOPERAÇÃO

Saul Emmanuel Ferreira Alves²⁶

Submetido (*submitted*): 27 de julho de 2010

Aceito (*accepted*): 01 de agosto de 2011

Resumo: Com uma síntese das principais posições doutrinárias sobre a validade de relações obrigacionais que tenham prestação sem “conteúdo patrimonial”, apresenta-se a concepção da relação obrigacional como processo complexo, realçando-se a relevância do paradigma da cooperação, buscando subsídios na tipologia de VIERKANDT, com o propósito de delinear-lhe o significado enquanto parâmetro de interpretação/aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

Palavras-chave: obrigações; prestação; patrimonialidade; boa-fé; cooperação.

Abstract: With a synthesis of the principal doctrinaire positions on the validity of obligational relations what have installment without “patrimonial content”, the conception of the obligational relation shows up like complex process, when there is highlighted the relevance of the paradigm of the cooperation, looking for subsidies in the VIERKANDT’s typology of social relations, with the purpose of outlining the meaning like parameter of interpretation / application of the principle of the objective good-faith.

Key-words: obligation; installment; patrimoniality; good-faith; co-operation.

1. Introdução – a discussão comumente empreendida

Como já explicado, aqui se buscará delinear o debate travado há séculos para se saber se o objeto da obrigação tem ou não a patrimonialidade como requisito de validade.

1.1 A origem da discussão no direito moderno – as teorias personalistas

A escola pandectista, em suas tentativas de construção sistemática do direito a partir do estudo dos velhos textos romanos, tratava a obrigação como uma relação na qual um sujeito tem o direito de domínio sobre uma certa conduta por parte do devedor. Em outras palavras, o objeto da obrigação seria mesmo um domínio do credor sobre uma certa conduta do devedor. Porém, não se pode imaginar que ainda se tinha a obrigação como um direito sobre a própria pessoa do devedor, como em Roma Antiga. SAVIGNY, por exemplo, já percebera que isto seria anular-lhe a personalidade e tratá-la como coisa. Por isso mesmo, ressaltava que a obrigação seria, então, um direito sobre uma parcela determinada da liberdade do devedor, sobre uma certa conduta sua²⁷.

²⁶ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí.

²⁷ “Não são tão simples aquelas relações jurídicas cujo objecto são pessoas alheias, porque nós podemos estabelecer com elas dois tipos de relações completamente diferentes. A primeira relação possível com uma pessoa alheia é aquela pela qual essa pessoa, da mesma forma que uma coisa, é atraída para o âmbito do nosso poder de vontade e submetida ao nosso domínio. Se este fosse absoluta, seriam retirados ao outro as características da liberdade e da personalidade; nós não estaríamos a dominar sobre uma pessoa mas sobre uma coisa; o nosso direito seria a propriedade sobre um ser humano, como na realidade o é a relação romana de escravidão. Não devendo tal ocorrer, queremos nós antes pensar em relações jurídicas específicas, nas quais exista um domínio sobre uma pessoa alheia, sem destruição da sua liberdade, que seja semelhante à propriedade e apesar disso distinto dela. Para isso não pode o domínio abranger a pessoa na sua globalidade, mas antes ser referido apenas a uma sua única acção; essa acção será subtraída à liberdade do agente e submetida à nossa

Embora tais construções enaltessem a autonomia da vontade (e isso interessava ao homem moderno), elas já eram insuficientes para catalisar as operações de uma economia cujas estruturas estavam em reviravolta²⁸. Era preciso um Direito das Obrigações que “não agredisse a liberdade do ser humano”. “A garantia não poderia mais ser o corpo, mas apenas o patrimônio do devedor” – era o que proclamavam, com o coração repleto de “altruísmo”, os críticos daquelas teorias que denominaram “personalistas”.

1.2 A teoria clássica e as teorias realistas – a patrimonialidade é indispensável

Logo apareceram, dentro da própria pandectística, os que destoassem do personalismo, como WINDSCHEID, por exemplo, para afirmar que o objeto da obrigação era, sim, uma determinada conduta do devedor em favor do credor, mas que tal conduta só seria exigível pela execução do patrimônio daquele, jamais pela coerção. Assim, incluíram entre os requisitos da prestação devida, além da liceidade, da possibilidade e da determinabilidade (exigidos para a validade de todo negócio jurídico), também a sua patrimonialidade. Ou seja, para que uma relação obrigacional fosse válida, seu objeto deveria ter “conteúdo patrimonial”. Com isto, queriam dizer que, embora o interesse do credor possa até não ser de natureza econômica, a prestação devida em si necessariamente deve ter “conteúdo patrimonial”. Segundo esta concepção, ou a prestação tem por si mesma valor econômico (valoração econômica direta), ou pelo menos ocorre a fixação de um equivalente pecuniário pelas partes (valoração econômica indireta)²⁹.

Esta concepção patrimonializada do objeto da obrigação é aceita pela maior parte da doutrina moderna, sendo acolhida tanto pelos defensores da teoria clássica, como também pelos defensores das teorias realistas. Para aqueles, a obrigação teria por objeto precisamente “uma conduta (prestação) em benefício de outrem”, a qual, no entanto, só seria exigível pela execução do patrimônio do devedor. As teorias realistas, por outro lado, tinham posição ainda mais patrimonialista: a obrigação não teria por objeto uma prestação, sim o patrimônio do devedor. Chegou-se ao absurdo de afirmar, por exemplo, que a obrigação seria uma relação, não entre sujeitos de direito, mas entre patrimônios (EUGÈNE GAUDEMET); ou que a obrigação tem por objeto a transmissão dos bens do devedor (CAZALLES)³⁰.

Note-se que aquele argumento liberal, aparentemente tão humanitário, acabou por transformar uma relação jurídica (a obrigacional) em uma ligação necessariamente patrimonial. A exigência da patrimonialidade como requisito de validade do objeto da obrigação era tomado por grande conquista liberal, porque supostamente tornava intangível, em relação à coercibilidade jurídica, a liberdade do devedor, o qual não poderia ser compelido

vontade. Uma tal relação de domínio sobre uma única ação da pessoa alheia é por nós designada de *obrigação*”. SAVIGNY (1981; 338) *apud* LEITÃO (2008; 63).

²⁸ É preciso esclarecer que, não obstante as críticas, a doutrina pandectista constitui até hoje preciosa fonte dogmática, como ressalta MARTINS-COSTA: “o pessoalismo, derivado de Savigny, adquiriu, no curso do século XX, notável aperfeiçoamento, estando no cerne dessa concepção o reconhecimento de uma estrutura unitária bem como uma feição pessoal, vale dizer, a obrigação resulta de uma ligação entre pessoas ou sujeitos jurídicos, constituindo o vínculo uma relação entre dever e pretensão, em suma, uma relação entre duas vontades”. MARTINS-COSTA, (2004; 13).

²⁹ NORONHA (2003; 40 e 41).

³⁰ LEITÃO (2008, 62 ss.).

a adotar conduta contra sua vontade, ainda que houvesse a ela se obrigado. Acontece que, com o desenvolvimento do capitalismo, tornou-se impossível sublimar a distorção em que consiste tal compreensão acerca do objeto da obrigação. Primeiramente porque tais construções não conferiam qualquer grau de proteção às relações sem objeto econômico, revestindo com a exigibilidade apenas as operações realizadas no seio do capitalismo nascente, conforme as regras do mercado. Em segundo lugar, porque os agentes econômicos com capital mais robusto viam-se em condições de simplesmente incorporar ao preço de seus produtos e serviços os riscos de eventuais execuções que seus patrimônios viessem a sofrer. Assim, podiam calcular se seria mais interessante cumprir ou descumprir um contrato, por exemplo. Daí as críticas a tal concepção. Tais teorias puseram os interesses das partes, que a obrigação deveria tutelar, em último plano, reduzindo todas as violações a sanções patrimoniais. Este sistema, forjado para o capitalismo, ironicamente acabou mostrando-se inócuo e deficiente em relação aos próprios valores burgueses de segurança e estabilidade, já que, em certas situações, tornou-se mais interessante descumprir do que cumprir a obrigação.

1.3 As críticas ao patrimonialismo exacerbado – teorias mistas

As teorias que adotaram a patrimonialidade do objeto como requisito à validade da relação obrigacional (tanto as ditas clássicas como as realistas) puseram os interesses das partes, que a obrigação deveria tutelar, em último plano, reduzindo a proteção jurídica nesses casos a meras execuções patrimoniais. O interesse do credor, dessa forma, restava completamente desprotegido quando seu interesse não fosse de ordem econômica.

Diante disso, conquistaram espaço teorias que apareciam com um caráter um tanto quanto *misto*. Dentre elas, foi paulatinamente tornando-se hegemônica a doutrina dualista da *Schuld und Haftung*, a qual recorre a estas categorias do Direito Germânico para compreender o fenômeno obrigacional. Assim, “decompunham a obrigação em dois momentos distintos – a *Schuld*, ou débito, e a *Haftung*, responsabilidade, ou sujeição, ou ainda garantia”³¹. Esta consistiria na “submissão ao poder de intervenção daquele a quem não se presta o que deve ser prestado”³². Por outro lado, o débito, na expressão de VON GIERKE, um dos maiores defensores dessa doutrina, poderia ser assim conceituado:

*Schuld, no sentido do Direito alemão, é um dever legal (...). Schuld, em um sentido muito mais estrito e técnico, é a dívida autônoma, quer dizer, uma relação jurídica existente em si mesma e que tem por conteúdo um dever legal*³³.

A repercussão destas idéias no debate doutrinário foi muito ampla. Mais adequada ao estudo das relações complexas da sociedade industrial, o dualismo facilitava a compreensão de que a obrigação não se volta exclusivamente ou para a conduta ou para a execução patrimonial, construindo um conceito mais amplo. Todavia, por si, ainda não era suficiente para possibilitar a tutela jurídica de interesses sem conteúdo patrimonial. Ao se entender a obrigação em dois momentos apartados, poder-se-ia, mesmo aceitando um *Schuld* sem caráter

³¹ MARTINS-COSTA (2004; 16).

³² HATTENHAUER (1987; 87) *apud* MARTINS-COSTA (2004; 16).

³³ VON GIERKE, *in* HATTENHAUER (1987; 87), *apud* MARTINS-COSTA (2004; 16).

econômico, conferir à *Haftung* patrimonialidade excessiva. Tanto assim que muitos dos doutrinadores brasileiros e portugueses de maior destaque do século XX aderiram à teoria dualista germânica e, simultaneamente, mantiveram a ênfase da relação obrigacional sobre a patrimonialidade. Se não, veja-se um breve lance de olhos sobre as concepções de CLOVIS BEVILAQUA³⁴ e OROSIMBO NONATO.

A começar pelo primeiro (que adaptou o Projeto de Código Civil de COELHO RODRIGUES), temos um posicionamento bastante confuso. Ao mencionar “as condições necessárias para que o objecto das obrigações, mereça aceitação e efficacia”³⁵, BEVILAQUA cita a patrimonialidade como o 5º (quinto) atributo de que deve se revestir o objeto do crédito. Porém, ao incluí-la entre as condições necessárias ao objeto debitório, o autor esclarece que “a prestação econômica deve ter um valor econômico, apreciável em dinheiro, **ou representar um interesse respeitável ainda que não pecuniário**”. Mas se ao objeto é dada a alternativa de representar um interesse não pecuniário, porque citar a economicidade como requisito de validade? A posição do civilista fica ainda menos compreensível quando se lê em nota de rodapé que “ou a prestação terá um valor intrínseco ou tratar-se-á necessidade de adjectival-o em dadas emergências”. Parece, enfim, ter que a economicidade do objeto é mesmo requisito à validade da obrigação. Contudo, na seqüência, BEVILAQUA afirma: “Errôneo, ou, antes, inexato é excluir (d) o direito obrigacional toda relação que não tenha, em si, um valor pecuniário”³⁶. Quando nada, ressalvas fez muitas; todavia, não demonstrou qualquer esforço no sentido de despatrimonializar a dogmática obrigacional.

Já o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, OROZIMBO NONATO, é firme ao afirmar-se a favor da patrimonialidade como requisito:

*Admite-se possa não ser a prestação essencialmente econômica, dès que suscetível de oferecer correspectivo em dinheiro, de representar utilidade, de ser, em suma, sub-rogável em dinheiro, naturalmente, legalmente, ou pela vontade das partes*³⁷.

Como se vê, a simples dicotomia *Schuld und Haftung* não foi capaz de dar bases a uma dogmática que satisfizesse as complexas sociedades contemporâneas da pós-modernidade e a um sistema capitalista pós-industrial, porquanto nem mesmo pôde dar amparo à construção de uma concepção despatrimonializada do objeto debitório.

2. A concepção despatrimonializada do objeto debitório

Ainda elencar a patrimonialidade do objeto entre os requisitos de validade da obrigação, inegavelmente, tornou-se obsoleto. Diante do papel que os regramentos jurídicos cumprem na sociedade pós-moderna e no capitalismo pós-industrial, já não há como sustentar que não merecem a tutela do direito aquelas relações em que o objeto da obrigação seja desprovido de valor econômico ou sequer seja suscetível de adjectivação pecuniária. Ora, se o interesse a que obrigação visa merece tutela jurídica e não precisa ser patrimonial, então, por conseqüência, não se pode exigir que a prestação tenha valor econômico, nem mesmo é necessário uma

³⁴ Emprega-se, neste trabalho, a grafia original da fonte; isto não só em relação ao nome do autor.

³⁵ BEVILAQUA (2000; 43).

³⁶ BEVILAQUA (2000; 45).

³⁷ NONATO (1959; 141).

atribuição pecuniária à prestação para que ela seja tutelada juridicamente. Do contrário, o interesse não-econômico visado pelo credor (que tem de ser protegido pelo direito) restaria inteiramente desguarnecido. O próprio direito positivo expresso já endossa esta posição.

PONTES DE MIRANDA, no seu *Tratado de Direito Privado*, ilumina a questão da (não-) patrimonialidade da prestação. Ao se afirmar que o caráter da patrimonialidade é inerente ao objeto da obrigação, se está incorrendo em grave inversão de valores. Isto porque até mesmo a mera possibilidade de avaliação pecuniária da prestação nada mais é do que um atributo necessário para a eventual conversão de obrigação específica (fazer, não-fazer, ou dar coisa determinável) em obrigação de pagar quantia certa (indenização). Contudo, o fato de uma obrigação não ser passível de conversão em indenização não implica na sua inexistência, invalidade, nem ineficácia³⁸. Aliás, como é sabido, as obrigações de fazer, não-fazer e dar coisa certa são plenamente executáveis (mediante devido processo legal jurisdicional), bastando para isto que sejam exigíveis e líquidas.

ANTUNES VARELA bem elucida o motivo de a querela persistir viva: alguns ainda não perceberam (ou não quiseram perceber) que as sanções (caracterizadoras da juridicidade do vínculo) de que dispõe o direito obrigacional não é tão somente a execução. Em outros termos, aqueles que ainda defendem a patrimonialidade do objeto como requisito à validade da relação obrigacional só podem se apoiar sobre o argumento de que a execução só pode ser realizada pela avaliação pecuniária da prestação devida. Mas, com brilhantismo, o Catedrático de Coimbra esclarece que: a) o processo de execução nem sempre tem por objetivo a “realização coativa da prestação devida”³⁹, sendo que muitas vezes ela visa apenas à reparação de danos, a qual não coincide com a prestação, até porque “a mesma prestação pode dar lugar a indenizações muito diferentes, consoante as circunstâncias concretas de cada

³⁸ Pontes de Miranda tece esclarecimentos sobre a norma italiana³⁸ pertinente, a qual estabelece que a prestação (objeto da obrigação) deve ser suscetível de valoração econômica e deve corresponder a interesse do credor, ainda que não seja patrimonial: “La prestazione che forma oggetto dell’obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore”. Aquele autor explica que tal disposição consiste em inversão de valores e que, portanto, de nada serve à compreensão do tema, inclusive no caso brasileiro: “Só se aludia à não-patrimonialidade do interesse; exigiu-se a valorabilidade econômica da prestação. Para o legislador italiano, o que, não sendo fungível, não pode ser prestado em pecúnia, não é objeto de obrigação. Não importa, apenas, saber-se se o interesse é patrimonial, ou não. **A ressarcibilidade do dano, que seria ligada à consequência do inadimplemento, passou a ser pressuposto da inseribilidade da prestação como objeto da obrigação. Em vez de se lançar mão da indenização como ato de justiça, se não se pode fazer prestar**, donde a regra jurídica implícita ‘Se há inadimplemento, ressarce-se, pois há ressarcibilidade’, **ousou-se formular regra jurídica sobre impossibilidade, tornando-se prius o posterius**: ‘Se não há ressarcibilidade, não houve obrigação’. Fêz-se essencial à obrigação o poder ser objeto de execução forçada, pelos meios vulgares.

“No sistema jurídico brasileiro, não se pode introduzir a regra jurídica italiana. Se a prestação é lícita, não se pode dizer que não há obrigação (= não se irradiou) se a prestação não é suscetível de valoração.

“Assim, o objeto da prestação pode ser patrimonial ou não. Qualquer interesse pode ser protegido, desde que lícito, e todo interesse protegível pode ser objeto de prestação, como a obrigação de enterrar o morto segundo o que ele, em vida, estabelecera, ou estipularam os descendentes ou amigos ou pessoas caridosas”. E afirma ainda: “Diz-se que é preciso ser suscetível de valoração econômica o que se presta. Se foi estabelecida pena convencional, nem por isso se deu valor econômico à prestação: estipulou-se pena para o caso de inadimplemento. No direito brasileiro, não há regra jurídica que exija às prestações prometidas o serem avaliáveis em dinheiro”. PONTES DE MIRANDA (1971; 41).

³⁹ VARELA (1977; 92).

caso”⁴⁰; e b) a própria execução indireta (ou *por equivalente*) não é a única manifestação coercitiva possível⁴¹.

Prelecionando no mesmo sentido, FERNANDO NORONHA aduz que, em caso de prestação sem valor econômico, talvez seja dificultoso provar que o devedor obrigou-se juridicamente e não apenas moralmente, mas isso não é suficiente para excluir do direito relações com objeto deste tipo. E, por outro lado, ressalta ainda que também não é a simples atribuição de equivalente pecuniário, ou a mera estipulação de cláusula penal que conferem a uma relação a dignidade perante o direito. O critério da patrimonialidade do objeto para se auferir a validade da relação obrigacional parece mesmo de todo inútil à realidade contemporânea⁴².

2.1 A obrigação como sistema de processos e unidade complexa

Este era o ponto nevrálgico em que os defensores da doutrina do dualismo *Schuld und Haftung* não tocaram. Assim, nada obstante o reconhecimento geral da sua contribuição para a compreensão da obrigação em sua complexidade analítica, a uma despatrimonialização do objeto parece bem mais adequada uma postura que se tem chamado “neopessoalista”. Não que se pretenda ressuscitar a idéia excessivamente voluntarista de domínio sobre parcela da liberdade do devedor. Fique bem claro: o propósito é a despatrimonialização do Direito das Obrigações. Nessa linha, aparece como uma das mais interessantes perspectivas⁴³ aquela

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Ressalta aquele autor: “O caráter vinculativo do dever de prestar pode ainda refletir-se em outros aspectos, como seja a execução específica (v. g. a apreensão e entrega judicial de coisas), a ação direta (apropriação pela força das coisas em perigo de destruição, por ex.), os procedimentos cautelares e, no caso especial das liberalidades modais e onerosas, a resolução da liberalidade no caso de o onerado não cumprir. O fato de não ser viável o recurso à execução indireta ou por equivalente, para sancionar um ou outro caso de prestação não patrimonial, nem sempre impedirá, lógica ou praticamente, o recurso a outros meios de tutela”. VARELA (1977; 92 - 93).

⁴² FERNANDO NORONHA, conclusivamente, chama atenção para o fato de que: “A verdadeira questão está sempre em discriminar interesses dignos de tutela jurídica e interesses não dignos. Se um interesse for socialmente sentido como digno de tutela, não é o fato de as obrigações normalmente dizerem respeito a necessidades econômicas que impedirá a aplicação das respectivas normas para atender a necessidades afetivas e outras, mesmo quando não exista uma contra-prestação, nem se tenha fixado uma cláusula penal. Inversamente, se o interesse não for digno de tutela, não será a existência de contraprestação ou de cláusula penal que dará juridicidade à obrigação assumida. (...) O simples estabelecimento de um equivalente pecuniário, ou a fixação de uma cláusula penal, não dignificam um interesse”. NORONHA (2003; 45).

⁴³ MENEZES LEITÃO indica algumas outras concepções que surgiram na linha da superação do dualismo: “uma das tentativas de superação da contradição entre a prestação e o patrimônio do devedor consiste na configuração da obrigação como uma realidade complexa, abrangendo uma série de elementos componentes, onde se encontraria tanto a prestação como a execução sobre o patrimônio do devedor. Neste âmbito, o primeiro dos autores a defender esta concepção é HEINRICH SIBER, que qualifica a obrigação como um “organismo” (*Organismus*), que abrangeria tanto um conjunto de créditos individuais, correspondendo aos deveres de prestação principais e acessórios, como também direitos potestativos, correspondendo ao direito de crédito individual, mas também de obrigação em sentido amplo, como a relação causal que existe entre o credor e o devedor, da qual surge o direito de crédito e a obrigação, mas também outras posições jurídicas de que o direito de crédito é um mero elemento. Esta tese foi posteriormente seguida por HERHOLZ, que qualificou a obrigação em termos dualistas como relação de prestação e como relação de enquadramento (*Rahmenbeziehung*), sendo esta segundo formulação que justificaria a atribuição de indenização nas hipóteses de resolução do contrato, *culpa in contrahendo* e cumprimento defeituoso, em virtude do enquadramento de outros deveres que a relação obrigacional efectua, e que existem antes, durante e após a relação de prestação. Em seguida, ZEPOS veio qualificar a obrigação como uma formação (*Gestalt*) de elementos, na qual se poderia encontrar uma realidade fenomenológica própria, distinta dos seus elementos componentes”. LEITÃO (2008, 78 ss.).

apresentada por KARL LARENZ, que considera a relação obrigacional como estrutura ou sistema de processos.

No bojo desta tese, **a obrigação aparece como um conceito-suma** (*Inbegriff*), o qual concentra um conjunto de situações jurídicas das mais variadas (direitos, deveres de prestação, deveres de conduta, ônus, situações de sujeição e poderes potestativos, por exemplo) todas ligadas entre si pelo interesse do credor, formando uma estrutura complexa unitária. É em razão do interesse das partes que a relação se constitui. O interesse do credor aparece como um elemento integrador em função do qual a relação obrigacional vai se desenvolvendo como um sistema de processos que se modifica evoluindo no tempo, sem o desmonte da estrutura. Esta é mantida em sua identidade apesar de mudanças nos elementos que a compõe, apesar da extinção e do surgimento de novas situações jurídicas⁴⁴. Isto porque a busca pela consecução do interesse das partes não pode ser obstada⁴⁵. Sobre tal concepção, anota Couto e Silva, seu principal difusor na doutrina brasileira:

“A inovação que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito do vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõe.

Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o *status* em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo”.

A partir dessa concepção de relação obrigacional se pode perceber como a questão da despatrimonialização vai bem além da aceitação ou não de prestações sem valor econômico. É preciso entender a relação obrigacional a partir do paradigma da cooperação. No tópico seguinte, far-se-á síntese ligeira sobre a tipologia das relações sociais de VIERKANDT, numa tentativa de delinear (ainda que a grosso modo) este *standard* jurídico da cooperação.

3. As formas fundamentais de relações sociais, a obrigação despatrimonializada e o paradigma da cooperação

VIERKANDT desenvolveu, em sua doutrina sociológica, uma tipologia das formas de relações humanas, segundo modelos estruturais, a saber: **relações de comunidade, de reconhecimento (sociedade), de poder e de luta**. Em resumo grosseiro, é possível a seguinte esquematização:

- a) Relações de comunidade – se desenvolvem numa convivência um tanto quanto sentimental, orgânica, estável, que se desenrola a partir de interesses comuns existentes entre seus membros, os quais têm algum tipo de convivência, isto é, compartilham alguma experiência de vida;

⁴⁴ COUTO E SILVA (2009; p. 19).

⁴⁵ “(...) a relação obrigacional desenvolve-se como um processo polarizado pelo seu adimplemento, que é o fim que a dinamiza e atrai. O fim da relação obrigacional é a satisfação dos interesses de **ambas as partes envolvidas na relação**, que, por esta razão, devem, no curso da relação, e mesmo antes de formado o vínculo – se se tratar de relações contratuais -, adotar comportamento tendo em vista o que as aproximou, relacionando-as”. MARTINS-COSTA (2004, 16).

- b) Relações de reconhecimento (sociedade) – a convivência se dá a partir do exercício da liberdade individual; a agregação tem como pressuposto não interesses comuns, mas interesses individuais que apenas coincidem; não há traços de afetividade, sendo as virtudes características a justiça e a integridade;
- c) Relações de poder – se desenvolvem como domínio entre sujeitos ou grupos; a hierarquia é marca, predominando os sentimentos de subjugação, fidelidade e dependência;
- d) Relações de luta – parte do ímpeto de destruição mútua; os interesses dos participantes se contrapõem, predominando os sentimentos de ódio e desprezo; no máximo, as virtudes que se podem constatar são a coragem e o heroísmo.

COING esclarece: “deve ser salientado que se tratam de tipos ideais, que ocorrem paralelamente na vida histórica e se interpenetram mutuamente”⁴⁶. Neste contexto, Direito seria um sistema ético com forte identificação com as relações de reconhecimento. Tanto que SOROKIN, também interpretando VIERKANDT, trata as relações de reconhecimento como “*mixed (contractual) type*”, “*the lawyer’s paradise*”⁴⁷. Também não é a toa que um dos períodos mais férteis às construções doutrinárias jurídicas, à juridificação de toda a vida social e à expansão da burocracia foi o da emergência da sociedade burguesa e suas **concepções contratualistas**.

Contudo, o Direito tem sido criado a partir das relações de poder, ainda que estas sejam um tanto quanto infensas ao controle que o regramento jurídico tende a exercer. É, aliás, pela estabilização das relações de poder que a ordem jurídica se mantém. O poder, por sua vez, também se interessa por ser fonte do direito, porque ele reduz os atritos sociais, confere segurança e estabilidade à ordem; em outras palavras, dir-se-ia que o poder edifica um ordenamento jurídico que tem por base os valores de paz e segurança, e, assim, o direito vai dialeticamente conformando as relações de poder e sendo por elas plasmado.

De outro ângulo, percebe-se também que a suposta necessidade de busca pela justiça é uma demanda que serve de fundamento ao poder. Tanto assim que o Direito vincula mais perceptivelmente as relações entre os que estão subordinados. Em contra-partida, o jogo político muitas vezes se desenvolve pela reformulação do direito e não com a obediência a ele. É possível concluir: o desenvolvimento natural das relações de poder se dão quando a presença do direito se faz da forma mais branda, porque o poder tem aversão a qualquer limitação.

Por outro lado, as relações de comunidade também se afastam do direito enquanto um sistema ético em que predominam quase completamente relações de reconhecimento. **Se o direito fundado nestas relações (de reconhecimento) pretende a impessoalidade e a generalidade abstrata, a comunidade assume a pessoalidade e se constrói conforme as peculiaridades dos indivíduos que a compõem. Os valores que orientam o direito baseado nas relações de reconhecimento são a justiça e a segurança, mas o valor que orienta a comunidade é a solidariedade.** As relações de reconhecimento tentam se afastar de sentimentalismos, ao passo que a comunidade pressupõe um mínimo de afeição. COING sintetiza com singeleza: o direito obriga; a comunidade é espontânea.

⁴⁶ COING (2002; 98).

⁴⁷ SOROKIN (1947; 110-118) *apud* COING (2002; 99).

Nessa linha, voltando-nos para a relação obrigacional, talvez seja possível dizer que se mesclam, sobretudo, as relações de reconhecimento (sociedade), de poder e de comunidade. Afinal de contas, o conceito de relação obrigacional é delineado juridicamente (relações de reconhecimento). Também é fácil visualizar, no fenômeno obrigacional, as relações de poder: seria ingenuidade não perceber que credor e devedor se sobrepõem um ao outro, em diferentes momentos do processo complexo que é a obrigação.

Porém, o que se quer destacar neste trabalho é, principalmente, a presença de relações de comunidade, que não podem ser negadas no âmbito da relação obrigacional. Não se pode esquecer que as relações da tipologia de VIERKANDT sempre aparecem, na realidade concreta dos fatos, interpenetrando-se. Tanto assim que seria impossível vislumbrar uma obrigação baseada tão só na relação de reconhecimento, com exclusão do caráter cooperativo. Numa situação dessas, a relação obrigacional corre enorme risco de se desestabilizar, deformando-se em uma relação hegemonicamente de poder, ou até de luta (dominação pela força sem condições de legitimação⁴⁸).

Em outros termos, a obrigação não pode ser entendida nos estreitos lindes das relações de reconhecimento, como se os vínculos se estabelecessem sempre a partir de vontades individuais livres, em igualdade de condições. No plano negocial-fático, o que se observa, na realidade, é que quase nunca as partes de uma avença respeitam mutuamente seus interesses coincidentes⁴⁹ apenas pela possibilidade (às vezes bastante remota) de interferência estatal coercitiva. Até porque, se assim fosse, a obrigação, no plano fático, sempre tenderia ao domínio ou à luta, porque, em última análise, o cumprimento de todas as obrigações seriam orientados tão somente pela coerção.

É por isso que se há de reconhecer que as relações obrigacionais devem se desenvolver não só nos termos abstratos e gerais (quase míticos) das relações de reconhecimento. É preciso proceder a uma abertura do direito moderno, baseado nessas relações contratualistas, para parâmetros algo próximos das relações de comunidade. Relações de poder, em alguma medida, sempre se farão presentes em se tratando de direito. Porém não são elas que devem preponderar. Num balanço razoável entre os três modelos de relações, é preciso dar-se mais espaço, no direito, às relações de comunidade⁵⁰.

Assim, o que se tem designado pela paradigma da cooperação poderia ser composto através da valorização das relações de comunidade. É evidente que, dado o caráter de inegável historicidade de que se reveste toda a experiência jurídica, tal *standard* deve ser sempre

⁴⁸ Há os que afirmam que todo o universo jurídico, pelo menos na modernidade, tem por função social a sublimação de relações de dominação pela força. Contudo, não se pode negar que mesmo certas relações de dominação podem gozar de algum grau de legitimação, em determinados contextos extremados e situações limite, conforme a significação atribuída, por uma comunidade historicamente localizada, às “imposições forçadas”, a depender da conjuntura política, social, econômica, e até da condição emocional dos integrantes do grupo. O próprio regime democrático tem servido como discurso legitimador de dominação pela força, embora ninguém negue que, no Estado Democrático de Direito, a discussão sobre as garantias das minorias tenha merecido muita atenção.

⁴⁹ É importante notar que a expressão usada foi “interesses coincidentes”, mas não “interesses comuns”, “interesses mútuos” ou algo que as valha. Isto porque, na perspectiva descritiva adotada nesta passagem do texto, quer-se destacar que a visão contratualista moderna apresenta o fenômeno obrigacional como um esquema ideal pouco ou nada afeito com a realidade da dinâmica social.

⁵⁰ Há indicativos de que referido “balanço razoável” poderia ser operacionalizado, no plano normativo, através do princípio da proporcionalidade. Porém, isto seria matéria demasiadamente complexa, cujo estudo transbordaria toda a delimitação deste humilde artigo.

concebido como um conceito aberto a reformulações. **O seu lineamento se dá com a consideração do princípio da solidariedade na interpretação de todo o fenômeno obrigacional, enquanto objetivo fundamental da República, (Constituição Federal, art. 3º, inciso I), vetoriado pela boa-fé objetiva, sempre no sentido da valorização da dignidade humana (fundamento da República – Constituição Federal, art. 1º, inciso III).**

O paradigma da cooperação se faz imprescindível à despatrimonialização do objeto debitório, e disso decorrem implicações sobre os pontos normativos nos quais a dogmática jurídica procura atenuar as desigualdades materiais (vulnerabilidades), a que os cidadãos da sociedade contemporânea estão submetidos⁵¹. O *standard* cooperativo reforça, sobretudo, a tutela da confiança, como elemento ético indispensável ao satisfatório desempenho da função social que o direito deve cumprir na contemporaneidade.

Para dar-se espaço a essas relações de comunidade dentro da obrigação, **o princípio da boa-fé objetiva**, como cláusula geral de abertura do direito ao caso concreto e suas peculiaridades fático-jurídicas, pode ser a base de edificação de um direito obrigacional mais despatrimonializado. A operacionalização de princípios, cláusulas gerais e expressões vagas pode dar margem à má instrumentalização (é bem verdade). É até possível que, ao afastar as relações de reconhecimento, em vez de se abrir espaço às relações de comunidade, se esteja fortalecer as relações de poder.

Contudo, as referidas técnicas legislativas, exatamente por sua juridicidade, apresentam-se ainda passíveis de algum balizamento no momento de aplicação do direito. Trata-se de se obter sucesso na formulação de uma dogmática pautada (ela inteira) no paradigma da cooperação – resultado da abertura de espaços, dentro da obrigação, para relações de comunidade, frente às relações de reconhecimento. Este seria o sentido de uma despatrimonialização mais efetiva.

Assim sendo, se o **paradigma da cooperação** é orientado pela boa-fé objetiva, leva em conta o princípio da solidariedade (objetivo fundamental da República), e tem por escopo a valorização da **dignidade da pessoa humana**, na normatização do fenômeno obrigacional, cabe, neste ponto, esboçar uma noção sobre o que se entende por esta última categoria, que tem sido lugar comum no debate jurídico e, infelizmente, tem tido a sua força semântica e seu real conteúdo esvaziado pelas constantes menções desprovidas de quaisquer referências.

3.1 A dignidade da pessoa humana – referência teleológica máxima do paradigma da cooperação

Da leitura do primeiro artigo da Lei Maior, se depreende que a dignidade da pessoa humana foi expressamente consagrada pelo Constituinte Originário como **fundamento da República**. Mais do que isso, é de se perceber que, dentre todas as demais pilastras republicanas (soberania, cidadania, valores do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político), é o respeito à dignidade humana que mais intimamente se relaciona com os objetivos do Estado e da sociedade brasileira, gravados no Preâmbulo e no art. 3º da

⁵¹ CLÁUDIA LIMA MARQUES, ao elaborar uma introdução sócio-econômica ao Direito do Consumidor, chama a atenção para o fato de que todo indivíduo, na fragmentária e complexa realidade contemporânea, se vê em posição de vulnerabilidade, em algum dos diversos momentos (*status*) que assume na vida social (MARQUES, 2008, p. 38).

Constituição Federal. Com efeito, nenhuma outra cláusula poderia, com o mesmo poder de síntese, condensar tamanha carga axiológica. Tanto assim, que ela se revela em três dimensões, as quais se complementam dialogicamente.

Em sua dimensão natural, a dignidade aparece como atributo inerente à própria condição humana do indivíduo. Já a dimensão cultural exprime toda a significação deontológica ostentada pela circunstância de alguém integrar a comunidade humana – esta sempre encarada prescritivamente como fraternidade (nos termos da Constituição Federal, em seu Preâmbulo, ao enunciar os “valores supremos de uma sociedade **fraterna** [...]”). Assim, a dignidade da pessoa não existe apenas como entidade ideal, mas apresenta conteúdo concretamente situado no tempo e no espaço, enquanto preceito amalgamado no contexto histórico-social e político-axiológico de uma sociedade. Se a primeira dimensão apresenta a dignidade como *constante antropológica* (que deve ser universalmente estimada), a segunda dimensão indica que a dignidade humana é também uma variável cultural, com conteúdo jurídico definido em certa comunidade, num dado momento histórico.

Já a terceira dimensão é a que polariza a interação mútua das duas anteriores. Nesta dimensão, a dignidade humana se materializa no seio da realidade relacional como o **reconhecimento compreensivo da alteridade**, isto é, da condição de humanidade presente no *outro* – um alguém que é simultaneamente igual, embora peculiar, e, justamente por tais atributos, merece o reconhecimento de um núcleo essencial duro, um mínimo intangível de direitos e garantias fundamentais. Enfatizando esta terceira dimensão, H. HOFFMAN assevera que “a dignidade significa reconhecimento recíproco do outro no que diz com a sua especificidade e suas peculiaridades como indivíduo [...]”⁵².

Esclareça-se que tudo isto são apenas aspectos de um mesmo complexo integrado e unitário. Da dignidade humana, naquelas três dimensões referidas, vertem duas funções básicas – uma defensiva (ou negativa) e outra prestacional (ou positiva). É possível ainda vislumbrar outras funções. Pela função fundamentadora, a dignidade humana surge como a base de legitimação de todo o ordenamento jurídico e do próprio Estado. Já pela função orientadora, a dignidade humana estabelece as metas e os fins a serem perseguidos por toda a sociedade. E, finalmente, a dignidade humana também exerce uma função crítica em relação às condutas que violem o seu conteúdo.

Uma vez que a dignidade da pessoa humana, como já foi dito, consiste no fundamento da República que melhor sintetiza os objetivos do Estado democrático de direito, não há como negar que ela transcende a categoria de núcleo essencial dos direitos fundamentais ou de princípio normativo-constitucional (sem deixar de ostentar este *status*). Nada obstante, mais do que isso, ela se projeta no ordenamento positivo brasileiro como o **sumo preceito fundante da República – a máxima instância de legitimação do poder estatal**. Por isso, como alude BULOS, a dignidade humana possui força centrípeta e atrai em torno de si o conteúdo básico de todos os direitos fundamentais⁵³.

A consciência dessas funções que a dignidade humana exerce dentro do ordenamento jurídico brasileiro conduz à afirmação de que a dignidade humana atua no ordenamento jurídico concomitantemente como **limite e tarefa** que se impõem a todos. Isto significa dizer

⁵² HOFFMAN, apud SARLET (2007, 49)

⁵³ BULOS (2007; p. 84).

que a dignidade de pessoa humana, como sumo preceito da República, é o preceito maior que comanda não só o Estado, **mas sobretudo a comunidade e aos particulares**⁵⁴.

São estas as razões normativas que fundamentam a afirmação de que a pessoa, inclusive nas suas relações privadas, no trato com outros particulares⁵⁵ não pode ser vista como meio para a consecução de certos objetivos, mas deve ser encarado como um fim em si mesmo. Não por acaso (é importante lembrar), KANT dizia que o predicado da *dignidade* pertence a entes aos quais não se pode atribuir um *preço*, por possuírem valor inestimável – assim são os seres humanos⁵⁶. Portanto, no contexto do delineamento do paradigma da cooperação, é a dignidade humana, compreendida nestes termos, que serve como escopo final, objetivo supremo, referencial teleológico máximo daquele *standard* aqui proposto.

4. Considerações finais

Não se pretendeu aqui resolver o problema da despatrimonialização do direito obrigacional, nem mesmo do objeto. Apenas se quis chamar atenção para um debate bem mais proveitoso e necessário que é o de valorizar o aspecto de cooperação de que a obrigação deve se revestir em nome da dignidade humana e do alívio dos atritos e das traumáticas desigualdades sociais. Também não se pretendeu uma conceituação plena deste *standard*, mas se buscou suscitar o debate sobre a relevância de se chamar a atenção da dogmática obrigacional para a sua potencialidade em face do problema da despatrimonialização, que se apresenta a cada dia mais repleto de nuances.

BIBLIOGRAFIA

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*. Campinas-SP: Red Livros, 2000;

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007;

COING, Helmut. *Elementos Fundamentais de Filosofia do Direito*. Tradução da 5ª Edição alemã por Elisete Antoniuk, M. jur. Comp. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil – Do Inadimplemento das Obrigações, Vol. V, Tomo II (arts. 389 a 420)*. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das Obrigações, vol. I – Introdução. Da constituição das obrigações*. Lisboa: Almedina;

⁵⁴ Neste ponto, emerge a questão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, comumente tratada também como “eficácia horizontal” ou “eficácia entre terceiros” dos direitos fundamentais. Contudo, este tema foge aos objetivos deste trabalho, até mesmo pelas limitações que naturalmente se impõe aos artigos, por questão metodológica.

⁵⁵ Ou com o Estado, atuando fora do exercício do poder de império.

⁵⁶ KANT, p. 104 apud SILVA (2008; p. 38).

NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações – Generalidades e Espécies, Vol. I.* 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959;

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações – Fundamentos do Direito das Obrigações e Introdução à Responsabilidade Civil*, vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 40 e 41;

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971;

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição.* 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008;

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