

GARANTIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL: RESSIGNIFICAÇÃO E ATUALIDADE DA DISTINÇÃO

Gerson Luiz Carlos Branco*

INTRODUÇÃO



objetivo deste artigo é retomar o debate sobre a importância da distinção entre garantia geral das obrigações e responsabilidade patrimonial. Embora a teoria dualista da obrigação já tenha provocado debates sobre o tema no curso do século passado, as constantes alterações realizadas no Direito brasileiro nas últimas décadas reforçou a necessidade de enfrentar a distinção, especialmente por conta do que aqui é denominado como “reforma da garantia geral das obrigações”, operada especialmente por força de normas editadas no plano do Direito Processual civil.

Tanto o Código de Processo Civil vigente como Leis esparsas, tais como a Lei 10.931/2004 ampliaram o conjunto de meios executivos e poderes diretos do credor sobre a prestação devida, de modo que a própria estrutura geral das obrigações civis foi alterada e reforçada a garantia da obrigação.¹

* Prof. de Direito Empresarial na UFRGS. Advogado em Porto Alegre.

¹ Não obstante este artigo tenha como foco o Direito brasileiro, não se ignora o profundo debate que emerge atualmente, cuja origem foi o início do século XX, a partir das ideias de Vitorio Pollaco, Giovanni Brunetti e, especialmente, Emílio Betti e Carnelutti, como bem descreve IRTI, Natalino. Un dialogo tra Betti e Carnelutti (intorno ala teoria dell'obbligazione). In: BETTI, Emilio e CARNELUTTI, Francesco. *Dirito Sostanziale e processo*. Milano: Giuffrè, 2006, p. V – XVIII. A expressão garantia é tomada neste artigo no sentido atribuído por Judith Martins-Costa, “designando todas as formas de tutela oferecidas pelo Ordenamento”. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil, Volume V, Tomo II*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.

O reforço ocorreu nos instrumentos estatais coativos de intervenção no patrimônio do devedor, a disposição dos credores que buscam a proteção estatal para realizar o seu crédito

A referência ao Código de Processo Civil compreende o diploma vigente e também um conjunto de reformas realizadas em favor do reforço dos poderes do credor, associadas a noção de “efetividade processual” e “instrumentalidade do processo”,² representando uma importante transformação no conjunto de meios executivos desde a vigência do Código Civil de 1916.³

Essas transformações refletem uma tendência pendular⁴ de um movimento que ora tende a proteger devedores, ora defender credores, pois, além das tendências legislativas, a própria jurisprudência nos últimos anos tem sido rigorosa ao estabelecer medidas de coerção em áreas que tradicionalmente eram consideradas de proteção dos devedores, como por exemplo a possibilidade de penhora de salários⁵, bloqueio de

256.

² A propósito ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. MADUREIRA, Claudio Penedo. *Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo*. Cadernos do PPGD, Direito-UFRGS, v. 10, n. 3, dez 2015, p. 253 – 283. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26 ed. Saraiva: 2010.

³ As ações para tutela específica das obrigações, tais como o antigo art. 461 para obrigações positivas ou negativas de fazer, e o art. 461-A para entrega de coisa 461-A consistem em elementos importantes para “garantir melhor a realização do direito do credor”. NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*, 2. Ed. SP: Saraiva, 2007, p. 134.

⁴ A expressão deriva de reflexão feita por COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da Macro-empresa*. SP: RT, 1970, p. 95 – 105. Um esforço de sistematização foi feito na tese de doutorado de PASQUALOTTO, Adalberto. *Garantias no Direito das Obrigações: um ensaio de sistematização*. Tese. (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, RS, 2005.

⁵ A propósito, recente decisão que permitiu a penhora de salários por entender que o CPC vigente substituiu a expressão “absolutamente impenhoráveis” por impenhoráveis, entendendo que é possível a penhora de salários para pagamento de alugueis. STJ, AgInt no AREsp 1336881, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 23.04.2019.

passaportes e carteira nacional de habilitação,⁶ SISBAJUD, etc.

Para apresentar a pesquisa realizada, serão desenvolvidas duas partes, sendo a primeira sobre “a garantia da obrigação”, na qual é desenvolvido o debate histórico a respeito do vínculo obrigacional e a sua conexão com os meios executivos, enquanto na segunda parte o propósito é tratar sobre a distinção entre os meios executivos e a execução forçada.

I. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO ART. 391 DO CÓDIGO CIVIL - FUNDAMENTO LEGAL DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL E DA GARANTIA

A proposição deste artigo é de que embora o Art. 391 do Código civil seja considerado como o fundamento da responsabilidade patrimonial do devedor, o sentido interpretativo que lhe é atribuído é de considerar implícito no referido artigo não somente a noção de “responsabilidade patrimonial”, como também a de “garantia da obrigação”, como conceitos jurídicos cujo significado embora próximo possui distinção importante.

Trata-se de norma com caráter peculiar, pois possui conexão direta com o disposto no Art. 789 do Código de Processo Civil, segundo o qual “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Essa aproximação redacional entre os dispositivos legais aponta a autorização estatal, seja do Juiz, ou do credor, para intervenção no patrimônio do devedor nas hipóteses de

Outra tendência da penhora de salários se dá por conta da “reimplantação” de créditos consignados previstos na Lei n. 10.820/2003, como no caso julgado pelo TRF4, Ag. 5065305-95.2017.4.04.000/RS, 4ª Turma, Rel. Cândido Alfredo S. Leal Jr, j. 27.02.2019.

⁶ STJ, RHC 99.606/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 13.11.2018. O fundamento da decisão foi justamente o da instrumentalidade do processo.

inadimplemento.⁷

Embora seja dominante a noção de que o credor somente possa atingir o patrimônio do devedor utilizando-se da intervenção do Poder Judiciário, tem sido cada dia mais frequente a possibilidade de intervenção direta do credor sobre a esfera jurídica do devedor, tais como nos casos de “trava de domicílio bancário”⁸, “crédito consignado em folha de pagamento”, etc.

Nesses casos o credor exerce a sua garantia agindo diretamente sobre a prestação, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário ou do exercício dos mecanismos tradicionais da responsabilidade patrimonial.

A expectativa de sucesso do credor, a garantia, é exercida diretamente sobre a prestação e sob o ponto de vista lógico antecede a própria responsabilidade.

Por sua vez, a responsabilidade que deriva do Art. 391 do Código Civil traz uma dupla expectativa: (a) a de satisfação na hipótese de cumprimento voluntário e (b) uma expectativa de uma garantia para as hipóteses de inadimplemento.

As disposições legais do Código Civil e do Código de Processo Civil indicam a proximidade, porém ao mesmo tempo a independência entre o âmbito do Direito Privado e Processo

⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Código Civil, Volume V, Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 256. A autora considera que o patrimônio do devedor é a garantia “mínima”, à qual pode ser incluída por acordo uma série de outras “destinadas a reforçar o vínculo”, tais como cláusula penal, arras, fiança, aval, garantias reais ou, no plano legal o arresto, sequestro, direito de retenção, falência, concurso de credores, ação pauliana, etc. Fernando Noronha, por sua vez, considera o patrimônio do devedor a “garantia comum dos credores”, ou a garantia geral das obrigações. Para o autor, esta garantia geral é muitas vezes considerada precária, pois o devedor pode ter poucos bens ou, ainda, débitos que superem o total do seu patrimônio. Assim, as partes podem estipular outras garantias, que denomina “especiais”, que podem ser de natureza pessoal ou real. Ver também NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 212-213.

⁸ Cessão fiduciária de recebíveis regulada no Art. 51 da Lei 10.931/2004, e Lei n. 13.172, de 2015 que trata sobre o “crédito consignado” em folha de pagamento.

Civil. Uma independência relativa, pois a ação⁹ “segue sendo um direito coordenado por uma razão que pode se fazer valer contra um adversário: ou seja, um direito não abstrato, senão causal”. O que se executa no processo de execução não é algo diferente do que a própria obrigação. Obrigação, não como “expectativa de prestação, senão como expectativa de satisfação (quer dizer, de garantia sobre o patrimônio do devedor)”.¹⁰

A obrigação contém de modo inerente a si responsabilidade e poder, que é diferente do modo de traduzir em ato essa mesma responsabilidade e de exercer esse poder,¹¹ o que é algo que se concretiza por meio do processo e da execução forçada, através do qual o Poder Estatal movido pelo particular inflete sobre o patrimônio do devedor para realizar os fins da obrigação.

De modo didático Mário Júlio de Almeida Costa afirma que “a garantia consiste no conjunto de providências coercitivas que o direito predispõe para a tutela da posição do sujeito activo”.¹² Trata-se de medidas judiciais ou conjunto de providências que estão a serviço do direito de crédito, para obter do devedor, às suas expensas, efeito equivalente ao do adimplemento voluntário, mediante a execução forçada.¹³

Lógica e cronologicamente, antes do processo, a ação de direito material caracteriza-se como o poder de levar a juízo o

⁹ Este artigo leva em consideração que o “direito de ação”, previsto no Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, direito de natureza pública que dá acesso aos Tribunais, tal como um “direito de petição” dirigido ao Estado Jurisdição, integralmente abstrato e incondicionado, não há que confundir-se com a “ação” como um efeito do vínculo obrigacional. A propósito, ver BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de Processo Civil. V. 1. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996, 59 – 91.

¹⁰ BETTI, Emilio. Teoria general de las obligaciones. Tomo I. Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1969, p. 227, 229-230.

¹¹ BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 234. A afirmação de Betti leva em conta somente as obrigações perfeitas, pois não é aplicável essa afirmação sobre as obrigações naturais, já que nelas não há possibilidade da execução forçada.

¹² ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Direito das Obrigações, 12ª ed. Coimbra: 2009, p. 153-154.

¹³ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Op. Cit., p. 154.

devedor e de obrigar-lhe a vincular-se no processo.¹⁴ Tendo em vista o direito abstrato de ação previsto na Constituição Federal, esse fenômeno nem sempre consegue ser visto de modo claro. Entretanto, quando se observa a instituição de uma arbitragem, o poder de o credor submeter o devedor à jurisdição fica de todo evidente, pois na hipótese de recusa o legislador prevê de modo expresso tal efeito por intermédio da ação prevista no Art. 7º da Lei 9.307/96, cuja finalidade única é condicionar, forçar, coagir o devedor a submeter-se ao Juízo Arbitral.

Embora esse poder seja inerente a todo vínculo obrigacional, ainda que a relação não seja submetida ao Juízo arbitral, quando o conflito é submetido diretamente à jurisdição, a ordem judicial que determina a citação não só possibilita ao réu apresentar sua defesa, submete expressamente o réu aos efeitos da decisão judicial que vinculará o credor.

Depois de criada a relação jurídico processual e as partes ficarem vinculadas à jurisdição, é o comando jurisdicional que é cumprido para realizar a obrigação. O nexó existente entre a obrigação e a execução forçada é intrínseco e necessário. A “realizabilidade” não é mera questão de fato, mas elemento imamente da própria obrigação.¹⁵

A idoneidade para a execução deriva do interior, da estrutura, do próprio organismo da obrigação, pois é elemento do vínculo obrigacional a garantia, que nada mais é do que a expectativa de satisfação da obrigação. Disso resulta a fórmula de que o devedor responde pelo cumprimento com todos os seus bens,¹⁶ tal como a dicção dos textos do Código Civil e Código de Processo Civil que foram transcritos na introdução deste artigo, revelando elementos tanto da “responsabilidade patrimonial” como da “garantia da obrigação”.

A doutrina de Emílio Betti contribui substancialmente

¹⁴ BETTI, Emílio. Op. Cit., p. 236.

¹⁵ BETTI, Emílio. Op. Cit., p. 239 – 242.

¹⁶ BETTI, Emílio. Op. Cit., p. 241 – 243. Betti menciona o Art. 1218 do Código Civil Italiano, que por sua vez corresponde ao nosso 391 do Código Civil brasileiro.

com essa compreensão ao descrever que o nexa que liga a obrigação e a execução é um “nexa teleológico intrínseco”, que corresponde ao próprio conceito de obrigação, razão pela qual não se pode deixar de reconhecer que “os meios de execução refletem esse conceito e são um índice de grande importância para ele mesmo”.¹⁷

Betti afirma que a responsabilidade é uma “relação de tensão” que está orientada por completo ao crédito, em direção à expectativa de satisfação do credor. O objeto da responsabilidade é tanto uma atitude de cooperação do devedor quanto a prestação em si mesma, ainda que cumprida por interferência de terceiro (Estado) considerada como idônea para satisfazer uma utilidade típica da vida de relação. Não é sobre o dever, mas substancialmente sobre a expectativa do credor que se constitui a finalidade fundamental “sobre a qual se centra e sobre a qual gira a relação de obrigação do Direito moderno”.¹⁸

A análise da ideia de garantia como expectativa de satisfação indica que os ordenamentos jurídicos disciplinam os meios executivos reforçando ou atenuando a garantia como elemento do vínculo, o que pode ser visualizado comparativamente entre dois ordenamentos diferentes ou entre um ordenamento e ele mesmo em momentos distintos de seu desenvolvimento. Ou seja, alterar os meios executivos, reforçar a garantia, altera a estrutura jurídica do próprio conceito de obrigação.¹⁹

Essa mesma análise histórica não desconhece a posição crítica de Carnelutti, para quem os meios executivos fazem parte da disciplina processual e, portanto, integrantes do Direito

¹⁷ BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 243.

¹⁸ BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 365 e 366.

¹⁹ BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 244.

No mesmo sentido de Betti, porém utilizando outra denominação, Gangi afirma que os meios executivos são meios auxiliares da garantia (“mezzi ausiliari della garanzia”), destacando os meios conservatórios de natureza processual como efeitos da garantia e não propriamente da execução forçada. GANGI, CALOGERO. Il concetto dell’obbligazione e la distinzione tra debito e responsabilità. Nuova Riv. Dir. Comm., 1951, I, p. 40.

Público, e não do Direito Privado.²⁰ Para Carnelutti, quando o credor usa os meios executivos, deixa de ser um sujeito ativo da relação obrigacional para ser um órgão da execução, exercendo, portanto, um Direito Processual.²¹

Entretanto, não irá se adentrar nas incompatibilidades entre as ideias aqui apresentadas e aquelas de Carnelutti, pois o objeto do artigo não é propriamente a classificação da matéria como de Direito material ou processual, mas, sim, a qualificação das normas processuais de reforço aos meios executivos como instrumentos para qualificação da garantia das obrigações.²²

²⁰ CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo nella Teoria Delle Obligazioni. In: BETTI, Emilio e CARNELUTTI, Francesco. Diritto Sostanziale e processo. Milano: Giuffrè, 2006, p. 211 – 217: “al potere dell’organo del processo verso la parte non corrisponda un obbligo ma una soggezione di questa, costituisce probabilmente il carattere più intimo del diritto processuale in confronto al diritto sostanziale”. p. 215.

²¹ Uma das críticas mais fortes ao pensamento de Carnelutti é feito por PUGLIESE, Giovanni. Introduccion. In: WINDSCHEID, Bernhard e MUTHER, Theodor. Polemica sobre la actio. Buenos Aires: EJEA, Tradutor Tomás A. Banzhaf, 1974, p. XXVIII, ao afirmar que “esta concepción, aunque atrayente, no corresponde a la realidad de las cosas”.

Segundo GANGI, em texto que analisa o cenário jurídico italiano da época em que o debate foi realizado, a posição de Carnelutti permaneceu “isolata, e giustamente, perché priva di un solido fondamento”. GANGI, C. Op. Cit., p. 45.

²² Vem do próprio Direito Processual Civil a identificação do equívoco do pensamento segundo o qual a ação é fenômeno unicamente de Direito Processual: “O que ocorre, na verdade – e aqui reside a razão de todo o equívoco – é que a atividade jurisdicional do Estado não se limita à *certificação* da existência do direito senão que deve igualmente realizá-lo, praticando rigorosamente a mesma atividade que antes proibira ao particular o que significa que a *ação de direito material*, longe de desaparecer ou ser substituída pela *ação processual*, simplesmente, verificado o monopólio da jurisdição, passou a ser exercida pelos órgãos estatais.

A realização coativa do direito, com absoluta prescindência da vontade ou da colaboração do obrigado, que se consegue através da jurisdição, é rigorosamente a mesma ação de direito material, ou seja, o mesmo agir para a realização inerente a todo o direito, (...) Portanto, longe de haver supressão, ou substituição, da ação de direito material, o que em verdade ocorreu foi uma duplicação de ações: uma dirigida contra o obrigado, outra endereçada contra o Estado, para que este, uma vez *certificada a existência do direito, o realize coativamente, praticando a mesma atividade de que fora impedido seu titular*”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de Processo Civil. V. 1. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996, p. 67.

A esse propósito, deve-se dizer que o debate realizado no século XIX a respeito da *actio romana* realizado por Windscheid e Muther pouco contribuem sobre o objeto

As reformas realizadas nas últimas décadas e no Código Processual vigente, ao ampliar os meios executivos à disposição dos credores tiveram como efeito o reforço de um dos elementos da própria relação de direito material, que é a garantia, pois de nada adianta observar que o estado da execução forçosa é puramente eventual, futuro e excepcional. Embora a expectativa de satisfação seja eventual e secundária, não deixa de ser imanente ao próprio vínculo obrigacional.

Neste sentido, afasta-se aqui a proposição de alguns juristas, tal como Pontes de Miranda,²³ que qualificam a ação como um mero “efeito” da obrigação.

A razão desse afastamento deriva da compreensão de que a palavra alemã “haftung”, que normalmente acompanha schuld, não corresponde exatamente ao conceito de responsabilidade, pois, seguindo a linha apresentada por Betti, a expressão representa o risco subjetivo de um mal e não mera resposta pelo descumprimento de um dever. A palavra equivalente a haftung é garantia, não podendo ser substituída por responsabilidade. Trata-se do destino de uma pessoa ou de uma coisa para servir de satisfação a um credor por algo, ou, dito de outro modo, “a submissão de uma pessoa ou de uma coisa ao poder de agressão (ou

deste artigo, tendo em vista que as discussões sobre a “realização da actio”, presentes tanto no texto e um quanto nas críticas e réplicas do outro não adentram nos meios executivos, pois o debate está centrado no desaparecimento da *actio* ou da *obligatio* com a instauração da *litiscontestatio*, sem adentrar no atos de coerção como meios de realização da obrigação. Trata-se de obra anterior à teoria dualista das obrigações. WINDSCHEID, Bernhard e MUTHER, Theodor. Polemica sobre la actio. Buenos Aires: EJEA, Tradutor Tomás A. Banzhaf, 1973.

²³ Pontes de Miranda considera que a matéria não é propriamente de Direito material, mas pré-processual. Entende que a execução forçada é ato do Estado e somente do Estado, sendo o ato do credor como mera pretensão à tutela jurídica. PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, v. 22. SP: RT, atualizado por Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery. 2012, p. 70 – 91.

Entre os juristas brasileiros, diferentemente de Pontes, Serpa Lopes via a essência da obrigação na dominação do credor sobre um determinado ato do devedor. Não há diferença entre o cumprimento voluntário da prestação pelo devedor e sua execução forçada na hipótese de inadimplemento. SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil - v. III e IV. 4ª ed. RJ: Freitas Bastos, 1991 e 1993, p. 11.

de coação, como dizem outros) do credor”²⁴

Veja-se que na citação acima a submissão se dá não só sobre as pessoas como também relativamente a coisas. Assim, considerando que a responsabilidade está relacionada a uma conduta, somente quem tem condutas são as pessoas e, por isso, não há possibilidade de identificar garantia (que pode afetar coisas) com responsabilidade patrimonial (relação jurídica que somente pode ser estabelecida entre sujeitos).

No Direito brasileiro Serpa Lopes, a partir das lições de Pacchioni e Gangi, foi um dos primeiros juristas que adotou a concepção de que a responsabilidade é um estado de subordinação de uma pessoa, patrimônio ou coisa para dar maior probabilidade ao cumprimento da prestação, afirmando que o antigo *noxum* do Direito Romano não era débito, mas garantia do débito.²⁵

Entretanto, Fábio Konder Comparato foi quem melhor tratou o tema em sua tese de doutorado. Comparato usa terminologia comum “responsabilidade” como elemento da obrigação, porém afirma expressamente que a expressão “haftung”, utilizada no alemão, representa mais um vínculo de sujeição a um “poder” do que propriamente responsabilidade,²⁶ ao descrever a teoria dualista desenvolvida inicialmente por Brinz, e a evolução histórica do pensamento de Amira e Otto von Gierke.²⁷

²⁴ BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 249 - 250.

²⁵ SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil - v. III. 4ª ed. RJ: Freitas Bastos, 1991, p. 12.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Essai D’analyse Dualiste de L’obligation en Droit Privé. Paris: Dalloz, 1964, p. 12. “Dans un autre groupe de mots, ayant pour base le verbe *haften*, on aurait affaire au contraire à une idée de liaison ou d’assujettissement à un pouvoir donne”.

No mesmo sentido MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil volume V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 17, o cumprimento da obrigação realizado pela via executiva, ou seja, pela intervenção estatal, caracteriza “adimplemento conquanto não exista a voluntariedade, pelo lado devedor ao cumprimento”. P. 91.

²⁷ Entre muitos que recusam a teoria dualista, quem é esclarecedor sobre a matéria é Fernando Noronha afirmando que a distinção entre débito e responsabilidade serve

Sobre a teoria dualista deve-se dizer que sua grande contribuição foi destacar fases e/ou momentos da relação obrigacional, sendo, entretanto, essencial sua compreensão na perspectiva histórica de identificar a relação obrigacional como um processo. Nesse sentido, a noção de *haftung* atualmente é compreendida como “garantia da obrigação” e também como “relação de responsabilidade” nascida como efeito do inadimplemento.²⁸

Isso significa dizer que a garantia é um poder que é dirigido não somente sobre uma conduta esperada da outra pessoa, como também um poder a ser exercido sobre o próprio objeto da obrigação. A garantia é continuamente ativa como elemento do vínculo obrigacional, diferentemente da responsabilidade. A responsabilidade diz respeito somente às pessoas, mais especificamente à pessoa do devedor.²⁹

A responsabilidade caracteriza o risco de perder um bem a título de satisfação alheia (em benefício do credor). Caracteriza-se por atravessar um estado de potência, que somente será realizável na hipótese prevista da ausência de cooperação do devedor. Trata-se de possibilidade futura que gere temor e que seja

para chamar a atenção do “momento responsabilidade”, o que era negligenciado, porém trata-se de cisão inaceitável. “No fundo, a teoria tem como pressuposto uma independência do direito de ação em relação ao direito substancial, que nos parece não ter justificação, não obstante estar muito em voga entre os processualistas”. NORONHA, Fernando. Op. Cit., p. 139.

Clóvis do Couto e Silva também tratou do tema, considerando-o, entretanto em outro viés. Considerava que havia uma “prestação primária”, correspondente ao débito e uma “prestação secundária” a que correspondia a responsabilidade: “É preciso, porém, ter presente que a responsabilidade é elemento da obrigação e coexiste com o débito. Não é totalmente correto afirmar que a responsabilidade surge, apenas, quando se manifesta adimplemento insatisfatório ou réus em adimplir”. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. Op. Cit., p. 83. No trecho transcrito pode-se observar que Clóvis do Couto e Silva menciona a responsabilidade, porém o sentido atribuído é o de “garantia” da obrigação.

²⁸ ANTUNES VARELA, J. M. Op. Cit., p. 156, sintetiza em parte essa ideia após criticar a “artificiosa decomposição da relação creditória em duas relações distintas e autónomas”(p.151).

²⁹ BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 252-253. A distinção entre garantia e responsabilidade auxilia, portanto na entre o objeto da relação do seu sujeito passivo.

completamente independente da vontade daquele que sofre a perda do bem.³⁰

Por isso, a responsabilidade também cumpre função de garantia. Na sua função de garantia, a responsabilidade pode ser definida como “aquela particular posição de uma pessoa que resulta no destino jurídico de um bem que lhe pertence para servir de satisfação de outra pessoa por um sucesso que esta espera ou teme; destino independente da vontade do titular do bem, e individualizado tanto respeito ao mesmo bem como em respeito ao sucesso”.³¹

Esse conceito de garantia para o qual atua funcionalmente a responsabilidade tem dois elementos: (a) o primeiro é o sucesso esperado ou temido, cuja realização ou não realização determina que exista a responsabilidade, em certa medida a razão da responsabilidade; (b) o segundo é o próprio bem cuja perda está destinada a realizar-se, que é o objeto da responsabilidade, seja uma universalidade (patrimônio) ou mesmo um bem singular sobre o qual recai o ato de apreensão.

O sucesso do credor é a razão da responsabilidade tanto quanto constitui o objeto de uma expectativa precedente – positiva ou negativa – daquele em cujo favor se constitui a responsabilidade. Sem essa prévia expectativa não é concebível, por definição, uma responsabilidade de Direito Privado, tampouco uma obrigação”.³²

Ou seja, a expectativa de sucesso é a garantia, e, portanto, esta antecede a responsabilidade, tanto em uma perspectiva lógica quanto, em geral, em uma perspectiva cronológica, embora nesta perspectiva pode ser difícil identificar a separação

³⁰ BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 255 - 257.

³¹ BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 257 - 258. A distinção entre garantia e responsabilidade não é incompatível com a teoria dualista das obrigações, tendo em vista que “le grand apport de la théorie dualiste de l’obligation n’est pas un rapport simple et unitaire, mas qu’elle se compose de deux éléments : la relation de créance et de dette, (Schuld) que nous appellerons *devoir*, et la relation de contrainte et de responsabilité (*Haftung*), que nous appellerons *engagement* ». COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit., p. 19.

³² BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 259.

temporal, especialmente nas obrigações alternativas ou submetidas à escolha, antes da concentração.

A responsabilidade para o credor é caracterizada por uma expectativa de satisfação na hipótese de cumprimento voluntário e uma expectativa de uma garantia para as hipóteses de inadimplemento. A expectativa do credor na hipótese de inadimplemento é diferente da expectativa prévia de cumprimento voluntário da obrigação. O objeto da expectativa não é a prestação propriamente dita, mas o objeto da prestação.³³

Observe-se que a separação entre garantia e responsabilidade não resulta no afastamento da responsabilidade como garantia, tal como propõe parte da doutrina alemã exposta por Menezes Leitão.³⁴ O autor português compreende a integração entre garantia e responsabilidade em razão da “função de garantia” que a responsabilidade patrimonial possui e que está conectada com diversos meios de conservação do patrimônio do devedor, tais como a declaração de nulidade por atos simulados ou em fraude a credores, ação sub-rogatória, impugnação pauliana e arresto, todos elementos integrantes da garantia geral das obrigações, com referência à disciplina do Código Civil Português.³⁵

Neste sentido, Menezes Cordeiro, ao procurar precisar tecnicamente a definição de garantia, indica que mesmo a tutela “jurídico-penal” de algum modo integra o conceito de garantia, naquilo que denomina de garantia *lato sensu*,³⁶ indicando, entretanto, que a responsabilidade patrimonial é garantia *stricto sensu* decorrente do vínculo obrigacional: “verifica-se que a garantia obrigacional, quando dê lugar à aplicação coactiva de sanções,

³³ BETTI, Emilio. Teoría general de las obligaciones. Tomo I. Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1969, p. 264.

³⁴ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. Garantia das Obrigações. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 59 e 60. Menezes Leitão indica a obra de Ekkehard, Peter Büllow, Weber, etc. como exemplos de autores que afastam a responsabilidade patrimonial do conceito de garantia para assegurá-la somente às garantias especiais.

³⁵ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. Op. Cit., p. 59 a 103.

³⁶ MENEZES CORDEIRO, António. Tratado de Direito Civil Português. II Direito das Obrigações, Tomo IV. Coimbra: Almedina, 2010, p. 501.

fá-lo, hoje em dia, pela via da responsabilidade patrimonial”.³⁷

Para concluir este ponto, deve-se dizer que a realização da responsabilidade é, portanto, idêntica à realização da expectativa de satisfação: a responsabilidade é uma garantia, porém não se esgota como única garantia das obrigações, questão que ficará mais clara mediante a análise da distinção entre os meios executivos e a execução forçada.

II – DISTINÇÕES PRESSUPOSTAS – MEIOS EXECUTIVOS E EXECUÇÃO FORÇADA

Quando se examinam os “meios executivos” e as relações entre o Processo Civil e o Direito das Obrigações, a execução forçada tem a condição de realizar a responsabilidade e a correspondente expectativa ou garantia que pesa e grava sobre o corpo³⁸ ou sobre os bens do responsável.³⁹

A execução forçada é o poder de promover a realização de uma responsabilidade que na relação de obrigação já está pré-constituída para o caso de incumprimento.⁴⁰

³⁷ MENEZES CORDEIRO, António. Op. Cit., p. 503.

³⁸ Sobre o corpo, pois ainda que a Constituição Federal limite substancialmente as penas corporais, tanto o dispositivo do Art. 5º, LXVII, quanto o Art. 528, §3º, do Código de Processo Civil, admitem a prisão do devedor quando o objeto da prestação for caracterizado como alimentos. A propósito da matéria, é importante a decisão proferida pelo STF, que restringiu a possibilidade de prisão por dívida ao adotar como Direito interno o Pacto de San José da Costa Rica, tendo editado a Súmula Vinculante n. 25 a respeito da matéria, a partir de diversos julgamentos do ano de 2009: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

A propósito da possibilidade de os meios executivos atingirem a pessoa, Dieter Medicus afirma que é algo presente, porém, residual na atualidade: “(...) todavía en la actualidad restos (apenas innecesarios) de una ejecución en la persona”. MEDICUS, Dieter. *Tratado de Las Relaciones Obligatorias*. Barcelona: Bosch, 1995, p. 13.

No Direito francês a doutrina identifica que subsiste a possibilidade de restrição corporal quando a obrigação é estabelecida em favor do tesouro público, pelas quais não pode invocar sua insolvência para deixar de pagar certas sanções pecuniárias. TERRÉ, François, SIMPLER, Philippe, LEQUETTE, Yves. *Droit Civil. Les Obligations*. Paris: Dalloz, 2005, p. 1050.

³⁹ BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 264.

⁴⁰ BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 265. Essa observação de Betti é feita com referência

O Direito não se preocupa somente com o crédito, como também com os meios para realizá-lo,⁴¹ por meio da execução forçada, por intermédio do direito de postular aos tribunais o cumprimento da obrigação. O direito de exigir o cumprimento, de demandar uma ação ou omissão chama-se pretensão, que integra o vínculo obrigacional.⁴²

Entretanto, a execução forçada não se confunde com meios executivos. A execução é uma relação jurídica que é dirigida contra um sujeito passivo da relação de responsabilidade e é estabelecida em proveito do credor. Os meios executivos, pelo contrário, não afetam o sujeito passivo, mas o objeto da responsabilidade, que são os bens.⁴³

Isso significa que a execução forçada consiste em uma relação jurídica de segundo grau, já contando com a participação do Estado e segundo regras de Direito Público, pela qual o devedor fica sujeito à autoridade Estatal e passa a ter deveres que extrapolam os deveres da relação privada, ficando subordinado aos movimentos praticados pelo credor por meio da autoridade estatal.

O Estado age sob a iniciativa do credor que indica as medidas jurídicas que entende necessárias para satisfação de seu crédito, respondendo pelos seus atos. O Estado, ao reagir às

ao Art. 2.740 do Código Civil Italiano: “Art. 2740. Responsabilità patrimoniale. Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge.”

⁴¹ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 27.

⁴² LARENZ, Karl. *Op. Cit.*, p. 29. De um modo distinto, Larenz reconhece que integra o Direito das Obrigações a tutela da proteção jurídica, porém separa crédito e pretensão, afirmando que o direito ao crédito constitui uma pretensão, porém não se esgota nela. Larenz exemplifica a distinção entre crédito e pretensão com as obrigações prescritas, nas quais existe crédito, embora o credor possa afastar a obrigação pela exceção de prescrição. Do mesmo modo, o direito nega proteção ao jogo e à aposta, assim como às obrigações naturais. Ou seja, para Larenz, a proteção jurídica não se confunde com a obrigação.

⁴³ BETTI, Emilio. *Op. Cit.*, p. 266.

iniciativas do credor, poderá entender que as mesmas não são adequadas e responsabilizá-lo por eventuais excessos que venham a ser cometidos.

O poder do Estado não exclui que junto ao direito do credor há um direito sobre o devedor, que é o direito de garantia sobre os bens, que serão aplicados por intermédio do poder do Estado que usará dos meios executivos.⁴⁴ Trata-se de um Direito Privado pelo qual o Estado atua como instrumento de realização.⁴⁵ O devedor executado fica submetido aos efeitos da tutela jurídica em favor do credor não por mera tolerância ou sujeição ao poder soberano do Estado, mas como consequência concreta do direito do credor de satisfazer-se com os bens do devedor.⁴⁶ Neste sentido, o Estado atua como condição material para permitir a realização do direito substantivo, compreendido como direito objetivo concreto, pertinente a uma relação entre credor e devedor e que é regulada pelo Direito das Obrigações.

Para distinguir a execução forçada da garantia é útil o exemplo de Mário Júlio de Almeida Costa, que indica as obrigações naturais como sendo um vínculo obrigacional caracterizado pela incoercibilidade do vínculo, não dispondo da execução forçada para sua realização, razão pela qual possuem garantia em um sentido atenuado e específico.⁴⁷ Ou seja, a única expectativa (garantia) que o credor de uma obrigação natural tem é de que recebendo não terá a obrigação de restituição, já que não há execução forçada, tampouco meios executivos à disposição do credor.⁴⁸

⁴⁴ BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 347.

⁴⁵ Se tomarmos a posição de Carnelutti, conforme já mencionado acima, a relação é invertida, pois o jurista italiano considera que o particular se torna órgão da atuação estatal. CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo nella Teoria Delle Obligazioni. In: BETTI, Emilio e CARNELUTTI, Francesco. Diritto Sostanziale e processo. Milano: Giuffrè, 2006, p. 211 – 217

⁴⁶ BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 348 - 349.

⁴⁷ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Op. Cit., p. 157.

⁴⁸ GANGI, C. Op. Cit., p.35, apresenta fundamentação sobre a natureza jurídica do vínculo nas obrigações naturais, sustentando que não se trata de vínculo meramente

Os meios executivos, por sua vez, consistem nas medidas concretas de constrição dos bens do devedor, os quais integram o patrimônio de uma pessoa.⁴⁹ O patrimônio pode ser afetado por inteiro nas hipóteses de insolvência ou parcialmente nos limites da quantia devida. Conforme já mencionado, o bem afetado pode ser a própria pessoa, nas hipóteses de prisão por dívida, como é o caso da prisão do devedor de alimentos e nos casos já mencionados de apreensão de passaportes e carteira nacional de habilitação.⁵⁰

O desenvolvimento dos meios executivos ou de ampliação dos meios executivos deriva da circunstância de que garantia é somente “expectativa de sucesso” e não certeza de sucesso, tendo em vista que é inafastável uma certa insegurança. Essa insegurança deriva de dois fatores: (a) o patrimônio do devedor está integrado por um conjunto de objetos variados cuja amplitude depende de circunstâncias que o credor não pode influenciar ou prever; e, (b) existem outros credores de seu devedor que têm a mesma possibilidade de execução.⁵¹

A solução tradicional do Direito Civil para o problema da insegurança inerente à garantia das obrigações eram as garantias reais. Todavia, o advento da empresa como centro do Direito Comercial, a modificação da estrutura patrimonial das pessoas de um modo geral⁵² e a importância do giro dos negócios e dos bens como fator de criação e multiplicação da riqueza impedem

moral, mas jurídico, dado o reconhecimento da irrepetibilidade.

⁴⁹ Existem hipóteses de patrimônios que pertencem a universalidades e somente indiretamente a pessoas, tais como o patrimônio submetido ao regime da afetação, o patrimônio do condomínio, do espólio, etc.

⁵⁰ A propósito da evolução das teorias personalistas, realistas e mistas da obrigação, obra que as apresenta didaticamente é MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles de. Op. Cit., p. 70 a 92.

⁵¹ LARENZ, Karl. Op. Cit., p. 35.

⁵² A propósito da transformação da estrutura patrimonial das pessoas por meio da prática social da constituição de holdings, veja-se BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A penhora de quotas de sociedades limitadas no Direito brasileiro e a garantia das obrigações civis. Revista Jurídica Luso-brasileira. 2018, v. 6, acesso em www.cidp.pt, em 30.04.2019.

que esse aspecto estático das garantias reais seja adotado como regra.

Embora não seja objeto próprio deste artigo, deve-se dizer que as garantias reais clássicas como são a hipoteca, o penhor e a anticrese deixaram de cumprir a sua função na realidade atual em razão da dinâmica econômica e das dificuldades de realização do objeto da garantia quando comparadas com a alienação fiduciária em garantia ou mesmo com modelos contratuais que exercem essa função, tais como os contratos de leasing, reserva de domínio, cessão fiduciária de recebíveis, etc.

Ademais, disposições como o Art. 186 do Código Tributário Nacional,⁵³ que atribui ao fisco a preferência mesmo sobre os créditos com garantia real tornou as garantias reais tradicionais previstas no Código Civil como insuficientes para diminuir minimamente essa insegurança para os credores privados.

Passou a ser necessário ampliar os meios executivos para facilitar aos credores a realização de seus créditos sem que isso inviabilize ou diminua a eficiência das operações econômicas que permitirão a criação de recursos para pagamento do crédito.

Neste sentido a faculdade de sub-rogação nos direitos do devedor⁵⁴ e de impugnar os atos em fraude a credores⁵⁵ caracteriza-se como parte da garantia sobre o patrimônio, inerente a todo direito das obrigações, bem como ação revocatória, responsabilidade dos administradores pelo patrimônio social perante terceiros, etc.⁵⁶ Esse mesmo direito está associado à

⁵³ Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho.

⁵⁴ Art. 349 do Código Civil.

⁵⁵ Art. 158 e ss. do Código Civil.

⁵⁶ BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 378. A esse respeito, Betti indica o Art. 2394 do Código Civil Italiano, cuja reprodução é elucidativa:

“Art. 2394 Responsabilità verso i creditori sociali. Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale (2407). L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti (att. 209). In caso di fallimento o di liquidazione coatta amministrativa della società,

possibilidade de promover anotações e registros em bens que possuem tais registros, possibilidade ampliada significativamente no Código de Processo Civil vigente.⁵⁷

Além disso, faz parte do debate a possibilidade de disciplinar contratualmente os meios executivos e os atos de execução patrimonial, matéria ainda pouco tratada aqui e que tem sido discutida no Direito Italiano.⁵⁸ Aproxima-se, entretanto, no que diz respeito à tendência de ampliação dos meios executivos como instrumento de reforço da garantia.

Para entender os meios executivos e sua importância no Direito brasileiro, inclusive a importância de meios processuais coercitivos para realizar as obrigações, deve-se apresentar uma característica importante do Direito das Obrigações na civil law, diferentemente do que ocorre na common law⁵⁹ e também do que ocorria no Direito Romano: a execução forçada.⁶⁰ A execução forçada tem por objeto exatamente a prestação devida no vínculo obrigacional original e não o mero ressarcimento, não podendo o devedor escusar-se da obrigação mediante a oferta do

l'azione spetta al curatore del fallimento o al commissario liquidatore. La rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria, quando ne ricorrono gli estremi (2901 e seguenti).”

⁵⁷ Veja-se a propósito o Art. 792 do Código de Processo Civil.

⁵⁸ FOLLIERI, Luigi. Esecuzione forzata e autonomia privata. Torino: G.Giappichelli Editore, 2016. A obra trata em grande medida sobre a garantia das obrigações, porém o seu objeto é especialmente a possibilidade de celebração de negócios jurídicos para destinação patrimonial como meio de tutela do crédito, tendo especial relevância a discussão sobre os negócios pré-falimentares ou de reorganização patrimonial.

⁵⁹ Sobre a comparação entre o sistema da *common law* e o Direito Alemão, ver LARENZ, Karl. Op. Cit., p. 27.

⁶⁰ BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 325 a 328. Betti afirma que a obrigação romana não era coercível, pois dependia da *litiscontestatio*, que no processo criava uma obrigação coercível de ressarcimento ou de pagamento do equivalente pecuniário: “apenas a execução forçada universal, sobre o patrimônio inteiro (*missio in bona*), ou sobre a pessoa física (*manus iniectio iudicati*)”, p. 342. A responsabilidade sobre todo o patrimônio deriva de um efeito da Lei Poetelia Papiria, que afastou a *manus iniectio* e reafirmou a *missio in bona* como uma responsabilidade que pesa sobre o patrimônio “como uma posição jurídica da pessoa, de modo análogo a que pesa sobre o corpo e paralelamente a este”, p. 344

ressarcimento.⁶¹

No sistema da civil law somente há obrigação de ressarcimento na hipótese de impossibilidade superveniente da prestação, naqueles casos em que pela natureza do bem é impossível a execução forçada, ou se for impossível cumprir sobre o patrimônio do devedor.⁶²

O dever de prestar e o dever de indenizar são distintos, pois a reparação provoca uma modificação no objeto da obrigação, consistindo em “momento coercitivo da obrigação, o elemento que assegura a juridicidade desta”.⁶³ Há um elemento ético associado à prestação, que torna mais importante a obrigação: “o mais importante na obrigação não é o momento da responsabilidade, é o dever de realizar a prestação. (...) O papel da responsabilidade é meramente residual”.⁶⁴

Evidentemente que é “residual” sob ponto de visa ético,

⁶¹ O relativamente recente estudo de ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*. Oxford, 2005, p. 5 e ss., contribui para compreender as separações e distinções ocorridas no regime do desenvolvimento das obrigações na *civil law* em comparação com a *common law*. O autor menciona que houve uma fragmentação do Direito Romano iniciada ao tempo do *usus modernus pandectarum* no século XVII, quando autores deixaram de existir o Direito Romano, mas direito Romano Alemão, Romano Escocês, Direito Romano hispânico e Direito Romano saxão, o que foi aprofundado com a codificação. Nesse processo, aprofundou-se a distinção e cunhou-se efetivamente um regime diferente para as obrigações nos países de *common law*.

A propósito da evolução da ação de *assumpsit* e a característica do sistema da *common law*, que são os limites para o cumprimento da obrigação nos termos da obrigação original, ver FARNSWORTH, Allan e Outros. *Contracts. Cases and materials*. Foundation Press, 2013, p. 33, bem como GORDLEY, James. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Clarendon Law Series, Oxford, 1991, e, GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus, 1995.

⁶² Isso significa dizer que “nem sempre a intervenção do tribunal se adapta a este esquema traçado no plano do direito substantivo. (...) O que houve, sob o prisma do *direito substantivo*, foi a substituição, na moldura envolvente da relação creditória (...) pelo *direito à indenização*”. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral*, v. II, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 150 – 151. Antunes Varela considera que a obrigação de indenizar como *execução por equivalente* trata-se de “dever secundário de prestação”, completamente distinto do direito à prestação principal.

⁶³ NORONHA, Fernando. *Op. Cit.*, p. 141.

⁶⁴ NORONHA, Fernando. *Op. Cit.*, p. 141.

pois é de extrema importância sob o ponto de vista jurídico.

Considerar que a obrigação ganha relevo no momento da responsabilidade pode levar a concluir que os insolventes são irresponsáveis, o que não é verdadeiro. Embora o patrimônio seja uma garantia para os credores, as obrigações não são redutíveis a essa garantia.⁶⁵

A norma vigente que em certa medida representa a preservação da potencialidade da obrigação romana está no Art. 391 do Código Civil, pois o dispositivo submete a totalidade do patrimônio do devedor, ainda que a obrigação seja de valor inferior ao valor do patrimônio, tal como na hipótese romana da *missio in bona*.⁶⁶ O devedor responde, ou seja, a responsabilidade é própria da pessoa, pois o paralelo jurídico da pessoa é o seu patrimônio, sua projeção econômica sobre a qual recaem os atos de execução. Os atos de execução que afetam um patrimônio não atingem uma coisa, mas, sim, uma dimensão da vida da pessoa, que é o seu patrimônio. Isso significa dizer que não pagar uma prestação pode representar o risco de todo o patrimônio.⁶⁷

Entre os juristas contemporâneos, Fernando Noronha é um dos poucos que trata sobre essa característica pessoal da obrigação, afirmando que a responsabilidade patrimonial tem natureza pessoal, pois não é o patrimônio afetado diretamente,

⁶⁵ NORONHA, Fernando. Op. Cit., p. 141 e 142.

⁶⁶ Tanto a *manus iniectio* como a *missio in bona* no Direito Romano têm uma conexão direta com a garantia, pois representavam procedimentos executivos de autotutela privada autorizada, “*si rivelano destinate non già a realizzare l’aspettativa ormai frustrata del creditore, ma piuttosto a realizzare la garanzia di quell’aspettativa, cioè il vincolo della persona o del patrimonio come suo surrogato, con l’apprensione dell’una o dell’altro e con la conseguente disposizione satisfattoria*”. BETTI, Emílio. Istituzioni di Diritto Romano, v. secondo, parte prima. Padova: CEDAM, 1962, p. 11.

⁶⁷ Apesar das críticas da decisão da Corte Constitucional Alemã no famoso caso da “fiança”, a importância de tal decisão é indiscutível ao considerar o chamado “livre desenvolvimento da personalidade” e ao considerar que o direito de ter um patrimônio é inerente à condição de pessoa e de seu livre desenvolvimento. A propósito, ver CANARIS, Claus-Wilhelm. A Influência dos Direitos Fundamentais Sobre o Direito Privado na Alemanha. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, pp. 205 – 220.

mas “antes é a sua pessoa, ou melhor, é a sua vontade que é ‘objeto de medidas coercitivas’”.⁶⁸ O propósito das medidas é forçar o devedor a realizar a prestação a que estava obrigado. As medidas pessoais são a prisão civil e a multa cominatória.⁶⁹

Embora a obrigação vise a afetar o patrimônio, não há uma relação direta do credor sobre o patrimônio do devedor, o que transformaria a relação jurídica em uma espécie de Direito Real a partir do momento em que houvesse o inadimplemento e fosse exercitada a pretensão. Entretanto, na execução forçada prescinde-se do ato de colaboração negado pelo devedor para caracterizar um “estado de sujeição” como uma fase do desenvolvimento da obrigação e possibilidade real de realização da garantia.⁷⁰

A garantia consiste “nos meios coercitivos estabelecidos pelo poder estatal para assegurar a efetiva realização do direito”⁷¹, caracterizado por diversas providências que definem a “tutela jurídica do crédito”, meios coercitivos indispensáveis que recaem sobre a pessoa para realizar a prestação ou reparar os danos. Existem, portanto, providências que podem ser “patrimoniais e pessoais”, estas recaem sobre os bens do devedor; aquelas, sobre a própria pessoa “com o objetivo de dobrar sua vontade, o que só é possível em hipóteses especiais”.⁷²

⁶⁸ NORONHA, Fernando. Op. Cit., p. 130.

⁶⁹ NORONHA, Fernando. Op. Cit., p. 130.

A propósito do tema, Antunes Varela qualifica as *astreintes* como um meio compulsório de cumprimento, pois “visa forçar o devedor, *à bruta*, ao cumprimento (e que, por isso mesmo, é um *meio compulsório do cumprimento*, mas não uma forma de execução”. Além disso, afirma que é uma “sanção do particular agrado do magistrado”, pois é meio coercitivo para o cumprimento das obrigações. Em outras palavras, atinge diretamente o devedor e somente indiretamente o seu patrimônio. ANTUNES VARELA, Op. Cit., p. 99 e 100.

⁷⁰ Nesse sentido a teoria dualista contribuiu substancialmente para a compreensão desse fenômeno; entretanto, essa concepção considera a sujeição não como uma fase da obrigação, mas uma substituição da obrigação. Pode-se ver isso claramente no texto de GANGI, C. Op. Cit., p. 36: “l’assoggettamento del debitore al potere coattivo del creditore costituisce uno stato di soggezione e non già un obbligo”.

⁷¹ NORONHA, Fernando. Op. Cit., p. 131.

⁷² NORONHA, Fernando. Op. Cit., p. 133.

Noronha, na linha deste artigo, menciona que há modos especiais de tutela judicial do direito do credor, tais como tutela antecipada, tutela específica e ação monitória.⁷³ Essas observações indicam que as reformas processuais, tais como a tutela antecipada por defesa protelatória são um reforço de garantia, hipótese em que o abuso do direito de defesa é considerado como fator para concessão dessa tutela. Trata-se de uma processualização da conduta do devedor como um elemento de reforço da garantia.

Do mesmo modo as tutelas mandamentais e inibitórias consistem em “providências judiciais” para melhorar a condição do credor.⁷⁴ Nesse aspecto, as recentes decisões da jurisprudência brasileira suspendendo passaportes e/ou a carteira nacional de habilitação, são casos claros de coerção pessoal para além de contração patrimonial.

Apesar de o Art. 391 submeter a totalidade do patrimônio do devedor em benefício do credor, o direito vigente estabelece limites decorrentes de uma objetivação da prestação,⁷⁵ seja dos bens que integram o “mínimo existencial” ou mesmo normas como patrimônio de afetação, que excluem parte do patrimônio da garantia geral das obrigações.⁷⁶

Importante também observar que a garantia se estende

⁷³ NORONHA, Fernando. Op. Cit., p. 134.

⁷⁴ Fernando Noronha acentua que a reforma realizada por meio da Lei 10.358/2001 estabelecendo que todos que participam do processo devem cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços aos provimentos judiciais foi alteração de “especial relevo”. Inclusive, Fernando Noronha menciona que a tutela inibitória é importante nas áreas do Direito do Consumidor e Ambiental, tendo em vista as obrigações que correspondem a interesses coletivos ou difusos. NORONHA, Fernando. Op. Cit., p. 136.

⁷⁵ Excetuadas as hipóteses de bens impenhoráveis por força de disposições legais que visam a assegurar o chamado “mínimo existencial”.

⁷⁶ Uma matéria que foi polêmica e continua sendo problemática é o limite jurídico para que o ordenamento jurídico consiga atingir bens que foram transferidos para “holdings”, utilizadas como meio de “proteção patrimonial”. Embora essa utilização não seja plenamente eficiente, os princípios que regem a matéria dificultam o credor no exercício da garantia. A propósito desse limite, ver BRANCO, G. Op. Cit., p. 5 e ss.

sobre todo o patrimônio, tendo em vista especialmente as relações empresariais, nas quais o inadimplemento, a teor do Art. 94, I, da Lei 11.101/2005 (Lei de Falências), caracteriza hipótese de insolvência, justificando o início de um procedimento concursal.

Desde o advento do Decreto n. 917/1890 (antiga Lei de Falências), prescinde-se da prova de que o patrimônio do devedor é inferior às dívidas, tendo em vista a presunção de insolvência caracterizada pela impontualidade, a qual, por si só, pode sujeitar a totalidade do patrimônio do devedor a um procedimento concursal em que todos os credores passam a promover a execução.⁷⁷

Diferentemente dos procedimentos concursais, quando se inicia a execução individual, passa-se a determinar os bens sobre os quais irá recair a execução forçada, separando-se, dentre a massa dos bens, aqueles suficientes para pagar o crédito. Isso porque o patrimônio é uma universalidade que está destinada a especificar-se e materializar-se no momento da execução forçada. Só coincide com o todo quando o crédito for equivalente ou maior do que o valor desse patrimônio.

Apesar da forte influência medieval na formação do Direito Falimentar,⁷⁸ a submissão de todo o patrimônio do devedor na falência provém das regras do Direito Romano, pois se alguém não pagasse uma obrigação e se ninguém se oferecesse para pagar, o Estado não usava a força para retirar bens do patrimônio do devedor, mas, sim, imiscuia outra pessoa na titularidade do patrimônio do devedor para que esse terceiro cumprisse o desiderato de pagar. Se não existissem bens, incidia a hipótese da *manus injectio*, que permitia agir sobre a pessoa do devedor.

A partir dos parâmetros modernos, pode-se dizer que no Direito Romano havia uma desproporção entre meios e

⁷⁷J.X. Carvalho de Mendonça. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. VII, p. 15 e ss.

⁷⁸J.X. Carvalho de Mendonça. *Op. Cit.*, p. 15 e ss. Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, SP: Saraiva, 1965, v. 14, p. 35 e ss.

finalidade: meios de execução e o fim de satisfazer o crédito.⁷⁹ A marca da obrigação moderna é de que a responsabilidade deve ser na medida e adequada ao débito, nem excessiva, nem deficiente.⁸⁰

Neste sentido, a teoria abstrata da ação teve grande importância histórica sobre o direito de acesso aos tribunais e direito de petição, para que o Estado atuasse de modo a limitar o poder dos credores e evitar o uso desproporcional da força do Estado.⁸¹

Graças à elasticidade dos meios executivos, a obrigação moderna permite a satisfação adequada, pois a prestação e concomitante garantia amoldam-se sobre o crédito, ajustando-se débito e crédito de modo proporcional. A execução forçada moderna visa, em linhas gerais, a outorgar ao credor diretamente, com meios executivos que prescindam da vontade do devedor, aquele mesmo bem socialmente apreciável que o devedor deveria ter lhe entregue com o exato cumprimento da dívida.⁸²

Observe-se, entretanto, que, na medida em que os procedimentos civilizatórios foram avançando, assim como avançaram as garantias individuais e desenvolveu-se a teoria dos direitos fundamentais, o resultado foi um abrandamento da garantia como consequência da diminuição e/ou restrição das hipóteses de coerção patrimonial sobre o devedor.

Alguns exemplos desse abrandamento podem ser apresentados para que a matéria fique mais clara.

A compreensão do devido processo legal, de modo mais

⁷⁹ BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 346.

⁸⁰ BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 355.

⁸¹ Não se confunda o direito de ação como direito de tutela jurisdicional, que é abstrato e tem natureza processual, com a garantia, que é um preceito de direito material e que consiste na possibilidade de constrição dos bens do devedor para que o credor se satisfaça independentemente da colaboração do devedor. A expectativa da prestação depende da cooperação do devedor e para os atos em que há ausência de cooperação a execução forçada reflete a norma de direito substantivo que é consubstanciada na garantia.

⁸² BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 356 e 363.

amplo a partir da edição da Constituição Federal de 1988, teve como resultado pelo menos três situações importantes, aqui descritas exemplificativamente, entre outras não menos relevantes.

Primeiro, a invalidade da cláusula *solve et repete* que era comum em contratos bancários, pela qual os devedores reconheciam um valor como válido e deveriam pagá-lo.⁸³ Se houvesse diferenças, poderiam ser recobradas posteriormente. Por conta da invalidade dessas cláusulas, no início dos anos 1990, deixou de ser admitida a execução de contratos de abertura de crédito, cheque especial e cartão de crédito. Essa situação somente foi restaurada com a edição da Lei 10.931/2004 que passou a permitir a execução da cédula de crédito bancário independentemente de valor certo mencionado no título, bastando a apresentação de um extrato bancário.

As disposições da Lei 10.931 que reduzem os requisitos da Cédula de Crédito Bancário como título executivo, embora não sejam dotadas de literalidade, fazem parte desse arcabouço integrante da garantia a natureza do título executivo extrajudicial, que provê medidas processuais que dispensam a fase processual declaratória ou condenatória.⁸⁴

Segundo, a admissão do mecanismo negocial chamado de “trava de domicílio bancário”, assim como do “desconto em folha de pagamento”, consiste em uma alteração substancial no dogma de que o modo de realização dos créditos passa necessariamente e inexoravelmente pela execução forçada de natureza estatal: há meios executivos sem instauração de uma “relação de responsabilidade”.

Em boa medida, tanto a trava de domicílio bancário como o desconto em folha de pagamento em favor de instituição financeira são esquemas negociais que limitam e/ou impedem

⁸³ MALACHINI, Edson Ribas. Cláusula *solve et repete* nos contratos bancários. In: Anais do simpósio sobre as condições gerais dos contratos bancários e a ordem pública econômica. Promoção do Tribunal de Alçada do Paraná realizado em agosto de 1988. Curitiba: Juruá, 1998, p.129 – 145.

⁸⁴ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Op. Cit., p. 156.

que a ausência de colaboração afaste o inadimplemento, pois constituem-se em mecanismos de garantia patrimonial que autorizam ao credor apropriar-se do objeto da garantia.

Há uma espécie de adoção do mecanismo da ação de direito material, pela qual o credor satisfaz seu crédito sem depender do devedor, mais, ainda que contrariamente à vontade do devedor.

Caso se pense que no ato de concessão do crédito é manifestada a concordância, é difícil identificar esse ato como sendo ato de “colaboração”, pois o crédito somente é concedido e os valores creditados ao devedor somente após assinar uma declaração concordando com o modo de pagamento. Ou seja, após o recebimento do crédito é difícil ver ato de colaboração, exceto a vedação de atos negativos, tais como pedir demissão para não ter o desconto na folha ou mesmo o de não parar de fabricar o produto cuja venda futura gerará créditos transferidos por meio da trava de domicílio bancário.

O mais interessante desse aspecto é que tanto salários futuros quanto recebíveis ainda não existentes são transferidos em garantia ao credor, que poderá realizar seu crédito de modo unilateral sem necessidade da intervenção estatal, o que constitui uma novidade excepcional sob o ponto de vista histórico, pois não se trata propriamente de uma atuação estritamente privada, já que os mecanismos são previstos em lei, porém não há uma intervenção do Estado Juiz na consecução dos fins da obrigação.

Terceiro, a interpretação constitucional do devido processo legal levou à ampliação das hipóteses de conhecimento da chamada exceção de pré-executividade, podendo o devedor efetuar a defesa independentemente de penhora, que era condição para a oposição do meio regular de defesa na execução, que são os embargos à execução.

O resultado disso é que o devedor podia fazer uma dupla defesa, sendo a primeira por meio da exceção de pré-executividade, cuja cognição era parcial e, posteriormente, se e quando

houvesse penhora, poderia opor embargos à execução. Adicionalmente passou a ser amplamente admitida pela jurisprudência a propositura de ações declaratórias e/ou revisionais como sucedâneo de embargos à execução, tornando difícil a realização do crédito.

A alteração dessa situação passou a ocorrer por conta das alterações legislativas que tornaram desnecessária a penhora para que haja a apresentação de embargos à execução. Assim, resguarda-se o direito de defesa, porém, na primeira oportunidade que o devedor intervém no processo, deverá deduzir toda a matéria de defesa, afastando o efeito indesejado da duplicidade de defesas e tornando praticamente inoperante a exceção de pré-executividade, que atualmente talvez sequer tenha papel no Direito Processual Civil. Do mesmo modo, a inexistência de efeito suspensivo automático nos embargos permite que o credor continue a agredir o patrimônio do devedor, detendo o processo civil instrumentos trazidos pelas novas técnicas da informação, tais como INFOJUD, BACENJUD, RENAJUD, além do registro na Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB), e mais atualmente o SISBAJUD.⁸⁵

Essas medidas que melhoram as condições do credor têm como resultado uma possibilidade de efetividade maior do processo e, portanto, melhoram a expectativa de satisfação dos interesses do credor.

O resultado é o reforço da garantia pela melhoria dos meios executivos.

Quarto, a Constituição Federal previu a necessidade de edição de um Código de Proteção e Defesa do Consumidor, um credor que, no período precedente, o seu crédito tinha uma garantia muito tênue.

Aqueles credores que passaram a ser considerados como

⁸⁵ Ver o Termo de Cooperação Técnica n. 041/2019, cuja vigência inicia em agosto de 2020: <https://www.cnj.jus.br/transicao-para-novo-sistema-de-penhora-on-line-comeca-em-agosto/> e <https://www.cnj.jus.br/sistemas/sisbajud/> acesso em 12.09.2020.

consumidores no período precedente à vigência do código eram titulares de direito similar a uma obrigação natural, pois, na sociedade de massas, o valor dos créditos não permitia que a sua realização seguisse a estrutura clássica do Direito das Obrigações, que exigia a propositura de uma demanda individual para sua realização. Economicamente era praticamente inviável a realização de seus direitos.

Com o advento do Código de Defesa e Proteção ao Consumidor houve um reforço substancial às obrigações daqueles credores qualificados como consumidores, por meio da criação e fortalecimento de meios executivos não antes previstos, tais como a criação de órgãos administrativos e possibilidade de sanções administrativas (estatais não judiciais, portanto) para compelir os devedores (fornecedores) a cumprir suas obrigações, ampliação dos meios de vinculação como a oferta pública, publicidade com efeitos vinculantes, novo regime de garantias pela prestação de serviços e fornecimento de produtos, além de um resultado extremamente importante, que foi a criação dos Juizados Especiais para facilitar a realização dos direitos dessa classe de credores.

Uma das autoras mais citadas como referência no Direito do Consumidor, Cláudia Lima Marques trata da matéria sob o denominado princípio básico da confiança, cuja função é fundamentalmente proteger as expectativas do consumidor mediante a instituição de um regime de garantias que extrapola a necessidade de uma relação contratual. Ou seja, a garantia em favor dos consumidores não depende da prova direta de que o devedor tenha celebrado um contrato, criando uma objetivação na prestação que deve ser adequada segundo os fins que razoavelmente se esperam do produto ou serviço.⁸⁶

Em outras palavras, não é somente a execução forçada, mas instrumentos muitas vezes conexos com a execução forçada

⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 8 ed. SP: RT, 2016, p. 1343 – 1351.

que são os principais responsáveis pelo fortalecimento da garantia das obrigações.

CONCLUSÃO

A título de conclusão pode-se afirmar que a clássica distinção entre os conceitos de garantia e responsabilidade foram revitalizadas por conta das reformas legislativas efetuadas especialmente no plano do Direito Processual Civil e também no conjunto de normas especiais que fortaleceram o poder dos credores, de modo a permitir a satisfação dos seus direitos diretamente sobre o objeto da prestação ou sobre os bens do devedor.

As críticas ao conceito de “ação de direito material” e diluição do conceito de garantia a noção de responsabilidade patrimonial exercida pelo poder jurisdicional estatal ofuscou uma característica própria do Direito das Obrigações que desenvolveu e construiu os conceitos objeto deste artigo.