

TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO OBRIGACIONAL BRASILEIRO: A SÍNTESE DE UM SÉCULO

RODRIGUES, Eduardo Rehbein(Direito/UNIBRASIL)

O tema Obrigações é extremamente relevante no Direito Civil brasileiro, pois abrange as relações transindividuais e os deveres inerentes aos cidadãos. Diante disso, o presente estudo se mostra importante no que tange a compreensão das transformações ocorridas no referido instituto, da metade do século XIX para o século XX, discorrendo sobre os novos princípios que o regem. E ainda, demonstra à ruptura da concepção de Obrigações com a do antigo Direito Romano, bem como as modificações na interpretação dos princípios da *pacta sunt servanda* e da autonomia da vontade. Em consequência disso, surgiram novos princípios decorrentes daqueles, tais como a boa-fé objetiva e os da justiça contratual. Dentro desse contexto, indaga-se se essas ocasionaram substancial reforma na hermenêutica aplicada no âmbito das Obrigações, isto é, se houve uma efetiva ruptura com o sistema clássico. A fim de construir o caminho para um posicionamento da problemática em questão, o trabalho apresenta os seguintes itens: (a) histórico, que possibilita uma melhor compreensão sobre a evolução do Instituto; (b) definição de Direito das Obrigações; (c) o papel que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem na construção dos princípios; (d) o surgimento do Código de Defesa do Consumidor como consequência dessa evolução; (e) por fim, alguns aspectos do tema na contemporaneidade. Acerca do tema, Gramsci define em sua obra conceito de revolução passiva como sendo “a constante reorganização do Poder do Estado e a sua relação com classes dominadas para preservar a hegemonia da classe dominante”. A luz dessa ideia o presente estudo pretende avaliar se as transformações ocorridas no Direito Obrigacional foram substanciais ou não. Diante disso, conclui-se que apesar de o país ter seguido rumo à construção de uma Constituição analítica, e dispor de seus dispositivos como balizadores para a fundamentação dos preceitos presentes no Direito das Obrigações, ainda há muito que se avançar no sentido de concretização de tais preceitos.

Palavras-chave: obrigações; constitucionalização; boa-fé objetiva; Código de Defesa de Consumidor.

1. Introdução

Ao longo do tempo o Direito Privado e o Direito Público sofreram grandes modificações assim como o Direito das Obrigações. Sua origem remonta ao Direito Romano, juntamente com outros institutos, tais como: casamento; sucessões e contratos.

O Direito das Obrigações teve suprimida sua importância em contextos históricos distintos. Ele pode ser suscitado às monarquias absolutistas que procuraram garantir seus privilégios em detrimento da grande maioria. O Estado Liberal instituído após essa experiência autoritária de concentração de poder veio com a bandeira da liberdade, porém esta liberdade limitava-se a certo grupo de indivíduos, no caso, a burguesia.

Esse pensamento Liberal veio a influenciar a legislação pátria brasileira, com seus princípios de proteção a propriedade, igualdade, fraternidade, e liberdade nas relações econômicas o que limitava o número de indivíduos que possuíam acesso a tais fundamentos.

A constitucionalização do Direito Civil possibilitou um novo olhar sobre o Direito Civil bem como sobre Direito das Obrigações, de forma a se entender Obrigações como um ser dinâmico. Sendo assim, inverte-se a interpretação normativa da época, passando a ter a Carta Constitucional como fundamento principal as diretrizes principiológica da Constituição.

2. Histórico

As primeiras codificações feitas para o Brasil são provenientes das chamadas Ordenações, elas eram de duas origens: portuguesas e espanholas; e foram instituídas para regulamentar as leis em geral.

Segundo Orlando Gomes, a longevidade do período em que o Brasil esteve sob a égide do ordenamento português fez com que se construísse uma barreira no âmbito de inovação no Direito Civil brasileiro. Conforme o autor, “A longevidade desse corpo legislativo, organizado para Portugal do século XVII, impediu que o país

se integrasse no movimento de renovação legislativa que empolgou as nações ocidentais”¹.

Nesse mesmo contexto histórico, diversos países do inovavam em sua ordem jurídica, em especial, os europeus que, melhoraram acrescentando a sua legislação ideias humanistas. Esses ideais são decorrentes do período renascentista e promoveu, em praticamente todo o continente europeu, um novo pensar na ordem jurídica, passando a valorar em primeiro plano a vontade humana. Paralelamente a isso, no Brasil, se teve a necessidade de instaurar um processo de implementação da jurisdição, a fim de codificar as relações da vida colonial.

Contudo, no decorrer dos anos, essas codificações se mostraram ineficientes e precisaram ser ajustadas para a realidade local, de forma a suprir as demandas da sociedade. Por conseguinte, anos mais tarde, a Lei da Boa Razão (séc. XVIII) foi publicada em favor de “impor novos critérios de interpretação e integração das lacunas da lei”. Lei essa que continuou a vigorar mesmo após a proclamação da Independência do Brasil, em 1822. Com isso, faz-se importante perceber que o Brasil não detinha uma codificação que efetivamente expressasse sua realidade nacional, mas, sim, leis abrangentes que deixavam inúmeras lacunas à sociedade.

A partir disso, é valioso ressaltar a maneira para qual se deu a formação da racionalidade jurídica brasileira. E ainda, de que forma ela contribui para o estudo das transformações do Direito Obrigacional brasileiro, possibilitando, assim, uma melhor compreensão sobre tais fatos.

De início, temos duas fases que denotam as influências para a solidificação do conteúdo do Código Civil de 1916. A primeira fase é composta pelos primeiros juristas, ditos brasileiros, que viveram durante período pós-independência (1822/27), membros da elite colonial, que vinham de Portugal, formados em bacharéis de Direito e tinham por finalidade atender seus próprios interesses jurídicos. Já a segunda fase a compor esta formação é denominada Bacharelismo. Foi neste período que surgiram as primeiras faculdades brasileiras, porém, elas não

¹ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 3.

almejavam formar juristas, mas sim formar cidadãos da elite e da burguesia agroexportadora brasileira destinada a preencher cargos e quadros da burocracia.

O primeiro momento de formação dos juristas ocorreu durante o período do Liberalismo, no qual havia um discurso de mínima intervenção do Estado na economia, devendo esta ser regulamentada pela lei do mercado. Era fortemente apoiado pela elite agroexportadora, pois esses ansiavam por manter as estruturas tradicionais de produção, libertando-se da obediência a Portugal e ganhando espaço no livre-comércio. Todavia, apesar de haver progressos formais, a sociedade brasileira não estava preparada para tais transformações. Sempre que um projeto de lei, que disciplinava sobre relações de trabalho, era encaminhado à Câmara dos Deputados era recusado ou feito pouco caso do referido assunto. Pois, ao almejar aqueles ideais progressistas europeus esqueciam-se de que seu país não vivia a mesma realidade de produção e trabalho do continente europeu.

Após a essa breve introdução, podemos explicar o histórico da organização e composição do Código Civil brasileiro de 1916, retratado a partir da ótica do Estado Liberal, na qual é marcada pelos valores de liberdade, igualdade e da concepção do Estado de Direito, e assim, instituindo uma imensa preocupação com a propriedade.

Nesse período vigorava a noção da primazia do Direito Civil e que a Constituição era um mero texto que elencava apenas princípios governamentais e territoriais. Por ser assim, o Código Civil era a principal fonte hermenêutica do ordenamento, respaldando e guiando todas as relações sociais.

O individualismo jurídico é o que caracteriza as relações da época, caracterizado, simplificadamente, como “discurso e ações que valorizam a supremacia do indivíduo frente ao grupo. Nesta ideologia o indivíduo é livre, nada pode sujeita-lo”². Houve também uma manipulação dos fazendeiros (coronéis) através da coação dos eleitores de suas regiões para que seus representantes no governo fossem eleitos, mais uma vez reforçando o caráter conservador de governo. Sendo assim, houve ali uma distorção sobre a elaboração do código, uma vez que pouco considerava as condições de vida ou as necessidades da grande maioria da

² **Individualismo jurídico: liberdade sem direito.** Disponível em: www.gentedeopinioao.com.br/lerConteudo.php?news=97942, acessado em: 25 mai. 2015.

população constituída por escravos alforriados, trabalhadores rurais, imigrantes europeus, artesãos, etc. Arbitrariamente, a codificação era pautada no interesse da elite letrada, da burguesia rural e mercantil, que instituiu relações nele de acordo com a sua leitura social, havendo um descompasso entre a realidade nacional e o conteúdo da legislação civil, conforme ilustra Orlando Gomes em seu texto:

“Esse privatismo doméstico parece ser a nota dominante em nossa legislação. Explica-se por certas particularidades de nossa organização social, destacadas por sociólogos e estudiosos do meio brasileiro e pelo atraso de sua evolução”.³

E ainda, o privatismo jurídico brasileiro veio por disciplinar as relações entre particulares, especialmente no que se refere à propriedade, esquecendo-se das relações sociais e reafirmando a propriedade como valor central ao ordenamento. Logo, pode-se afirmar que o Código Civil de 1916, que apesar de ser criado para atender as necessidades sociais, pouco fez nesse sentido, pois sua codificação foi construída, de fato, sem que houvesse relevantes prejuízos a “aristocracia” brasileira da época.

Segundo Orlando Gomes, no texto “Raízes históricas do código civil”, há uma incompatibilidade entre o que se queria alcançar com a importação dos modelos jurídicos europeus e com a realidade do Direito brasileiro. Pois, conforme Gomes, o ordenamento europeu não estava habituado com a concepção democrática de Estado. Por fim, o autor almejou uma relação entre o ordenamento brasileiro, a respeito dos elementos distintivos do ordenamento europeu, listando-os como: a tolerância, a afetividade, cercadas, embora, de sugestões patriarcais e capitalistas.

3. Direito das Obrigações

“O direito das obrigações é o ramo do direito que regula a relação jurídica de dívida de prestação ou de dever geral de conduta negocial entre pessoas determinadas ou determináveis, sendo este o núcleo que o identifica”⁴.

O termo *obrigação* tem origem do latim (*ob-ligare*), que significa “prender a”, significado este que caracteriza a essência do negócio jurídico, um instrumento jurídico pelo qual as partes exteriorizam as suas vontades, constituindo um vínculo.

Antigamente, acerca das relações obrigacionais, havia uma primazia pelo interesse do credor. E, essa relação obrigacional era tratada no Código Civil de forma estritamente patrimonialista e também afastava a vontade individualista, de modo a sempre valorizar aquilo que estava redigido pela lei.

³ GOMES, Orlando. **Raízes**, p.18.

⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: obrigações. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 25.

Entretanto, ao passo que o país seguiu rumo à construção de uma Constituição principiológica, mudou-se a forma de pensar sobre aquilo que anteriormente era instituído como dogma: atender os interesses de pequenos grupos e o teor dos textos legais voltados, em primazia, à proteção do patrimônio.

4. Constituição Federal da República do Brasil de 1988.

O período em que se instaurou a assembleia Constituinte no Brasil foi logo após o país ter vivido cerca de 20 anos sob o Regime Militar. A repressão deixou resquícios, os quais instigaram o Constituinte a expressar cláusulas em seu texto de forma a barrar e proteger a população de atos e regimes totalitários como foi o caso Militar.

Durante esse período não se pode contestar, falar, expor a sua simples opinião sobre um determinado assunto. Tendo em vista esses acontecimentos, o Constituinte de 1988 se preocupou em fixar vários princípios e garantias indissolúveis nos títulos da Carta Magna. Em seu teor, fica evidente tal preocupação, desde o início (no Preâmbulo), foram instituídas diretrizes do desenvolvimento da vida em sociedade de forma a ter por primazia a dignidade da pessoa humana, bem como formas e sistemas de governo “... destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”⁵.

Um importante fato a se considerar é que, durante o período Militar, não houve muitos avanços em relação à formação dos juristas. Mas sim, um estudo voltado à parte estritamente técnica do Direito, pois não se desejava ter pensadores críticos ao governo.

E é nesse contexto que começa o Direito Civil e Constitucional começam uma relação, caracterizando, assim, a primazia da Constituição em face de todo o ordenamento brasileiro. No ramo Cível deixa-se de valorar aquele conteúdo essencialmente patrimonialista e passa a ser interpretado de acordo com as premissas constitucionais. E, nesse sentido, Paulo Lôbo discorre sobre o tema, reafirmando a primazia da Carta Magna em nosso ordenamento:

“Antes havia uma disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência”⁶.

Diante disso, as relações do Direito Obrigacional se reajustaram no sentido de ser compreendida como ser dinâmico, isto é, reconheceu-se que numa relação onde haja uma

⁵ CF/88, Preâmbulo.

⁶ LÔBO, Paulo. **Direito**, p.14-15.

obrigação os direitos e deveres de credor e devedor devem ser equitativos. Acerca do tema, Paulo Lôbo expõe:

“Na história recente do Direito, a constitucionalização foi antecedida e acompanhada de forte intervenção do legislador infraconstitucional no Direito das obrigações, principalmente para a tutela dos contratantes vulneráveis e para a proteção da vítima de danos, com a responsabilidade civil objetiva”⁷.

Outro aspecto a ser ressaltado são as transformações das fontes obrigacionais, que segundo Clóvis Silva “é a existência de deveres resultantes da concreção do princípio da boa fé.”⁸. Isto significa que o princípio da boa-fé inaugurou uma nova ordem de cooperação entre credor e devedor, caracterizando, assim, aquela equidade a qual o texto constitucional pretende alcançar sendo disciplinada, pelo Código Civil, no âmbito das Obrigações.

Partindo dessa premissa, entende-se que a obrigação tida como processo provém de um sistema dinâmico que possibilita uma relação autônoma da expressão da vontade das partes. De modo a serem firmada nos negócios jurídicos ao passo que forem lícitas, possíveis e determinadas ou determináveis.

Acerca do tema, Lênio Streck discorre sobre as funções do Estado e, dentre elas, está à função do Poder Judiciário em reconhecer determinado tema:

“Já no Estado Democrático de Direito, próprio do constitucionalismo do pós-guerra, tem-se nitidamente o deslocamento dessa esfera de tensão, passando do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, mormemente nos países com Constituições dirigentes, onde os Tribunais Constitucionais proporcionaram aquilo que muitos autores chamaram de ‘jurisdicização da política’.”⁹

5. O Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor surge no período pós-promulgação da Constituição em 1988, no qual o Brasil atravessava um período de adaptação para o Neoliberalismo, quando havia uma difusa concepção do Bem Estar Social.

No que cabe a inserção no Direito das Obrigações, o Estado Social “é todo aquele que tem incluído na Constituição a regulação da ordem econômica e social, máxime da atividade econômica”¹⁰, ou seja, uma inafastável atuação do Estado em prol do interesse social.

Contudo, antes de existir o Estado Social havia uma discrepância na relação obrigacional. Conforme o entendimento proveniente da ótica Liberal (separação entre

⁷ LÔBO, **Direito civil**, p. 14

⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. **Obrigação como processo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 160.

⁹ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 179.

¹⁰ LÔBO, Paulo. **Direito**, Idem, p. 16.

Estado e sociedade civil) o credor tinha prevalência de seus interesses em face ao devedor, isto é, não havia um equilíbrio garantista nas relações.

Sendo assim, em decorrência do Estado Social surgiu uma legislação de caráter protetivo ao consumidor (CDC), almejando-se proteger os contratantes, tidos como vulneráveis, “em virtude de sua proeminência no plano do conhecimento (técnico ou jurídico)” ¹¹ de eventuais abusos na relação obrigacional. Logo, alterou-se a ótica Liberal patrimonialista e inovou tratando de relações eminentemente sociais no âmbito das Obrigações.

Nesse sentido, de maneira simplista, o instituto das obrigações passou a ser reconhecido como um sistema dinâmico. Isto é, na medida em que se valorou a exteriorização da vontade dos particulares entendeu-se que o referido instituto deve propiciar uma igualdade material entre credores e devedores, exigindo deles uma série de outras contraprestações equivalentes.

Com essa mudança de entendimento a respeito ao Direito das Obrigações, possibilitou uma releitura dos princípios obrigacionais (boa-fé objetiva; equilíbrio contratual; função social do contrato). A partir disso, uma série de inovações se fizeram presentes, no Código Civil 2002, tal como: a existência da chamada “obrigação solidária”. Nessa obrigação reconhece-se a multiplicidades de credores ou devedores, isto é, a capacidade de uma única relação ter uma pluralidade de sujeitos (ativos ou passivos) e também de se reconhecer a multiplicidade de vínculos envolvidos na relação jurídica. Sendo assim, “a ideia fundamental é que o credor não pode receber mais que uma vez a prestação que é devida, mas pode exigi-la de qualquer devedor em sua totalidade” ¹².

O Código do Consumidor, além de inovar a ordem jurídica, foi sensato em estabelecer em seu art. 4º, princípios que, acentuam, nas relações de consumo, o atendimento das necessidades dos consumidores, dentre outros valores, a fim de estabelecer uma relação de harmonia entre credores e devedores. Gustavo Tepedino, ao discorrer sobre o assunto explicou:

“no intuito de atender às necessidades dos consumidores, [...] valeu-se o código consumerista de uma série de instrumentos como a responsabilidade objetiva do fornecedor, o elenco não taxativo de cláusulas abusivas, a disciplina de ações coletivas, a previsão expressa de direitos indisponíveis do consumidor como o direito à adequada informação e à inversão do ônus da prova, e assim por diante” ¹³.

Além disso, houve também uma maciça valorização do princípio da boa-fé que, “desvinculada das intenções íntimas do sujeito, vem exigir comportamento objetivamente

¹¹ LÔBO, Paulo. **Direito**, Ibidem, p.17.

¹² LÔBO, Paulo. **Direito**, Id., p.136.

¹³ TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2005. p. 31.

adequados aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração no alcance dos fins perseguidos em cada relação obrigacional”¹⁴.

Mais uma vez, o Código do Consumidor legista cuidando tratar da boa-fé objetiva, em seus artigos, declarando a nulidade das obrigações que fossem com ela incompatíveis. O chamado “caso Cica” é considerado um paradigma no que se refere à responsabilidade civil, pois desse caso o princípio da boa-fé foi empregada como instrumento de proteção ao consumidor.

“CONTRATO. TEORIA DA APARENCIA. INADIMPLEMENTO. O TRATO, CONTIDO NA INTENCAO, CONFIGURA CONTRATO, PORQUANTO OS PRODUTORES, NOS ANOS ANTERIORES, PLANTARAM PARA A CICA, E NAO TINHAM POR QUE PLANTAR, SEM A GARANTIA DA COMPRA.”

(RESUMO) (Embargos Infringentes Nº 591083357, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adalberto Libório Barros, Julgado em 01/11/1991).

Sendo assim, o caso em apreço ilustra o que Gustavo Tepedino discorre sobre tal princípio, “a boa-fé objetiva acabou, na prática jurisprudencial, sendo empregada como instrumento de proteção ao consumidor, embora ontologicamente não se trate de um preceito protetivo, mas de uma sujeição de ambas as partes.”¹⁵. Sendo assim, no julgado a boa-fé objetiva proporcionou uma proteção ao consumidor, em que pese não se trate de um princípio protetivo, mas, sim, de sujeições entre ambas as partes.

Em contrapartida, apesar de o consumidor ter alcançado esse espaço nas relações de consumo, diversas empresas ignoravam a vulnerabilidade do consumidor. Dentre essas prestadoras, podemos citar Companhias Aéreas ao se eximir da responsabilidade objetiva em zelar pela bagagem de seus passageiros; as instituições financeiras que incluem o nome de seus clientes, indevidamente, no serviço de proteção ao crédito, entre outras. Felizmente, a jurisprudência tem decidido nos julgados em favor da inversão do ônus da prova as prestadoras e, não somente, a quem lhe acusa.

6. Considerações finais - Obrigações na contemporaneidade

Antigamente muito se falava sobre a questão da separação entre matérias de Direito Público – Direito Privado, pois estes eram visivelmente distintos, em razão da formatação da antiga Codificação Civil.

Como bem define Maria Celina B. de Moraes, “é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado.”¹⁶. A partir dessa definição pode-se averiguar aquela noção de que o Ordenamento Jurídico brasileiro é totalmente regrado pela Carta Magna, servindo de unidade nas fontes normativas.

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações**, Ibidem, p. 32.

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações**, p. 33.

¹⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil-constitucional. Rio de Janeiro, **Revista do Estado Direito Social**, Rio de Janeiro, vol. 1, p. 4.

No âmbito de Obrigações, o ordenamento inovou quando buscou igualar credor e devedor, ampliando a autonomia da vontade das partes bem como a autonomia privada. Dentre tais novidades têm-se as obrigações alternativas e com facultas alternativas. As obrigações facultativas são aquelas que, tendo por objeto apenas a obrigação principal, confere ao devedor a possibilidade de liberar-se mediante pagamento de outra prestação prevista na avença, com caráter subsidiário. Já, na obrigação alternativa, têm-se dois ou mais objetos, devendo haver a escolha do credor, ou do devedor (se convencionado), conforme o caso, para que se dê a concentração objetiva da obrigação.

Diante das transformações ocorridas acerca do referido Instituto, Gramsci define em sua obra o conceito de revolução passiva como sendo “a constante reorganização do Poder do Estado e a sua relação com classes dominadas para preservar a hegemonia da classe dominante”. A luz dessa teoria entende-se que apesar de o país ter seguido rumo à construção de uma constituição analítica e determinados dispositivos balizarem os preceitos presentes no Direito das Obrigações, ainda há muito que se avançar no sentido da concretização destes.

Referências

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

Individualismo jurídico: liberdade sem direito. Disponível em: www.gentedeopinioao.com.br/lerConteudo.php?news=97942, acessado em: 25 mai. 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: obrigações**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013

SILVA, Clóvis do Couto e. **Obrigação como processo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2005.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2009.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil-constitucional. Rio de Janeiro, **Revista do Estado Direito Social**, Rio de Janeiro, vol. 1, p. 1-23, 1991.