

Doutrina

A OBRIGAÇÃO DE MELHORES ESFORÇOS (BEST EFFORTS)

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

1. Às tradicionais classificações em matéria de obrigações, distinguindo as categorias tendo em vista o conteúdo ou o sujeito da prestação, muitas delas perfilhadas pelo Código Civil, tem sido adicionada a que procura contrastar as *obrigações de meio* às *obrigações de resultado*. A distinção é geralmente atribuída a Demogue, que a formulou incidentalmente ao tratar do problema da repartição da prova em matéria de obrigações contratuais e delituais, no Tomo V de seu *Traité des Obligations*, publicado em 1928. Em certas relações de obrigações, o devedor está adstrito a observar um determinado comportamento na consecução de um resultado, competindo ao credor a prova de que tal não ocorreu.¹ Em outras, ao contrário, o cumprimento da obrigação só se verifica quando o resultado almejado é atingido, sem o que a obrigação se considera inadimplida, competindo ao devedor provar que a falta do resultado ocorreu sem culpa. As primeiras são

chamadas de *obrigações de meio*; as segundas, de *obrigações de resultado*.

2. Ou seja, nas obrigações *de resultado*, o cumprimento só se verifica quando o devedor atinge um resultado certo e determinado em benefício do credor; nas *de meio*, a prestação não consiste num resultado certo e determinado a ser produzido pelo devedor, mas simplesmente numa atividade diligente em favor do credor. Nas primeiras, a inexecução se dá quando não se atinge o resultado almejado; nas segundas, a inexecução se caracteriza pelo desvio de certa conduta ou na omissão de certas precauções, sem se cogitar do resultado final.

3. A distinção logo obteve acolhida na doutrina francesa e alcançaria consagração definitiva na Corte de Cassação, em célebre aresto, de 1936, referente à prestação de serviços médicos, sendo relator Louis Josserand. A terminologia ainda hoje é inconstante, tendo Henri Mazeaud, que foi dos primeiros a adotá-la, proposto a substituição da díade *obrigação de meio* e *obrigação de resultado* pelas expressões "obrigações determinadas" e "obrigações gerais de prudência e diligência". André Tunc fala em "obrigações de resultado" e "obrigações de diligência". No direito italiano, Betti prefere se referir a "obrigações de conduta", e Mengoni, a "obrigações de simples comportamento", para caracterizar as obri-

1. Geneviève Viney, *Traité de Droit Civil. Les Obligations*, t. IV, Paris, LGDJ, 1982, pp. 629 e ss., "La reception par le droit positif de la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat"; Boris Starck, *Droit Civil. Obligations*, t. 2, 2ª ed., Litec, 1986, pp. 345 e ss.; Fábio Konder Comparato, "Obrigações de meios, de resultado e de garantia", in *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, pp. 521 e ss.; Fábio Konder Comparato, *Essai d'Analyse Dualiste de l'Obligation en Droit Privé*, Paris, Librairie Dalloz, 1964, pp. 36 e ss.

gações de meio em contraste com as obrigações de resultado. Há, em suma, certas obrigações cuja prestação não consiste em um resultado preciso a ser alcançado pelo devedor, mas simplesmente numa atividade diligente deste em benefício do credor.

4. Embora a paternidade da distinção tenha sido atribuída a Demogue, lembra Mengoni, em conhecido comentário,² que ela já era ensaiada na doutrina germânica nos fins do século XIX, nos trabalhos preparativos do Código Civil alemão. Refere-se Mengoni aos estudos de Bernhoeft e de Fischer. Para o primeiro, toda relação de obrigação implica na consecução de um certo resultado, mas há relações em que o devedor é obrigado a fazer apenas o que está em seu poder para conseguir o resultado, independentemente de atingir o escopo final, enquanto em outras têm-se em vista o resultado em si mesmo, e aí a obrigação não se extingue senão quando o resultado é alcançado. Mais tarde, Fischer retomaria a elaboração de Bernhoeft, dividindo as obrigações quanto ao conteúdo, em *subjetivas* e *objetivas*. Nas primeiras, o *id quod debetur* nada mais seria do que um *esforço pessoal* na direção de um resultado em si mesmo não compreendido no vínculo obrigacional; nas segundas, o resultado final seria o próprio conteúdo do vínculo obrigacional, de modo que o cumprimento só se verificaria quando o resultado em si fosse atingido.

5. Exemplos típicos de obrigações de meio ou de diligência são as assumidas nos contratos de prestação de serviços profissionais, como os providos por médicos e advogados. Em ambas as hipóteses, o conteúdo das obrigações é o comportamento diligente do profissional: médicos e advogados se comprometem a atender o paciente ou a servir o cliente da melhor forma possível, não se propondo, contudo, a con-

seguir a efetiva cura de certo mal ou o sucesso de determinada demanda. Não há culpa presumida, nem responsabilidade objetiva do médico ou do advogado, pelo desfecho funesto ou desfavorável. Em síntese, embora o resultado seja a *causa* determinante do contrato, o *conteúdo* da obrigação não é o resultado em si, mas a atividade desenvolvida pelo devedor, isto é, o *meio* tendente a produzir o resultado apontado.

6. A distinção em apreço, encarada como uma tentativa de introduzir uma nova classificação, de amplo espectro, nas relações de obrigação na vida privada, logo se disseminou pelos países europeus, tendo sido alvo de pronta recepção pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, mormente no quadro das atividades profissionais, onde, aliás, nasceu. Assim, vários são os acórdãos do Tribunal de Alçada de São Paulo e do Tribunal de Justiça de São Paulo que agasalham a distinção:

O médico só se obriga a cuidar do doente e a tratá-lo convenientemente. Trata-se de uma obrigação de diligência e não de resultado (ap. civ. 39.893, Rel. Pacheco de Matos, RT 309/475).

O fato de a operação não haver trazido cura ao paciente não o isenta de pagar o serviço médico-cirúrgico que lhe foi prestado. Via de regra, o médico só se obriga a cuidar do doente e tratá-lo convenientemente, na conformidade dos dados adquiridos pela ciência. Trata-se, em regra, de uma obrigação de diligência não de uma obrigação de resultado. Salvo estipulação excepcional, o médico ou o cirurgião não se obriga a curar o doente (ap. civ. 27.067, Rel. Lafayette Salles Jr., RT 283/641).

A obrigação que o advogado assume para com o cliente é uma obrigação de meios e não uma obrigação de resultado. Se agiu corretamente, com diligência normal, na demanda, tem direito a honorários, ainda que não obtenha êxito (5ª CCível, ap. civ. 148-419, Rel. Rodrigues de Alckmin).

7. O *conteúdo* da prestação nas obrigações de meio consiste, pois, no compor-

2. Luigi Mengoni, "Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi", in *Rivista del Diritto Commerciale*, Parte I, pp. 185 e ss., Parte II, pp. 280 e ss. e Parte III, pp. 366 e ss., Milão, Vallardi, 1954.

tamento diligente do devedor dirigido a um determinado resultado, que não está, contudo, compreendido no vínculo obrigacional. Toda obrigação comporta naturalmente um resultado, que corresponde à sua utilidade econômico-social, mas nem sempre esse resultado faz parte do conteúdo da prestação, exercendo tão-somente a função de “motivo” do vínculo obrigacional. Assim, nas chamadas obrigações de meio, o conteúdo da prestação não é o resultado a ser produzido pelo devedor, mas a *atividade diligente* deste orientada no sentido da produção do resultado, em benefício do credor.

8. O *princípio da diligência* aplica-se, por certo, a todas as obrigações. No adimplemento das obrigações, seja qual for a sua natureza, o devedor deve sempre se comportar como o *bonus paterfamilias* agiria, isto é, com a diligência usual do homem que cuida equilibradamente dos seus próprios interesses. Esse dever de diligência, aferido pela comparação a esse tipo ideal, sem gradação, é exigido com relação aos devedores em geral. Nas obrigações de meio, porém, a diligência há de ser apurada *in concreto*, porque é o comportamento diligente o próprio objeto da obrigação, levando em conta (a) as qualidades ou atributos próprios do devedor, e (b) a natureza dos atos que devem ser prestados. Pois tal seja a natureza das obrigações ou a situação do devedor, o conteúdo da obrigação de meio varia, comportando uma apreciação ora mais, ora menos rigorosa. Assim, no adimplemento de obrigações correspondentes ao exercício de determinadas atividades profissionais, sempre se exige do devedor um comportamento adequado às regras institucionais que normalmente as presidem. Da mesma forma, certas obrigações assumidas pelo devedor exigem uma diligência que deve ser apreciada concretamente, dentro das circunstâncias que a cercam.

9. Essa classificação também pode ser encontrada no *Common Law*. Também ali a obrigação é encarada como um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa se

compromete a produzir um resultado determinado em proveito de outra. É a definição clássica dos romanos, incorporada às *Institutas* (Livro III, Tít. 14): “*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iure*”, que poderia ser traduzida como: “obrigação é o vínculo jurídico ao qual nos submetemos coercitivamente, sujeitando-nos a uma prestação, segundo o direito de nossa cidade”. Mercedamente, esse conceito de obrigação tem a preferência dos juristas do *Civil Law*, em virtude das interpretações que a expressão *solvere rem* comporta. Tomada no sentido literal e restrito de “pagar uma coisa”, não abrange todas as espécies de obrigação, mas na acepção ampla de prestação admite uma diversidade de deveres jurídicos.

10. A teoria da *performance* no Direito anglo-americano é dominada pelo princípio da *reasonable expectation*, com idêntico elástico, o que permite distinguir obrigações contratuais suscetíveis de uma prestação específica e completa (*full and exact performance*) e obrigações sujeitas a graus inferiores da perfeição razoavelmente prevista, apurando-se, porém, um esforço honesto da parte do devedor na execução da prestação (*best effort*), que inibiria uma reposição das partes ao estado anterior, através da devolução da contraprestação (*consideration*). Nessa hipótese, o credor não poderá argüir o inadimplemento contratual, se sua pretensão não se fundar numa *reasonable expectation* em relação ao resultado previsto.

11. Dessa distinção para a identificação no direito anglo-saxão das obrigações “de melhores esforços” (*duties of best efforts*), ou seja, das obrigações de meio, foi apenas um passo. Segundo os comentaristas,³ esse *dever dos melhores esforços* apareceria de três formas: algumas vezes o próprio contrato explicitamente limita a

3. E. Allan Farnsworth, *Farnsworth on Contracts*, v. 1, 2ª ed., Aspen, Aspen Law, 1998, pp. 130 e ss., e v. 2, pp. 350 e ss.

obrigação do devedor a despende os melhores esforços; outras vezes, a linguagem literal do contrato aponta para um resultado determinado, mas é interpretado como de melhor esforço; por fim, há os casos em que a redação do contrato é omissa, mas as Cortes impõem o dever dos melhores esforços. Em linhas gerais, tais obrigações dizem respeito a atividades em que se considera impossível que o devedor execute sua prestação sem um mínimo de desvio, devido às limitações normais da habilidade humana.

12. A decisão clássica sobre o assunto é de 1927 e se deve ao *Justice Cardozo*, então na Corte de Apelação de Nova Iorque, em que fala de *reasonable efforts* no caso *Wood vs. Lucy Duff-Gordon (NE 214, 218 (NY 1917))*. Lady Duff-Gordon, uma criadora de modas, autorizou a Wood a utilizar-se comercialmente, pelo período de um ano, de desenhos de vestidos de sua lavra, desde que a ela fosse reservada metade dos lucros. Como a Wood nada fez para comercializar os desenhos, no período apontado, a licenciadora continuou a comercializar os modelos, o que levou a Wood a acioná-la. O Tribunal indeferiu o pleito da Wood, asseverando que ficara implícito que nesse período caberia à licenciada fazer “esforços razoáveis” para comercializar os modelos. Ou seja, havia no contrato uma obrigação de diligência a cargo da empresa licenciada. Hoje, o *leading case* sobre a matéria é o julgado da Suprema Corte de Minesota, de 1978 (*City of Mounds View vs. Walijarvi, 263 NW 2d 420, 424 (Minn. 1978)*), frequentemente citado como marco orientador das obrigações de meio no direito norte-americano: “Architects, doctors, engineers, attorneys, and others deal in somewhat inexact sciences and are continually called upon to exercise their skilled judgment in order to anticipate and provide for random factors which are incapable of precise measurement. The indeterminable nature of these factors makes it impossible for professional service people to gauge them with complete accuracy every instance... Be-

cause of the inescapable possibility of error which inheres in these services, the law has traditionally required, not perfect results, but rather the exercise of that skill and judgment which can reasonably be expected from similarly situated professionals”.

13. Respondendo à pergunta de como aferir os esforços despendidos pelo devedor em cada caso concreto, de forma a concluir que eles foram, de fato, os melhores e mais razoáveis, a jurisprudência norte-americana se manifesta no sentido de que se deveria imaginar, para essas hipóteses, qual seria a conduta que uma terceira pessoa equilibrada tomaria, em condições e circunstâncias similares, o que, ao fim e ao cabo, corresponde exatamente ao nosso padrão abstrato do *vir bonus*: “a lessee that is bound to use best efforts under a mineral lease on a royalty basis must conform to, and be governed by, what is expected of persons in the industry of ordinary prudence under similar circumstances and conditions, having due regard for the interest of both contracting parties” (*Nordan Lawton Oil & Gas Corp. vs. Shore, 72 F2d 193 (10th Circ. 1934)*).

14. Nos Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais (*Principles of International Commercial Contracts*) da UNIDROIT, de 1994,⁴ que pretende ser um texto uniforme para os países do *Common Law* e do *Civil Law*, é acolhida, no artigo 5.4, a distinção entre a obrigação de resultado (*duty to achieve a specific result*) e a obrigação de meio (*duty of best efforts*), sendo definido o *duty of best efforts* como aquele que requer da parte devedora “to make such efforts as would be made a reasonable person of the same kind in the same circumstances” (artigo 5.4(2)).

15. E no artigo 5.5, subsequente, os *Principles* estabelecem os critérios para a determinação da natureza da obrigação envolvida, se de meio ou de resultado, e que seriam: (a) a natureza da obrigação expres-

4. Publicado pelo International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Roma, 1994, ppp. 103 e ss.

sa no contrato; (b) o preço ou outras condições do contrato; (c) a álea de risco contratual; e (d) o grau de influência do credor na execução da prestação. Determinadas atividades, mormente quando relativas a atividades profissionais, envolvem sempre obrigações de meio. Cláusulas vinculando o preço ou penalidades ao sucesso apontam para obrigações de resultado. Obrigações

que tendem à realização de resultados aleatórios são indicativos de obrigações de meio. Obrigações que conjugam a álea contratual à participação mais ou menos ativa do credor na execução, via de regra, são indícios de qualificação de obrigações de meios. Esses critérios simplesmente reproduzem aqueles que são geralmente adotados pelas várias legislações.