

# *A obrigação como processo*

Clóvis V. do Couto e Silva



DIRETORIA



ISBN 85-225-0581-0

Copyright © 2006 Clóvis V. do Couto e Silva

Direitos desta edição reservados à  
EDITORA FGV  
Rua Jornalista Orlando Dantas, 37  
22231-010 — Rio de Janeiro, RJ — Brasil  
Tels.: 08000-21-7777 — 21-2559-4427  
Fax: 21-2559-4430  
e-mail: editora@fgv.br — pedidoseditora@fgv.br  
web site: www.fgv.br/editora

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Todos os direitos reservados. A reprodução não autorizada desta publicação,  
no todo ou em parte, constitui violação do copyright (Lei nº 9.610/98).

*Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade do autor.*

1ª edição — 2006  
1ª reimpressão — 2007  
2ª reimpressão — 2008  
3ª reimpressão — 2009

Revisão de originais: Thalita Prado da Silveira

Editoração eletrônica: FA Editoração

Revisão: Fatima Caroni e Marco Antonio Corrêa

Capa: aspecto:design

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca  
Mario Henrique Simonsen/FGV

Silva, Clóvis do Couto e, 1930-1992

A obrigação como processo / Clóvis V. do Couto e Silva —  
reimpressão — Rio de Janeiro : Editora FGV, 2006.  
176p.

Originalmente apresentado como tese do autor (livre-  
docência — Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Facul-  
dade de Direito, 1964).

Inclui bibliografia.

1. Obrigações (Direito). I Fundação Getulio Vargas. II. Título.

CDD — 342.14

## Sumário

Apresentação 7

Prefácio 9

Introdução 17

Capítulo I — Os princípios 23

Autonomia da vontade 24

Boa-fé 32

A separação entre a fase do nascimento e desenvolvimento dos  
deveres e a do adimplemento 43

Capítulo II — A obrigação como processo 63

A crise da teoria das fontes 65

Fontes das obrigações 71

Estrutura e intensidade do processo obrigacional 81

Teoria da impossibilidade 98

Capítulo III — Desenvolvimento do vínculo obrigacional 115

Obrigações de dar e de restituir 116

Obrigações de fazer e de não fazer 124

Obrigações genéricas 138

Obrigações alternativas e com *facultas alternativa* 156

Obrigações duradouras 163

Conclusão 167

Bibliografia 171

A unidade funcional e a separação relativa de planos, entre direito das obrigações e direito das coisas, é que tornam possível considerar a obrigação como um processo, dando-lhe específico significado jurídico.

A atração do dever pelo adimplemento determina mútuas implicações das regras que se referem ao nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional.

Assim, regras há que se dirigem à prestação, e mesmo ao seu objeto, que produzem conseqüências no desdobramento da relação. E o próprio ordenamento jurídico, ao dispor sobre o nascimento e o desenvolvimento do *vinculum obligationis*, tem presente o sentido, o movimento e o fim da mesma relação, ou seja, o encadeamento, em forma processual, dos atos que tendem ao adimplemento do dever.

Fundamental, para o nosso direito das obrigações, é o *Tratado de direito privado* de Pontes de Miranda. Entre os estrangeiros, freqüentemente citados nesta exposição e absolutamente indispensáveis estão Esser (*Schuldrecht*) e Larenz (*Lehrbuch des Schuldrechts*). A parte geral e o direito das obrigações dos grandes comentários alemães, sobretudo os de Staudinger e de Planck, foram nos de grande valia, bem como os *Motive* do Código Civil alemão.

Além dessas obras, de caráter geral, encontrará o leitor as indicações sobre as monografias consultadas nas notas ao pé da página.

## Capítulo I

### Os princípios

O desenvolvimento da relação obrigacional, polarizado pelo adimplemento, está condicionado por certos princípios gerais, ou específicos a cada tipo de obrigação, ou comuns a alguns deles.

Entre os gerais, a nosso juízo, devem-se incluir o da autonomia da vontade, o da boa-fé e o da separação entre as fases, ou planos, do nascimento e desenvolvimento do vínculo e a do adimplemento. A inclusão dos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé entre os princípios gerais é comum.

Em nossos dias, cresceu extraordinariamente em importância o da boa-fé, em virtude da revisão por que passou a teoria geral das obrigações, sob o influxo de novas tendências jurisprudenciais e doutrinárias, motivadas, em grande parte, por uma vigorosa reação às concepções do positivismo jurídico. Na verdade, a boa-fé, como princípio geral das obrigações, tem sido submetida a exaustivo exame por parte dos juristas contemporâneos, notadamente por W. Weber, nos *Comentários* de Staudinger ao §242 do Código Civil alemão.

À primeira vista, os princípios enunciados não parecem pertencer à mesma categoria, pois, adotando-se, em parte, classificação que se está tornando clássica,<sup>23</sup> poder-se-ia considerar o princípio da autonomia e o da separação entre a fase do nascimento e desenvolvimento e a fase do adimplemento das obrigações como conceitos gerais empíricos, de tipo técnico-jurídico, e o da boa-fé como conceito nuclear, fundamental ou essencial, relacionado diretamente com valores éticos.

<sup>23</sup> Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1950, p. 271 e segs.; cf. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, p. 141.

Mas, em realidade, salvo os conceitos empíricos, de objetos do mundo físico, todos os demais, inclusive os de natureza técnico-jurídica, só ganham sentido para o direito quando relacionados com a justiça, que, de modo geral, lhes é imanente.<sup>24</sup>

Assim, sem falar no princípio da autonomia da vontade e no seu consectário lógico, a declaração, até mesmo o princípio da separação de fases ou planos, da obrigação, que fixa os limites entre o nascimento e desenvolvimento do dever e a sua extinção, tem, em suas raízes, o problema ético do tratamento das transmissões causais, ou abstratas, da propriedade.

Por fim, os três princípios gerais ligam-se por fio lógico, pois tanto o da autonomia quanto o da boa-fé dizem respeito ao nascimento, às fontes e ao desenvolvimento do vínculo obrigacional e o da separação delimita o mundo, a dimensão na qual os aludidos deveres surgem, se processam e se adimplem.

### Autonomia da vontade

Do direito romano herdou o direito moderno a maior parte de suas expressões técnicas, de seus institutos e de seus preceitos. O princípio da autonomia da vontade, como é hoje conhecido, não foi, todavia, legado de Roma.

Entende-se por autonomia da vontade a *facultas*, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade.

A atividade individual, contudo, está sob a vigilância do Estado, ainda que, como emanção da liberdade, a autonomia da vontade se constitua em direito supra-estatal, e não seja, assim, faculdade delegada.<sup>25</sup> Em determinados tipos de Estado, certo é que tal poder se manifesta reduzido, quando reduzida é também a liberdade política.

A mútua relação entre tipo de Estado e autonomia da vontade<sup>26</sup> permite, até certo ponto, suporem-se as razões pelas quais não atingiu o princípio, em

<sup>24</sup> Esser, *Elementi di diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico*, *Nuova Rivista di Diritto Commerciale*, v. V, p. 1 e segs., 1952; cf. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 1963, p. 69.

<sup>25</sup> Staudinger-Coing, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1957, v. I, p. 495.

<sup>26</sup> Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1965, v. II (*Das Rechtsgeschäft*), p. 17.

Roma, a posição desfrutada em nossos dias de fundamento da ordem jurídica privada. No mundo romano, deveu-se ao *imperium* dos magistrados o desenvolvimento do direito civil, através do direito honorário. O conceito dinâmico de *actio*, e não o estático de direito subjetivo, ocupava, então, o lugar de centro do sistema jurídico. A determinação do direito pela atividade processual<sup>27</sup> e o rígido formalismo, que marcam caracteristicamente a primeira fase do direito romano, fizeram com que, mesmo no período clássico, a vontade fosse sempre considerada algo fático, não se reconhecendo, à sua autonomia, a posição de princípio jurídico.

No Estado liberal, com a nítida separação entre o Estado e a sociedade,<sup>28</sup> assumiu extraordinário relevo a autonomia dos particulares, sendo-lhes deferida quase totalmente a formação da ordem privada.

Pela teoria do direito, a vontade passou, então, a ser considerada elemento natural para a explicação das figuras jurídicas, extensiva até àquelas que não a pressupunham.<sup>29</sup>

Não há separação tão rigorosa, no Estado moderno, entre Estado e sociedade, pois ambas as esferas, a pública e a privada, se conjugam, se coordenam, "se interpenetram e se completam".<sup>30</sup> É evidente, em nossos dias, que por autonomia da vontade não se designa o poder de criar efeitos jurídicos, baseado somente na vontade de uma ou mais partes, fora de toda habilitação legislativa.

Sobre a faculdade dispositiva das partes, existe o ordenamento jurídico, o qual, mediante a incidência da norma, confere efeitos aos atos dos particulares.

Com relação à faculdade de regramento que possuem os indivíduos, a função do ordenamento jurídico é meramente negativa e limitadora, competindo às partes constituir e determinar o conteúdo do negócio jurídico. Afirma-se,

<sup>27</sup> Kaser, *Das altrömische Ius*, 1949, p. 35 e segs.

<sup>28</sup> Vd. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1958, p. 43.

<sup>29</sup> Sobre os excessos, escreve Waline: "En France, Cambacères, dans son discours préliminaire sur le 1er. projet du Code Civil, va jusqu'à supposer des conventions tacites pour expliquer les obligations légales. Pour lui lorsqu'une obligation paraît dériver directement de la loi, c'est que celle-ci suppose une convention. Le philosophe Fouillé écrit encore en 1885 que le 'droit contractuel tend à se confondre avec le droit civil tout entier'. Des nombreux jurisconsultes expliquent alors le régime de la succession ab intestato par l'idée de testament tacite, oubliant que la succession ab intestato a partout précédé la succession testamentaire et qu'elle dérive en réalité de l'idée d'une co-proprieté familiale qu'enfin il faudrait supposer que le législateur se fût référé pour établir cette sorte de testament que serait la succession ab intestato aux intentions d'une sorte de homo juridicus aussi mytique que le fameux homo economicus" (*L'individualisme et le droit*, 1945, p. 178-179).

<sup>30</sup> Siebert, *Treu und Glauben*, 1959, p. 16.

assim, o dualismo entre fato e norma; entre “conteúdo do negócio jurídico e tratamento jurídico”.<sup>31</sup>

A vontade negocial é passível, entretanto, de restrições, quer no momento em que o negócio jurídico se conclui, quer no regramento das cláusulas contratuais. Tais restrições podem ocorrer pela incidência de lei, ou de ato administrativo, ou ainda por motivo de desproporção entre o poder social e o individual.

### Restrição à autonomia da vontade no momento da conclusão do negócio jurídico

A liberdade para concluir negócio jurídico é a faculdade que tem cada um de decidir se quer, e com quem quer, realizá-lo.<sup>32</sup> Tal liberdade pode, excepcionalmente, ser restringida, a ponto de transformar o negócio em ato de cogência. É o que ocorre com os denominados “contratos ditados”, utilizados em certos tipos de planificação econômica, surgidos nas últimas guerras, como instrumentos para a melhor distribuição de certos produtos ou de determinados bens, considerados básicos.

No que diz respeito, todavia, à escolha do outro sujeito da relação contratual, os exemplos multiplicam-se. A restrição de só poder realizar o contrato com determinadas pessoas decorre de certas condições, legais ou naturais.

Algumas atividades, consideradas imprescindíveis, tais como correios, transportes, água, luz etc., ou são executadas pelo Estado, diretamente, ou mediatamente, no regime de concessão. Opera-se, nesses casos, no plano sociológico, verdadeira coação para contratar, imposta pela necessidade, não tendo os particulares qualquer possibilidade de escolha.

A posição de monopólio legal ou natural, ou ainda a particularidade de ser de interesse geral o serviço, coloca o seu prestador sob o risco de ter de responder por todos os danos causados, se não se quiser obrigar com determinada pessoa, sem fundamento relevante. Importa isso em dizer que ele não pode deixar de contratar, sob pena de ser chamado a satisfazer os prejuízos originados por omissão.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1952, p. 82.

<sup>32</sup> Larenz, *Lehrbuch*, 1962, v. I, p. 44.

<sup>33</sup> Esser, *Schuldrecht*, 1960, p. 36-37. O mesmo pode ocorrer em certas profissões, como na de médico, além de censuras penais, por omissão de socorro.

A subordinação dos negócios jurídicos dos particulares às diretrizes de uma planificação econômica altera, profundamente, a liberdade de contratar, entendida em sentido clássico. A planificação, outrossim, pode não somente modificar os contratos de direito comercial, como interferir nos de direito civil. E não apenas nos celebrados entre pessoas residentes num mesmo país, como também em países distintos, tal como ocorre no “Mercado Comum”.

Na planificação econômica – aliás só parcialmente admissível –, certos atos se manifestam externamente como verdadeiros contratos. Mas, materialmente, eis que não há acordo ou declaração de vontade, o nascimento desses contratos, chamados de “contratos ditados”, opera-se através de ato de direito público, de ato administrativo.<sup>34</sup> No desenvolvimento e término da relação jurídica, entretanto, vigoram os direitos formativos próprios às relações obrigacionais comuns, como os de resolução, renúncia, rescisão, redibição, denúncia.<sup>35</sup>

Tais contratos, surgidos durante o primeiro conflito mundial e, durante o último, largamente usados nos países totalitários – como meio para disciplinar a economia, resolver problemas sociais como os de habilitação e atender aos esforços de guerra –, com a redemocratização dessas nações, continuaram a ser empregados residualmente, embora dúvidas tenham surgido quanto à sua constitucionalidade.<sup>36</sup>

Nos “contratos ditados”, o ato administrativo que lhe dá nascimento está sujeito, obviamente, às regras de direito público, podendo ser impugnado por desvio de poder ou qualquer outro vício. O desenvolvimento da relação contratual, no entanto, é regido pelo direito privado, bem como sua extinção. O ato administrativo, do qual se origina o contrato, é, pois, “formativo de direitos privados”.

A interferência da planificação na esfera individual, nos Estados constitucionais, apresenta-se limitada pelos direitos e garantias que a Constituição outorga aos particulares. Por outro lado, para que se possa falar em “contrato ditado”, é imprescindível que, nas fases ulteriores do vínculo obrigacional, se deixe margem à vontade dos participantes, o que se manifesta pela existência de direitos formativos, modificativos ou extintivos. Assim, a abolição absoluta desses direitos formativos, no desenvolvimento daquelas relações que o Estado

<sup>34</sup> Idem, op. cit., p. cit.

<sup>35</sup> Idem, op. cit., p. cit.

<sup>36</sup> Larenz, *Lehrbuch*, v. I, p. 38; Loeber, *Der hoheitlich gestaltete Vertrag*, 1969, especialmente p. 45 e 101 e segs.; Raiser, *Die Zukunft des Privatrechts*, 1971, p. 25.

estabelece, e nas quais ele é também parte, transformaria a figura jurídica em requisição de serviços ou de bens, só admitida nos casos e na forma em que a Constituição a permite. A ordem de subordinação absoluta exclui a idéia de contrato.

### Restrição à autonomia da vontade para o regramento das cláusulas contratuais

A liberdade de dar conteúdo ao negócio jurídico tem sido grandemente alterada. No direito das obrigações, o princípio dominante é o da livre formação de tipos. Contrariamente ao que ocorre em outros setores do direito, no das obrigações não é extenso o número de normas imperativas.

As partes podem organizar como lhes aprouver o conteúdo do negócio jurídico e não estão vinculadas, como ocorre com os direitos reais, a um *numerus clausus*.

O direito real é absoluto por natureza e, como cautela, impõe-se sua fixação em número diminuto. Historicamente, todavia, nem sempre tiveram os direitos reais estrutura típica, bastando lembrar que no antigo direito germânico vigorava o princípio de sua livre formação.<sup>37</sup>

Atualmente, porém, a importância da propriedade e a circulabilidade dos bens impedem que assim seja, ao contrário do que sucede no direito das obrigações. Esta, aliás, uma das notas mais significativas, para o discrimine entre os dois campos.

Exemplo frisante da limitação da liberdade de dar cláusulas ao negócio jurídico é o da fixação de preços para certas utilidades. O ato administrativo que, com base em lei especial, determina o preço altera as obrigações em curso no contrato.

Dentro da filosofia do Estado liberal, atos dessa natureza seriam inadmissíveis, por existir, como já notamos, a separação nítida e quase absoluta entre Estado e sociedade. É manifesto, porém, que tal separação não dizia respeito a todos os aspectos, pois, do contrário, não se poderia compreender em que consistiriam as funções do Estado. Este intervinha para tornar orgânicos, na vida social, os princípios apregoados pelo liberalismo e erradicar tudo aquilo

<sup>37</sup> Afirma Heusler: "Secondo alcuni tutti i diritti reali attuati con la Gewehre sarebero stati diritti reali: perciò anche la locazione, il mutuo, il comodato, il deposito". Cf. Barassi, *Diritti reali e possesso*, 1952, v. I, p. 49.

que se vinculasse à estruturação de classes ao estilo do sistema feudal. A ingerência do Estado efetuava-se no sentido da igualdade, no do nivelamento, no da generalização dos princípios políticos decorrentes da inserção dos *Bill of Rights* nas cartas constitucionais.

Modernamente, o Estado possui funções de formador subsidiário do meio econômico e social, exarando normas que se dirigem à planificação de certas atividades dos particulares, em determinados momentos, e editando, por vezes, legislação marginal ao fenômeno sociológico do mercado.

No desempenho dessas prerrogativas, derivadas do conceito de Estado social, praticam-se atos *iure imperii*, destinados a alterar e ajustar os negócios privados, afeiçoando-os à política governamental. Alguns desses atos refletem-se nas relações obrigacionais, como aqueles, por exemplo, que fixam preços: estipulando as partes preço superior ao constante da tabela, é nula a estipulação, e, se a fixação de preço ocorrer na vigência do contrato, o preço convencionado será reduzido ao montante previsto na determinação administrativa.

Com relação à incidência de leis limitadoras do poder de regulamentar cláusulas, discute-se a aplicação de certas garantias e direitos individuais, previstos, entre nós, no art. 5º da Constituição de 1988. O dissídio de opinião iniciou-se em torno dos denominados *restrictive covenants*,<sup>38</sup> isto é, de cláusulas que impossibilitem, por exemplo, seja efetuada sublocação para pessoas de determinada raça ou cor. Postular-se-ia a aplicação, numa relação contratual de direito privado, entre particulares, de uma garantia que se parece dirigir, tão-somente, aos vínculos entre Estado e indivíduo.

Por certo, existem determinados direitos inalienáveis, como os de decisão em questões de crença e consciência, como os direitos à vida ou à liberdade individual, que se manifestam tanto perante o Estado quanto perante os indivíduos *ut singuli*. Qualquer contrato, em que se abolisse ou restringisse um desses direitos, seria, *ipso facto*, nulo.

Mas também direitos de outras categorias, assegurados na Constituição, aplicam-se às relações entre particulares. Não seria exato, entretanto, pensar que todas as disposições constitucionais, endereçadas ao indivíduo, refletem-se de forma imediata no direito civil ou comercial. Geralmente, faz-se mister a existência de lei ordinária.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> *Buchanan v. "Warley"*, 1917, 245 US 60; *Harmon v. Tyler*, 1927, 273 US 668.

<sup>39</sup> Esser, *Schuldrecht*, p. 15; Larenz, *Lehrbuch*, p. 57; Siebert, *Treu und Glauben*, p. 16.

Os negócios jurídicos do tipo dos *restrictive covenants* não ferem apenas o princípio constitucional da igualdade perante a lei, mas infringem também princípio de direito que é limite da autonomia da vontade: o dos bons costumes.<sup>40</sup> A nulidade, portanto, dessas convenções vincula-se a princípio geral de direito de conteúdo dinâmico. Em alguns setores, como no direito das sociedades, considera-se hoje imanente o axioma do igual tratamento.

Finalmente, a faculdade de determinar o conteúdo do negócio jurídico pode ainda ser restringida em razão do desnível de poder econômico, do qual decorre a fixação unilateral das condições gerais do contrato, como sucede nos de adesão.

O poder econômico, no plano sociológico, altera sensivelmente, ou até mesmo anula, a faculdade de uma das partes estabelecer cláusulas ao negócio jurídico, influenciando não apenas nos contratos celebrados entre empresas e indivíduos, mas também entre sociedades, pelos efeitos da sua concentração.

A liberdade absoluta de contratar, sem legislação marginal ao mercado, que harmonizasse as forças econômicas em litígio, ocasionou, nos países altamente industrializados, profundas restrições ao princípio da autonomia da vontade. Os particulares se viam não só forçados a não poder escolher com quem contratar – *Organisationzwang* –, como igualmente se lhes impossibilitava o diálogo a respeito do conteúdo do contrato.<sup>41</sup>

Logo, entretanto, manifestou-se reação legislativa em todos os países ocidentais, no sentido da liberdade de concorrência, contra o monopólio e os contratos reveladores de práticas monopolísticas.<sup>42</sup>

<sup>40</sup> Flume, Allgemeiner, 1965, v. II, p. 22.

<sup>41</sup> Lehnich, *Die Wettbewerbsbeschränkung*, 1956, p. 50.

<sup>42</sup> Idem, p. 51. A luta contra a concentração do poder econômico começou cedo. A *common law* propiciou o arsenal conceitual, proibindo, desde o século XVI, os contratos *in restraint of trade*, por lhes faltar, para a validade – dizia-se – uma *good consideration*. As leis nesse sentido, principalmente nos Estados Unidos, multiplicaram-se, a partir do *Sherman Act*, 1890. Na França, o preceito do Código Civil, art. 1.133, de que a causa “*est prohibée par la loi quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre publique*” foi aplicado aos atos que afetassem a livre concorrência. No direito alemão, embora a doutrina se esforçasse em afirmar a proibição desses atos, em razão da cláusula que estabelece a nulidade dos atos contra os bons costumes, a jurisprudência entendeu que, perante a mencionada regra, os sistemas de monopólio ou de livre concorrência eram indiferentes. As práticas monopolísticas ensejaram o surgimento de contratos que impedem a escolha do *alter*, como nos chamados *tying contracts*, bem como o estabelecimento de algumas cláusulas com eficácia perante terceiros, tal como ocorre na fixação de preços para revenda. Sobre este último aspecto, vd. Michael R. Will, *Resale price maintenance*, 1961, p. 40 e segs.

Apesar disso, as exigências do tráfico econômico moderno têm mantido, como fenômeno irreversível, os chamados contratos de adesão, nos quais apenas uma das partes estabelece as condições do contrato e a outra a elas se submete.

Já se percebe, desse quadro sumário, que o meio social não apresenta, hoje, a face que apresentava no século passado.

A construção sistemática do direito, tal como a empreenderam os pandectistas, procurou estender uma rede de princípios rígidos, os quais, praticamente, não comportavam exceções. Princípio dominante era o da autonomia da vontade e, conceito central do sistema, o de negócio jurídico. A prodigiosa sistematização então elaborada supunha, ainda, um mundo jurídico sem lacunas e uma firme teoria das fontes das obrigações.

O século XX trouxe, entretanto, outros problemas, os quais, por um lado, limitaram a autonomia da vontade, enquanto outros vieram a se refletir na teoria das fontes das obrigações, enriquecendo-a.

Além dos contratos de adesão, consequência do fenômeno da tipificação social, nos quais a vontade é fator preponderante, pois tais negócios jurídicos podem ser anulados quando ela se apresenta viciada, ou nulos, quando o agente é plenamente incapaz, surgiram ainda outras formas, em que as questões de invalidade do negócio jurídico, ligadas à *voluntas* do agente, não aparecem com a mesma nitidez e clareza. Tal ocorre nos contratos de massa, em que a oferta não é dirigida a pessoas determinadas, mas aos indivíduos como integrantes da coletividade, bem como na utilização de serviços existenciais ou de interesse geral, em que a vontade não entra em maior consideração, eis que o ato ou seus resultados são necessariamente desejados.

É manifesto, assim, que a autonomia da vontade e a teoria das fontes das obrigações, que com ela se vincula, se encontram em período de transformação e de reelaboração dogmática. De um lado, a intervenção estatal, os atos de planificação e os formativos de direitos privados e, de outro, a tipificação social, e sobretudo os atos jurídicos de caráter existencial, forçaram a revisão dos conceitos.

Não se conclua, porém, que a vontade foi relegada a segundo plano.

Ela continua a ocupar lugar de relevo dentro da ordem jurídica privada, mas, a seu lado, a dogmática moderna admite a jurisdicização de certos interesses, em cujo núcleo não se manifesta o aspecto volitivo. Da vontade e desses interesses juridicamente valorizados dever-se-ão deduzir as regras que formam a dogmática atual.



No fundo, cuida-se de uma harmonização da teoria de Windscheid – o direito subjetivo como poder da vontade – com a de Jhering – o direito subjetivo como interesse juridicamente protegido –, abrangendo campos definidos dentro da teoria das fontes das obrigações.

### Boa-fé

A influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos é algo que não se pode desconhecer ou desprezar. Basta contemplar o direito romano para avaliar sua importância. A atividade criadora dos magistrados romanos, restringida num primeiro momento ao *ius gentium*, e posteriormente estendida às relações entre os *cives*, através do *ius honorarium*, valorizava grandemente o comportamento ético das partes, o que se expressava, sobretudo, nas *actiones ex fide bona*, nas quais o arbítrio do *iudex* se ampliava, para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração do negócio jurídico.<sup>43</sup>

Modernamente, fato similar ocorre com as chamadas cláusulas gerais que consagram o princípio da boa-fé, como o §242 do BGB.

As máximas, que penetram pela cláusula geral no corpo do direito público e privado, encontram-se em certos princípios constitucionais, nas concepções culturais claramente definidas e susceptíveis de serem objetivadas, na natureza das coisas e na doutrina e julgados acolhidos.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> Enquanto no processo das *legis actiones* o *officium iudicis* limitava-se “legalmente”, sendo reduzido o seu arbítrio, nos processos que repousavam apenas no *imperium* do magistrado para aplicação das regras do *ius gentium*, o arbítrio do *iudex* ampliava-se, ensejando a recepção de princípios gerais que davam origem a vínculos jurídicos e serviam de medida às pretensões. Quando as ações de boa-fé foram admitidas na ordem processual do Estado, passando a integrar o *ius civile*, a boa-fé perdeu a função criadora de deveres principais, conservando, entretanto, a de medida dos deveres ou de formadora de deveres secundários (Kaser, *Das römische Privatrecht*, v. I, 1955, p. 406-407; “*Restituere*” als *Prozessgegenstand*, 1932, p. 40).

Por outro lado, na atividade processual a *aequitas*, pelo menos na forma de *aequum bonum*, aparece intimamente ligada à *bona fides*, possuindo um só sentido (Broggini, *Iudex arbiterve*, 1957, p. 124 e nota 30). A *aequitas* corresponde, no direito romano, à *epieikeia* grega, sendo o termo tradução dos oradores romanos (Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, 1961, p. 90). A *epieikeia* era conceito bastante definido na literatura grega e se caracterizava, praticamente, como “*comportement réfléchi à l'égard d'autrui*”, importando, muitas vezes, em renúncia “à son droit strict au profit d'autrui” (Jäger, *Justinien et l'“episcopalis audientia”*, *Rev. Hist. de Droit Français et Étranger*, 1960, p. 252).

A essência dos deveres de boa-fé, em sentido moderno, está no “*comportement réfléchi à l'égard d'autrui*”, como mandamento bilateral de conduta.

<sup>44</sup> Wieacker, *Gesetz und Richterkunst*, 1958, p. 17.

A seu turno, o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o *alter*. Mas tais deveres não se manifestam em todas as hipóteses concretas,<sup>45</sup> pois que, em muitos casos, dependem de situações que podem ocorrer, seja no próprio nascimento do dever ou no seu desenvolvimento. A doutrina, contudo, vem encontrando área de acordo na circunstância de que em toda e qualquer vinculação, exceto nas provenientes de atos ilícitos, é possível o surgimento de deveres dessa natureza.

### Boa-fé e o Código Civil

A boa-fé possui múltiplas significações dentro do direito. Refere-se, por vezes, a um estado subjetivo decorrente do conhecimento de certas circunstâncias,<sup>46</sup> em outras, diz respeito à aquisição de determinados direitos, como o de perceber frutos. Seria fastidioso enumerar as diferentes formas de operar desse princípio nos diversos setores do direito. Com relação ao das obrigações, manifesta-se como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos.

O princípio da boa-fé, no Código Civil brasileiro, não foi consagrado, em artigo expresso, como regra geral, ao contrário do Código Civil alemão.

Mas o nosso Código Comercial incluiu-o como princípio vigorante no campo obrigacional e relacionou-o também com os usos de tráfico.<sup>47</sup>

Contudo, a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao §242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam. Tradicionalmente, o credor tinha sua conduta restringida, embora de modo mais tênue, pela faculdade que possuía e possui o devedor de obliterar, obstaculizar ou encobrir a pretensão através da *exceptio doli generalis* ou *specialis*.

<sup>45</sup> Hück, *Der Treugedanke im modernen Privatrecht*, 1947, p. 5 e segs.

<sup>46</sup> Miranda, *Tratado de direito privado*, 1954-1969, v. I, p. 142.

<sup>47</sup> Código Comercial, art. 131, I.



O princípio da boa-fé contribui para determinar o *que* e o *como* da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação.<sup>48</sup>

Nos negócios bilaterais, o *interesse*, conferido a cada participante da relação jurídica (*mea res agitur*), encontra sua *fronteira* nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos. O princípio da boa-fé opera, aqui, significativamente, como *mandamento de consideração*.

Quando o vínculo se dirige a uma atividade em proveito de terceiro (gestão de negócios, negócios fiduciários), o *dever* de levar em conta o interesse da outra parte (*tua res agitur*) é conteúdo do dever do gestor ou do fiduciário.<sup>49</sup>

Nas relações jurídicas em que a cooperação se manifesta em sua plenitude (*nostra res agitur*), como nas de *sociedade*, em parte nas de trabalho e, principalmente, na comunidade familiar, cuida-se de algo mais do que a mera consideração, pois existe dever de aplicação à tarefa suprapessoal, e exige-se disposição ao trabalho conjunto e a sacrifícios relacionados com o fim comum.<sup>50</sup>

Os deveres derivados da boa-fé ordenam-se, assim, em graus de intensidade, dependendo da categoria dos atos jurídicos a que se ligam. Podem, até, constituir o próprio conteúdo dos deveres principais, como nas hipóteses, já mencionadas, da gestão de negócio ou da fidúcia, ou ainda expressarem-se como deveres duradouros de fidelidade, abrangendo e justificando toda a relação jurídica, como no contrato formador da relação de família.

Como não se pode considerar conforme com a boa-fé o que contradiga os bons costumes, há quem afirme que a distinção entre os dois conceitos, quando muito, é *gradativa*.<sup>51</sup>

Existe, no conceito de *bons costumes*, obviamente, o elemento *sociológico*, sendo decisivo para sua caracterização a *convicção popular*, na qual compreendem-se os *valores morais* tidos como necessários à convivência. Entre eles, alguns, no entanto, se modificam e se transformam, mas outros há que perduram, pois são insusceptíveis de sofrer alterações.

<sup>48</sup> Esser, *Schuldrecht*, p. 99 e segs.; Siebert, *Treu und Glauben*, p. 10; Larenz, *Lehrbuch*, v. I, p. 100 e segs.; Staudinger-Weber, *Kommentar*, v. II, I, b; Palandt-Danckelmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1962, p. 179.

<sup>49</sup> Beyerle, *Die Treuhand*; cf. Siebert, *Treu und Glauben*, p. 10.

<sup>50</sup> Idem, p. cit.

<sup>51</sup> Vd. Staudinger-Weber, *Kommentar*, v. II, p. 62. Quanto aos negócios contra os bons costumes, vd. Flume, op. cit., p. 368.

O que importa contrastar é que os bons costumes referem-se a valores morais indispensáveis ao *convívio social*, enquanto a boa-fé tem atinência com a *conduta concreta dos figurantes na relação jurídica*. Assim, quem convencionou não cumprir determinado contrato age contra os bons costumes, decorrendo a nulidade do negócio jurídico. De outro lado, quem deixar de indicar circunstância necessária ao fiel cumprimento da obrigação terá apenas violado dever de cooperação para com o outro partícipe do vínculo, inexistindo, porém, infringência à cláusula dos bons costumes.

### Boa-fé e interpretação

Não se pode recusar a existência de relação entre a *hermenêutica integradora* e o princípio da boa-fé. Tal interdependência manifesta-se mais intensamente nos sistemas que não consagram o princípio da boa-fé, quer como dispositivo de ordem geral, dentro do direito civil, quer como norma geral, dentro do campo mais restrito do direito das obrigações.

Entre nós, sempre prosperou a admissão do princípio com alcance geral, apesar de não lhe dedicar o código artigo determinado. Mas os autores que, no Brasil, versaram a matéria não procuraram visualizar a boa-fé como elemento criador de novos deveres dentro da relação obrigacional, *deveres – convém frisar – que podem nascer e desenvolver-se independentemente da vontade*.

A boa-fé foi, sobretudo, examinada no direito das coisas, onde se constituiu num dos temas centrais de polêmica, desde o advento do Código Civil.

Todavia, igual atenção não foi dispensada à aplicação do princípio ao direito das obrigações, *a qual se operou, em grande parte, de forma não conscientizada, sob o manto da interpretação integradora ou da “construção” jurisprudencial*.

A mesma situação ocorreu no direito austríaco, onde, à míngua de dispositivo expresso, foi a boa-fé acolhida por via indireta, através da regra que postula *dever-se*, na exegese dos atos jurídicos, valorizar preponderantemente a intenção das partes.

Nesse processo hermenêutico, cuida-se em *conferir justa medida à vontade que se interpreta* – pois que o contrato não se constitui de duas volições, ou de uma oferta e uma aceitação, isoladamente, mas da fusão desses dois elementos – e de evitar-se o subjetivismo e o psicologismo a que se chegaria

sem dificuldade, caso o interesse de ambas as partes não fosse devidamente considerado.<sup>52</sup>

Por meio da interpretação da vontade, é possível integrar o conteúdo do negócio jurídico com outros deveres que não emergem diretamente da declaração.

Em muitos casos, é difícil determinar, com firmeza, o que é resultado da aplicação do princípio da boa-fé e o que é conquista da interpretação integradora. É certo que tal forma de interpretação serve, realmente, para aumentar o conteúdo do negócio jurídico; mas, por outro lado, não é menos exato que se adstringe, tão-somente, à pesquisa e explicitação volitiva das partes no momento da constituição do ato, não abrangendo, por conseqüência, as mesmas situações atingidas pelo princípio da boa-fé, o qual traça uma órbita bem mais ampla, assumindo, por vezes, função limitadora de direitos (inclusive formativos) dos partícipes da relação,<sup>53</sup> e alcançando todos os momentos e fases do vínculo, desde o seu nascimento até o adimplemento de deveres e obrigações.

Além disso, o princípio da boa-fé revela-se como delineador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora, pois, de perquirição dos propósitos e intenções dos contratantes, pode manifestar-se a contrariedade do ato aos bons costumes ou à boa-fé.

Finalmente, em muitos casos, quando se pensa estar fazendo interpretação integradora, em realidade o que se realiza é a aplicação do princípio da boa-fé. A explicação de todos os atos jurídicos tendo por critério a vontade – mesmo quando inexistente – é sobrevivência da ciência do direito do século XIX, e pertence à categoria das concepções já relegadas ao museu do pensamento. O rigor científico exige a separação entre as hipóteses da interpretação integradora e a de concreção do princípio da boa-fé, o qual tem vigência mesmo como norma não escrita.

### Boa-fé e usos de tráfico

O §242 do BGB determina a observância, na efetivação da prestação, dos ditames dos usos de tráfico.

<sup>52</sup> A vontade, di-lo Betti, "di per sé mera entità psichica individuali non acquista rivelanza sociale se non rendendosi riconoscibile agli altri sotto forma di dichiarazione o di comportamenti e dandosi un contenuto socialmente apprezzabile sul terreno dell'autonomia privata" (Teoria generale del negozio giuridico, p. 46).

<sup>53</sup> Staudinger-Weber, Kommentar, v. II, p. 12.

Já afirmamos que a boa-fé, como proposição fundamental de direito, tem vigência e aplicação, independentemente de haver sido recebida como artigo expresso de lei.

Mas, perguntamos, terá o princípio, no direito civil brasileiro extensão igual à do art. 131, I, do Código Comercial, ou do §242 do BGB?

A resposta pressupõe um exame mais minucioso do caráter dos usos de tráfico.

Os usos de tráfico, tanto no §242 do BGB, quanto no art. 131, I, do Código Comercial, integram o corpo do direito objetivo. Como conseqüência, a ampliação ou o enriquecimento do conteúdo do negócio jurídico, através dos usos de tráfico, opera-se *ex vi legis*.

Ao contrário do que sucede com o princípio da boa-fé, os usos de tráfico, para incidirem como norma, necessitam recepção legislativa. Quando tal requisito é implementado – esclarece Wolfgang Siebert –, os usos de tráfico não se manifestam como meio para a pesquisa da vontade individualmente declarada, mas explicam e complementam a declaração, como regra legal de hermenêutica.<sup>54</sup> No direito comercial brasileiro e no direito civil alemão, o uso é assim meio legal de interpretação. Uma vez admitido em artigo de lei, passa a integrar o negócio jurídico, complementando a declaração de vontade das partes, não sendo alegável, conseqüentemente, erro a respeito de sua existência ou significação.

No direito civil brasileiro, por ausência de artigo expresso, os usos de tráfico penetram como simples elemento auxiliar, para a interpretação da vontade dos contratantes, não se constituindo em regra legal de exegese.

### Boa-fé e autonomia da vontade

Os deveres resultantes do princípio da boa-fé são denominados deveres secundários, anexos ou instrumentais. Impõe-se, entretanto, cautela na aplicação do princípio da boa-fé, pois, do contrário, poderia resultar verdadeira subversão da dogmática, aluindo os conceitos fundamentais da relação jurídica, dos direitos e dos deveres.

Desde logo, importa deixar claro que nem todo adimplemento que não satisfaça integralmente à outra parte redundará em lesão ao princípio, pois a

<sup>54</sup> Treu und Glauben, p. 12.

infringência há de se relacionar sempre com a lealdade de tratamento e o respeito à esfera jurídica de outrem.<sup>55</sup>

Por outro lado, não se trata absolutamente de conceito de ordem subjetiva, que levaria a exigir-se das partes a consciência do enquadramento da conduta dentro de um dever genérico e despersonalizado, como o é o da correção social.

O dever que se cumpre, ou se descumpre, é dever para com uma pessoa determinada. As relações que se estabelecem com essa pessoa são, também, determinadas. A conformidade ou desconformidade do procedimento dos sujeitos da relação com a boa-fé é, por igual, verificável apenas *in concreto*, examinando-se o fato sobre o qual o princípio incide, e daí induzindo o seu significado.

Constituindo a boa-fé conceito dinâmico, não é possível perceber todas as suas virtualidades, mas apenas estabelecer a linha divisória entre o seu campo e o da autonomia da vontade.

A prestação principal do negócio jurídico é determinada pela vontade. Para que a finalidade do negócio seja atingida, é necessário que o devedor realize certos atos preparatórios, destinados a satisfazer a pretensão do credor. Alguns desses atos constituem adimplemento de deveres que nascem da manifestação ou declaração de vontade jurisdicizada.

Outros, porém, surgem desvinculados da vontade, núcleo do negócio jurídico, por vezes ligados aos deveres principais e deles dependentes, por vezes possuindo vida autônoma. Os deveres desta última categoria, chamados independentes, podem perdurar mesmo depois de adimplida a obrigação principal.

A dogmática do século passado tinha por centro a vontade, de forma que, para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultavam. Em movimento dialético e polêmico poder-se-ia chegar à conclusão oposta, isto é, a de que todos os deveres resultassem do princípio da boa-fé. Mas a verdade está no centro: há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses. Em alguns casos, porém, o conteúdo do negócio jurídico é formado imediatamente pelos deveres de boa-fé. A hipótese mais comum é a de gestão de negócios.<sup>56</sup> Nas obrigações de meios, isto é, naquelas obrigações que se relacionam com ativi-

<sup>55</sup> Betti, na *Teoria generale delle obbligazione*, 1953, v. I, p. 81, mostra que a significação do conceito de boa-fé coincide com aquele critério de "correção" (*correttezza*), que, segundo o art. 1.175 do Código Civil italiano, devem seguir devedor e credor. Mas o conceito jurídico, *salva reverentia*, é objetivo e atende sobretudo ao fim do ato que se está praticando ou adimplindo. Denominá-los como deveres derivados da "correção social" seria turvar o conceito, ao invés de esclarecê-lo.

<sup>56</sup> Código Civil, arts. 1.331 (861) e segs.; art. 1.338 (868), *in fine*: "o gestor responde pelo caso fortuito (...) quando preterir interesses deste por amor dos seus"; art. 1.336 (866).

dades profissionais e artísticas, e nas quais o resultado pretendido (a cura do paciente, por exemplo) pode, ou não, ser alcançado, sem que decorra qualquer conseqüência, o que radica na autonomia da vontade e o que nasce da boa-fé fundem-se num só elemento, formando, desde logo, o conteúdo do contrato.

Por outra parte, pelo menos hipoteticamente, seria possível que as partes convencionassem todos os deveres, segundo uma ordem de intensidade, não deixando margem à constituição de deveres independentes da vontade, com base exclusivamente na boa-fé.

### Boa-fé e culpa

A lesão ao princípio da boa-fé aparece relacionada freqüentemente com a culpa. Assim sucede no mandato,<sup>57</sup> na gestão de negócios,<sup>58</sup> nas obrigações de dar,<sup>59</sup> de fazer,<sup>60</sup> nas alternativas.<sup>61</sup> Nas obrigações em espécie, o desaparecimento do objeto ou a sua deterioração pode ter origem em falta de atenção aos interesses do credor. Tal circunstância talvez leve a crer que o conceito de culpa fosse equiponderante ao de dever de boa-fé.

Para melhor compreensão do problema, releva fixar, inicialmente, que o sistema de obrigações do Código Civil foi construído com base nas obrigações principais. Raramente faz o nosso código alusão à existência de deveres secundários. O mesmo, de resto, sucede no direito dos outros países, pois a teoria dos deveres secundários é recente.<sup>62</sup>

O Código Napoleônico, todavia, embora não houvesse dado tratamento legislativo às espécies susceptíveis de ocorrerem, enunciou o princípio geral com rara felicidade, ao dispor que "*les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage, ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature*".<sup>63</sup>

O exame da obrigação, "*d'après sa nature*", dá precisamente a chave para a conceituação dos deveres anexos, pois "natureza" expressa-se aí no sentido de finalidade do contrato.<sup>64</sup>

<sup>57</sup> Código Civil, art. 1.300 (667).

<sup>58</sup> Código Civil, art. 1.336 (866).

<sup>59</sup> Código Civil, art. 865 (234), *in fine*; arts. 867 (236) e 870 (239).

<sup>60</sup> Código Civil, art. 879 (248).

<sup>61</sup> Código Civil, art. 887 (255).

<sup>62</sup> Esser, *Schuldrecht*, p. 104.

<sup>63</sup> *Code Civil*, art. 1.135.

<sup>64</sup> Esser, *idem*, p. cit.

O conceito de dever secundário é mais amplo que o de culpa, embora entre ambos existam pontos de contato.<sup>65</sup>

É princípio consagrado, inclusive em nosso código, que se a prestação se tornar impossível, no todo ou em parte (quantitativa ou qualitativamente), por circunstância imputável ao devedor, deve este reparar os danos causados em razão do inadimplemento.<sup>66</sup> Esse princípio, porém, tem de ser conjugado com o da boa-fé. O comportamento que o direito valoriza é o de ambos os partícipes. Compreendida a relação jurídica como um todo, a liquidez do princípio da culpa vai encontrar sua justa medida na contemplação da conduta do outro figurante. A culpa, na perda ou na deterioração do objeto da prestação, é fator dos mais importantes, tanto que mereceu tratamento legislativo, mas não é o único, pois cumpre investigar qual o comportamento do credor no desenvolvimento do vínculo, esclarecendo-se se o mesmo deixou, ou não, de indicar circunstância relevante para a efetivação da *res debita*.

Há, no contrato, o dever bilateral de proteção, que impede que uma das partes cause à outra algum dano, em razão da sua atividade.<sup>67</sup> Existem, assim, deveres do credor, que não são deveres para consigo mesmo, mas sim deveres jurídicos. Muitos deles consistem em conduta determinada, em comunicar algo, em indicar alguma circunstância, em fornecer informações, cuja omissão pode causar dano ao outro figurante.

### Boa-fé e motivo

Segundo o Código Civil, os motivos só são relevantes quando expressos como razão determinante do ato ou sob a forma de condição.<sup>68</sup> Os motivos,

<sup>65</sup> Salienta Siebert, *Treu und Glauben*, p. 13, além disso, que não se pode dizer que a lesão à boa-fé exija um pressuposto ou suporte fático precisamente tipificado em que se insira a culpa.

<sup>66</sup> *Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, II, §240, 1896, p. 49; Código Civil, art. 865 (234), *in fine*.

<sup>67</sup> Staudinger-Weber, *Kommentar*, v. II, p. 70: "*Schuldner und Gläubiger müssen in wechselseitiger Rücksichtnahme dafür sorgen, dass keiner den anderen durch sein Wirken schädigt (gegenseitiger Schutzpflicht)*". É interessante verificar que os conceitos de culpa contratual ou aquiliana partem da mesma idéia ética e induzem para o responsável a mesma conseqüência. Neste ponto, a concepção tradicional choca-se com a noção moderna que aquela diferencia, enquanto esta as aproxima. É que, se na sua estrutura a violação desta é um dano, em nada importa que o pré-ordenamento seja legal ou convencional (Pereira, *Instituições*, v. II, 1962, p. 277; Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, 1949, v. II, p. 430). Hoje, conclui Pereira, a doutrina civilista marcha para a unidade da culpa (*idem*, p. cit.). Mas é preciso levar em consideração que os deveres violados na culpa extracontratual, a que ambos os autores citados se referem, são deveres genéricos, que se dirigem a todos indistintamente e não podem ser parificados com a lesão de um dever concreto em favor de determinada pessoa.

<sup>68</sup> Código Civil, art. 90 (140): "Só vicia a falsa causa quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição." O que aí se denomina "falsa causa" é o motivo do ato.

por serem elementos subjetivos – cálculos, planos, conjeturas, probabilidades –, que não se manifestam socialmente de forma visível, não são, de regra, valorizados pelo ordenamento jurídico.

A medida da intensidade dos deveres secundários, ou anexos, é dada pelo fim do negócio jurídico. Mas, tal finalidade, no que toca à aplicação do princípio da boa-fé, não é apenas o fim da atribuição, de que normalmente se fala na teoria da causa. Por certo, é necessário que essa finalidade seja perceptível à outra parte.<sup>69</sup> Não se cuida, aí, de motivo, de algo psicológico, mas de um *plus* que integra o fim da atribuição e que está com ele intimamente relacionado. A desatenção a esse *plus* torna o adimplemento insatisfatório e imperfeito, como ressalta do seguinte exemplo: A, comerciante, convencionou com B a fabricação e a colocação de um anúncio luminoso para efeitos de propaganda. B fabrica o anúncio, conforme o convencionado, mas, ao invés de colocá-lo em local de intenso tráfego, instala-o em lugar pouco freqüentado, de sorte que o anúncio nenhum reflexo teria na venda dos produtos. Em tal hipótese, A não poderá considerar o adimplemento como satisfatório, apesar da convenção não determinar o local em que seria colocado o anúncio. B deveria levar em consideração que quem contratara era comerciante e, por conseguinte, o anúncio só poderia ter interesse se situado em lugar adequado a sua finalidade. O *plus* que integra o fim do negócio jurídico pode surgir, imediatamente, da atividade da pessoa com quem se contrata. De qualquer modo, trata-se de certeza objetiva, o que não ocorre com os motivos a que alude o art. 90 (140) do Código Civil, de natureza meramente subjetiva.

### Boa-fé e direito dos juizes

A aplicação do princípio da boa-fé, na opinião de alguns, teria o perigo de subverter toda a dogmática, desde que não se lhe desse justa medida de incidência.

A relevância recentemente dada ao princípio da boa-fé, no campo do direito das obrigações, expressa talvez a principal reação contra as idéias e o sistema do positivismo jurídico, no plano da ciência do direito. Como reação, entretanto, pode ser levado a extremos, ferindo-se, assim, outros valores que o ordenamento jurídico consagra.

<sup>69</sup> Staudinger-Weber, *Kommentar*, v. II, p. 72.

É preciso ter presente, portanto, a advertência de Lehmann: “não se pode remover os males do mundo com o §242, nem com seu amparo ultrapassar os limites legislativos”. A advertência endereça-se à teoria da base do negócio jurídico, ou da pressuposição, considerada a aplicação mais perigosa do princípio,<sup>70</sup> por atritar com a regra fundamental de que *pacta sunt servanda*.<sup>71</sup>

A aplicação do princípio da boa-fé tem, porém, função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, “janelas para o ético”.<sup>72</sup>

Nessa conciliação, a atividade do juiz exerce tarefa de importância.

Seu arbítrio, no entanto, na aplicação do princípio da boa-fé, não é subjetivo,<sup>73</sup> pois que limitado pelos demais princípios jurídicos, os quais, igualmente, tem de aplicar. Nesse mútuo condicionamento de regras, quais serão as relações ditadas pela boa-fé? A resposta não pode ser dada *a priori*.

A boa-fé dá o critério para a valorização judicial, não a solução prévia. Num sistema jurídico sem lacunas, a função do juiz resume-se em elaborar mecanicamente as soluções, esvaziando-se o direito de conteúdo vital. Num sistema jurídico concebido, não como uma *Geschlossenheit*, como um mundo fechado, mas sim como algo com aberturas por onde penetram os princípios gerais que o vivificam, não se poderá chegar a uma solução concreta apenas por processo dedutivo ou lógico matemático. Com a aplicação do princípio da boa-fé, outros princípios havidos como absolutos serão relativizados, flexibilizados, ao contato com a regra ética.

A subsunção não é, pois, uma atividade mecânica que descreve um processo semelhante ao que se verifica nas ciências físicas ou naturais. Certamente, o conceito de pressupostos de fato e de incidência é fundamental para a construção dogmática. Mas a atividade jurisdicional, de verificação de incidência, tem, hoje, sentido diferente da apregoada pela teoria dominante nos fins do século passado. Brogini dá excelente descrição do processo de subsunção, na forma em que atualmente é concebido, ao afirmar que a atividade do juiz consiste na interpretação da lei, como proposição maior, segundo os critérios que são dele conhecidos, na aplicação dos ditames da experiência e na comparação

<sup>70</sup> Siebert, *Treu und Glauben*, p. 9.

<sup>71</sup> A teoria da base do negócio jurídico foi adotada pelo atual Código Civil grego, de 1940, art. 383.

<sup>72</sup> Esser, *Grundsatz und Norm*, 1956, passim.

<sup>73</sup> Larenz, *Lehrbuch*, v. I, p. 100.

do pressuposto ou suporte fático concreto com o normativo, até a concretização do termo médio do silogismo processual. Esclarece, ainda, que a operação definida com esse silogismo não esgota, de nenhum modo, o processo de formação da sentença. Usa-se hoje a denominação “silogismo processual” de forma, em parte, convencional. Ao lado da interpretação tradicional lógica e histórica, ao lado do ato cognoscitivo da subsunção, admite a teoria moderna fatores “metalógicos” (interpretação de interesses dignos de serem levados em conta, aperfeiçoamento da norma através da aplicação de proposições fundamentais, construção segundo valorizações em geral vigentes ou novas).<sup>74</sup>

### A separação entre a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e a do adimplemento

A dogmática distingue entre obrigação e adimplemento. O discripe, por igual, manifesta-se claro em todos os códigos de origem romanística, que dedicam – às obrigações e ao adimplemento – títulos especiais.

A distinção é de direito material e, muitas vezes, absoluta, de sorte que o adimplemento, em tal hipótese, surge, no mundo jurídico, totalmente desligado da série de atos que o antecederam e situado num plano diverso, no plano do direito das coisas, como nas transmissões abstratas de propriedade.

Há, assim, “distância” entre o primeiro e o último ato do *processus*.<sup>75</sup>

Obrigar-se é submeter-se a um vínculo, ligar-se, pelo procedimento, a alguém e em seu favor. O adimplir determina o afastamento, a liberação, e na etimologia da palavra *solutio* surpreende-se vigorosamente essa idéia.<sup>76</sup>

Ao tempo do direito comum, e já sob certa influência de Savigny,<sup>77</sup> construía-se o adimplemento como contrato, como concordância de vontade das partes em face do fim da prestação material: a extinção de uma obrigação concreta.

O processo obrigacional supõe, portanto, duas fases: a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e a fase do adimplemento. Nas obrigações que não se endereçam à transmissão de propriedade, o adimplemento é realiza-

<sup>74</sup> Brogini, Die Maxime “iura novit curia” und das ausländische Recht, *Archiv f. die civ. Praxis*, v. 155, p. 470.

<sup>75</sup> Vd. Wiese, *System der allgemeinen Soziologie*, 1933, p. 110 e segs.

<sup>76</sup> *Solutio, solvere* tem o significado de cortar as cadeias, libertar-se (cf. Walde-Hoffmann, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, 1954, v. II, p. 557).

<sup>77</sup> Römer, Beiträge zur Lehre von der Erfüllung der Obligation nach gemeinen Recht, mit besonderer Berücksichtigung der Beweislast, *Zeitschrift f. das Gesamte Handelsrecht*, v. 21, p. 2 e segs.

do no plano do direito obrigacional. As obrigações resultantes do contrato de trabalho ou da cessão de créditos são adimplidas nessa dimensão, embora nem sempre o ato de adimplemento tenha a mesma categoria. Nas hipóteses de *obligatio faciendi*, o cumprimento, salvo nos casos de pré-contrato, é ato-fato; na cessão de crédito, por sua vez, é negócio jurídico dispositivo.

A distinção entre a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e a do adimplemento adquire, entretanto, sua máxima relevância, dogmática e praticamente, quando o adimplemento importa em transmissão da propriedade. A fase do adimplemento se desloca, então, para o plano do direito das coisas. Tal divisão em planos, quando absoluta, significa abstração da causa, nos casos de aquisição derivada. O exame das fases da relação obrigacional leva-nos, assim, à análise da teoria da causa, a fim de que os problemas dogmáticos decorrentes da separação entre o plano do direito das obrigações – em que se inserem o nascimento e o desenvolvimento dos deveres – e o do direito das coisas, em que o adimplemento se verifica, sempre que esse adimplemento importar na transferência de propriedade, possam ser tratados.

### Teoria da causa no direito romano e medieval

No direito romano, o conceito de causa aparece relacionado com a *condictio* e com a *traditio*. Com referência aos demais atos, como a *mancipatio* e a *in iure cessio* – aliás abstratos, segundo a terminologia moderna –, apesar de evidenciarem a nítida separação entre o plano do direito das obrigações e o do direito das coisas, a idéia de causa permanece na sombra.

A teoria atual da causa, como fundamento ou base do ato jurídico, é o resultado da generalização de regras isoladas do direito romano, atinentes à *traditio*. Por outra parte, a causa concebida como fim, ou função, do negócio jurídico é o produto do exame do conceito de causa no direito das *condictiones*. Todavia, a *condictio* no direito romano clássico não se vinculava, de nenhum modo, ao enriquecimento sem causa, mas referia-se à possibilidade de exigir-se certa res ou certa pecunia, e isso somente na *datio*.<sup>78</sup> Inexistia qualquer *condictio sine causa*, de âmbito geral, que facultasse corrigir o deslocamento patrimonial sem fundamento, ou causa.<sup>79</sup>

<sup>78</sup> Esser, *Grundsatz und Norm*, p. 45.

<sup>79</sup> Esser, *idem*, p. cit.

### A causa na *traditio* e na *condictio*

Vigorava no direito romano clássico o princípio de que, na fórmula da ação, se deveria mencionar o fundamento. A *condictio* constituía, contudo, exceção (Gaio, 4, 17b). Usava-se a *condictio* nas hipóteses de repetição de pagamento de dívida inexistente, servindo-se, por analogia, da ação correspondente ao mútuo.<sup>80</sup> Tal repetição, entretanto, ao contrário da efetuada com base no mútuo, não tinha seu fundamento em contrato preexistente, mas decorria da simples entrega da coisa (*ex re*). Daí a afirmação de Gaio (3, 91): “*Unde quidam pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*”.

O mesmo pensamento encontra-se em Celso (D. 12, 1, 32), ao distinguir entre o mútuo que não se pode realizar *nisi inter consentientes* e a obrigação que nasce da própria entrega da coisa, isto é, *ex re*, e sem o *contrahere*.

Tendo-se presente as concepções gerais de Gaio, não é fácil harmonizar a passagem acima reproduzida com a *summa divisio* das obrigações (3, 88) em *ex contractu* e *ex delicto*. O mútuo tinha como pressuposto de existência a entrega da res. Mas, além da entrega, exigia-se, ainda, elemento volitivo, que se expressava no *contrahere*. Se a vontade fosse completamente indiferente, nenhuma razão haveria para contrapor, ao *contrahere*, o *distrahere*. Demais disso, como vimos, a mesma idéia se reflete em Celso. Restaria, então, outra fonte *ex re*, não connumerada por Gaio, no trecho aludido.

Confirmaria este ponto de vista o fr. de Gaio, no D. 44, 7, 1, no qual, à divisão tradicional das fontes, verifica-se o acréscimo de uma outra, *ex variis causarum figuris*, por muitos tido, no entanto, por interpolado.

De qualquer forma, a discussão está aberta, e o texto referido parece demonstrar que o contrato estava em germe, constituindo “a vontade de contrair” e “a vontade de solver” coisas perfeitamente distintas.<sup>81</sup>

Verdade é, entretanto, que o conceito fundamental do direito romano clássico era o de *actio*. A obrigação não nascia somente porque as partes o quisessem, mas sobretudo porque existia uma *actio iuris civilis* para a hipótese,

<sup>80</sup> Gaio, 3, 91: “*Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset*”.

<sup>81</sup> Vd. Schwarz, *Die Grundlage der condictio im klassischen Römischen Recht*, 1952, p. 13-14.



muito embora a *actio* não fosse concedida caso as partes não visassem o efeito obrigacional.<sup>82</sup>

De grande importância para a teoria da causa, em sentido moderno, é a *condictio causa data, causa non secuta*, também denominada *ob rem*, para diferenciá-la da *ob causam*, ou seja, da que se refere a algo que já ocorreu.

Num fragmento de Pompônio diz-se que: "*ob rem vere datur ut aliquid sequatur non sequente repetitio competil*".<sup>83</sup> A mesma regra surge em Paulo: "*Omne quod datur aut ob rem aut ob causam. Ob rem igitur honestum datur et repeti potest si res propter quam datum est secuta non est*".<sup>84</sup>

*Res* (*ob rem* no fragmento de Pompônio e de Paulo) tem a aceção de fim, em oposição à simples causa pretérita.<sup>85</sup> Os juristas romanos diferenciavam, perfeitamente, a *datio ob rem* da *datio ob causam*. Esta última dizia respeito ao que, desde Baldo, se denomina motivo e era irrelevante.

A significação de *causa*, porém, sofreu aumento em seu círculo de abrangência, fazendo com que os juristas posteriores à época de Diocleciano usassem, indiferenciadamente, as expressões *res* e *causa*, como se pode constatar do D. 12, 5, 9: "*quamvis propter rem datum sit et causa secuta non sit*", ou do D. 12, 6, 65, 3, onde se lê: "*quia causa propter quam dedi non est secuta*".<sup>86</sup>

Lenel, examinando a *condictio ob rem*, define a causa do ato jurídico ao afirmar que "juridicamente relevante é somente o fim da prestação que for fundamental para a sua natureza econômica".<sup>87</sup>

Embora seja discutidíssimo o problema da *iusta causa traditionis* no direito romano clássico, parece, entretanto, que a vinculação ao negócio antecedente era exigida para a transferência de domínio. Como meio de transpasse da propriedade sobre coisas *nec mancipi*, necessitava a *traditio* de uma causa que qualificasse o ato material da entrega da coisa, fazendo com que os efeitos se diferenciassem dos verificados no comodato, na locação ou no depósito, onde essa entrega também ocorria, embora com a simples significação de transmis-

<sup>82</sup> Schwarz, *Die Grundlage*, p. 13: "Auch bei diesem negotium contrahere in neuen Sinne entsteht die obligatio nicht, weil die Parteien die Verpflichtung wollen, sondern weil es eine actio juris civilis gibt. Doch entsteht sie nicht, wenn nicht beide Parteien diese Verpflichtungswirkung beabsichtigen".

<sup>83</sup> D. 12, 6, 56.

<sup>84</sup> D. 12, 5, 1.

<sup>85</sup> "Diesen Zweck nennt Pomponius res in Gegensatz zum blossen causa praeterita." (Lenel, *Die Lehre von Voraussetzung*, *Archiv f. die civ. Praxis*, v. 74, p. 235); Schwarz, *op. cit.*, p. cit.

<sup>86</sup> Schwarz, *op. cit.*, p. 132.

<sup>87</sup> *Die Lehre cit.*, p. cit.

são de posse. Desenvolveram-se, assim, diversos tipos de causa, sob uma unidade conceitual, tais como a *donandi, credendi, solvendi* etc.

### A causa no direito medieval

Os juristas medievais continuaram a elaboração romanística, e a eles se deve, em muito, o conceito atual de causa. Sob a influência de método e conceitos escolásticos, e convictos de que o *Digesto* era algo completo e perfeitamente concordante, começaram a elaborar um sistema, do qual emergiu a moderna ciência do direito.

É dos juristas medievais a doutrina dos *pacta vestita*, a qual distinguia os contratos segundo o "vestimento", ou seja, o aspecto ou a forma com que se apresentavam. Azo entendia que o pacto poderia ser "vestido" das seguintes maneiras: *re, verbis, litteris, cohaerentia contractus* e *interventu rei*.<sup>88</sup> Acúrsio acrescentou à enumeração o *vestmentum legis auxilio*.

Bastante elucidativo do processo utilizado é a glosa ao D. 2, 14, 4: "*Sed cum nulla subest causa propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem*" – em que se afirmou – "*si in contractibus non valet conventio sine causa id est sine vestimento*". Na *Summa Trecensis* (2, 3, 8), atribuída por uns a Irnério, por outros a Rogério, definiu-se a causa como "*dationem seu factum aut contractum*".

No esforço de harmonização das diferentes passagens do *Digesto*, tentaram os juristas medievais reunir os pressupostos necessários à existência dos atos jurídicos sob o império de conceito que fosse comum a todos eles.

Na busca de unidade, em meio a elementos tão heterogêneos, pareceu-lhes que a teoria do vestimento teria a virtude, ao menos, de dar aspecto sistemático à matéria.

Com referência, de outra parte, à elaboração sobre o conceito da *condictio ob rem*, podemos resumir as conclusões de Söllner, partindo do direito romano. A *condictio causa data, causa non secuta* mereceu exame acurado dos glosadores: possuía ela especial importância ao tempo em que a *actio praescriptis verbis* não se constituía em ação de adimplemento de âmbito generalizado. Cabia aquela

<sup>88</sup> A respeito da elaboração medieval, vd. Söllner, *op. cit.*, passim; Bärmann, "Pacta sunt servanda", *Rev. Int. de Droit Comparé*, 1961, p. 18 e ss.; Calasso, *Il negozio giuridico*, 1959. A respeito da terminologia medieval: *cohaerentia contractus* era o relacionamento do pacto nu com um contrato acionável, em forma de acordo adjeto; a *interventu rei* constituía-se na prestação prévia feita nos contratos inominados.



*condictio* nos casos de contratos reais inominados, quando a outra parte deixasse de cumprir sua obrigação. Com a elaboração do *Digesto*, conservou-se a *condictio* em sua forma primitiva, embora fosse facultado, àquele que adimpliu, exigir da outra parte a prestação, usando, para esse efeito, a *actio praescriptis verbis*. E, sob a influência da escolástica, transportaram para o campo jurídico o conceito de *causa finalis*, aplicando-o às hipóteses da *condictio causa data, causa non secuta*. O fim é a prestação que se visa obter através do contrato.<sup>89</sup>

Para chegar-se a um conceito geral e unitário de causa, houve a necessidade de superar o de pacto nu, dando-se eficácia a toda e qualquer convenção, independentemente da teoria do vestimento. Tal superação realizou-se através dos canonistas.

Ainda para a unificação do conceito, era imprescindível a harmonização da causa da *condictio* com a causa da *traditio*. Já foi mencionado que a causa da tradição era conceito unitário, típico, o mesmo não ocorrendo, no entanto, com a causa das *condictiones*. As mesmas discussões que, com relação à *condictio*, se travaram no direito romano, foram repetidas, embora com outros termos, pelos glosadores. A *condictio ob causam* (motivo) passou a ter equivalente, na Idade Média, no conceito de *causa impulsiva*, que não dava margem à repetição. Finalmente, com Acúrsio e a sua teoria a respeito da *stipulatio* e das obrigações literais, nas quais a causa é uma obrigação antecedente, começa, em verdade, a unificação dos conceitos de causa na *traditio* e na *condictio*, muito embora somente mais tarde essa unificação viesse a se completar.

### A causa no direito moderno e o problema da separação de planos

O direito moderno reelaborou a teoria da causa, com os dados do direito romano e medieval. Daí surgiram duas linhas de pensamento ou duas correntes (objetiva e subjetiva), que, respectivamente, salientaram os aspectos emergentes da *iusta causa traditionis* e da *condictio ob causam*. Por fim, vincularam-se ambos os conceitos através da função objetiva do negócio jurídico, o que ensejou a ligação do ato jurídico antecedente ao subsequente. Note-se que se cuida de função e não de fim, propriamente, porque a transmissão abstrata da propriedade é ato final (Flume, op. cit., p. 24).

<sup>89</sup> *Die Causa*, p. 36-37; Bärmann, op. cit., p. cit.

A doutrina, denominada clássica, examinou o conceito de causa e relacionou-o ao de atribuição patrimonial. Algumas críticas foram feitas a esse entendimento,<sup>90</sup> mas não cabe aqui examiná-las, pois tais críticas não negam que a causa se expresse na atribuição patrimonial, mas apenas afirmam que o conceito de causa é mais amplo.

Em se tratando de transferência de bens, vale o axioma de que não há atribuição sem causa. A causa existe sempre, embora os sistemas jurídicos, em certos casos, possam impedir a sua verificação, abstraindo-a.

No direito germânico, o acordo de transmissão de propriedade de bens móveis e imóveis é abstrato, em razão de dispositivo do ordenamento jurídico que torna a causa irrelevante. Já no direito francês, é a própria compra e venda que transfere a propriedade, embora somente interpartes, antes do registro. O Código Civil brasileiro adotou posição intermediária, ao fazer depender a eficácia da tradição à do negócio jurídico antecedente, princípio este que a jurisprudência estendeu à transferência de imóveis pela transcrição.

Para melhor compreender a estrutura jurídica dos negócios de adimplemento, é preciso, entretanto, confrontar o nosso sistema com o do Código Civil alemão, que grandemente o influenciou.

### Direito germânico

O direito comum exigia, para a transferência da propriedade, negócio obrigacional e, além disso, a tradição ou a transcrição, conforme fossem os bens móveis ou imóveis. Savigny, em 1840, no seu *Sistema de direito romano atual*, classificou, porém, a tradição como contrato de direito real, diverso do obrigacional, partindo do pressuposto de que, quando a tradição importasse adimplemento, se exigiriam declarações de vontade do transmitente e do adquirente.<sup>91</sup> Mais tarde, nos *Motivos para o Projeto do Código Civil alemão*, encontra-se a afirmação de que o conceito fundamental é o do contrato, e, em verdade, não menos importante para o direito das coisas do que para o das obrigações.<sup>92</sup> E o direito alemão de nossos dias é o resultado da elaboração realizada pela última fase da pandectística, na qual ressalta o conceito de negó-

<sup>90</sup> Vd. Cohn, Zur Lehre von Wesen der abstrakten Geschäfte, *Archiv f. die civ. Praxis*, v. 135, p. 67 e segs.

<sup>91</sup> *System des heutigen Römischen Rechts*, 1840, v. III, p. 312-313: "So ist die Tradition ein wahrer Vertrag (...). Man könnte, zur schärferen Unterscheidung, alle diese Fällen als dinglichen Vertrag bezeichnen".

<sup>92</sup> *Motive*, III, 1896, p. 7.

cio jurídico de direito das coisas. No sistema alemão, direito das obrigações e direito das coisas se encontram rigidamente separados, de sorte que o acordo de transmissão – ou seja, o negócio jurídico dispositivo que adimple a obrigação – é abstrato e se situa no plano do direito das coisas. A compra e venda, porém, é causal. Como negócio jurídico, embora de direito das coisas, o acordo de transmissão submete-se a regras que incidem também sobre os demais negócios jurídicos, como aquelas que dispõem sobre validade. Enquanto, porém, o poder de disposição não é requisito de eficácia dos negócios jurídicos obrigacionais, apresenta-se como indispensável à produção de efeitos dos negócios jurídicos do direito das coisas. Discute-se se será nulo, quando perseguir fim imoral. Segundo a doutrina dominante, sendo o negócio dispositivo um “fim em si mesmo”, é moralmente indiferente. A jurisprudência mais recente tem, contudo, admitido a possibilidade de contágio, embora seja ainda grandemente controvertida. Não cabe dúvida, no entanto, que ao acordo de transmissão são aplicáveis as regras para os negócios obrigacionais, desde que não atriem com a natureza do ato dispositivo, isto é, de declaração de vontade destinada a produzir imediatamente a perda de um direito ou a sua modificação gravosa.<sup>93</sup>

O princípio da separação absoluta entre o plano dos direitos obrigacionais e o dos direitos reais tem sofrido temperamentos, em alguns casos, em parte como decorrência das críticas feitas ao sistema da transmissão abstrata da propriedade. Assim, a circunstância de ser o negócio antecedente contrário aos bons costumes poderá afetar a validade do negócio jurídico dispositivo. Igualmente, quando o negócio jurídico do direito das obrigações e o real se originarem de um ato de vontade unitário, cabe a impugnação do negócio jurídico de direito das coisas.<sup>94</sup> Ainda, em se tratando de bens móveis, admite-se que a eficácia do acordo de transmissão possa ser condicionada à do negócio jurídico obrigacional; as transmissões de imóveis são, porém, incondicionáveis, em virtude do §925, II, que declara ineficazes tanto a condição quanto o termo.

Constatam-se, hoje, na doutrina alemã, as posições mais diversas com relação ao problema da transmissão abstrata da propriedade. Alguns postulam

<sup>93</sup> Negócio jurídico dispositivo é aquele que se constitui por declaração de vontade, destinada a produzir imediatamente perda de um direito ou a sua modificação gravosa. O imediatamente (*sofort*) não tem o significado que lhe atribui Von Tuhr, meramente temporal. A compra e venda, como contrato obrigacional, não é negócio de disposição, pois opera imediatamente, isto é, por meio do ato dispositivo. Este último, por sua vez, atua imediatamente, isto é, sobre o direito real, para transferi-lo, ou gravá-lo (Vd. Raap, *Zustimmung und Verfügung*, *Archiv f. die civ. Praxis*, v. 121, p. 258).

<sup>94</sup> Palandt–Danckelmann, *Kommentar*, p. 776-767.

a adoção do sistema francês, de transmissão contratual, mas constituem inexpressiva minoria. Outros batem-se pela implantação de sistema semelhante ao do antigo direito comum, no qual a propriedade se transferia mediante o contrato obrigacional seguido de tradição. Por fim, há os que defendem a manutenção do acordo de transmissão, mas transformado em negócio jurídico causal.<sup>95</sup> A maioria dos autores, entretanto, permanece fiel ao sistema em vigor, afirmando ser desnecessário o acordo de transmissão causal, por importar em duplicação de negócios jurídicos, quando apenas o negócio obrigacional já seria suficiente.

O negócio dispositivo não tem apenas base histórica, romanística, nem é fruto do liberalismo. A separação de planos é decorrência lógica da distinção entre negócio jurídico obrigacional e real, pois, mesmo dentro do âmbito estrito do direito das obrigações, o adimplemento, como ato que extingue a obrigação, se opera em fase diversa e distanciada da do nascimento do vínculo. Quando o adimplemento da obrigação importa, entretanto, em alienação de domínio, não poderia o negócio obrigacional atingir área que lhe é estranha, necessitando, em tais hipóteses, para que o adimplemento se consume, da existência de negócio jurídico de direito das coisas.

Certo, no plano sociológico tal separação muitas vezes não é percebida, nem materialmente perceptível. No plano jurídico, porém, ela o é, além de necessária, evidenciando-se nítido o discrimine entre o ato que cria a obrigação e o que a satisfaz. A linha divisória que se estende entre as duas dimensões, traçando a fronteira entre o campo obrigacional e o real, nem sempre implica, entretanto, abstração dos negócios jurídicos de direito das coisas.

Nos casos, ou nos sistemas, em que esses negócios jurídicos não se revelam como abstratos, diz-se que a separação, embora existente, não é absoluta, mas simplesmente relativa.

O que impede que se considere unitariamente a venda – como negócio, a um só tempo, obrigacional e dispositivo, composto de dois momentos, como sugere Larenz<sup>96</sup> – é a circunstância de ambos se situarem em planos diferentes.<sup>97</sup>

<sup>95</sup> Cp. Krause, *Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts*, *Archiv f. die civ. Praxis*, v. 145, p. 312; Larenz, *Lehrbuch*, v. II, p. 15 e segs. Entre os que defendem a possibilidade de um acordo de transmissão causal, está Lange, o qual afirma que isso não significaria sua eliminação em virtude das funções que ele exerce na construção dogmática (*Rechtsgrundabhängigkeit der Verfügung in Boden- und Fahrnisrecht*, *Archiv f. die civ. Praxis*, v. 146, p. 26 e segs.).

<sup>96</sup> *Lehrbuch*, v. II, p. 18.

<sup>97</sup> Palandt–Danckelmann, *Kommentar*, p. 767.

Mas, nada impede que a separação seja considerada de modo relativo, ao invés de absoluto, conferindo-se caráter causal ao negócio dispositivo e fazendo-se com que ele dependa do *negotium antecedens*.

### Direito brasileiro

O sistema adotado, no Código Civil brasileiro, é o da separação relativa; e nele não se encontra a expressão “negócio jurídico” e, conseqüentemente, a de “negócio jurídico de disposição”.

Como tivemos oportunidade de examinar, no sistema germânico, o ato de disposição é negócio jurídico das coisas e é abstrato. Tem-se afirmado, e isso parece deduzir-se de Gaio (3, 91), que a vontade de criar obrigações nem sempre é a mesma de solver. Assim, o ato de solução deveria abrigo, em seu conteúdo, vontade, senão adversa, pelo menos diversa do ato que cria obrigações. Na trilha dessa ordem de raciocínios, entendem alguns que a *solutio* necessita de vontade específica. O negócio dispositivo, em sistema de separação absoluta, tem vida própria e, em conseqüência, dever-se-á exigir vontade diversa da do ato que cria dever.

Além da vontade de adimplir em geral, exige o sistema germânico, em se tratando de imóveis, que o acordo diga respeito ao início da alienação ou modificação do direito (transferência ou imposição de ônus) e à transcrição dessa modificação no livro fundiário,<sup>98</sup> com a presença dos interessados.<sup>99</sup> No que diz respeito às coisas móveis, o acordo referir-se-á, simplesmente, à transferência.<sup>100</sup>

Em sistema de separação relativa, a declaração de vontade que dá conteúdo ao negócio dispositivo pode ser considerada co-declarada no negócio obrigacional antecedente.<sup>101</sup> É que na vontade de criar obrigações insere-se naturalmente a vontade de adimplir o prometido. Não fora assim, o negócio jurídico não teria as condições mínimas de seriedade que o direito exige. Daí

<sup>98</sup> §873.

<sup>99</sup> §925.

<sup>100</sup> §929 (trad.): “Para transferência da propriedade de uma coisa móvel, é necessário que o proprietário a entregue ao adquirente e que ambos estejam de acordo em que a propriedade deva ser transferida”.

<sup>101</sup> Sem esclarecer suficientemente a sua concepção *de lege ferenda*, a respeito da consideração unitária de ambos os negócios, mesmo quando devessem ser separados no plano do pensamento (*gedanklich*), admite Larenz a hipótese de declaração, implícita, ou co-declaração (*Lehrbuch*, v. II, p. 18).

porque, quando alguém vende algo, demonstra, também, nesse preciso momento, vontade de adimplir o prometido.

Esta vontade de adimplir é inseparável, no plano psicológico, da vontade de criar obrigações. Faltaria seriedade à vontade criadora de dever, se, ao mesmo tempo, não se desejasse adimplir o prometido. Esta inseparabilidade de vontades, entretanto, só existe, como tal, no plano psicológico. No plano jurídico, bifurca-se essa vontade unitária, a fim de encher negócios jurídicos de dimensões diferentes: o obrigacional e o de adimplemento, ou de direito das coisas. Mas a vontade de adimplir, como decorrência lógica da vontade criadora de direitos e obrigações, somente existe naqueles casos em que o cumprimento de dever seja, a sua vez, negócio jurídico. Esta afirmativa parece óbvia, mas convém ter sempre presente que existem outros negócios dispositivos, inclusive de direito das coisas, que não se constituem em adimplemento de uma obrigação. Nos de garantia, quando alguém diz que “dá em hipoteca determinado imóvel para garantir mútuo anteriormente realizado”, cuida-se de negócio de direito das coisas, negócio esse que não é decorrência lógica do mútuo, porque existem empréstimos sem garantia real, e o acordo de constituição do ônus é negócio jurídico no plano dos direitos reais. E aí se faz imprescindível a vontade dirigida à constituição do gravame. Essa, por sua vez, não se poderá considerar implícita no mútuo. Por outro lado, é preciso excluir, também, aqueles negócios jurídicos que tenham por finalidade a feitura de outros como os de pré-contratos. Aí, apesar de poder-se considerar implícita no plano psicológico a vontade de adimplir, juridicamente, em vista de o objeto do ato ser a feitura de um negócio, à sua conclusão é necessário que se manifeste a vontade. Cuida-se aí de uma obrigação de fazer, de realizar o negócio jurídico, e a obrigação é de emitir vontade de declará-la. Por esse motivo, não se pode considerar co-declarada no pré-contrato.

Em nosso direito imobiliário, o problema da causa encontrou singular relevo quanto à interpretação do art. 859 do Código Civil: “Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu”. Para uns, entre eles, Filadelfo de Azevedo e Lysipo Garcia, a presunção era *ture et de iure*, determinando, assim, a legitimação aparente ao *non dominus* e acarretando *ipso facto* a aquisição da propriedade ao comprador, desde que de boa-fé.

Para outros, como Soriano de Souza Neto, Orosimbo Nonato e Hahnemann Guimarães, a presunção é meramente *iuris tantum*. É o ato causal e não abstra-

to. Por esta última corrente se inclinou o Supremo Tribunal Federal, o qual, em reiterados arestos, vem pondo termo à velha discussão.<sup>102</sup>

A abstração ou causalidade não tem sido examinada sob o ângulo do princípio da separação relativa de planos, pois o litígio se cingiu ao exame da presunção dimanante do art. 859 do Código Civil. Estabelecido que a transmissão era causal e que a *boa-fé* não tinha a virtude de tornar inatacável o domínio adquirido de quem não era proprietário, desprezou-se a fundamentação dogmática que essa posição deveria forçosamente exigir. Colaborou, para isso, a circunstância de examinar-se o sistema de translação de domínio independentemente de seu relacionamento com o negócio produtor de obrigações. Como aquisição derivada, como negócio de adimplemento (pagamento), fazia-se necessário o exame sob o cânon da totalidade, sem esquecer-se, todavia, das linhas diferenciais e das peculiaridades de ambos os setores do direito civil.

A divisão em planos não tem por finalidade apenas determinar se o ato é abstrato ou causal, ou diferenciar nascimento de obrigação de seu adimplemento, mas é útil, sobretudo, ao estabelecimento de um discrimine entre os princípios e requisitos dos atos que se inserem num ou noutro setor. Esse discrimine é básico, e tem sua maior importância quando se trata de adimplemento que consista na transferência de propriedade.

À luz dessas categorias, entendidas, aqui, como planos de desenvolvimento de determinadas relações jurídicas, é que se poderá examinar dogmaticamente o conceito de obrigação e sobretudo o de adimplemento, principalmente na hipótese de transferência de propriedade, que se torna incompreensível quando não se leva na devida conta a duplicidade de dimensões.

Recentemente, Pontes de Miranda, em seu *Tratado de direito privado*, sustentou que a transmissão imobiliária era, em nosso direito, abstrata, sendo aquela que recaísse sobre móveis, contudo, causal.<sup>103</sup>

A admissão, porém, de um acordo de transmissão abstrato, característico do sistema de separação absoluta de planos, equipararia, pelo menos em suas linhas gerais, o nosso sistema ao do Código Civil germânico de 1900, no que diz respeito à transferência de bens imóveis. Mas essa forma de considerar o sistema brasileiro não tem sido acolhida. Não vale aqui renovar toda a discus-

<sup>102</sup> Acs. de 17-12-1941, *Jurisprudência do STF*, XIII, 19; idem de 21-1-1946, *Arq. Jud.*, 81/204; idem mesma data, *Rev. For.*, CLIX, 108; idem de 26-12-1946, *Rev. Tribs.*, 169/383; idem 2-12-1949, *Arq. Jud.*, 86/959; idem de 27-9-1948, *Rev. For.*, 123/120; idem de 10-5-1950, *Arq. Jud.*, 94/203; idem de 3-4-1959, *Arq. Jud.*, 94/313; *Arq. Jud.*, 280/330.

<sup>103</sup> *Tratado*, v. 3, p. 109 e 160, passim; Código Civil, art. 622 (1.268).

são a respeito, uma vez que, em grande maioria, a doutrina e a jurisprudência se inclinaram – e vêm-se mantendo sem discrepância – a favor da causalidade. No direito brasileiro, não existem artigos similares aos §§873, 925 e 929, do BGB, que poderiam ensejar tratamento similar ao do direito alemão.

O sistema germânico, como já se aludiu, tem sofrido sérias críticas, pois a complexidade do sistema faz com que sejam necessários – como pondera Larenz – três atos jurídicos para transmitir um bem, nos casos de compra e venda: o contrato de compra e venda (obrigacional), o acordo de transmissão a respeito da propriedade do bem vendido (negócio jurídico de direito das coisas) e, finalmente, o acordo de transmissão sobre o preço (também negócio jurídico de direito das coisas).<sup>104</sup> Sobre cada um desses negócios jurídicos, que podem ser realizados em momentos diversos, deveriam incidir, pelo menos logicamente, regras a respeito de capacidade, o que, de si só, serve para demonstrar o artificialismo da construção adotada.

No direito brasileiro, entretanto, a vontade deve ser considerada como co-declarada no negócio de compra e venda, conforme já salientamos. As regras a respeito da capacidade, ponto nevrálgico da construção alemã, incidirão, em nosso sistema, no momento da feitura do ato produtor de obrigações, vigorando não só para este, como também para o de adimplemento.

Um dos argumentos preponderantes para a aceitação do negócio jurídico de disposição como causal proveio da regra exarada no art. 622 (1.268) do Código Civil: “Feita por quem não seja proprietário, a tradição não alheia a propriedade. Mas, se o adquirente estiver de boa-fé, e o alienante adquirir depois o domínio, considera-se revalidada a transferência e operado o efeito da tradição, desde o momento do seu ato. Parágrafo único: Também não transfere o domínio a tradição, quando tiver por título um ato nulo”. Por meio de hermenêutica integradora passou esta regra a cobrir todo o sistema de transferência de propriedade. Outro dispositivo de valor fundamental, para precisar o conceito, entre nós, do negócio jurídico de disposição, é o art. 933 (307), parágrafo único: “Se, porém, se der em pagamento coisa fungível, não se poderá mais reclamar do credor, que, de boa-fé, a recebeu, e consumiu, ainda que o solvente não tivesse o direito de alheá-la”.

Cuida-se, no art. 933 (307), sem dúvida alguma, de negócio jurídico de disposição. Alude-se à existência do poder de alienar, que outra coisa não é senão o poder de dispor.

<sup>104</sup> Larenz, *Lehrbuch*, v. II, p. 2.

Para eficácia do negócio dispositivo, faz-se necessária a titularidade concomitante do poder de disposição.<sup>105</sup>

A expressão contida no art. 933 (307), “só valerá o pagamento (...)”, poderia sugerir a conclusão de que, se este fosse feito por alguém não titular do domínio, nulo ou anulável seria o ato. Não se trata, porém, de invalidade, mas sim de ineficácia.

A seu turno, poder-se-ia crer, da leitura do art. 622 (1.268), que a tradição fosse ato dispositivo. Tal conclusão, porém, constituir-se-ia em equívoco, sem embargo de assim ter pensado Savigny. A tradição é ato real, ato-fato, insusceptível de sofrer condição. Fosse a disposição ato-fato, e não se lhe poderia condicionar. Dessa afirmativa resultaria a impossibilidade de realizar-se venda com reserva de domínio, porque, nessa figura, o negócio jurídico de disposição é condicionado.

É necessário, pois, separar a mera entrega de um objeto da declaração de vontade que repercute no plano do direito das coisas e que informa o negócio dispositivo. Quando coincidirem no tempo, a declaração de vontade – que gera o negócio obrigacional e real – e a entrega do objeto prometido, a eficácia efetua-se instantaneamente.

Essa duplicidade de planos – sobre os quais se fundamenta o sistema do nosso Código Civil – torna impossível, como se afirmou, qualquer tentativa de tratarem-se unitariamente os negócios jurídicos.

Quem vende um imóvel, por escritura pública, não necessitará de outro ato, ou de outra declaração de vontade, para que possa ser realizado o registro, pois, na vontade de vender – frise-se mais uma vez – está a vontade de adimplir, de transmitir, que, por si só, é suficiente para permitir o registro no albo imobiliário.

Mas não se considere que, por isso, a compra e venda tenha eficácia obrigacional e real, como sustenta Darcy Bessone: “entre nós, não se pode aceitar a tese (do acordo de transmissão), a que se aludiu, por ser certo que não dispomos de um segundo acordo de vontade, de um segundo negócio integrativo, de um negócio de transmissão dominical. No direito brasileiro é a própria compra e venda que o integra”.<sup>106</sup>

<sup>105</sup> Vd. arts. 622, *in fine*, e 1.678 (1.912).

<sup>106</sup> Bessone, *Compra e venda*, 1960, p. 79. Além disso, procura fundamentar a espécie, tirando argumento do art. 134 (108), II, do Código Civil, com a seguinte redação: “É, outrossim, da substância do ato a escritura pública ... nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais de valor superior a dez mil cruzeiros, excetuado o penhor agrícola”. Da simples leitura desse artigo, a conclusão não seria

Essa forma de focar o problema assemelha-se, mas não se confunde, com a de Larenz, o qual aceita, como já se referiu, a co-declaração da vontade de adimplemento. Erra, porém, ao não distinguir suficientemente os planos em que repercutem ambos os negócios. O tratamento unitário não é admissível em virtude da separação, não só entre direito pessoal e real, como também entre o da formação dos deveres e o da sua extinção.

No fundo, a concepção de Darcy Bessone retira a compra e venda do plano dos atos criadores de obrigações, para enquadrá-la no plano de transmissão dos direitos reais, isto é, no do adimplemento. Ora, a existência de planos resulta de exigência lógica e verificável no tráfico. No plano obrigacional nasce e se desenvolve o dever. É aí que se opera a determinação nas obrigações genéricas e alternativas. Admitindo-se que a venda tenha efeitos reais, o negócio de disposição será eficaz antes ainda de haver-se determinado a prestação que ele adimple. Ou então é a própria compra e venda que será ineficaz, mas, nesta hipótese, não se explicaria a existência de obrigação de dar, que já é eficácia. Dever-se-ia exigir, para a compra e venda, o requisito do poder de disposição. Mas este requisito, segundo o art. 933 (307) do Código Civil, é do pagamento, vale dizer, do adimplemento.

Em suas linhas gerais, a teoria de Darcy Bessone aproxima-se do sistema do direito comum, anterior ao Código Civil alemão de 1900, constituído do negócio obrigacional (*titulus*) e da tradição ou transcrição (*modus acquirendi*). Para a continuação da análise da posição que estamos examinando impõe-se, assim, a determinação prévia da natureza jurídica da tradição e da transcrição.

---

favorável a ponto de vista de Darcy Bessone – compra e venda obrigacional e real – mas ao de Pontes de Miranda: compra e venda, e acordo de transmissão, como contratos formados de duas volições separadas, concepção essa harmonizável com o princípio da separação absoluta de planos, de que decorreria a abstratividade. Mas não é essa a conclusão a que se deve chegar, pela leitura desse artigo. Conforme já se mencionou, existem contratos que exigem declaração específica, contratos de direito das coisas, isto é, que se situam no plano dos direitos reais, tais como hipoteca, penhor etc., cuja declaração de vontade não decorre da mesma vontade que forma o conteúdo do negócio obrigacional. Não se pode considerar a venda contrato obrigacional e real, em virtude do princípio da separação relativa de planos (relativa, porque o negócio dispositivo é causal). Esse princípio não mereceu entre nós tratamento dogmático, contentando-se os autores, sumariamente, em distinguir os direitos reais dos obrigacionais, sem examinarem, contudo, o princípio da separação de planos, tal como estamos fazendo. Milita, também, contrariamente à admissão da compra e venda como negócio obrigacional e real a circunstância de ser, então, requisito a titularidade de poder dispositivo. Decorre daí que, feita por quem não o tivesse, nem fosse legitimado, ainda que a venda fosse a termo, nulo seria o convencionado. Desse modo, equiparar-se-ia insolvência inicial, impossibilidade da conclusão do negócio obrigacional, à impossibilidade absoluta, quando tal princípio não é consagrado pelo nosso código.



É indiscutível que a tradição é ato-fato, ou ato real,<sup>107</sup> e a transcrição é ato de direito público, não integrado pela vontade dos particulares.

Krause, salientando a distinção entre o negócio dispositivo e a tradição, arrola os seguintes argumentos:

- a) o negócio dispositivo permite a inserção de uma condição. O exemplo principal é a reserva de domínio. A tradição, como tal, não admite condição.
- b) o negócio dispositivo é possível de representação. A tradição não a permite, pois não constitui negócio jurídico; aí, somente, podem ser consideradas as figuras jurídicas da posse e da servidão de posse;
- c) além disso, medite-se nas hipóteses em que o negócio dispositivo produz por si só a transmissão de propriedade, como na *traditio brevi manu*, no *constituto possessorio* e na cessão de pretensão à entrega.<sup>108</sup> Nestas últimas, cuida-se da vontade específica que não se pode haver, obviamente, como co-declaradas no negócio obrigacional.

Os autores que constroem o sistema sobre a base pura e simples da distinção entre *titulus* e *modus acquirendi* deverão, forçosamente, considerar a compra e venda como negócio meramente obrigacional, ou entender a tradição e a transcrição como ato-fato dispositivo. Tal concepção levaria a concluir que a venda com reserva de domínio é venda condicionada e a titularidade do poder de disposição, em se tratando de direito de propriedade, seria conumerada como requisito da compra e venda, acarretando sua não-implementação nulidade do negócio jurídico obrigacional.

O art. 933 (307) do Código Civil, no entanto, estabelece a exigência da titularidade do poder de disposição (poder de alienar), não como pressuposto do negócio obrigacional, mas sim do pagamento. Fixado que o requisito diz respeito ao adimplemento, a alternativa doutrinária que restaria, de considerar a tradição como ato-fato dispositivo, também não colhe melhor perspectiva, muito embora a característica de ser abstrato o ato-fato, e abstrata a transmissão em geral, tivesse levado alguns juristas a essa conclusão. Hoje, porém, a qualificação da tradição como ato-fato dispositivo está ultrapassada.<sup>109</sup>

<sup>107</sup> Miranda, *Tratado*, v. 3, p. cit.; Enneccerus-Nipperdey, *Lehrbuch*, I, 1, p. 869; Staudinger-Coing, *Kommentar*, v. 1, p. 505-506; Palandt-Danckelmann, *Kommentar*, p. 64; Krause, *Das Einigungsprinzip* cit., p. 319.

<sup>108</sup> Krause, *Das Einigungsprinzip* cit., p. 318.

<sup>109</sup> Para que não se incida em erro, é preciso atentar que a abstração do ato-fato, em geral, e da tradição, em particular, significa apenas que esta é sempre a mesma, seja decorrente de compra e venda, penhor etc. Quem define a que espécie de direito real se relaciona a tradição é o negócio dispositivo. A abstração

A seu turno, admitindo-se que o poder de disposição seja necessário para a eficácia do pagamento (art. 933 [307]), deve-se concluir, também, com rigor inflexível de lógica, que o condicionamento do ato dispositivo só se pode situar no plano em que ele se realiza, ou seja, no do direito das coisas. Sendo o poder de disposição requisito do pagamento, o condicionamento do ato opera, obviamente, sobre o adimplemento. No direito alemão, é incondicionável, sob a reserva de domínio, a transmissão da propriedade imóvel.<sup>110</sup> No direito brasileiro, também a reserva de domínio é aplicável, somente, às coisas móveis. Mas, como a tradição é ato real e como tal incondicionável, surge a questão de saber qual o ato que sofre a condição de reserva de domínio. Se não for a compra e venda, porque, para esta, o poder de disposição não se constitui em requisito; se não for a tradição, porque esta é incondicional, temos de concluir, de modo indesviável, que a *conditio* se insere num negócio jurídico situado entre a compra e venda (obrigacional) e a tradição (direito das coisas), entre o *titulus* e o *modus acquirendi*, enfim, no negócio dispositivo a que alude o art. 933 (307) do Código Civil.<sup>111</sup> A causalidade desse negócio jurídico também não lhe dará a categoria de mero negócio auxiliar.

Impede esta concepção a circunstância de se encontrarem o negócio obrigacional e o real em diferentes planos. Ademais, o negócio dispositivo exerce funções específicas, sendo possível seu condicionamento, e tendo requisitos próprios, como a titularidade do poder de disposição.

### Conseqüências da separação de planos

Além das que já foram anteriormente explanadas e relativas aos negócios jurídicos de adimplemento, a sua causalidade ou abstração, outras conseqüências resultam do referido princípio. A principal delas é a determinação do objeto da dívida, que se constitui em regra também de grande importância e incide sobre o plano obrigacional. A obrigação dirige-se à prestação, ao ato que a

aqui tem meramente o significado de fim. Como ato real, ato material, em que não se insere a vontade, não há de revelar a causa, o fim, pois esse elemento se liga com a vontade. "Die Einigung ist Bestimmungsgrund für die Art des dinglichen Rechts. Die Übergabe ist immer gleich" (Krause, *Das Einigungsprinzip* cit., p. 317).

<sup>110</sup> §925, II.

<sup>111</sup> É preciso não perder de vista que "o poder jurídico de dispor sobre um direito subjetivo é uma exigência do negócio dispositivo. Não se pode confundir esse poder com a capacidade negocial. Esta última é um atributo da pessoa, enquanto o poder dispositivo é uma relação com o direito subjetivo" (Enneccerus-Nipperdey, *Lehrbuch*, I, 2, p. 885).

satisfaça. O mundo dos negócios alterou o princípio da determinação quanto à pessoa. Normalmente, presta-se, adimple-se, ao credor pessoalmente, ou ao seu mandatário, ou à sociedade credora, ou à pessoa de direito público, depositando a dívida nas mãos do credor, no domicílio do devedor,<sup>112</sup> quando a dívida for *quérable*, ou depositando-a dentro da órbita de disposição fática do credor (órgão de recepção, pagadoria etc.), em se tratando de dívida *portable*. Mas, em nossos dias, realizam-se muitos negócios jurídicos em que é totalmente desconhecido o credor, sem que haja, em princípio, qualquer interesse em determiná-lo. Estamos referindo-nos à denominada venda mecânica, isto é, aquela em que a atividade do vendedor-pessoa é substituída por uma máquina. Certamente, o artefato deverá ter proprietário e a atribuição patrimonial que se faça no ato de depositar o dinheiro no receptáculo mecânico equipara-se ao de colocá-lo nas mãos do credor, ou no órgão de recepção ou pagadoria de uma sociedade. E, do mesmo modo, é exato que o objeto assim vendido está sujeito às regras gerais aplicáveis à compra e venda, inclusive quanto a uma eventual resolução por vícios redibitórios. Como venda feita ao indivíduo, integrante da coletividade, como “contrato de massa”, estará sujeito às regras referentes a esse tipo de negócios. O importante, sob o aspecto dogmático, é que o adimplemento, de ambas as partes, se realiza com absoluta falta de conhecimento de quem seja o vendedor. Exigir-se-á, contudo, a possibilidade de individuação apenas para fins de garantia, a respeito de falta ou vício de mercadoria. A indeterminabilidade absoluta equivaleria à inexistência do sujeito e impediria, logicamente, que se pudesse considerar como vínculo que se constituísse com um só sujeito.

A determinação é requisito não só do sujeito, mas também do objeto. A determinação quanto ao último aspecto opera-se sempre no plano obrigacional e refere-se às obrigações de dar coisa genérica e às alternativas. A determinação que se opera no plano obrigacional é, entretanto, requisito do pagamento, do adimplemento. Para que alguém possa solver é imprescindível que o objeto da prestação (o bem, a coisa) esteja perfeitamente individuado.

Constitui-se, por isso, a determinação do objeto em requisito da eficácia do negócio dispositivo. Ela se realiza no plano obrigacional e constitui fase do desenvolvimento do vínculo em direção ao adimplemento. Mas o adimplemento, como tal, não pertence à “construção” da obrigação, pois é o ato que a extingue.

<sup>112</sup> Código Civil, art. 950 (327). Vd. Dilcher, Der Zugang von Willenserklärungen, *Archiv f. die civ. Praxis*, v. 154, p. 120 e segs.

Comparando, portanto, a determinação do sujeito do vínculo obrigacional com a do objeto da prestação, chega-se à conclusão de que a determinação daquele pode correr posteriormente ao adimplemento. A determinação do objeto da prestação, entretanto, deve ocorrer antes do adimplemento, sob pena de ineficácia. Isso é importante, porque não é apenas o pagamento que extingue a dívida, mas o pagamento eficaz. No plano de adimplemento, inserir-se-ão as regras, a ele referentes, previstas no art. 930 (304) e seguintes do Código Civil e correspondentes ao pagamento. Demais disso, quando o pagamento consistir em transferência de direitos reais ou na sua modificação gravosa, incidirão, também, as regras referentes à tradição e à transcrição. Por fim, a separação de planos tem efeitos no tocante ao tipo de ação que será utilizada. Se se tratar de demanda para adimplemento, a ação será pessoal e ensejará execução específica, como adiante será visto. Se o imóvel já tiver sido transcrito, a ação poderá ser reivindicatória, se bem que nessa hipótese já estará extinta a obrigação principal, pela realização do pagamento. A ação, aí, será de domínio, sem qualquer relação com o vínculo obrigacional, salvo no que respeitar a uma eventual verificação de causa. Como se viu, a distinção em planos tem importância fundamental no exame dogmático das obrigações. Sem levar em conta essa distinção, poder-se-ão cometer erros sérios de ordem doutrinária, que se repetirão forçosamente nas soluções práticas.