O CONCEITO JURÍDICO DE *OBLIGATIO* E A DEFINIÇÃO LEGAL DE OBRIGAÇÃO: ESTAR OBRIGADO É TER DE CUMPRIR NO PRAZO FIXADO O QUE É DEVIDO AO CREDOR

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Universidade de Lisboa

SUMÁRIO: 1. Constatação. – 2. Tese. – 3. Argumentação. – 4. Conclusão.

1. Constatação

O conceito jurídico de obrigação apresenta-a como um vínculo jurídico pelo qual prestamos uma coisa ou pagamos uma importância em dinheiro a outro em cumprimento de uma regra jurídica (I. 3.13 pr.; Gai. 4.48).

Na definição legal do Código civil português (artigo 397º) a: *Obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação*¹.

Aceite a diferença entre conceito jurídico e definição legal² e entre regra de direito e norma legislativa³, importa-nos aqui saber, na encruzilhada entre romanística e ci-

¹ Sobre o conceito legal de obrigação ver A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, *Direito das obrigações*, I, Coimbra, 2009, pp. 21 e ss., que refere (p. 26): «[...] a noção legal surge como uma homenagem aos clássicos romanos e propicia, logo na abertura do Direito das Obrigações, um interessante roteiro histórico-cultural». Assim é.

² Ver, por exemplo, A. GARCIA-GALLO, *Estudios de derecho privado*, Sevilla, 1982, pp. 11 e ss.; ID., *Curso de historia del derecho privado: conceptos generales y derecho de personas*; CLÓVIS V. DO Couto e SILVA, *Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em Homenagem aos Profs. Doutores M. Paulo Mêrea e G. Braga da Cruz*, Vol. LVIII, 1982, II, pp. 297 e ss.

³ Ver E. CORTESI, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, I, 1962, e II 1964, Milano (reimpressão de 1995); e A.P. BARBAS HOMEM, *Jus e Lex*, in *Estudos de direito romano*, II, AAFDL, 1989, pp. 218 e ss.; A. CORTÊS, *Jurisprudência dos princípios. Ensaio sobre os fundamentos da decisão jurisdicional*, Lisboa, 2010, pp. 99 e ss. “A diferença entre a lei e o Direito”.

Eduardo Vera-Cruz Pinto

vilística⁴ para a construção de um direito de juristas⁵, se a noção legal corresponde ao conceito jurídico⁶. Só assim podemos saber se o legislador se preocupou, na redação da norma da lei, com a regra jurídica⁷.

O instituto da *obligatio*⁸ é uma criação do direito romano⁹ e a tradição romanística manteve-o atual, com as necessárias adaptações¹⁰.

Só que o tempo e labor teórico afastaram o conceito jurídico da noção legal de obrigação. Por isso, é preciso retomar a sua origem para reconquistar a simplicidade necessária ao jurídico a aplicar hoje fazendo corresponder, na jurisprudência dos tribunais, o conceito à definição e a regra à norma.

Não é aqui o lugar para repetir os lugares a que chegaram os mais argutos e competentes jurisprudentes professores romanistas que estudaram a *obligatio* romana; nem para questionar os efeitos negativos da diferença entre direitos reais e direitos de crédito que a doutrina civilística tem aplicado na conceptualização jurídica de obrigação.

Apenas pretendemos *tornare all'antico* para reafirmar que a necessidade de o credor recorrer a uma ação e aos tribunais por falta de cumprimento do obrigado tem de ser motivo de forte penalização para ele; desencorajando a falta de cumprimento no prazo devido das obrigações, pois é essa a natureza do direito civil e as suas regras

⁴ T. DALLA MASSARA, *Una riflessione sui rapporti tra romanistica e civilistica*, em *Cuadernos Complutenses de Derecho Romano*, 2015, XXVIII, *En memoria de José María Coma Fort*, pp. 657 e ss. Em Portugal foi A. Santos Justo a fazer, de forma mais expressiva, a ligação entre romanística e civilística. Ver, nomeadamente, A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*, II, *Direito das obrigações*, Coimbra, 2003; e entre a civilística e a romanística tem sido A. MENEZES CORDEIRO, *Direito civil: o direito romano atual*, em AA.VV. *Direito e Poder, Atas do XV Congresso Internacional e XVIII Congresso Iberoamericano de Direito Romano, 14-16 de Fevereiro de 2013*, separata da RFDUL, 2013, pp. 1105 e ss.

⁵ Ver P. KOSCHAKER, *Europa y el derecho romano*, trad. cast., Jose Antonio Cruz Tejeiro, Madrid, 1955, pp. 247 e ss.; *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Ristampa inalterada, Milão, 1975.

⁶ Ver F.K. VON SAVIGNY, *Metodologia jurídica*, trad. cast. de J.J. Santa-Pinter, Buenos Aires, 1979, pp. 38-39 - “Desarrollo de los conceptos”.

⁷ E. BETTI, *Teoría del negocio jurídico*, Madrid, s.d., p. 51: «A pretensão crítica de princípios de Gorla, Interpretazione del Diritto», pp. 68 e ss. está condenada à esterilidade. A construção dogmática deve, naturalmente, atender em especial a um determinado direito positivo; mas não impede que possa elevar-se, por abstração, até à elaboração de categorias gerais». Ver também M.J. DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 9ª edição revista e aumentada, Coimbra, 2005⁹, pp. 55-61.

⁸ Seguimos aqui S. CRUZ, *Direito romano (ius Romanum)*, II, tit. III, cap. I (não publicado – referido em *Conteúdo das obligationes de dar: dare vel dari, aut dare et dari?*”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos em Homenagem aos Profs. Doutores M. Paulo Mêrea e G. Braga da Cruz*, LVIII, 1982, II, pp. 995 e ss., loc. de ref., p. 996, nota 2.

⁹ S. CRUZ, *Conteúdo das obligationes de dar: dare vel daria ut dare et dari?*, em BFDUC, 1982, pp. 995 e ss., loc. de ref., p. 995, recorda as palavras de G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, II, Roma, 1910, p. 337: «A Grécia deu ao Mundo a Estátua; Roma legou-nos a obligatio».

¹⁰ Ver A.E. GIFFARD, *Droit romain et ancien droit français (obligations)*, 4ª edição (por Robert Villers), Paris, 1976⁴, pp. 5-25.

O conceito jurídico de *obligatio* e a definição legal de obrigação

foram criadas com base na boa fé¹¹ e no bom senso nas relações entre as pessoas; e não nas patologias da suspeição e do incumprimento.

2. Tese

Afirmar – como tradição romanística¹² – que a obrigação nascida de um acordo entre as partes (*pacta*) sendo do obrigado (pessoa) só faz sentido se garantir o cumprimento com uma coisa cujo valor corresponde ao montante em dinheiro¹³ atribuído ao *debitum* que obriga o devedor como *obligatus*; logo, uma relação do credor (*creditor*) também com a coisa/dinheiro (património) do devedor (*debitor*) que garante a obrigação (*obligatio*).

A obrigação, validamente constituída, beneficia de uma aparência de direito à prestação do credor que o juiz deve sumariamente (verificada a forma adequada; ou facto notório; ou confissão como prova suficiente) satisfazer (em decisão com valor executivo) e sem demora. Cabe ao devedor após cumprir recorrer aos tribunais para obter, em processo judicial, se for o caso, o que lhe for devido, invertendo a prova da *obligatio* e contrariando o direito do credor.

3. Argumentação

Obligatio designa a relação de dívida (*debitum*)¹⁴ no *ius civile*¹⁵, isto é uma dívida reclamável através de uma ação de direito civil (*actio iure civile*)¹⁶ desencadeada com o uso do termo específico (técnico) *oportere*¹⁷.

¹¹ Cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra, 2001, 2ª reimpressão, pp. 17 e ss.

¹² No sentido adotado por A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., pp. 53 e ss.

¹³ A condenação do obrigado pelo incumprimento da obrigação era em dinheiro, em obediência à regra *omnis condemnatio pecuniaria*. Cfr., por exemplo, R. ZIMMERMANN, *The law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cidade do Cabo/Munique, reimpr., 1992, p. 772.

¹⁴ Sem possibilidade de desenvolver aqui o *debitum*, nomeadamente em D. 31.88.10 (Scaev. 3 resp.), ver S. STEPAN, *De maestros y discipulos. Observaciones en quanto al debitum en las obras de juristas clásicos*, in *Cuadernos Complutenses de Derecho Romano*, 2015, XXVIII, *En memoria de José María Coma Fort*, pp. 1069 e ss.; e J.M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las res cottidianae*, Madrid, 1996.

¹⁵ Em Roma “dever” significa: *ter coisa alheia como própria*. Ver M. KASER, *SZ*, 1966, pp. 1 e ss.

¹⁶ Mais tarde o pretor vai aumentar as ações pessoais para reclamar o pagamento de dívidas através da concessão das ações *in factum*. A partir daí pode-se falar também de obrigações pretorianas ou honorárias. Logo, às *actiones* com *intentio in ius concepta* próprias do *ius civile* juntaram-se as *actiones in factum* do *ius honorarium*. Cfr. D. 20.1.5 pr. (Marcian. *l. s. ad form. hypothec.*); D. 46.2.1.1 (Ulp. 46 *ad Sab.*); D. 44.7.52 (Mod. 2 *reg.*).

¹⁷ Á. D’ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 10ª ed. revista, 2004, p. 431. O *oportere* das *actiones in personam* significava a existência de um *vinculum* de *ius civile* (logo, com fundamento nos *mores maiorum*, nas *leges*, na *interpretatio prudentium*).

Eduardo Vera-Cruz Pinto

Obligare em sentido comum é ligar, atar uma coisa a outra; mais tarde, em termos jurídicos a *obligatio* surgiu conceptualizada como o ato de dar uma coisa em garantia de uma dívida¹⁸. As coisas dadas em garantia estavam obrigadas (*obligari* era sujeitar)¹⁹.

Logo, parece fazer pouco sentido remeter o conceito jurídico de *obligatio* (século I a.C.) ao *vinculum* surgido do negócio de *nexum*, cujos contornos precisos desconhecemos, já sem rasto conhecido no final da época clássica.

Desaparecida a dicotomia *obligationes teneri e actione teneri* ficou no direito justinianeu apenas a noção de *obligationes*. É com ela que devemos trabalhar na civilística, incorporando os elementos *sponsio; stipulatio* e *vinculum* que a integraram, após a insuficiência da *fides* como garantia do cumprimento²⁰.

É a *obligatio* como *vinculum iuris* que evita, em Roma e nas nossas sociedades, o recurso à *vindicta privata* e à execução forçada na pessoa do devedor (*manus iniectio*) como resposta do credor ao incumprimento da obrigação²¹.

A juridicização da obrigação está na patrimonialização; não está na desmaterialização, sobretudo se isso significar apenas deferir para um momento posterior a sua materialização: que consiste na entrada no património do credor do montante devido pelo obrigado.

O *vinculum* – que aqui salientamos – do conceito de obrigação continua a ser um vínculo material de natureza jurídica. Material, não sobre a pessoa do devedor mas sobre o seu património; jurídico porque é justo que a execução forçada não fique na mão do credor, mas de um juiz²².

Adquirere obligationem é tornar-se credor. Logo titular de uma ação para reclamar o seu crédito. Assim sendo, a *obligatio* não assenta tanto na obrigação do obrigado; mas mais no direito do credor de obter a prestação²³.

¹⁸ No direito romano as dívidas causadas por um delito separam-se das outras dívidas resultantes de atos normais e lícitos. Foi a introdução dos atos lícitos na República romana como fonte de obrigações (pena pecuniária) em que o devedor era o agressor e o credor a vítima que levou à sistematização adotada por Gaio 3.88-225 (primeiro os contratos; depois os delitos), seguida posteriormente, nas *Institutiones* de Justiano 3.28-29. Ver A. SCHIAVONE, *Ius. La invención del derecho en Occidente*, Córdoba, 2009, pp. 159 e ss. - “Ius civile y pretores: la idea de lo equitativo”.

¹⁹ Ver A. BISCARDI, *La dottrina romana dell’“obligatio rei”*, Milão, 1991; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, J. PARÍCIO, *Fundamentos de derecho patrimonial romano*.

²⁰ Ver A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, cit., pp. 59 e ss.

²¹ A centralidade da *lex Poetelia Papiria de nexis* (ou *de pecuniis creditis*), de 326 a.C., nas base dogmáticas do direito privado é apontada por diversos autores. Creio, no entanto, que o tema não está ainda suficientemente estudado para ser tão perentório na afirmação. Ver, por exemplo, os *Seminarios Complutenses de derecho romano*, 1990, II, pp. 1 e ss.

²² Ver A. SANTOS JUSTO, *A responsabilidade civil do juiz no direito romano – Breve referência no direito português*, e D. MAGALHÃES, *A execução específica: alcance e limites da realização coativa da prestação desde o direito romano*, in AA.VV., *Direito e Poder, Atas do XV Congresso internacional e XVIII Congresso iberoamericano de direito romano, 14-16 de Fevereiro de 2013*, separata da RFDUL, 2013, respetivamente, pp. 21 e ss. e pp. 267 e ss.

²³ Se L. MACKELDEY, *Manuel de droit romain contenant la théorie des institutes*, trad. do alemão por J. Beving, Bruxelas, 1846³, pp. 186 pode escrever: «[...] Obrigação significa, não somente o compro-

O conceito jurídico de *obligatio* e a definição legal de obrigação

Trata-se de um direito diretamente concretizado sem mais através de uma decisão judicial com força pública; não de um mero vínculo jurídico a concretizar posteriormente num processo longo e burocrático.

Obligare não é apenas um ato que cria um vínculo, como parece resultar de D. 44.7.3 pr. (Paul. 2 *inst.*). A *obligatio* constitui logo um direito do credor a, através de uma ação de direito civil, concretizar prontamente o seu direito; não é ter direito à constituição de um vínculo jurídico sobre o devedor no sentido da realização de uma prestação que corresponda ao crédito.

Assim podemos dizer que a norma legal no nosso Código civil, embora pareça diretamente inspirada no conceito jurídico romano que ficou expresso como definição em I. 3.13 pr., tem sido interpretada como resultante de D. 44.7.3 pr. (Paul. 2 *inst.*).

Para nós a *obligatio* não é apenas um *iuris vinculum*, no sentido de um vínculo potencial que dá direito ao credor a exigir do devedor um comportamento no sentido de satisfazer o crédito (a prestação); mas um verdadeiro vínculo jurídico, no sentido de através de uma ação judicial obter, com rapidez e prontidão, o seu crédito.

Não existe só um *dever de prestar* a exercer com tempo, no final de um complicado e demorado processo judicial; mas uma *obrigação de prestar* aquilo que está em dívida. Assim é porque não interpretamos a diferença entre *debitor* e *obligatus* da *lex Poetelia Papiria de nexis* como uma diferenciação conceptual cujo efeito seja a existência de um lado do instituto jurídico da *obligatio*; e, de outro lado, do instituto do *debitum*, como tem sido sistematicamente feito pela doutrina maioritária quer romanística, quer civilística.

O *obligatus* pode não ser o *debitor* e vice-versa, mas ter uma obrigação – por que assim se quis (declarar livremente e por sua vontade) – é estar obrigado a cumprir o que disse que cumpria (não é “cumpriria”).

Se cumpre como *obrigado* ou como *devedor*, não é aqui relevante; pois a diferença de termos (não necessariamente de conceitos jurídicos) não atenua a natureza jurídica vinculativa e obrigatória da obrigação no sentido de repor o equilíbrio dos pratos da balança da justiça, dando ao credor o que é seu de direito.

Obter uma obrigação de alguém (ser credor) não é ser titular de uma expectativa de que o devedor adote um comportamento no sentido de satisfazer o crédito, uma mera possibilidade de prestar aquilo que deve. Estar obrigado não é apenas contar com essa possibilidade de realizar a prestação; é ter de a prestar²⁴.

misso do devedor mas também *ao mesmo tempo* o direito do credor (tradução e cursivo nossos); agora as circunstâncias exigem que se coloque o acento tónico no direito do credor».

²⁴ Por exemplo, na obrigação de *praestare* o obrigado tem de fazer a *traditio* da *res* vendida de forma livre e pacífica se quiser cumprir; obrigado se não quiser faze-lo (D. 19.1.11.7 [Ulp. 32 *ad ed.*]). Ver A.A. VIEIRA CURA, *Compra e venda e transferência da propriedade no direito romano clássico e justinianeu*, em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume comemorativo do*

Eduardo Vera-Cruz Pinto

O débito não é um dever jurídico; é uma obrigação contratual (ou legal) diretamente exigível através de uma ação em juízo, sem necessidade de mais formalidades. O mesmo é dizer que o crédito não é um mero direito subjetivo relativo do credor²⁵; pode ser até um direito objetivo²⁶ dele com todas as consequências jurídicas dessa qualificação.

No direito justinianeu parece não existir oposição entre *prestar* e *indemnizar*, mas complementaridade; logo, não existe uma opção dos compiladores justinianeus a favor de uma ou de outra mas deferimento no tempo pelo crivo do interesse do credor²⁷: este pode exigir a prestação e o direito dá-lhe os instrumentos para tal, porque é justo que assim seja; impossibilitada a prestação ou cessando o interesse do credor em receber depois da data do cumprimento, então o devedor deve assumir a responsabilidade de pagar o montante da prestação.

Desde o nascimento da *obligatio*, a colaboração necessária do devedor na satisfação do crédito do credor não corresponde apenas ao exercício de uma faculdade; mas ao cumprimento de uma obrigação de direito, efetivável judicialmente, porque plenamente concretizada na sua estrutura jurídica.

A oposição entre *nexum*²⁸ e *obligatio* não é a de o primeiro ser um vínculo direto e a segunda um vínculo potencial; mas de o primeiro permitir uma realização sobre o corpo do devedor (*legis actio per manus iniunctionem*) através de uma *actio personae*, e a segunda só permitir a satisfação do crédito sobre o seu património (*bonorum venditio*) – pela *actio*.

75º tomo, 2003, pp. 78-79; e ID., *O fundamento romanístico da eficácia obrigacional e da eficácia real da compra e venda nos códigos civis espanhol e português*, em *Jornadas Romanísticas*, Coimbra, 2003, pp. 33 -108; M. KASER, *Das Römische Privatrecht. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, Munique, 1971², p. 489. A questão principal é de saber se fica como faculdade do credor não cumprir a prestação e substituí-la por um montante em dinheiro que corresponda ao valor (montante) da prestação. Isto é, depende do devedor passar de “obrigado a prestar” a “responsável por pagar uma quantia em dinheiro”. Não encontrei base para tal entendimento. O afastamento *manu militari* da execução sobre o devedor (C. 4.49.4) não significa substituir a prestação pelo dinheiro que ela vale (pela *condemnatio pecuniaria*). O critério é sempre o do interesse do credor e enquanto for possível o cumprimento da prestação é a ela que está obrigado aquele que declarou que a prestava: o “tradere é um *facere*” (como escreveu S. CRUZ, *Conteúdo das obligationes de dar: dare vel dari aut dare et dari?*, cit., p. 997. Já A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil*, II, *Direito das Obrigações*, I, cit., pp. 44, nt. 79 escreve, com base em António Marchi: «Cuidado com praestare: de prae+stare (estar ou ficar como garante), não equivale a prestar, mas a garantir: na passagem do Latim para o Português, há que lidar com as evoluções semânticas».

²⁵ Como defende M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2010³, p. 401.

²⁶ M. DIAS FREIRE, *História do direito romano, conforme as preleções do Exº Sr. Dr. Luiz Cabral de Moncada ao curso do primeiro ano jurídico de 1927-1928*, Coimbra, 1928, p. 7.

²⁷ É assim que interpreto, de forma conjugada, D. 6.1.68 (Ulp. 51 *ad ed.*); D. 42.1.13.1 (Cels. 6 *dig.*).

²⁸ Abolido em definitivo com a *lex Poetilia Papiria* de 326 a.C.

O conceito jurídico de *obligatio* e a definição legal de obrigação

Por isso, entendemos, relendo as fontes em contexto histórico e com interpretação atualista, que a *obligatio* (vínculo material direto sobre o património do devedor) exige a *actio* para satisfação do direito do credor através da prestação pelo devedor. A *obligatio* determina a *solutio* ou *satisfactio* e esta a *liberatio*²⁹.

No direito das obrigações a ligação direito/ação é imediata³⁰, esbatendo-se a complicação adjetiva ação declarativa/ação executiva, introduzida pela dicotomia prestação/responsabilização, através de uma separação no tempo, com diferentes efeitos jurídicos, entre estar obrigado e ter de cumprir.

Prestar o que é devido ao credor não é uma sanção dada ao devedor, é uma obrigação jurídica resultante de atos lícitos (v.g. contratos, pactos, convenções)³¹, que deve este cumprir nos termos acordados de modo juridicamente válido³².

Só isso é *derectum*, porque corresponde ao cumprimento da regra *pacta sunt servanda*; é assim porque o exige a tutela jurídica da boa fé³³ nos negócios entre as partes³⁴. A responsabilização do devedor porque não foi possível, através da ação correspondente à *obligatio*, obter a prestação para satisfazer o credor, é outra coisa. Está além da *obligatio* e da sua prestação.

Logo, a construção doutrinária germânica débito (*Schuld*)/responsabilidade (*Haftung*) a respeito de *obligatio*, partindo da juridicidade fundada no Direito Romano, foi útil em termos dogmáticos, mas não faz sentido se for transposta para o momento da aplicação.

Só separando claramente as coisas: à *obligatio* o que é da prestação; à responsabilidade, pela não prestação, o que é da sanção ao devedor – é possível voltar ao conceito

²⁹ O Professor R. VENTURA nas suas *Lições de direito romano. Obrigações dadas ao ano 1951-1952, na Faculdade de Direito de Lisboa, publicadas por Zacarias Miranda Neves (policopiadas)*, pp. 14-21 problematiza a definição de *solutio* como pagamento e *liberatio* como fim do vínculo obrigacional para o devedor, a partir da análise das fontes que selecionou para o efeito.

³⁰ Cfr. G. PUGLIESE, *Aspetti del rapporto fra diritto e processo in Roma antica*, em *Cuadernos Complutenses de Derecho Romano*, 1994, VI, pp. 19 e ss.; A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Las fuentes de las obligaciones en relación com el sistema de acciones en derecho clásico*, in *Derecho Romano de Obligaciones, Homenaje al Profesor José Luís Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 28-31; M. KASER, *Dereito privado romano*, Lisboa, 2011², “*obligatio* e *actio*”, pp. 197 e ss.

³¹ Ver A. BURDESE, *Sulle Nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, in *Cuadernos Complutenses de Derecho Romano*, 1993, V, pp. 41 e ss.

³² Não podemos aqui tratar das fontes das obrigações, sobretudo a partir da tradição gaio-justiniana, que sistematizou a matéria permitindo a passagem para a codificação normativa desta matéria. A classificação *obligationes re, verbis, litteris, consensu contractae* pode ajudar a esclarecer melhor a posição aqui expressa.

³³ M.V. SANSÓN RODRÍGUEZ, *La buena fede en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones contractuales desde la perspectiva del derecho privado romano*, in *Cuadernos Complutenses de Derecho Romano*, 2001, XIII, pp. 185 e ss.

³⁴ Sem poder aqui abrir espaço para a temática do negócio jurídico ver A. SANTOS JUSTO, *Vontade e negócio jurídico no direito romano. Breve referência ao direito português*, in *Comemorações dos 35 anos do Código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Coimbra Editora, 2007, pp. 171-187.

Eduardo Vera-Cruz Pinto

de *obligatio* e aos seus efeitos jurídicos na realização da prestação, sem as deformações introduzidas por uma inadequada definição legal de obrigação³⁵.

O conceito de *obligatio* exigindo uma *actio* para cumprimento da obrigação de prestar do devedor satisfazendo o direito do credor recupera a intemporalidade anespacial da estrutura jurídica da *sponsio romana*³⁶. A relação fundada na *sponsio* continua a ser a base da *obligatio* entre credor e devedor.

A exequibilidade, por via de ação judicial, da prestação resultante de uma *obligatio* não precisa do momento da responsabilidade por já não ser possível ou querida pelo credor a realização da prestação. A execução da prestação é sempre possível ainda no momento obrigacional e não necessariamente no momento da responsabilização. Não uma execução como sanção, com base na responsabilidade pelo incumprimento da *obligatio*, que inaugura o dever de indemnizar³⁷.

O poder jurídico do credor sobre o património do devedor resulta da *obligatio*.

4. Conclusão

1. A obrigação por si só gera uma ação destinada a obrigar a pessoa a dar, fazer ou prestar aquilo a que se obrigou (por declaração de vontade) em termos patrimoniais; podendo cumprir a obrigação através da entrega de uma coisa³⁸ – a *res obligata* – ou de um montante que corresponda àquilo que é a sua dívida.
2. A obrigação, com a ação inerente e respetiva, não precisa de mais burocracia processual para ser cumprida. A complicação (substantividade teórica, generalidade, abstração) introduzida pela doutrina e adotada pelo legislador isolando o conceito de obrigação como mero direito do credor a um comportamento do devedor no sentido de cumprir (subjetividade), esvaziou-o de conteúdo jurídico e de operância judicial, alongando no tempo a entrada no património do credor do montante que o devedor está obrigado a dar-lhe.

³⁵ Em sentido contrário, por aceitar que a evolução que conduziu à definição legal respeitou o conceito jurídico criado no âmbito do direito romano ver M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 402.

³⁶ Ver C.A. CANNATA, *Perpetuatio obligationis*, em *Cuadernos Complutenses de Derecho Romano*, 1992, IV, pp. 49 e ss.

³⁷ Perspetiva diversa parece ter M. MARRONE, *Problemi di responsabilità del debitore nel regime dell'indebito: dal diritto romano ai codici italiani*, in *Cuadernos Complutenses de Derecho Romano*, 2003, XV, pp. 197 e ss.

³⁸ A *obligatio rei* guarda o núcleo conceptual de *obligatio*, como tem ensinado a doutrina especializada expressa com clareza por A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'“obligatio rei”*, cit. na forma salientada por J. PARICIO, *Del origen de la “obligatio”: “obligatio rei” y “obligatio personae”*, em *Revista de la Facultad de Derecho da la Universidad Complutense*, 1992, VIII, Madrid, pp. 267 e ss. republicado em J. PARICIO, *De la Justicia y del Derecho. Escritos misceláneos romanísticos*, Madrid, 2002, pp. 387-393, loc. de ref., p. 392. Para a relação geral do direito com a coisa ver M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. La cose e la natura*, Roma, 2001, pp. 11 e ss. – “il diritto e le cose”.

O conceito jurídico de *obligatio* e a definição legal de obrigação

3. Essa situação levou ao descrédito da intervenção judicial na cobrança de dívidas e ao uso dos tribunais por aqueles que, sendo devedores, sabem encontrar na burocracia processual o meio e o modo do incumprimento ou do *cumprimento vantajoso* apenas para quem deve. O credor confia no devedor³⁹ e nos tribunais; essa confiança é traída quando o devedor não paga e a sentença tarda e é injusta.
4. O recurso do credor ao *tribunal* para obter a satisfação do crédito (*agere per formulas*⁴⁰), impedindo a execução privada pelo credor, não significa deferir o momento do cumprimento para o fim de sentença transitada em julgado, mas a de concretizar logo, por decisão judicial, a entrada do montante em dívida no património do credor (como acontece hoje, indevidamente, com as dívidas fiscais do cidadão contribuinte em que o Estado, titular do poder judicial, é o credor) e ser o devedor a recorrer aos tribunais e sujeitar-se a um processo burocrático para anular, com argumentos que esgrimirá em contraditório com o credor.
5. A condenação do obrigado como devedor ao cumprimento da obrigação (coisa ou dinheiro) na época pós-clássica, em virtude da introdução no processo da *cognitio extra ordinem* – que permitiu ao magistrado um controlo efetivo de todo o processo⁴¹ (superando o *agere per formulas* – C. 2.57.1)⁴²; e a regra justinianeia (I. 4.6.32) de o juiz dever condenar sempre que possível e desde logo o obrigado em coisa certa ou em determinado montante⁴³ – dá a base romanística para a proposta que fazemos, em termos substantivos e adjetivos, para a interpretação judicial do artigo 397º do Código civil⁴⁴.

³⁹ Sobre a valor da *fiducia* (confiança), no Direito em geral ver *BFDUC, Suplemento XXXIV*, Coimbra, 1991, A.A. VIEIRA CURA, *Fiducia cum creditore*, pp. 1-285., loc. de ref., pp. 5 e ss.

⁴⁰ Introduzido pela *lex Aebutia de formulis*, de 130 a.C. (?).

⁴¹ Cfr. A. ROMANO, *Condanna “in ipsam rem” e condanna pecuniaria nella storia del processo romano*, in *Labeo*, XXVIII, 1982, pp. 147-149, loc. de ref. p. 149; e W. NEWCOMB HOHFELD, *Os conceitos jurídicos fundamentais aplicados na argumentação judicial*, trad. port. de Margarida Lima Rego, Fundação Caloust Gulbenkian, 2008, pp. 106 e ss., «Um direito in rem não é um direito “contra uma coisa”» e pp. 128 e ss. «Um direito ou pretensão multital (direito in rem) nem sempre é relativo a uma coisa, ie, aum objecto material».

⁴² Como ensina A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*, I, *Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos)*, Coimbra, 2011, pp. 388 e ss., agora o processo está apoiado no *imperium* do magistrado que verifica a veracidade dos factos alegados e dá a sentença.

⁴³ Consideramos o texto de Ulpiano em D. 6.1.68 (Ulp. 51 *ad ed.*) tem sido utilizado indevidamente para afastar a *condemnatio pecuniaria* dos incumpridores da obrigação de *facere*. Não podemos tratar da polémica suscitada a este respeito. Seguimos aqui a regra de D. 42.1.13.1 (Cels. 6 *dig.*): quem prometeu tem de pagar quantia certa em caso de incumprimento, apontada por A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*, I, cit., p. 407.

⁴⁴ D. MAGALHÃES, *A execução específica: alcance e limites da realização coactiva da prestação desde o direito romano*, cit., pp. 267 e ss., loc. de ref., p. 269, aponta exemplos de execução forçada, no âmbito do processo pelo magistrado, do obrigado que incumpriu a obrigação (C. 3.34.5; e C. 3.37.2).

Eduardo Vera-Cruz Pinto

6. A jurisprudência atual não dá resposta às exigências da vida dos negócios; à celeridade da vida atual; não responde aos problemas causados aos credores pelo incumprimento crónico de devedores; permite o uso do meio judiciário pelos incumpridores para tornar rentável o incumprimento.