

A TEORIA DUALISTA DO VÍNCULO OBRIGACIONAL E SUA APLICAÇÃO AO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

José Fernando Simão¹

Sumário: I – O vínculo jurídico. *Die Schuld e die Haftung*. Uma introdução. II – Notas sobre a responsabilidade no Direito Romano. III – A teoria dualista e o Código Civil de 2002. IV – Notas conclusivas.



I – O VÍNCULO JURÍDICO. *DIE SCHULD E DIE HAFTUNG*. UMA INTRODUÇÃO

Quando se analisam os elementos da obrigação², costuma-se afirmar que estes são três, ainda que não haja unanimidade quanto aos termos que os designam. O elemento subjetivo é composto pelas partes, o objetivo pela prestação e o

¹ Professor Associado do departamento de Direito Civil da Universidade de São Paulo – Largo de São Francisco. Livre-docente, Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professor do Curso de Especialização da Escola Paulista de Direito. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo, do Conselho Curador da ESA/SP e Conselheiro da Escola Paulista de Advocacia - IASP, do IDCLB – Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, do BRASILCON – Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor e do Conselho Editorial do jornal Carta Forense. Membro do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família e Diretor de Relações Institucionais do IBDFAM/SP. Professor do Complexo Damásio de Jesus e de Especialização em várias Faculdades do Brasil. Advogado em São Paulo. Autor de obras jurídicas.

² Na etimologia vem *obligare* ou *ligare ob*, ou seja, ligar por causa de, ligar para. Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil, 11ª Ed. São Paulo, Atlas, 2008, p. 110.

imaterial ou espiritual é o vínculo jurídico.

O elemento subjetivo se caracteriza pela existência de dois sujeitos. O sujeito ativo é o credor e o passivo é o devedor. Enquanto o primeiro exige uma conduta do segundo, este tem o dever de realizar a conduta. Nos contratos unilaterais, uma das partes exerce o papel de credor e a outra de devedor. Isto se verifica no mútuo em que o mutuante, na qualidade de credor, pode exigir do mutuário, como devedor, a restituição em igual qualidade e quantidade do bem emprestado. Nos contratos bilaterais, em que há prestação e contraprestação, a relação de crédito e débito é recíproca. É o que se percebe na compra e venda em que o vendedor é devedor do bem e credor do dinheiro, e o comprador é devedor do dinheiro e credor do bem.

O elemento objetivo é a prestação. A prestação é objeto da obrigação e sempre se constitui em uma conduta humana: dar, fazer ou não fazer. É o chamado objeto imediato ou próximo da obrigação. Já o objeto da prestação é um bem da vida, que pode ser material ou imaterial (ex: carro ou marca) e é chamado de objeto mediato ou distante.

Assim, se João deve dar o carro a José, dar é o objeto imediato ou próximo (é a prestação) e o carro o objeto remoto ou mediato (é o objeto da prestação). Em conclusão, a prestação ou objeto imediato pode ser apenas de dar, fazer ou não fazer. Já o objeto mediato pode ser os mais variados e infinitos bens da vida.

Por fim, temos o elemento imaterial ou espiritual, qual seja, o vínculo jurídico. Nas palavras de Álvaro Villaça Azevedo é o liame que liga os sujeitos, possibilitando do credor exigir uma conduta do devedor.³

Efetivamente, é antiga a noção pela qual o vínculo é elemento da obrigação. Das Institutas de Justiniano consta que

³ Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil, 11ª Ed. São Paulo, Atlas, 2008, p. 109.

“*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*”⁴.

O vínculo, constituído pelo enlace dos poderes conferidos ao credor com os correlativos deveres impostos ao titular passivo da relação, forma o núcleo central da obrigação, o elemento substancial da economia da relação.⁵

Foi Alois Brinz que no fim do Século XIX, fazendo uma releitura das fontes romanas, desenvolveu a chamada teoria dualista do vínculo pela qual este se decompõe em dois elementos: dívida (*debitum* em latim e *Schuld* em alemão) e responsabilidade (*obligatio* em latim e *Haftung* em alemão⁶).

Explica Judith Martins-Costa que a teoria dualista, proposta por autores alemães dos finais dos Oitocentos, notadamente Bekker e Brinz, e aperfeiçoada no início do século XX por Von Gierke, decompunha a obrigação em dois momentos: *Schuld*, como um dever legal em sentido amplo, mas em sentido estrito é a dívida autônoma em si mesma e que tem por conteúdo um dever legal e *Haftung* que consiste na submissão ao poder de intervenção daquele a quem não se presta o que deve ser prestado⁷.

Em suma o primeiro elemento consiste no dever de prestar, na necessidade de observar certo comportamento e o segundo na sujeição dos bens do devedor ou do terceiro aos fins próprios da execução, ou seja, na relação de sujeição que pode ter por objeto, tanto a pessoa do devedor (antigo direito romano) como uma coisa ou complexo de coisas do devedor ou

⁴ Em tradução de José Carlos Moreira Alves, “a obrigação é um vínculo jurídico pelo qual estamos obrigados a pagar alguma coisa segundo o direito de nossa cidade (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, v. 2, p. 3)

⁵ Antunes Varela, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10ª Ed., v. 1. Coimbra, Almedina, 2003, p. 109.

⁶ No português falado costuma-se ouvir “o” *Schuld* e “o” *Haftung*. Trata-se de equívoco, porque em alemão ambas as palavras são femininas.

⁷ Comentários ao novo Código Civil, v. V, t. I. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2003, p.16.

terceiro.⁸

Enquanto a dívida consiste no dever de prestar, a responsabilidade é prerrogativa conferida ao credor de tomar bens do devedor para a satisfação da dívida.

Cabe ao mutuário entregar bem equivalente em quantidade e qualidade ao emprestado (dívida ou *Schuld*). Seus bens se sujeitam ao adimplemento da obrigação (responsabilidade ou *Haftung*). Se entregar, a prestação primária se extingue (some parte do vínculo jurídico e com ele parte do dever e a responsabilidade⁹). Se não, pode o credor colocar em ação a prerrogativa de tomar bens do devedor (*Haftung*).

Conforme leciona José Carlos Moreira Alves, duas são as importantes distinções entre dívida e responsabilidade. A primeira é que surgem em momentos diversos: a dívida desde a formação da obrigação e a responsabilidade posteriormente quando o devedor não cumpre a prestação devida. A segunda é que o *debitum* é elemento não coativo (o devedor é livre para realizar ou não a prestação), já a *obligatio* é um elemento coativo¹⁰.

Nas palavras de Pacchioni, que na Itália se constitui o mais ardoroso paladino da concepção dualista ou binária, o *debitum* vem a ser o elemento social, a *obligatio* o elemento tipicamente jurídico; o primeiro espontâneo, o segundo

⁸ Antunes Varela, João de Matos. Das obrigações em geral. 10ª Ed., v. 1. Coimbra, Almedina, 2003, p. 143/144.

⁹ Não se ignora que há deveres decorrentes da boa-fé objetiva, chamados de anexos ou laterais, que persistem mesmo após o cumprimento da prestação pelo devedor. Neste sentido, considerando-se que os deveres anexos fazem igualmente parte do vínculo, estes também compõem a noção de *Schuld* e, assim, há dívida mesmo na fase pós-contratual. Por isto, se os deveres forem descumpridos, surgirá também responsabilidade (*Haftung*) após o cumprimento da prestação primária. Em suma, a noção de *Schuld* inclui os deveres anexos da boa-fé que existem nas fases pré, contratual e pós-contratual.

¹⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, v. 1, p. 5.

coativo; aquele psíquico e ideal, este material e positivo¹¹.

Normalmente os elementos do vínculo caminham juntos, porque aquele que deve também responde (*Wer schuldet, haftet auch*). Contudo, enquanto a teoria dualista admite que os elementos existam separadamente, a teoria unitária ou monista assim não admite.

Sobre o tema, explica Serpa Lopes que o debate se coloca nos seguintes termos: “onde, pois, assenta o núcleo essencial da obrigação? Estará na obrigação do devedor de cumprir a prestação ou no poder do credor de contra ele agir coativamente, e, definitivamente, no poder de agressão em sobre o seu patrimônio, no caso de inadimplemento?” O autor esclarece que para os clássicos a essência da obrigação está na dominação do credor sobre certo ato do devedor e a segunda pretende situá-la nos próprios bens a que o devedor é obrigado a prestar.¹²

Enquanto a concepção monista, nenhuma diferença há entre o cumprimento voluntário da prestação pelo devedor e sua execução forçada no caso de inadimplemento, para os dualistas as fases são distintas.¹³

É a aplicação da teoria dualista ao ordenamento brasileiro que faremos após uma breve análise da responsabilidade no direito romano.

II – NOTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE NO DIREITO ROMANO.

O Código Civil de 2002, em dois dispositivos distintos, indica que os bens do devedor respondem por suas dívidas.

¹¹ *apud* Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, 4º v., 30ª ed, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 25.

¹² SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, 2º v., 6ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995, p. 11.

¹³ SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, 2º v., 6ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995, p. 11.

Assim, o art. 391 prevê que pelo inadimplemento das obrigações, respondem todos os bens do devedor. Já o art. 942 prevê que os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado.

A responsabilidade assume, portanto, caráter evidentemente patrimonial, restando apenas resquícios no texto constitucional da prisão civil por dívidas, que não passam incólumes a severas críticas¹⁴.

No direito romano arcaico¹⁵, encontrava-se a figura do *nexum*¹⁶, pela qual o corpo do devedor respondia por suas

¹⁴ Neste sentido, o art. 5º, LXVII prevê a possibilidade de prisão do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Quanto ao depositário infiel, deve-se frisar que a prisão restou inviabilizada pela Súmula Vinculante nº 25 do Supremo Tribunal Federal, bem como pela Súmula 419 do STJ. As súmulas decorem do entendimento do Supremo Tribunal Federal pelo qual “diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pela ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969” (REExt. 466.343-1)

¹⁵ A cronologia da história do direito romano se divide em três partes: Fase do direito antigo ou pré-clássico, compreendida aproximadamente entre 149 e 126 a.C., que vai das origens de Roma até a Lei *Aebutia* (É esta lei de meado do século II a.C. que substitui o sistema das ações da lei pelo formulário, mas cujo alcance é controverso, pois apenas as Leis Júlias Judiciárias - da época de Augusto — 17 d.C. - tornaram obrigatório tal processo. Para os romanistas, a *Lex Aebutia* deu escolha aos litigantes, que poderiam optar entre o sistema das ações da lei e o processo formulário); Fase do direito clássico, que vai da Lei *Aebutia* até o término do reinado de Dioclesiano, em 305 d.C.; e Fase do direito pós-clássico ou romano-helênico, que vai desde 305 d.C. até 565 d.C., com o fim do reinado de Justiniano (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, v. 1, p. 1-2)

¹⁶ Deriva de *nectere*, isto é ligar (CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. v. 1, p. 276).

dívidas. O *nexum* é instituto controverso entre os romanistas. Conforme leciona José Carlos Moreira Alves como os informes sobre este vieram de autores literários, são estes imprecisos e o próprio Varrão, em texto do Século I a.C. (*De Lingua Latina*, VII), já não tinha noção exata sobre o *nexum*.¹⁷

No mesmo sentido, Alexandre Correia e Gaetano Sciacia explicam que os autores da época clássica “lembram-nos excepcionalmente como antiguidades fora de uso”¹⁸.

Conforme opinião antiga e dominante, o *nexum* era o contrato formal mais velho da sociedade romana e que correspondia em sua forma à *mancipatio*, ou seja, ao modo típico romano usado para a transferência das *res Mancipi*.¹⁹ Assim, *nexum* e *mancipatio* se realizavam *per aes et libram*.²⁰

José Carlos Moreira Alves resume a controvérsia sobre o que seria o *nexum* e sua natureza jurídica em duas correntes. Pela primeira, ou tradicional, o instituto é um contrato de mútuo²¹ celebrado *per aes et libram* com força executiva e

¹⁷ *Direito romano*, v. 1, p. 138.

¹⁸ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. v. 1, p. 276.

¹⁹ Bonfante, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*. 2. ed. Madrid, Reus, 1951, p. 465. Segundo José Carlos Moreira Alves, a *mancipatio* é o modo derivado de adquirir a propriedade, *ex iure Quiritum*, das *res Mancipi*. É um negócio jurídico solene e, por isso, somente podia ser utilizado por um cidadão romano ou por latinos ou peregrinos que tivessem *ius commercii*. As coisas *res Mancipi*, na república e no início do principado, são em número limitado: os *praedia italica*, as casas, os escravos e os animais de carga e de tração. Já as *nec Mancipi* existem em número ilimitado, pois compreendem todas as demais coisas que não se capitulam entre as *res Mancipi*; assim, especialmente, os imóveis nas províncias, os carneiros, as cabras e as moedas (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, v. 1, p. 179, 384 e 386)

²⁰ *Negotia per aes et libram* são todos os negócios jurídicos realizados mediante o cobre (*aes*) e a balança de pratos (*libra*). O cobre constitui o metal não cunhado (*aes rude*), que nos tempos antigos valia como intermediário das trocas. Já a balança serve para determinar o peso do metal como medida de valores. (*Mancipatio*, Renato Avelino de Oliveira Neto, I Revista Jus Navigandi, <http://jus.com.br/revista/texto/7174/mancipatio>, acesso em 14 de setembro de 2011).

²¹ É adepto da primeira corrente Charles Demangeat para quem em se emprestando uma soma em dinheiro ou mesmo desde que o empréstimo é contratado, está-se

portanto independia de julgamento (*iudicatum*). Segundo esta corrente, na presença das partes e de cinco testemunhas, além do *libripens* (porta-balança), pesavam-se os lingotes de bronze que iam ser entregues ao mutuário pelo mutuante e, com a prolação da *damnatio*, criava-se a obrigação de restituí-los. Para que a obrigação se extinguisse era necessária a realização de cerimônia inversa pela qual o devedor pronunciaria uma forma que o desligasse da *damnatio*. Pela segunda corrente, o *nexum* significava um ato pelo qual o devedor ou sua família se vendiam ao credor (automancipação) ou se davam em penhor (auto-empenhamento) para garantirem o cumprimento de uma obrigação. Assim, o *nexum* não era um contrato de mútuo porque não criava obrigações. Estas pré-existiam ao *nexum*.²²

Conforme anota Charles Demangeat, os devedores (ou *nexi*) demandados em juízo diante do magistrado ou condenados por suas dívidas pelo juiz, segundo as regras das XII Tábuas, tinham 30 dias quitar suas dívidas. Se não o fizessem, o credor poderia se valer da *manus iniectio* pronunciando a fórmula descrita por Gaio²³. Efetivamente, a sanção do *nexum* era a *manus iniectio*, isto é, na falta de pagamento o *tradens* tinha o direito de lançar mão do *accipiens*²⁴.

A situação dos *nexi* era bastante complexa, pois enquanto o devedor não pagava ou outro se oferecia para pagar por ele para liberá-lo (mediante a solenidade chamada *solutio per aes et libram*), ao credor cabia o direito de golpeá-los e fazê-los

obrigado *per aes et libram* na forma do *nexum*. (DEMANGEAT, Charles. *Cours élémentaire de droit romain*. 3. ed. Paris: A. Maresq Ainé, 1876. v. 1, p. 150). Em igual sentido FOIGNET, René, DUPONT, Emile. *Le droit romain des obligations*. 5. Ed. Paris, Rousseau e Cie, 1945, p. 37.

²² MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, v. 1, p. 138/139.

²³ DEMANGEAT, Charles. *Cours élémentaire de droit romain*. 3. ed. Paris: A. Maresq Ainé, 1876. v. 1, p. 151.

²⁴ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. v. 1, p. 277.

trabalhar por sua própria conta.²⁵ O devedor era mantido em cárcere privado.²⁶

Ademais, passando o devedor ao poder do credor poderia ser ele acorrentado e se, nos sessenta dias seguintes, não ocorresse o pagamento da dívida, este seria conduzido diante do magistrado por três dias de mercado consecutivos, (*trini nundinis continuis*) e, então o credor poderia matá-lo ou vendê-lo fora de Roma (*trans Tiberim*).²⁷

Pode-se concluir, então, que ter existido no direito romano a distinção entre *debitum* (*Schuld*) e *obligatio* (*Haftung*) porque o *nexum* não significava a dívida, mas sim uma relação diversa para garanti-la²⁸. Em outras palavras, em virtude do *nexum* é que o corpo respondia por algo que já existia, ou seja, a dívida. Exatamente por isto, a firmado *nexum*, não só o pai respondia com seu corpo como também os demais membros da família. Exatamente por isso mais adequada a corrente que entende o *nexum* como forma de automancipação ou auto-empenhamento para garantir o cumprimento de uma obrigação

A questão da responsabilidade que recaindo sobre o corpo do devedor sofre fortes modificações com o decorrer dos anos.

Frise-se que o Estado Romano não podia tolerar que um cidadão romano fosse escravo de outro e por isto o devedor era considerado *servorum loco*, ou seja, tinham uma condição

²⁵ Bonfante conclui que provavelmente em sua origem esta eficácia significava que o devedor era reduzido à condição semelhante a de escravo (*Instituciones de Derecho Romano*. 2. ed. Madrid, Reus, 1951, p. 465). Em igual sentido José Carlos Moreira Alves. Para este, dúvida existe se o poder do credor sobre o devedor ou sua família se iniciava com a celebração da *nexum* ou somente a partir do momento em que a obrigação não é cumprida (*Direito romano*, v. 1, p. 139).

²⁶ FOIGNET, René, DUPONT, Emile. *Le droit romain des obligations*. 5. Ed. Paris, Rousseau e Cie, 1945, p. 37.

²⁷ DEMANGEAT, Charles. *Cours élémentaire de droit romain*. 3. ed. Paris: A. Maresq Ainé, 1876. v. 1, p. 151.

²⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, 2º v., 6ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995, p. 12.

especial pela qual não poderiam ser ultrajados impunemente pelo senhor e poderiam adquirir sua liberdade mesmo contra a vontade do senhor. Conforme conclui Bonfante, a condição imposta aos devedores foi motivo de longa luta entre os patrícios credores e os plebeus devedores, bem como de cenas históricas tumultuadas.²⁹

Foi em 326 a.C.³⁰, com a edição da *Lex Poetelia Papiria*, que o *nexum* perdeu sua força executória, ou seja, ocorreu a supressão da *manus iniectio* e o credor não mais podia obrigar o devedor a trabalhar, ou mesmo castigá-lo. Em razão da falta de sanção pessoal, o próprio instituto do *nexum* caiu em desuso, e é por isso o direito romano o desconhecia em seu período clássico.

A frase de Tito Lívio resume os efeitos da lei: *pecunia creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*. O direito do credor passa a ser exercido sobre os bens do devedor, ou seja, as palavras de Tito Lívio, que provavelmente são as mesmas da lei, fazem concluir que a obrigação é uma relação de mero caráter patrimonial. O ano de 326 a.C. é considerado aquele em que a plebe iniciou, de fato, seu período de liberdade³¹

²⁹ Bonfante, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*. 2. ed. Madrid, Reus, 1951, p. 175 e 466.

³⁰ Esta é a data indicada pela maioria dos romanistas consultados. Contudo, alguns afirmam que a data desta seria 428 a.C. (FOIGNET, René, DUPONT, Emile. *Le droit romain des obligations*. 5. Ed. Paris, Rousseau e Cie, 1945, p. 38). Outros indicam as duas datas (LEPOINTE, Gabriel. *Les obligations en droit romain*. Paris, Edition Domat Montchrestien, s/d, p. 23)

³¹ Bonfante, p. 467. Teria a *Lex Poetelia Papiria* efetivamente acabado com a possibilidade de prisão do devedor? A questão é polêmica. Charles Demangeat afirma que a lei suaviza a condição do devedor porque o credor fica proibido de acorrentá-lo, mas isto não impede que seja aprisionado. (*Cours élémentaire de droit romain*. 3. ed. Paris: A. Maresq Ainé, 1876. v. 1, p. 153). Bonfante afirma que a possibilidade de manter-se preso o devedor ou quem se oferecesse em seu lugar foi, então, proibida, salvo exceções, desaparecendo o caráter penal do vínculo obrigatório segundo o qual o objeto do direito de crédito era, em primeiro lugar, o corpo do devedor. (p. 467). René Foignet e Emile Dupont, por outro lado, afirmam que a lei apenas impediu o exercício da *manus iniectio* sem um prévio julgamento

Os motivos efetivos que levaram à edição da *Lex Poetelia Papiria* podem ser objeto de especulação. Entende Charles Maynz que esta foi resultado de um processo de lutas armadas entre patrícios e plebeus em que os últimos foram obrigados a fazer concessões em favor dos primeiros³².

Efetivamente, se considerarmos o século III a.C. como aquele em que a *Lex Poetelia Papiria* surgiu, a Roma republicana passava por uma grave crise. É de se frisar que, na época, a cidade ainda era pequena e seu futuro cheio de incertezas. Roma ocupava pequena área às margens do Tibre, porque a batalha com os vizinhos sabinos só ocorreu por volta de 350 a.C. e com os Etruscos (que habitavam a região central da península itálica) em por volta do ano 300.

Os quarenta anos que se passaram após a morte *Titus Quinctius Capitolinus Barbatus*, cônsul romano e grande líder nos períodos de guerra e paz, são marcados pela fome e pelas pragas. O caos que se seguiu foi tão grande que *Marcus Furius Camilus* foi indicado como ditador por cinco vezes seguidas, apesar de Roma ser, formalmente, uma democracia. Importante guerra foi a travada com os Gauleses. No ano de 386 a.C., Roma e seus aliados se encontram com o inimigo na cidade de *Allia* (18 km de Roma). Os aliados a abandonam quando se deparam com um inimigo desconhecido. O resultado é que a cidade cai nas mãos dos gauleses só retomando sua liberdade

do devedor e este foi o motivo de conduzir o *nexum* ao desuso (*Le droit romain des obligations*. 5. Ed. Paris, Rousseau e Cie, 1945, p. 38). Já Alexandre Correia e Gaetano Sciacia entendem que ocorreu a supressão da própria *manus iniectio* (*Manual de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. v. 1, p. 277). Por fim, para Charles Maynz a lei aboliu o próprio *nexum* (MAYNZ, Charles. *Cours de droit romain*, v.1, p. 85).

³² Op. cit., p. 84/85. Os patrícios constituíam a nobreza e, segundo a tradição, descendiam das primeiras famílias que habitaram Roma. Eram os aristocratas e grandes proprietários rurais que, com a queda da Monarquia, dominaram as instituições políticas republicanas. Os plebeus formavam a maioria da população e era, geralmente agricultores, comerciantes, pastores e artesãos (História Antiga e Medieval – Leonel Itassu A. Mello e Luís César Amad Costa, São Paulo, Abril educação, p. 142)

completa quando, em 367 a.C. derrota o inimigo graças à liderança de *Camilus*³³.

A situação dos plebeus era muito complexa neste período da História de Roma. Isso porque, embora lutassem no exército romano, não podiam utilizar as terras públicas e não participavam da distribuição das terras conquistadas. O descontentamento dos plebeus, principalmente das camadas mais baixas, decorria também da escravidão por dívidas. Os camponeses tinham que abandonar o trabalho em suas pequenas propriedades em tempos de guerra, delegando a produção a mulheres e idosos, o que fazia cair a produção e a família era obrigada a tomar empréstimos com elevados juros. Com a impossibilidade de pagar a dívida, especialmente em épocas de colheita ruim, o camponês poderia ser escravizado juntamente com sua família.³⁴

A prisão civil por dívida não interessava a ninguém nos Séculos III e IV a.C. Aos plebeus, significava a perda da cidadania romana e a redução ao estado de objeto da relação jurídica. Aos patrícios, significava menos braços para compor o exército em uma época de instabilidade bélica em que não poderiam desperdiçar homens saudáveis.

Era útil a um povo pragmático que a prisão civil fosse afastada. Melhor para os patrícios terem as terras dos plebeus falidos do que um escravo a mais, já que havia muitas lutas a travar e muito território a conquistar.³⁵

A conclusão que se chega é que seja a obrigação analisada sob a ótica da responsabilidade corporal do devedor, ou após a *Lex Poetelia Papiria*, sob a ótica patrimonial, a teoria dualista é a que efetivamente explica melhor a obrigação para o

³³ Chronicle of the Roman Republic, Thames Hudson, Londres, 2003, Philip Matysak, 66/69.

³⁴ Estudos de História Antiga e Medieval, Atual Editora, Raymundo Campos, São Paulo, sd, p. 107.

³⁵ A expansão territorial romana durou séculos sendo que terminou com Trajano com a conquista da Dácia no Século II d.C.

direito romano.

III – A TEORIA DUALISTA E O CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Impossível falar da teoria dualista sem mencionar a obra clássica e completa de Fábio Konder Comparato. Foram os autores alemães, como von Amira e von Gierke, com base no trabalho de Brinz, que perceberam o dualismo na jurisprudência das tribos alemãs da Idade Média. Tal dualismo se revela na terminologia concernente ao direito das obrigações. Em uma série de palavras ligando-se pela forma ou pela raiz a *sollen*³⁶ ou a *Schuld*, encontrar-se-ia sempre uma ideia de dever, de predestinação a uma atividade futura. Em outro grupo de palavras, tendo por base o verbo *haften*, tratar-se-ia de uma ideia de ligação, submissão a um poder dado³⁷.

Desta distinção, os autores alemães, notadamente von Gierke, afirmam que no antigo direito germânico o direito dos débitos (*sollen* e *Schuld*) é desprovido de coerção. Já em se tratando de *Haftung*, estamos diante de uma relação de responsabilidade em que uma pessoa ou coisa se encontra sujeita à dominação de outra pessoa, como garantia da realização de um acontecimento qualquer³⁸.

Na origem, as duas relações, quais sejam, a de débito e a de responsabilidade, eram completamente independentes uma da outra. Dois atos distintos eram necessários para a sua criação. Assim, de início, existiam débitos não garantidos, mas também responsabilidades sem débito, como na hipótese em que o acontecimento garantido correspondia a um simples fato

³⁶ Em tradução livre, *sollen* é o verbo para dever, no sentido inglês de *shall*, ou seja, de um aconselhamento, mas não de uma imposição. Fábio Konder Comparato diferencia *sollen* de *müssen* porque o último revela uma necessidade absoluta ou relativa. (o verbo *müssen* corresponde ao verbo inglês *must*). Também, não se confunde com *Pflicht* que é o dever puramente moral (op. cit., p. 9).

³⁷ *Essai d'analyse dualiste de l'obligation em droit privé*, Paris, Dalloz, 1964, p.8.

³⁸ Comparato, op. cit., p. 9.

da natureza.³⁹

Se é verdade que Gierke e Amira foram os grandes defensores da teoria dualista na Alemanha, o pensamento destes apresentava uma diferença importante. Enquanto o primeiro acreditava que o dualismo tem por fonte o direito de herança indo-germânica e, portanto, só se aplicaria aos direitos modernos que dele derivam; o segundo entendia que a teoria dualista era uma necessidade do espírito, pois corresponderia a própria essência do objeto estudado, aplicando-se, então, a todos os sistemas jurídicos.⁴⁰

A conclusão de Fábio Konder Comparato serve de inspiração para o prosseguimento destas reflexões: “o grande aporte da teoria dualista da obrigação à doutrina contemporânea foi o de demonstrar que a obrigação não é uma relação simples e unitária, mas que se compõe de dois elementos: a relação de crédito e de débito, *Schuld*, que nós chamaremos de dever e a relação de coerção e de responsabilidade (*Haftung*), que nós chamaremos de vínculo”.⁴¹

A crítica à teoria dualista vem da pena de um dos maiores estudiosos do direito das obrigações em Portugal no Século XX: João de Matos Antunes Varela. O autor lança a seguinte pergunta sobre a teoria dualista: “qual seu mérito no plano da ciência jurídica (da construção formal ou da elaboração de conceitos)?” A partir desta indagação, Antunes Varela inicia um processo de negação da utilidade da teoria dualista a partir dos exemplos clássicos que demonstram seu acerto e utilidade⁴².

Em sentido semelhante, Serpa Lopes que, seguindo a noção de Ferrara, afirma que, parece mais conforme à realidade que dívida e responsabilidade se tratem de dois aspectos do

³⁹ Comparato, op. cit., p. 9.

⁴⁰ Comparato, op. cit., p. 12.

⁴¹ Comparato, op. cit., p. 13.

⁴² Das obrigações em geral. 10ª Ed., v. 1. Coimbra, Almedina, 2003, p. 147.

mesmo fenômeno e não relações independentes.⁴³

Para verificação da utilidade ou não da teoria dualista, devemos analisar alguns exemplos das chamadas obrigações imperfeitas em que o vínculo não é composto por seus dois elementos (*Schuld* e *Haftung*), mas apenas por um deles, de acordo com os dispositivos do Código Civil brasileiro.

O primeiro grupo de obrigações imperfeitas é aquele composto pelas obrigações naturais, ou seja, aquelas situações em que existe a dívida, mas não responsabilidade. Três são os exemplos de obrigação natural no direito pátrio: as obrigações cuja pretensão prescreveu (comumente chamadas de dívidas prescritas); as dívidas de jogo e aposta e as obrigações do mutuário menor. Estas são hipóteses de dívidas que existem, mas não podem ser cobradas pelo credor, em outras palavras, são dívidas pelas quais não responde o patrimônio do devedor.

Em todos os casos há expressa previsão legal neste sentido. Quanto à obrigação cuja pretensão prescreveu tem-se a regra do art. 189; quanto ao mútuo contraído por menor tem-se a regra do art. 588 e, quanto ao jogo ou aposta, a regra do artigo 814.

O artigo 814 afirma que as dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento. Da mesma forma, o art. 588 determina que o mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores. Percebe-se, claramente que o Código Civil opta por não permitir a responsabilização do patrimônio do devedor nestas hipóteses. Não se afirma, em momento algum, que a dívida não existe.

A prova de que a dívida existe está no próprio texto de lei. Assim, o artigo 814 do Código Civil expressamente afirma que apesar de a dívida de jogo e aposta não obrigarem o devedor, este não pode recobrar a quantia, que voluntariamente

⁴³ SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, 2º v., 6ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995, p. 15/16.

se pagou. Da mesma forma, o art. 882 do Código Civil que dispõe: “não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível”.

O Código Civil adota a noção dualista da obrigação. Há dívida (*Schuld*), mas não há responsabilidade (*Haftung*). A crítica de Antunes Varela de que as obrigações naturais não são verdadeiras obrigações, nem sequer deveres jurídicos, mas sim deveres morais ou sociais juridicamente relevantes não se sustenta.⁴⁴

Os deveres morais não são e nunca foram deveres jurídicos e seu descumprimento ou cumprimento não gera efeitos senão no campo social. O dever de urbanidade que existe de o professor, ao adentrar a sala de aula, falar “bom dia” ou “boa noite” a seus alunos é puramente moral. Assim, se não o fizer será moralmente punido, quer seja recebendo a pecha de mal-educado, quer seja não recebendo de seus alunos o respectivo cumprimento. A obrigação natural gera efeitos jurídicos: o pagamento feito voluntariamente não pode ser repetido (pedir de volta). Em outras palavras, trata-se de simples questão de lógica. Se moral fosse a obrigação natural, repetição do pagamento indevido seria possível. Sendo jurídica, devido é o pagamento e impossível a repetição⁴⁵.

Por outro lado, há um segundo grupo de obrigações imperfeitas, em que se identifica responsabilidade (*Haftung*) por dívida alheia (*Schuld*) ou mesmo inexistência de coincidência entre a extensão da dívida (*Schuld*) e da responsabilidade (*Haftung*).

A responsabilidade por dívida alheia pode nascer da vontade das partes (garantia contratual) ou mesmo de imposição legal (garantia legal). Exemplo clássico de garantia

⁴⁴ Das obrigações em geral. 10ª Ed., v. 1. Coimbra, Almedina, 2003, p. 147.

⁴⁵ Serpa Lopes ao tratar das obrigações naturais fala em “débito puro”, ao qual falta força coativa, que é essencial a toda relação de direito, mas não chega a afirmar que se trata de simples obrigação moral (SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, 2º v., 6ª Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995, p. 16).

contratual é o do fiador em relação ao devedor. Ainda que na linguagem popular se diga que o fiador é devedor, que o fiador assume a posição de principal devedor, tecnicamente o fiador é responsável por dívida alheia. Há *Haftung*, mas não *Schuld*.

Isto se confirma pela dicção do artigo 818 segundo o qual pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra. Não se trata de dívida própria, mas de responder por obrigação de terceiro. Para o devedor, há obrigação civil completa, em que há dívida e responsabilidade. Para o fiador, há apenas responsabilidade já que o fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor (art. 831 do CC). E mais: o devedor responde também perante o fiador por todas as perdas e danos que este pagar, e pelos que sofrer em razão da fiança (art. 832 do CC) e o fiador tem direito aos juros do desembolso pela taxa estipulada na obrigação principal, e, não havendo taxa convencionada, aos juros legais da mora (art. 833 do CC).

Antunes Varela discorda desta orientação. Para ele, a fiança é obrigação acessória, e o fiador não é apenas responsável, mas devedor acessoriamente. Cita Vaz Serra para concluir que o fiador promete ao credor o resultado de que será cumprida a obrigação principal, promessa que se reflete no regime aplicável ao caso de a obrigação principal ser anulada por incapacidade ou por vício da vontade do devedor.⁴⁶ A tese da obrigação acessória não se justifica. Efetivamente, a fiança é contrato acessório, como, de resto, qualquer garantia, pois esta não tem sentido se não houver uma dívida, que é a obrigação principal.

Por óbvio que como contrato acessório se extinguirá se o principal for cumprido, bem como será inválido se o principal

⁴⁶ Das obrigações em geral. 10ª Ed., v. 1. Coimbra, Almedina, 2003, p. 148.

o for⁴⁷. Esta não é a questão. A simples possibilidade de regresso indica que o fiador responde por quantia que não deve. Ademais, não podemos esquecer ser possível a fiança em obrigação de fazer. Nesta hipótese, clara está a questão. O fiador não será obrigado a prestar (realizar o fazer), porque não tem dívida, mas apenas responderá pecuniariamente pela prestação inadimplida.

Como bem informa Pontes de Miranda, o fiador não promete pagar se o devedor principal não paga, nem promete pagar em lugar do devedor principal. Promete o adimplemento pelo devedor principal⁴⁸. Há verdadeira promessa por fato de terceiro, que, se descumprida, resolve-se em perdas e danos.

Note-se que o mesmo se verifica quando um terceiro fornece garantia real por dívida alheia. Quando certa pessoa deve ao banco e seu pai dá em hipoteca casa de sua propriedade, teremos a dívida do filho (*Schuld*) e a responsabilidade do pai (*Haftung*), esta limitada ao valor do bem dado em garantia. Antunes Varela afirma que na hipótese de garantia prestada por terceiro o devedor responde também pelo cumprimento da obrigação com todos os seus bens suscetíveis de penhora (art. 601 do CC português).⁴⁹ Ora, nunca se disse o oposto. O que dissemos é que enquanto o devedor reúne no vínculo dívida e responsabilidade, o terceiro é mero garantidor e apenas responsável. Aliás, ainda que haja um bem dado em hipoteca ou penhor pelo terceiro, não haverá obrigatoriedade de o credor promover execução visando à constrição destes bens. Nada impede que o credor demande apenas o devedor e execute os bens deste nos termos dos artigos 391 e 942 do Código Civil. Isso porque *wer schuldet*,

⁴⁷ A regra não é absoluta: “Art. 824. As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor. Parágrafo único. A exceção estabelecida neste artigo não abrange o caso de mútuo feito a menor.”

⁴⁸ Tomo XLIV, p. 91.

⁴⁹ Das obrigações em geral. 10ª Ed., v. 1. Coimbra, Almedina, 2003, p. 148.

haftet auch.

Fábio Konder Comparato indica a seguinte situação. Não se poderia vislumbrar débito na situação de uma pessoa obrigada a cumprir certos atos a fim de evitar a perda de um direito. É a hipótese de o terceiro adquirente do imóvel hipotecado que não é devedor, mas sim responsável, perante o credor hipotecário.⁵⁰

Os exemplos se avolumam, também, em se tratando de garantia legal. O art. 932 do Código Civil traz as hipóteses de responsabilidade por dívidas de terceiro. Enuncia o artigo que são também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; e V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

São responsáveis, e não devedores, segundo a própria dicção legal. A responsabilidade (*Haftung*) sem dívida (*Schuld*) se comprova pelo artigo 934 do Código Civil que assim dispõe: “aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”.

Nos quatro primeiros incisos a responsabilidade será mensurada de acordo com extensão do dano⁵¹ e no último inciso de acordo com o proveito que o terceiro auferir.

⁵⁰ Op. cit., p. 27.

⁵¹ Sobre a indenização a ser paga pelo incapaz ou seu representante, mormente a fixação de acordo com o art. 928 do Código Civil, recomendamos nossa obra: Responsabilidade civil do incapaz, São Paulo, editora Atlas, 2008.

O último inciso é emblemático ao demonstrar que a dívida e a responsabilidade não se confundem em extensão. Um exemplo ajuda a compreender a questão. Imaginemos que um sequestrador receba a título de resgate a quantia de R\$ 200.000,00 e com parte do dinheiro (R\$ 150.000,00) adquira uma casa em nome de seu pai. Este responderá civilmente apenas pela vantagem, ou seja, pelo imóvel adquirido e não pela totalidade da dívida. Assim, o sequestrador é devedor e responderá por R\$ 200.000,00, mas o pai aquinhoado com a casa só responde por R\$ 150.000,00. A dívida é filho e a responsabilidade por parte dela é do pai.⁵²

No mesmo sentido, temos a responsabilidade de um dos cônjuges pelo ato ilícito pelo outro praticado, quando casados pelo regime da comunhão parcial de bens. O artigo 1.659 do Código Civil é claro ao dispor que excluem-se da comunhão as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal. A dívida é do cônjuge que praticou o ato ilícito, mas a responsabilidade pode atingir bens do outro cônjuge, se o credor provar o proveito deste. Claro está que a responsabilidade do cônjuge que não praticou o ilícito, em princípio, não existe. Caberá ao credor, vítima do ato ilícito, provar o proveito para que surja o dever de indenizar.

Há situações em que se tem mais de um devedor no vínculo obrigacional (obrigação complexa quanto ao sujeito) e a extensão da dívida não coincide com a da responsabilidade. São as situações em que a obrigação é indivisível (art. 258 do CC) ou solidária (arts. 264 a 285 do CC). Em ambas as hipóteses, temos a responsabilidade pelo todo, mas a dívida por apenas uma parte.

Se dois são os devedores de um cavalo, objeto indivisível por natureza, a obrigação será indivisível e o credor poderá

⁵² A responsabilidade civil independe da criminal. Assim, não interessa ao direito civil se o pai é cúmplice ou partícipe do crime de favorecimento real ou de receptação. A responsabilidade pela vantagem auferida independe de o pai conhecer ou não que o dinheiro adveio de crime.

cobrar de qualquer um deles o animal. Exatamente por isso que o art. 259 determina que se, havendo dois ou mais devedores, a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida toda. A regra se revela óbvia. Não se pode cobrar em partes algo que não se pode fracionar, seja em razão da natureza, da lei ou das vontades. Contudo, também o parágrafo único do artigo confirma que cada devedor não deve o todo, porque “o devedor, que paga a dívida, sub-roga-se no direito do credor em relação aos outros coobrigados”. Em suma, no exemplo supra, cada devedor deve apenas a metade do valor do animal (*Schuld*), mas responde pelo todo (*Haftung*).

Da mesma forma em se tratando de obrigação solidária. Na solidariedade ativa temos mais de um credor que poderá exigir a prestação por inteiro do devedor (art. 267 do CC: cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro), mas só é credor de parte dela. Assim, aquele credor que recebe o todo passa a dever aos cocredores suas respectivas quotas no crédito.

Em se tratando de solidariedade passiva, cada devedor responde pelo todo (*Haftung*), mas só deve parte da dívida (*Schuld*). Assim, determina o artigo 275 do Código Civil que o credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto. Agora, o que acontece se um dos devedores pagar a dívida toda?

Como ele responde pelo todo (*Haftung*), mas só deve uma fração da dívida (*Schuld*), terá direito de cobrar dos codevedores as suas quotas na dívida. Esta é a disposição do artigo 283 do Código Civil: o devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores.

Note-se que a responsabilidade é sempre maior que a dívida nas hipóteses de solidariedade e de indivisibilidade.

IV – NOTAS CONCLUSIVAS.

Em que pesem os argumentos trazidos para combater a teoria dualista do vínculo, como alegação de sua inutilidade, esta é a que melhor explica a noção de vínculo jurídico de acordo com as regras do Código Civil brasileiro.

Tanto na hipótese de obrigação imperfeita em razão da ausência de responsabilidade (obrigação natural) ou de dívida (responsabilidade por dívida de terceiro), o Código Civil decompõe o vínculo em seus diversos artigos, deixando claro que a teoria dualista tem a lei por espelho

A adoção não é nova, porque mesmo os romanistas admitem que o vetusto *nexum*, há muito desaparecido do próprio direito romano, já que desconhecido nos períodos clássico e pós-clássico, refletia a separação entre *debitum* (dívida) e responsabilidade (*obligatio*).

Ademais, em termos de compreensão didática do instituto da obrigação, a teoria dualista se revela extremamente útil. A compreensão da obrigação natural, da garantia voluntariamente prestada por terceiros ou legalmente fixada por lei se revela simples se adotada a teoria dualista.

A conclusão que se chega é que efetivamente a teoria dualista foi adotada pelo direito brasileiro (Código Civil de 1916 e 2002) e é de grande utilidade prática e teórica.

