

## A DISTINÇÃO ENTRE OBRIGAÇÕES DE RESULTADO E OBRIGAÇÕES DE DILIGÊNCIA

Revista dos Tribunais | vol. 778 | p. 755 | Ago / 2000  
Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 1 | p. 747 | Jun / 2011  
DTR\2000\629

**André Tunc**

**Área do Direito:** Geral  
**Sumário:**

1. A distinção entre obrigações de "resultado" e obrigações de "meios" - que sugerimos denominar "obrigações de diligência" - tem sido objeto de inúmeros estudos sem que se desfaça a incerteza que reina a respeito. Tão pouco, o assunto parece merecer um novo exame.

Em primeiro lugar, e em consideração a uma razão de ordem prática: a distinção, admitida pela primeira vez pela Corte de Cassação, na famosa decisão de 20.05.1936 relativa à responsabilidade médica, parece atualmente ter tomado assento definitivo na jurisprudência de nossa Corte Suprema.

Em seguida, em consideração a uma razão de ordem teórica, porquanto o interesse pela questão foi recentemente renovado. Com efeito, certo autor pensou tornar sem efeito a distinção, contestando a razão de ser que lhe havia sido geralmente reconhecida. Ora, até onde alcança nosso conhecimento, não foi tentada nenhuma forma de confrontação entre os dois sistemas, à exceção de alguns tratados, que lhe consagraram menções bastante restritas.

Abordaremos, pois, em primeiro lugar, a justificação da distinção (§1); a seguir, buscaremos a sua utilidade, sobretudo em relação ao sistema ao qual nós a confrontamos (§ 2); finalmente, concluindo em seu favor, examinaremos o seu alcance (§ 3).

### § 1.º - *Justificativa da distinção*

2. Introduzida por Demogue, na doutrina francesa moderna, modificada por Henri e Léon Mazeaud, que a consideravam uma *summa divisio* de todas as obrigações, delituais e contratuais, a distinção entre obrigações de resultado e de meios diz respeito ao objeto da obrigação, tendo, contudo, por razão de ser, uma repartição diferente do ônus da prova que incumbe aos contratantes, por ocasião de uma contestação.

De acordo com os termos do art. 1.315 do Código Civil: "Aquele que reclama a execução de uma obrigação deve prová-la (alínea 1). Reciprocamente, aquele que pretende liberar-se, deve justificar o pagamento ( *mais amplamente: a execução*) ou o fato que produziu a extinção de sua obrigação <sup>1</sup> (alínea 2)". Ora, enquanto a pessoa vinculada a uma obrigação de resultado deveria efetivamente estabelecer a execução do fato que produziu a extinção de sua obrigação, a responsabilidade do devedor de uma simples obrigação de meios não incidiria, a menos que o credor provasse a inexecução ou uma culpa determinada na execução. Recorrendo ao exemplo clássico: consiste a obrigação do médico em propiciar ao doente cuidados conscienciosos, atentos, de acordo com os dados científicos. Sua responsabilidade não seria exigida de pleno direito em virtude de um desfecho trágico da doença: ele não teria nem mesmo de provar que ministrou os cuidados apresentando as qualidades requeridas: seria preciso provar contra ele uma culpa determinada.

Assim, para justificar a distinção, é preciso ao mesmo tempo perquirir o seu sentido (A) e explicar-lhe o interesse essencial.

3. A) Talvez não tenhamos insistido suficientemente que, no fundo, toda obrigação contratual tem por objeto uma certa diligência do devedor, com exceção da obrigação, muito excepcional, de dar, no sentido latino do vocábulo, isto é, de transferir a propriedade de um bem (e não simplesmente entregá-lo) e igualmente a obrigação de não fazer. E apesar disto, a constatação se impõe, pois o homem não é um todo-poderoso a quem baste querer para realizar, mesmo sem esboçar um gesto. Ao contrário, perseguir o objetivo mais modesto pode exigir múltiplos preparativos sem que tenha

## A DISTINÇÃO ENTRE OBRIGAÇÕES DE RESULTADO E OBRIGAÇÕES DE DILIGÊNCIA

assegurado o sucesso.

Contudo, compreende-se que a observação seja raramente feita. Com efeito, o credor contrata para obter um certo resultado, e não com o desejo de impor uma diligência ao seu devedor. Assim, as partes, naturalmente, fazem deste resultado o objeto direto de sua obrigação. O marceneiro dirá que ele se comprometeu a fornecer uma mesa, o transportador, a entregar um objeto em determinada cidade, porém, se formos ao âmago das coisas, o que eles assumem ao contratar, aquilo que eles acrescentam a sua tarefa quotidiana, é a diligência necessária para construir a mesa, ou transportar o objeto.

A realidade psicológica não corresponde à realidade concreta.

Ora, neste conflito, o direito toma partido pela realidade psicológica. De vez que a diligência do devedor atinge normalmente seu objetivo, a técnica jurídica não se opõe, com efeito, a que o resultado seja colocado diretamente como objeto da obrigação: basta excepcionar o caso de força maior, isto é, de exonerar toda responsabilidade do devedor que não atingiu o resultado desejado porque encontrou um obstáculo que sua diligência não podia vencer. De todos modos, é assim, artificialmente, por uma contratação verbal que justifica a psicologia das partes e uma construção técnica que pode-se afirmar que a maioria das obrigações tem por objeto um "resultado", ou mais precisamente, são "de resultado".

4. Na verdade, nem todas o são. O médico, para limitar-nos a esse exemplo, não pode prometer a cura desejada pelo doente: esse resultado depende muito pouco dele, médico. Nem mesmo as próprias partes terão a idéia de dizer que ele se comprometeu a curar. Por outro lado, tecnicamente, isso não poderia ser admitido. De vez que torna-se normal que uma diligência apropriada não atinja o resultado desejado, com efeito, não mais se pode identificar as duas noções, ou pelo menos considerar, de alguma forma como intercambiáveis: é preciso retornar à realidade das coisas e resignar-se a cumprir a diligência, a qual é em si mesma, o objeto da obrigação. O médico não se compromete a curar, mas a prestar cuidados conscienciosos, atentos e conformes aos dados adquiridos pela ciência.

Ele se obriga a empregar os meios de que dispõe para chegar a um resultado que permanece externo ao contrato. O objeto da obrigação é distinto.

5. Compreende-se então que a terminologia proposta por Demogue seja freqüentemente criticada, pois os cuidados médicos são meios para obter uma melhor saúde, enquanto o objeto habitual da obrigação é o resultado desejado pelo credor. Contudo, se bem que o contrato obrigue sempre a uma diligência, parece-nos mais claro opor às obrigações de resultado as de pura diligência. Estas palavras evocam mais diretamente a diferença que nós vimos de observar no objeto das diferentes obrigações. Eles são mais precisos, afastam as confusões que se poderia fazer pelo fato de não enfatizar que os meios considerados por Demogue não são jamais materiais, e sim constituídos por uma simples diligência. Apesar dos inconvenientes de uma nova terminologia, parece-nos que há um interesse em propor o seu emprego.

6. Assim, percebe-se simultaneamente o critério da distinção: é o carácter aleatório, ou ao contrário, o carácter mais ou menos certo, do resultado querido pelo credor. A obrigação tem por objeto este resultado quando pode presumir que a diligência do devedor irá atingi-lo; no caso contrário, ela tem por objeto a própria diligência. Sem dúvida a diligência humana não pode jamais ter seu sucesso assegurado, e é isso que torna necessário o reconhecimento dos casos de força maior. Mas, é quando a álea é tão considerável que não mais se pode negligenciá-la, mesmo provisoriamente, e estabelecendo uma simples presunção, e que é necessário considerar como objeto da obrigação exclusivamente a diligência do devedor. A diferença entre as duas categorias de obrigações resulta das circunstâncias e não, em princípio, de uma diferença de grau ou de intensidade da obrigação. Mas esta diferença de circunstâncias conduz a uma inversão do ônus da prova, justificada para as obrigações de resultado pela presunção de que a diligência do devedor obterá o resultado desejado, a regra da prova do art. 1.315, alínea 2, cessa de sê-lo para as obrigações de pura diligência. É o que iremos defender mais longamente.

7. B) Como explicar este art. 1.315, cujas disposições vimos de referir?

A regra posta pela alínea 1a. se refere à independência dos diferentes indivíduos; ela se aplica pois

## A DISTINÇÃO ENTRE OBRIGAÇÕES DE RESULTADO E OBRIGAÇÕES DE DILIGÊNCIA

sem dificuldade a todas as obrigações. Mas, uma vez provada a existência de uma destas obrigações mais comuns (pagar uma soma de dinheiro, entregar um objeto, transportá-lo etc.) que são todas obrigações de resultado, a quem dever-se-ia, sem a alínea 2 do artigo 1315, impor o ônus da prova em caso de contestação? O devedor deveria estabelecer sua liberação? Ou seria, ao contrário, o credor que deveria provar a inexecução ou a culpa na execução?

8. Poder-se-ia considerar correta esta última solução. O credor, com efeito, articula um fato *a priori* um pouco excepcional, pois a maior parte dos contratos são executados normalmente.

Contudo, é fácil constatar que, de fato, o credor ao qual incumbisse a prova, se encontraria freqüentemente na impossibilidade de produzi-la. Supondo-se a insuficiência de recursos do devedor, para um pagamento, por exemplo, ou a construção de um móvel, como haveria de produzi-la? Se depararia, geralmente, diante de uma prova negativa indefinida, dizendo respeito, além disto, à atitude de outrem. E se a coisa transportada lhe chegasse às mãos estragada, como se informaria ele para estabelecer uma culpa precisa, em todos os atos de seu devedor e dos prepostos dele?

9. São estas, pois, as considerações da melhor aptidão para a prova que fazem adotar o sistema contrário, aquele do art. 1.315, alínea 2: o devedor deve provar a execução de sua obrigação. Ele pode fazê-lo sem grande dificuldade, não somente porque ele agiu, mas sobretudo porque sua diligência deve ter produzido resultado, isto é, alguma coisa fácil de constatar: um objeto, ou a sua existência em certo lugar ou em mãos de uma pessoa. No momento em que desaparece a prova material da execução de sua obrigação, quando, por exemplo, ele entrega a coisa que deve ou que transportou, o devedor exigirá do credor um recibo ou uma quitação, que doravante lhe será um meio de prova ainda menos contestável. Pode-se, então, afirmar que, em matéria contratual, a inexecução é presumida. Sem dúvida, a presunção é fundada em considerações de melhor aptidão para a prova, não sobre a justificação habitual das presunções: a verossimilhança dos fatos. Há pois presunção, porquanto o juiz, até prova em contrário, deve crer na inexecução.

10. Por fim, a inexecução ou o mau resultado da execução (por exemplo, o dano sobrevindo ao móvel transportado) podem se explicar por um motivo de força maior, de sorte que, como afirmávamos, não seria justo que o devedor respondesse. Mas, o sistema do art. 1.315 não leva a uma injustiça: uma vez admitida a inexecução ou a má execução, o devedor conserva a possibilidade de estabelecer o caso de força maior que as explique. A prova, mais uma vez, lhe será geralmente fácil, porquanto a força maior ocorreu como um obstáculo a sua própria diligência. Aliás, a presunção de culpa é aqui justificada pela semelhança: a força maior é bastante excepcional.

Desta sorte, pode o devedor ser presumido responsável, salvo se provar a execução da obrigação, o que suprime toda e qualquer contestação, ou de força maior.

11. Mas para as obrigações de pura diligência, como as do médico, toda a justificativa do sistema vem abaixo, pelo fato de que o objeto da obrigação não mais é constituído por um resultado tangível, mas sim por diligência efêmera, cuja essência é imperceptível. A verificação da execução não pode ser instantânea e, por assim dizer, material, pois ela exigiria um exame atento e constante da conduta do devedor. Então, não somente o médico não pode ser presumido responsável, quando o estado do doente não apresente melhoras, como ele também não necessita justificar que dedicou os cuidados dotados das qualidades requeridas. As considerações de melhor aptidão para a prova que, para as obrigações de resultado justificariam este ônus, cessam, com efeito, de influenciar. Ao contrário, elas parecem postular que o ônus da prova seja imposto ao credor. Enfim, as obrigações sendo geralmente executadas e convenientemente executadas, é normal presumir a sua execução correta.

A distinção assim entendida parece bastante clara e seu interesse revela-se importante. É preciso contudo examinar as críticas que lhe são dirigidas e o sistema pelo qual propõe-se substituí-la.

### § 2.º - Valor da distinção

12. Parece oportuno verificar, antes de mais nada, a solidez da distinção mediante um estudo das objeções que lhe são opostas (A), antes de examinar o sistema sugerido, de certa forma como uma "contraproposta" (B) e verificar se ele torna verdadeiramente inútil a distinção (C).

13. A) Inúmeras vezes contestou-se a própria possibilidade de uma distinção demonstrando a

## A DISTINÇÃO ENTRE OBRIGAÇÕES DE RESULTADO E OBRIGAÇÕES DE DILIGÊNCIA

relatividade daquilo que chamamos "meio" ou "resultado". Dizemos que um fato, especialmente pelo motivo de que ser objeto de uma obrigação, constitui necessariamente um resultado para o obrigado. Mas mesmo adotando a terminologia de Demogue, basta, para que a distinção seja fundamentada, que os fatos prometidos possam ter a qualidade de meios ou resultado, ainda que exclusivamente em relação ao credor. Ora, é incontestável que os bens tem um valor objetivo e que sua obtenção constitui, pois, um resultado; que certos atos são, eles também, desejados por si mesmos, enquanto outros constituem fins intermediários e provisórios, meios, na mente daquele que os persegue. Pode ser perigoso estabelecer em certos "casos-limite", como em qualquer outro, a distinção de "meios" e de "resultados" não é menos certa. E ela, a distinção, torna-se ainda mais clara quando se observa que os meios aqui considerados não são jamais materiais e que costuma-se opor às obrigações de resultado as obrigações de pura diligência.

14. Julien de la Morandière contesta pelo menos o interesse da distinção, fazendo notar que um litígio, em todos os contratos, obriga a examinar a diligência do devedor e a indagar se ele se conduziu como bom pai de família. Mas nada existe aí que possa nos surpreender. A realização de um resultado supondo sempre uma diligência - nossas explicações precedentes o estabeleceram suficientemente - todo problema de responsabilidade visualizado diretamente, fora das presunções, supõe que compara-se a diligência empregada de fato pelo devedor àquela que lhe impunha o contrato. E nós veremos que, salvo determinação distinta do conteúdo de obrigação pela lei ou pelos contratantes, a diligência imposta pelo contrato é certamente sempre aquela de um bom pai de família. Mas esta diligência, em certos casos, conduz normalmente à realização de um resultado, e é o que permite fazer incidir certas presunções que, conforme nós havíamos constatado, invertem as regras do ônus da prova que seriam de esperar.

15. Estas obrigações nos permitem ainda de não considerar como decisiva a observação de Ripert e Boulanger, segundo a qual as precisões trazidas pelas partes ao objeto da obrigação podem ser relativas ao resultado como aos meios. Quando a diligência do devedor deve normalmente obter um resultado, a obrigação, com todas as precisões que ela pode comportar, parece-nos regida pelo art. 1.315. Quando ela constitui o próprio objeto de obrigação, ela escapa a este artigo, malgrado as precisões de que fosse acompanhada.

16. B) Talvez mais do que estas observações, a sedução de um novo sistema, aquele que propõe M. Beinx, pôde levar autores recentes a abandonar a distinção entre obrigações de resultado e obrigações de pura diligência.

Se a responsabilidade do médico, para retomar este exemplo, deve estar subordinada à prova de uma culpa, isto não ocorreria por ser o objeto da obrigação particular, mas porque o objeto da *contestação* não é o objeto habitual.

De uma maneira geral o credor deve provar a obrigação que ele invoca (art. 1.315, alínea 1); o devedor, a execução (art. 1.315, alínea 2). Mas se a questão da qualidade da execução se coloca (o que ocorre normalmente em matéria de responsabilidade médica), é novamente ao credor que incumbe o ônus da prova: ele deve estabelecer o vício da execução. Com efeito, costuma-se afirmar, inspirando-se das notas de Martin, consideradas clássicas, o devedor provou suficientemente a execução, conforme ao art. 1.315 alínea 2, quando estabeleceu os seus elementos essenciais. Pode-se então presumir uma execução perfeita e é o credor que incumbirá a prova do vício de execução - vício do qual o devedor poderá ainda se exonerar, retomando o ônus da prova demonstrando que ele é devido a um caso de força maior.

Desta sorte, o ônus da prova passa de uma das partes à outra segundo a questão posta - execução em si mesma, ou então qualidade ou modalidade de execução. Talvez, neste caso, não seja necessário distinguir entre obrigação de pura diligência e obrigação de "resultado". Sem dúvida o doente deveria normalmente provar a culpa do médico. Contudo, se a questão foi colocada, o médico deveria antes provar pelo menos que prestou cuidados. Que pensar desta conclusão?

17. C) Se a distinção do objeto da prova parece impor-se, e se ela parece de uma simplicidade que contrasta com as dificuldades que suscitaram a distinção das obrigações, podemos duvidar que ela a substitua.

Ela é, com efeito, bem diferente e não se percebe porque uma exclui a outra. Ao contrário, a distinção do objeto da constestação não pode, em nossa opinião, senão completar aquela que nós

## A DISTINÇÃO ENTRE OBRIGAÇÕES DE RESULTADO E OBRIGAÇÕES DE DILIGÊNCIA

defendemos e isto se constata sob dois pontos de vista.

18. Adotada isoladamente, a distinção de objeto da contestação deixa sem resposta o problema do objeto da obrigação, que ocorre às vezes na prática. Sem dúvida, é fácil dizer que a obrigação do médico é normalmente de cuidar, não de curar. Mas a obrigação do locador do imóvel, que instalou um zelador, seria a de impedir roubos na casa de seus locatários, ou de somente fazer vigiar seus apartamentos? A obrigação do banco que coloca cofres-fortes à disposição de sua clientela é a de permitir a retomada dos bens que aí serão depositados, ou somente de assegurar-lhes cofres sólidos e bem guardados? Tantas questões delicadas tornam precioso o critério que traz, como constatado, o estudo da distinção das obrigações segundo seu objeto: diremos que o locador do imóvel não tem a obrigação de impedir roubos, porque uma vigilância correta de seu preposto não pode proteger assaz eficazmente os locais locados. E que o banco deve permitir a seus clientes retomar os objetos que foram depositados em seus cofres, porque uma execução correta de suas obrigações permite normalmente esta retomada.

19. Por outro lado, é interessante no que se refere às obrigações que nós consideramos como de "resultado", a distinção do objeto de litígio parece inaplicável às obrigações de "pura diligência".

Já no que tange às obrigações de resultado, sua simplicidade é freqüentemente apenas aparente e sua execução difícil. Diríamos, por exemplo, que uma inexecução parcial ou uma execução com atraso constituem execuções defeituosas, ou execuções parciais ou temporárias? Segundo a resposta a esta pergunta, assaz embaraçosa, é preciso reconhecê-lo, o ônus da prova recairá sobre um ou outro dos litigantes. Questão de fato, respondemos. Mas retornamos então diretamente à idéia que as pretensões judiciais podem ser estabelecidas mediante "probabilidade suficiente" e a utilidade do critério que acreditávamos dela deduzir torna-se duvidosa.

Em todo caso, a distinção de objeto da constestação nos parece inteiramente inaplicável às obrigações de pura diligência. Ela é sem interesse, porque, nestas obrigações, a contestação diz respeito, na prática, apenas sobre a qualidade da diligência. O fato de que o médico tenha dispensado cuidados é, em geral, ainda menos contestado pela razão que, é quase sempre reconhecendo a existência dos cuidados, que o doente, conformemente, à primeira alínea do art. 1.315, provará o contrato médico. E ela é mesmo injustificada, porque nas obrigações de pura diligência a qualidade constitui o todo da obrigação; se uma diligência mesmo perfeita deixa aleatório o resultado desejado, uma diligência descuidada o compromete quase que com certeza. Sobretudo em relação a este aspecto, "nada é tão perigoso quanto um amigo ignorante". E não se pode, apenas pela presença do médico ao lado do enfermo, concluir pela qualidade dos cuidados ou pela presença do advogado no tribunal, deduzir a eficácia da defesa: isto seria autorizar a somente provar o que é uma condição de execução e não a execução em si mesma. Se, pois, o devedor deve provar os elementos essenciais de sua obrigação, deve neste caso provar que cuidou *bem* ou que defendeu bem. E se não quisermos impor-lhe esta prova, é preciso aceitar, em princípio, uma inversão do ônus da prova.

20. Um único argumento pode, parece-nos, ser oposto, senão à própria distinção das obrigações, pelo menos à exceção que ela pretende trazer para as obrigações de pura diligência às regras do código: é que a derrogação não é autorizada por nenhum texto. A objeção é embaraçosa para quem quer aplicar escrupulosamente a lei. Mas, se o princípio "*cessante ratione legis, cessat lex*" não parece dever intervir a não ser quando a lei não delimite seu próprio campo de aplicação, a jurisprudência não hesita, de fato, em subtrair deste as áreas onde a regra legal perde sua razão de ser: é o que ela faz em relação à matéria.

Não poderíamos reprová-la, sobretudo porque trata-se, na espécie, de uma regra de natureza técnica, e não de uma regra material. Além disso, não se pode conceber como justo, que uma parte mantenha uma atitude estritamente passiva e não se esforce em deixar claro aquilo que afirma, mesmo que o ônus da prova caiba ao adversário. Desta sorte, ainda que, nas obrigações de pura diligência, a jurisprudência tenha mantido em princípio o ônus da prova a cargo do devedor, os tribunais teriam podido atribuí-lo ao credor, considerando que o devedor, em relação, não somente aquilo que afirma, mas sobretudo em relação à dificuldade que ele teria em estabelecer mais, fez uma "prova suficiente" daquilo que alega.

§ 3.º - Alcance da distinção

## A DISTINÇÃO ENTRE OBRIGAÇÕES DE RESULTADO E OBRIGAÇÕES DE DILIGÊNCIA

21. Estabelecida assim a distinção, é preciso determinar o seu alcance nos planos teórico (A) e prático (B).

22. A) Se a dimensão deste estudo não nos permite julgar da oportunidade de estender a distinção ao campo delitual, gostaríamos de indagar se, pelo menos no âmbito contratual, ela acarreta outras consequências além da inversão do ônus da prova.

A maior parte dos autores partidários da distinção lhe conferem, com efeito, um segundo interesse. Pretendem com ela explicar a oposição que se pode extrair dos arts. 1.137<sup>2</sup> e 1.147<sup>3</sup> do Código Civil, o primeiro impondo ao devedor uma diligência de *bom pai* de família na execução de suas obrigações, o segundo tornando-o responsável pela inexecução, a menos que ela seja justificada por um caso de força maior.

Esta opinião, contudo, não nos parece exata. Ao lado do art. 1.147, que desenvolve e explicita o art. 1.315 na hipótese em que a inexecução é revelada, o art. 1.137 parece-nos fixar, de uma maneira geral o conteúdo da obrigação. Todos os nossos autores antigos e todos os modernos, quando não procuram resolver uma contradição aparente, reconhecem a generalidade da aplicação do critério do *bom pai de família*. E a que diligência seria o credor obrigado? A diferença entre as obrigações de pura diligência e as obrigações de resultado não é, enfatizemos, uma diferença de intensidade, mas somente uma diferença de objeto, resultante das circunstâncias.

23. Não se deve, pois, atribuir à distinção consequências outras que aquelas decorrentes de uma mudança de objeto. Mas, na verdade, não é certo que, nesta direção, as pesquisas tenham sido desenvolvidas mais além. Assim, pois, a diligência do devedor merecerá sua remuneração quando ela é em si mesma o objeto da obrigação, contudo nada obterá, ainda quando o resultado, seu objeto, tenha sido atingido, se encontre diminuído pelo caso fortuito, antes de sua entrega pelo devedor.

Outras indagações farão surgir novos interesses. Não faz muito que a diferença foi percebida, e é sempre mui lentamente que uma verdade desabrocha e revela o seu alcance.

24. B) Esta restrição referente ao interesse doutrinário da distinção acarreta uma diminuição do âmbito que é, algumas vezes, atribuído às obrigações de pura diligência.

Com efeito, ela proíbe considerar sistematicamente como tais as obrigações que impõem ao devedor de conduzir-se como *bom pai de família*, ou com prudência e diligência. A nosso ver (o que torna sem alcance certas críticas, v. supra § 2, A), somente o serão as obrigações onde a diligência é única e diretamente tomada como objeto. Essas obrigações são muito menos freqüentes.

Seria necessário pelo menos considerar como obrigações de pura diligência todas aquelas que assumem os titulares de profissões liberais, sendo estas profissões consideradas opostas aos denominados *ofícios*?

A opinião seria demasiado rigorosa. Demogue, a quem é atribuída, não percebeu entre as duas distinções senão uma coincidência habitual: o resultado, diz ele, no que se refere ao ofício, pode ser *quase seguro*, com a técnica apropriada.

Conseqüentemente, é preciso retornar ao critério único da aléa do resultado querido pelo credor, para determinar as obrigações de pura diligência. É isto o que configura a sua raridade, pelo menos como obrigações principais, pois o credor pretende, em geral, somente aquilo que ele pode normalmente obter do devedor.

25. De fato, a jurisprudência oferece poucos exemplos de tais obrigações além da obrigação do médico. Ainda esta última seria ela em todos os seus aspectos uma obrigação de pura diligência? Não existem doenças que se podem normalmente curar? E certas intervenções cirúrgicas quase totalmente isentas de riscos?

Contudo, certos contratos, fundados numa relação de amizade, geram comumente uma obrigação de pura diligência, cabendo indagar se eles constituem verdadeiras operações jurídicas: o compromisso de fazer os preparativos para um casamento ou a obtenção de um favor.

Por outro lado, a obrigação de pura diligência nasce às vezes de uma cláusula de

## A DISTINÇÃO ENTRE OBRIGAÇÕES DE RESULTADO E OBRIGAÇÕES DE DILIGÊNCIA

"irresponsabilidade". A inversão do ônus da prova que a jurisprudência faz geralmente derivar desta cláusula, se explica, com efeito, em certos casos, pela substituição desta obrigação por uma de resultado. O devedor que poderia prometer uma diligência bastante para que um resultado seja quase que totalmente atingido, vê-se autorizado a uma diligência menos intensa - muitas vezes a diligência habitual na matéria -, o que o torna (o resultado) aleatório.

Enfim, a obrigação de diligência se encontra muito freqüentemente como obrigação acessória de uma obrigação de resultado, criada pelo contrato, como principal. Isto ocorre, por exemplo, cada vez que um co-contratante (transportador, empresário de jogos, de esportes etc.) é obrigado a uma certa diligência, tendo em vista evitar acidentes que pudessem ocorrer a seu co-contratante, sem que, contudo, a jurisprudência lhe imponha uma "obrigação de segurança". O mesmo ocorre em relação à obrigação de vigilância que assume o locador do imóvel sobre os locais locados, pelo menos quando os locatários são múltiplos e que ele contratou um zelador. A *Cour de Cassation* consagra, pelo menos implicitamente, sua obrigação de vigilância, mas declara que ele não é responsável "a menos que a ocorrência do roubo se relacione, por um vínculo direto de causalidade, a uma culpa determinada do próprio locador ou de seus prepostos". Decisão justificada, porquanto a vigilância do zelador não pode ser nem permanente, nem tão pouco, de uma eficiência total. O roubo não permite então presumir-se a culpa, e o locador não assume a obrigação de impedir o roubo, mas tão-somente a de guardar o local.

### Conclusão

26. Assim, parece adequado que se possa distinguir, pelo seu objeto, duas categorias de obrigações: as obrigações de pura diligência e aquelas que podemos denominar "de resultado".

Reconheçamos que a distinção não é fundamental. Seu interesse se limita quase a uma inversão do ônus da prova - e sabemos que esta questão possui geralmente menos importância na prática do que em teoria. Por outro lado, sem ser excepcional, a obrigação de pura diligência é bastante rara, pelo menos como obrigação principal, originária de um contrato. A obrigação de resultado constitui, pois, o direito comum da obrigação: flanqueada por um lado, pela obrigação de pura diligência, o que ela é, aliás, e de outro, pela obrigação de garantia, em que os casos de força maior são assumidos pelo devedor.

Contudo, a distinção permanece útil. Primeiro, porque ela corresponde, acreditamos, a uma realidade. Em seguida, porque só ela permite submeter as obrigações de pura diligência ao regime particular que parece oportuno. E enfim, porque ela resolve o problema do objeto da obrigação, que ocorre muitas vezes na prática. Desta forma, nós nos perguntamos qual é a obrigação do banco relativamente aos bens depositados em seus cofres-fortes, do locador do imóvel quanto aos bens de seus locatários, e o que discutimos longamente, as obrigações do médico. A pesquisa sobre a distinção permite estabelecer um critério: o resultado querido pelas partes (na espécie, a restituição dos bens depositados no cofre ou trazidos pelos locatários, ou a cura do doente) será objeto da obrigação, a menos que ele não seja demasiado aleatório, para que o defeito no seu adimplemento possa permitir a presunção de uma culpa do devedor. O critério pode parecer vago. Não obstante, nós o aplicamos sem dificuldade e a experiência prova que ele permite quase sempre dar uma resposta correta.

### Nota da Tradutora:

Necrológio (a partir de dados publicados no jornal *Le Monde*, de Paris, e pesquisa junto à Société de Législation Comparée)

Nascido em 3 de maio de 1917. Professor universitário, ensinou primeiro em Grenoble, o direito comercial, e mais tarde, o direito das obrigações. Redigiu então a 5.<sup>a</sup> edição da obra dos irmãos Mazeaud, antes de ser nomeado, em 1958, na Faculdade de Direito de Paris. Neste meio tempo foi consultor jurídico no Fundo Monetário Internacional (1947-1950). Sua estada nos Estados Unidos o encorajou a estudar o direito deste país, tendo publicado três volumes de introdução ao Direito Americano. Muitos de seus artigos, em particular aqueles sobre as *Securities and Exchange Commission*, são, sem dúvida, a origem da Comissão das Operações de Bolsa francesa.

Em permanente relação com a Inglaterra, criou, em parceria com uma faculdade inglesa, o mestrado duplo, franco-inglês, em pleno desenvolvimento hoje em dia. Desempenhou também missões no

## A DISTINÇÃO ENTRE OBRIGAÇÕES DE RESULTADO E OBRIGAÇÕES DE DILIGÊNCIA

Japão e em numerosos países, como na Tunísia, onde deixou inúmeros amigos, da mesma forma que na Argélia, no Marrocos e na África negra. É célebre sobretudo por sua contribuição à reparação pelos acidentes de trânsito (lei Badinter, de 1985).

Dentre outros cargos, foi consultor jurídico da Comissão Econômica para a Europa.

(Genebra, 1957-1958): professor na Faculdade de Direito de Paris, depois na faculdade de Paris I, de 1958 a 1984; depois desta data, foi agraciado com o título de professor emérito da Universidade de Paris I, onde permaneceu lecionando até poucos anos antes de seu desaparecimento.

Foi igualmente professor associado nas Universidades de Tulane (1954), Pennsylvania (1960), Oxford (1970), Cambridge (1972), Laval (1974) e Genebra (1985).

De 1980 a 1984, foi um atuante vice-presidente da Société de Législation Comparée, e, desde 1985 até seus últimos dias, vice-presidente do Centro Francês de Direito Comparado.

Modesto, não ambicionava as posições de destaque, para consagrar-se unicamente à pesquisa e ao ensino, que desempenhou com alegria até a idade de 80 anos. Foi um professor muito amado por seus alunos.

Faleceu em Paris, aos 16 de setembro de 1999.

Suas obras mais conhecidas são:

*Le droit des États Unis d'Amérique*, em colaboração com sua esposa, Suzanne Tunc (1955);

*Le droit anglais des sociétés anonymes* (1977, primeira edição, a qual se seguiram muitas outras, sendo a última de 1997);

*Le droit américain des sociétés anonymes* (1985).

Colaborou com centenas de artigos em revistas jurídicas, dentre as mais importantes do mundo.

No Brasil, sua influência foi muito importante, pois toda uma geração de destacados juristas brasileiros, sobretudo aqueles dedicados à advocacia comercial internacional, teve em André Tunc um grande e inesquecível Mestre.

---

(\*) TUNC, André. in *Jalons - Dits et Écrits d'André Tunc*, ed. pela Société de Législation Comparée, 1991. p. 135-144. Tradução de Véra Jacob de Fradera, Advogada em Porto Alegre, professora na Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

(1) Art. 1.315: *Aquele que reclama a execução de uma obrigação deve prová-la. Reciprocamente, aquele que se pretende liberado, deve justificar o pagamento ou o fato que produziu a extinção de sua obrigação* (nota da tradutora).

(2) *A obrigação de velar pela conservação da coisa, seja quando a convenção tenha por objeto a utilidade de apenas uma das partes, seja quando ela tenha por objeto sua utilidade comum, submete aquele que dela está encarregado, a tomar todos os cuidados de um bom pai de família. Esta obrigação é mais ou menos extensa relativamente a certos contratos, cujos efeitos, em relação a isto, são explicados nos títulos que os referem* (nota da tradutora).

(3) *O devedor é condenado, quando couber, ao pagamento de perdas e danos, seja em razão da inexecução da obrigação, seja em razão do atraso na execução, todas as vezes que não justifique que a inexecução provém de causa estranha, que não lhe pode ser imputada, mesmo que não esteja de má-fé* (idem).