

A IMPORTÂNCIA DOS CONCEITOS NA CONSTRUÇÃO DA DOGMÁTICA: UMA HOMENAGEM A CLÓVIS DO COUTO E SILVA

Adalberto Pasqualotto¹

Resumo. A partir de três textos de Clóvis do Couto e Silva, são estudados o papel da vontade na teoria do negócio jurídico e a propriedade dessa teoria para explicar as relações obrigacionais típicas do tráfego de massa. Os conceitos são examinados do ponto de vista de sua historicidade e da necessidade de que eles se mantenham representativos da realidade social.

Palavras-Chave: Clóvis do Couto e Silva. História dos conceitos. Negócio jurídico. Atos existenciais. Papel da vontade.

Abstract. From Clóvis do Couto e Silva's three work-studies there has been an analysis over the function of will in acts in the Law and the capacity of the correspondent theory to explain typical relations in the mass society. The concepts are examined from their historical origin, considering that they must keep social reality representation.

Keywords: Clóvis do Couto e Silva. The history of concepts. Act in the law. Necessaries. The function of the will.

Sumário. Introdução. 1. Historicidade dos conceitos. 1.1. O papel da vontade. 1.2. Separação de planos. 1.2.1. O cumprimento das obrigações de dar. 1.3. Recepção de conceitos e boa-fé. 2. Atos existenciais e fontes das obrigações. 2.1. As ques-

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor titular de Direito Civil e de Direito do Consumidor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

tões postas pelo tráfego de massa. 2.2. Fontes das obrigações. Conclusão.

INTRODUÇÃO



Este texto é um pequeno tributo à memória de Clóvis do Couto e Silva, quando se completam trinta e cinco anos de uma histórica jornada jurídica. Em 1979, de 16 a 20 de junho, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre, realizou-se a I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil, promovida pelo Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Reuniram-se naquela oportunidade quatro grandes nomes das letras jurídicas de Portugal e do Brasil: Mário Júlio de Almeida Costa, Marcello Caetano, José Carlos Moreira Alves e Clóvis Veríssimo do Couto e Silva. Daquele evento resultou um pequeno grande livro intitulado "Estudos de direito civil brasileiro e português: I Jornada luso-brasileira de direito civil", editado pela Revista dos Tribunais, em 1980, contendo o texto das quatro conferências proferidas na Jornada. Pode afirmar-se que aquele encontro significou um marco na evolução do direito civil brasileiro. Embora já estivesse nas livrarias a obra de Clóvis do Couto e Silva, "A obrigação como processo", a I Jornada de Luso-Brasileira de Direito Civil, validou a boa-fé como cláusula geral do direito das obrigações. Sua repercussão posterior no direito privado brasileiro foi enorme. Vivia-se um período de defasagem do Código Civil de 1916, marcado pela ideologia individualista do século XIX. A jurisprudência recepcionou o desenvolvimento doutrinário da boa-fé, a partir da obra de Clóvis do Couto e Silva, como uma nova chave de interpretação dos contratos. Posteriormente, em 1990, a boa-fé constituiu-se em norma central do Código de Defesa do Consumidor, até que, enfim, ganhou o seu devido lugar no novo Código Civil, em 2002.

Esta pequena homenagem procura resgatar três textos básicos da obra de Clóvis do Couto e Silva: "Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil: a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow", "O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português" e "A obrigação como processo" (as referências encontram-se na lista, ao final).

O fio condutor das considerações aqui desenvolvidas é a teoria do negócio jurídico: que papel a vontade nela exerce e qual é a propriedade dessa teoria para explicar as relações obrigacionais surgidas no século XX com o tráfego de massa. Essas questões estiveram no centro das atenções intelectuais de Clóvis do Couto e Silva, sendo fundamental a compreensão que delas teve para a formação de sua convicção no sentido de que "o direito não é o único elemento de fixação no mundo social". Daí a importância que atribuiu à sociologia e sua adesão a uma formulação não ortodoxa das fontes das obrigações.

1. HISTORICIDADE DOS CONCEITOS

Um dos textos menos conhecidos e provavelmente dos mais densos de Clóvis do Couto e Silva recebeu em português o título "Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil: a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow". O trabalho foi publicado em francês nos *Quaderni fiorentini*, em 1985, com o título *Contribuiton a une histoire des concepts dans le droit civil et dans la procedure civil: l'actualité de la pensée d'Otto Karlowa et d'Oskar Bülow*. A versão brasileira foi publicada na Revista de Processo, no mesmo ano, e republicada em 2011 em "Doutrinas Essenciais de Processo Civil", vol. I, da Editora Revista dos Tribunais.

Nesse texto, Clóvis do Couto e Silva faz aprofundada reflexão sobre a descoberta do plano da existência nos negócios

jurídicos e a importância que ela adquiriu para a dogmática civilista, bem como os seus reflexos no processo civil, à luz da doutrina alemã do século XIX, com incursões sobre o direito italiano e o direito francês. Numa época como a em que vivemos, de domínio das cláusulas gerais, é importante sedimentar sobre conceitos sólidos o pensamento jurídico e, por conseguinte, a aplicação do direito, sob pena de se perder a noção de sistema, com abalo inevitável da segurança jurídica pela aplicação sem método de normas de conteúdo aberto ou indeterminado.

O artigo se desenvolve com remissão às fontes originais, consultadas na língua de origem. Assim, são citados, entre outros, autores de notável contribuição para a formação do pensamento civilista no direito romano-germânico, tais como os mencionados Karlowa e Bülow, Staudinger, Esser, Jhering, Savigny, Larenz, Planck, Flume, Emilio Betti, Renato Scognamiglio, Cariota Ferrara, Jean Chevalier, Jean Carbonier, além de, no direito inglês, Buckley e Cheshire and Fifoot.² Tudo isso numa época em que ainda não eram disponíveis os recursos de internet. Clóvis do Couto e Silva mantinha apreciável acervo de doutrina estrangeira, que renovava constantemente, a qual aplicou para as peculiaridades do direito brasileiro com a maestria de poucos. No direito brasileiro, sua referência constante é Pontes de Miranda. Embora não sejam comparáveis os seus legados, é possível afirmar que somente em Pontes de Miranda Clóvis do Couto e Silva encontra paralelo na abundância das referências de fontes estrangeiras e na fertilidade com que as explora. Isso se demonstra no texto a ser aqui ana-

² Na introdução de "A obrigação como processo", Clóvis do Couto e Silva faz um registro bibliográfico nos seguintes termos; "Fundamental, para o nosso Direito das Obrigações, é o 'Tratado de Direito Privado' de Pontes de Miranda. Entre os estrangeiros, frequentemente citados nesta exposição e absolutamente indispensáveis, são J. Esser ('Schuldrecht') e K. 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" (COUTO E SILVA, 1976, p. 13).

lisado, assim como na sua obra de maior destaque, *A obrigação como processo*, na qual estuda o dinamismo da relação jurídica obrigacional e revela o fundamental papel da boa-fé como elemento de imantação e harmonização dos interesses dos contratantes.

Um dos objetivos de Clóvis do Couto e Silva ao escrever "Para uma história dos conceitos (...)", como ele próprio registra na introdução, era "observar como se refletiu na ciência do direito a mudança progressiva do meio econômico e social", observação que certamente ainda hoje faz sentido, talvez ainda maior do que décadas atrás, tal a velocidade das mudanças imprimidas pela evolução da tecnologia. Todavia, ele observava que, diante das mudanças, havia uma progressiva abstração da dogmática jurídica, com a perda de conteúdos específicos e característicos e, principalmente, de sua vinculação empírica, o que o autor lamentava, pois, na sua compreensão, "os conceitos são realidades do modo jurídico, do mundo do pensamento, embora não se constituam em mera substância; são, em certa medida, realidades funcionais, não submetidas a uma causalidade semelhante à do mundo da natureza" (COUTO E SILVA, 1985, p. 238). Da necessidade de "vinculação empírica" dos conceitos deriva a posição assumida por Clóvis do Couto e Silva em pontos críticos da teoria do negócio jurídico (sabidamente uma figura abstrata, e, não obstante, de grande utilidade),³ especialmente no que diz respeito aos atos existenciais, tema que será exposto na segunda parte deste trabalho.

A perquirição de Clóvis do Couto e Silva estava focada no aparecimento de conceitos fundamentais, tanto para o direi-

³ Registre-se a crítica que alguns autores atuais fazem à teoria do negócio jurídico, v.g., Francisco Amaral, para quem o negócio jurídico é um modelo unitário de declaração de vontade apropriado ao surgimento da moderna sociedade industrial, destinado a facilitar as trocas entre as diferentes classes sociais emergentes. Atualmente, o direito compartilha com outras ciências o universo social, sendo mais adaptado à realidade de hoje o ato jurídico como gênero da dinâmica jurídica e o contrato como categoria específica de crescente importância (AMARAL, 2008, p. 391-392).

to civil quanto para o processo civil, a partir das ideias de dois juristas alemães do século XIX, Oskar Bülow (1837-1907) e Otto Karlowa (1836-1904). O estudo centrou-se no exame paralelo dos conceitos de negócio jurídico e de relação jurídica processual. Como a perspectiva do presente trabalho é apenas o direito civil, do texto em referência foi destacado, inicialmente, o papel da vontade (que se refere à contribuição de Bülow) na evolução do conceito de negócio jurídico e a pertinência de sua aplicação a certos fatos da vida que põem em xeque o plano da validade. Sobre esse ponto crítico, Clóvis do Couto e Silva assentou muito da sua classificação dos fatos jurídicos. Logo após, será abordada a separação de planos, especialmente a afirmação do conceito de existência dos negócios jurídicos, que deve muito a Karlowa. O capítulo finaliza com um pequeno histórico da recepção de um conceito transformador na interpretação do direito privado, o da boa-fé.

1.1. O PAPEL DA VONTADE

Na concepção de Oskar Bülow, a vontade não tem força para constituir, por si mesma, um ato jurídico. Para a sua teoria preceptiva, o conteúdo do negócio jurídico é um preceito,⁴ do qual a vontade não faz parte. A vontade é causa do negócio jurídico⁵ e por isso os seus vícios fundamentam as pretensões de anulabilidade, não, porém, as nulidade, como até então propugnavam os subjetivistas, com base na teoria de Jhering. A teoria preceptiva de Bülow salienta o aspecto instrumental do negócio jurídico e vai ao seu ponto máximo de objetivação, além da teoria atual, que não vê na vontade um fenômeno psi-

⁴ No mesmo sentido, afirmaria Betti, mais tarde, que o negócio jurídico é um preceito da autonomia privada, destinado a constituir efeitos operativos de interesses concretos na vida de relação (BETTI, 1940[?], p. 119).

⁵ Ainda em sentido análogo, Betti: afirmando que a vontade, embora seja elemento essencial e infectível dos atos jurídicos em geral, nos negócios jurídicos em particular precisa estar associada a uma determinação causal (BETTI, 1940[?], p. 129).

cológico puro (COUTO E SILVA, 1985 p. 241).

Ocupado em definir o negócio jurídico em abstrato, Bülow deu pouca atenção aos efeitos da anulação do negócio jurídico no plano da responsabilidade. As resistências para anular atos jurídicos por erro eram grandes, especialmente no direito inglês, onde predominava a máxima *a man must bear the consequences of his own folly*. Entretanto, na Alemanha, Jhering criou a teoria da culpa *in contrahendo*, acrescentando, na teoria dos atos jurídicos, uma nova fonte de direitos e deveres.

A teoria preceptiva de Bülow não teve maior repercussão na Alemanha, anota Clóvis do Couto e Silva, especialmente após a promulgação do BGB (embora tenha ganho posteriormente novo impulso com Larenz e, na Itália, com Emilio Betti). O que evitou que fosse relegada desde logo ao esquecimento foi a dinâmica social. A partir de certo momento, na Alemanha, começou-se a falar em relações contratuais fáticas para descrever as relações jurídicas próprias do tráfego de massa, nas quais o papel da vontade é relegado a segundo plano. O introdutor do debate foi Günther Haupt, sendo um dos seus continuadores Karl Larenz,⁶ que era adepto da teoria preceptiva, de Oskar Bülow, e que se tornou o renovador das ideias deste a respeito de negócio jurídico (COUTO E SILVA, 1985, p. 246).

Invocando a teoria de Hegel sobre a vontade, Larenz afirma que não é relevante para o direito a vontade pura, entendida como “liberdade do vazio”, mas sim a vontade como determinação, dirigida a uma finalidade. Por conseqüência, Larenz conceitua o negócio jurídico como “declaração de vigência” (*Geltungserklärung*). A declaração de vontade, desse modo, não é concebida como simples exteriorização do querer (pois o querer é mutável, correspondente à “liberdade do vazio”), mas, sim, como intenção de vigência, dotada de natureza constitutiva, pela qual as partes se vinculam conforme o conte-

⁶ O tema será retomado adiante.

údo das relações jurídicas que entre si estabelecem. Isso não retira da vontade completamente sua natureza meramente declarativa, pois do contrário não haveria lugar à impugnação por erro, observa Clóvis do Couto e Silva. A vontade interna (“liberdade do vazio”) não é decisiva, pois, se assim fosse, a reserva mental seria causa de invalidade. Opondo-se à teoria tradicional, Karl Larenz afirmou que vontade e declaração não são separáveis, pois se a vontade interna fosse considerada relevante, já seria suficiente para a produção de efeitos jurídicos, prescindindo da declaração. Larenz considera que o ordenamento jurídico deve decidir sobre a prevalência da autodeterminação das partes ou da responsabilidade pela manifestação de vontade (COUTO E SILVA, 1985 p. 247).

Mais incisivo do que Larenz, e em posição alinhada com Bülow, Emilio Betti construiu a sua teoria preceptiva, afirmando que mais importante do que a vontade é o preceito. [As partes regulam os seus interesses no mundo social. Ao ser reconhecida pelo direito, a regulação se transforma em um preceito]. Contrapondo-se às teorias voluntaristas, que consideram a manifestação ou o comportamento indício de conteúdo psicológico, Betti sustenta que eles são dotados de uma eficácia operativa própria. A vontade fica abstraída, porque é apenas a gênese e, portanto, o passado do negócio jurídico, o qual projeta seus efeitos para o futuro, como regramento de interesses, ou seja, como preceito a ser obedecido pelas partes que o dispuseram, em conformidade com o ordenamento jurídico e com a função do próprio negócio. Nega ainda que a possibilidade de anulação seja uma homenagem ao dogma da vontade, atribuindo-a apenas a uma conveniência prática acolhida pelo legislador (COUTO E SILVA, 1985, p. 248).

A razão prática da anulação por erro, na teoria de Betti, não é uma homenagem ao dogma da vontade, mas resulta do fato de o regulamento de interesses não ter atendido à conveniência concreta pretendida pelas partes. Com essa construção,

Betti evita o argumento de que a invalidade seria devida apenas a um vício da vontade, o que traria esta para o primeiro plano de importância. Para Betti, as partes regulam os seus interesses ainda no mundo social. Ao reconhecer essa regulação, o ordenamento jurídico a transforma em preceito. Clóvis do Couto e Silva observa que, a se admitir que o preceito é o conteúdo exclusivo do negócio jurídico, a teoria de Betti seria apta para explicar os atos existenciais e o tráfico social de massa. Todavia, haveria uma dualidade, pois os atos existenciais não permitem anulação por erro, uma vez que não há valorização da vontade. A dualidade residiria em levar em conta a vontade em certos casos e em outros não (COUTO E SILVA, 1985, p. 249).

Voltando-se ao direito brasileiro, Clóvis do Couto e Silva observa que Pontes de Miranda define como fundamental à caracterização do negócio jurídico o exercício do poder de escolha da categoria jurídica, tornando-se irrelevante saber se houve declaração de vontade ou se a valorização desta deu origem a um preceito. Tendo havido a escolha fática de uma categoria jurídica, negócio jurídico terá havido, ainda que seja nulo. Por conseguinte, haverá negócio jurídico sempre que tiver havido concretamente a escolha do *Tatbestand* negocial abstrato. A livre escolha do tipo representa uma ampla valorização da autonomia privada, cujo conceito abrange a vontade imediata (praticar o ato), assim como vontade mediata (intenção de obter os efeitos assegurados pelo ordenamento jurídico). Assim, a nulidade ou a ineficácia não impede a qualificação do negócio jurídico como tal, a qual decorreria tão-somente da escolha do tipo em abstrato (COUTO E SILVA, 1985, p. 249).

1.2. SEPARAÇÃO DE PLANOS

É de grande valia conceitual a separação de planos do negócio jurídico, por se refletir na aplicação prática da teoria

do direito. Para Clóvis do Couto e Silva, deve ser atribuído a Otto Karlowa o mérito da generalidade que adquiriu o conceito de existência do negócio jurídico, deixando de dizer respeito apenas a determinados setores do direito, tal como ocorria no casamento, pois percebia-se que, mesmo nulo, dele podiam decorrer efeitos. A generalização se deu pela introdução do conceito na parte geral do direito civil (COUTO E SILVA, p. 11).

À época de Karlowa, compreendia-se o direito como produtor de eficácia. Por conseguinte, o negócio jurídico ineficaz, assim como o nulo, não podia ser considerado existente. Karlowa inovou, afirmando que o conceito de existência situava-se a meio caminho entre a vontade de constituir o negócio jurídico e os seus efeitos. A existência seria o *prius* e os efeitos o *posterius*, ainda que na prática parecessem a mesma coisa. A chancela do direito a uma manifestação de vontade, completava Karlowa, não inclui necessariamente a eficácia total do negócio jurídico, embora produza desde logo uma vinculação. Tal vinculação ele identificava com o conceito de existência. Com essa ótica, Karlowa sustentou que a condição suspensiva vinculava a vontade. Dado que a vontade era formadora do conteúdo do negócio jurídico, a condição suspensiva não podia dizer respeito tão-somente à eficácia, também integrando, por consequência, o conceito de existência. Essa posição de Karlowa correspondia à sustentada por Unger, no sentido de que as condições vinculavam a existência do negócio jurídico a uma circunstância determinada, de sorte que, não se realizando a condição, o negócio seria considerado inexistente. Esse entendimento decorria da concepção de que a vontade era o *caput fundamentum* do negócio jurídico. Karlowa sustentava que, na condição suspensiva, ficava pendente saber se da vontade teria resultado um negócio jurídico. O que ele não percebeu, observa Clóvis do Couto e Silva, é que a condição pode vincular os efeitos do negócio, mas não a sua causa. Não foi o caso de

Windscheid, que, embora sem analisar com profundidade o conceito de existência, considerava que a realização da condição suspensiva não afetava a existência do negócio. Windscheid tinha uma concepção naturalística de vontade, pois afirmava que o negócio jurídico é uma declaração de vontade. Nesse contexto, o estudo da condição suspensiva representa um início de ruptura com a concepção naturalística e um trânsito para o conceito normativo de vontade, abrindo margem para a valorização de outras circunstâncias, como a tutela da confiança (COUTO E SILVA, 1985 p. 253).

Outra consequência da separação de planos foi a correta posição que se passou a atribuir à relação jurídica. No século XIX, o conceito fundamental para muitos autores não era o de negócio jurídico, mas o de relação jurídica. Sendo assim, foi de grande importância Otto Karlowa haver colocado a relação jurídica como um *posterius*, ou seja, no plano dos efeitos do negócio jurídico, não obstante tenha deixado de perceber que as condições suspensivas se vinculam unicamente a este plano. A concepção até então predominante era de que a relação jurídica era um *prius* e o negócio jurídico um *posterius*. Para a conclusão de Karlowa, contribuiu a ideia de “ato de constituição” que, segundo Köppen, estaria na gênese do negócio jurídico, juntamente com os pressupostos que lhe fossem próprios. Karlowa percebeu o erro de se conceber o efeito antes da causa: naturalmente, a relação jurídica só se constituiria mediante a concretização do negócio (COUTO E SILVA, 1985, p. 254-255).

Tampouco Jhering teve posição clara a respeito das diferenças de planos do negócio jurídico. Raciocinando sobre os negócios de formação sucessiva, Jhering distinguia entre a vontade e o *Tatbestand*, alocando neste os requisitos necessários ao aperfeiçoamento. Com isso, confundia existência e eficácia, pois entendia que a eficácia plena era condição de aperfeiçoamento [*rectius*, existência] do negócio. Jhering concebia o

mundo jurídico como uma dimensão de efeitos jurídicos. Nos negócios de formação sucessiva, de acordo com essa concepção, era necessário que todos os elementos se integrassem para que o negócio passasse a existir (ter-se-ia então o *Tatbestand*, já acompanhado dos efeitos), ainda que, como admitia, a vontade pudesse ser antecedente. Portanto, a concepção de Jhering distinguia apenas diferenças temporais do negócio jurídico, mas desconsiderava a diversificação jurídica. A importância de isolar o conceito de “ato de constituição”, avalia Clóvis do Couto e Silva, corresponde à compreensão da diferença entre inexistência e nulidade. Karlowa considerava a existência como sujeição das partes ao início dos efeitos do negócio jurídico pretendido. Se o ato de constituição padecesse de um vício impeditivo da produção de efeitos, o negócio, em verdade, não teria chegado a existir. O ato de constituição pertence ao mundo dos fatos. Sua passagem para a categoria de negócio jurídico ocorre com a atribuição, pelo ordenamento jurídico, dos efeitos jurídicos pretendidos. Por conseguinte, não haveria negócio jurídico, para Karlowa, sem a ocorrência dos pressupostos necessários à “vontade de constituir”. Daí se poder distinguir a inexistência da nulidade: para que um negócio jurídico seja considerado nulo, é preciso que tenha existido (vale dizer, é preciso que tenha havido a vontade de constituí-lo). Indo além, Karlowa vislumbrou a possibilidade de conversão dos negócios jurídicos, desde que a vontade constitutiva não fosse apta para atender o fim pretendido, mas pudesse configurar negócio jurídico diverso (COUTO E SILVA, 1985, p. 254-255).

Uma ideia que ganhou algumas adesões, inclusive, parcialmente, a de Werner Flume, foi a do *doppel Tatbestand*. Um dos expoentes foi Dernburg. Ela consiste em distinguir os fatos constitutivos do negócio jurídico dos fatos confirmatórios. O pressuposto é de que o direito deve cuidar da existência do negócio jurídico apenas a partir de certo momento, considerado

constitutivo. Os efeitos, contudo, dependem de fatos posteriores confirmatórios, os quais, não vindo a se verificar, implicam a inexistência do negócio. Flume acredita que o conceito de *doppel Tatbestand* é útil nos casos em que os efeitos do negócio exigem a realização de todos os elementos do *Tatbestand*. Constata, afinal, Clóvis do Couto e Silva, que os juristas alemães, em geral, não adotaram a distinção entre existência e eficácia, como sustentava Karlowa, a menos que se considere que a teoria do *doppel Tatbestand* é uma variante das ideias de Karlowa, o que implicaria a descaracterização do conceito de "ato de constituição" (COUTO E SILVA, 1985, p. 255-256).

Já a concepção de Jhering de aperfeiçoamento progressivo do negócio jurídico iria inspirar, mais tarde, Joseph Kohler a desenvolver o conceito de situação ou de posição jurídica como um dos elementos da relação jurídica. Também James Goldschmidt dedicou-se a esse tema, mas contrapôs o conceito de posição jurídica ao de relação jurídica (COUTO E SILVA, 1985, p. 256).

A seguir, Clóvis do Couto e Silva analisa a repercussão do conceito de existência do negócio jurídico fora da Alemanha. Afirma que, na Itália, Renato Scognamiglio adotou a diferença entre existência e eficácia, mas relegou-a a aspecto secundário, inclusive acolhendo, em parte, as críticas que Karlowa recebeu na Alemanha. Segundo Scognamiglio, a existência dos negócios jurídicos apenas ajudaria a explicar a eficácia diferida. Já Cariota Ferrara reconheceu que um negócio jurídico pode ser considerado existente, uma vez que seja aperfeiçoado, ou seja, desde que esteja integrado dos elementos factuais previstos na norma, ainda que esteja contaminado por nulidade.

No direito francês, por razões peculiares, o conceito de existência teve grande importância, uma vez que não se admitia a decretação de nulidade sem previsão legal (*pas de nullité sans texte*). O conceito de existência permitiu o não reconhecimento de efeitos jurídicos a atos cuja nulidade não estivesse

configurada na lei, e independentemente de ação judicial. Assim também se obviou a exigência de que tanto a nulidade quanto a anulabilidade devessem ser declaradas por sentença. Clóvis do Couto e Silva cogita que Seria as ideias francesas pudessem ter influenciado Karlowa e Bülow, uma vez que o *Code Napoléon* vigorou na Renânia até entrar em vigor o BGB, em 1900, mas eles não aludiram a essa fonte em suas obras (COUTO E SILVA, 1985, p. 257-258).

1.2.1. O CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DE DAR

Também sob a rubrica de separação de planos,⁷ Clóvis do Couto e Silva prestou grande contribuição ao cumprimento nas obrigações de dar. Na introdução de "A obrigação como processo", ele escreveu:

A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor. Dogmáticamente, contudo, é indispensável distinguir os planos em que se desenvolve e se adimple a obrigação (COUTO E SILVA, 1976, p. 10).

Nas obrigações de dar com finalidade de transmitir a propriedade, Clóvis do Couto e Silva sustentava a possibilidade de ação de adimplemento com fundamento no crédito originário do contrato, não no direito das coisas, pois propriedade só haveria com o cumprimento da obrigação (a entrega da coisa móvel ou o registro do imóvel).⁸

⁷ Separação *relativa* de planos, como registra em nota de rodapé, pois o negócio dispositivo obrigacional (tratava de compra e venda) é causal, sendo relevante o plano do direito das coisas apenas para o cumprimento da obrigação e consequente transmissão da propriedade (COUTO E SILVA, 1976, p. 63).

⁸ Ainda corolário desse discripe é a afirmação de que "quando se presta com defeito - por exemplo, com vício redibitório - a ação que compete não é a de prestação, porque esta já se efetivou, mas a referente ao 'defeito' da coisa" (COUTO E SILVA, 1976, p. 150). Isso, que parece singelo, não é, todavia, percebido em muitas aplicações que se fazem do art. 27, do Código de Defesa do Consumidor, que estipula o prazo prescricional de cinco anos para as ações indenizatórias decorrentes de fato do produto ou do serviço, procurando favorecer o consumidor em face dos prazos

Todavia, as obrigações de dar também se prestam à transmissão limitada da posse, como no caso da locação. Neste caso, assim como na tradição, cuida-se de ato-fato, cuja finalidade é imantada pelo negócio obrigacional. De resto, o art. 933 do Código Civil de 1916, de igual modo que o art. 1.268 do atual, dispunha no sentido de que a tradição não aliena a propriedade quando feita por quem não seja proprietário (COUTO E SILVA, 1976, p. 64-66). Por conseguinte, o contrato, fonte da obrigação de dar, é negócio jurídico obrigacional, enquanto que o adimplemento é ato-fato.

Uma interessante repercussão da separação de planos verifica-se nos contratos de massa, quando se faz venda mecânica, através de máquinas. Em que pese a necessidade prática de haver determinação do objeto, seja quanto ao que é vendido, seja quanto ao preço, pode persistir a indeterminação do credor mesmo depois de cumpridas as obrigações. O adimplemento de ambas as partes se realiza sem que uma saiba quem é a outra, não obstante sejam aplicáveis as regras sobre pagamento e sobre vícios da coisa. Embora haja indeterminação dos sujeitos, a determinação do objeto é requisito, por definição, indispensável ao adimplemento e é feita no plano obrigacional, não obstante o adimplemento aconteça no plano do direito das coisas (COUTO E SILVA, 1976, p. 67-69).

1.3. RECEPÇÃO DE CONCEITOS E BOA-FÉ

Em outro texto de percuciente análise, intitulado "O princípio da boa fé no direito brasileiro e português", publicado em 1980,⁹ Clóvis do Couto e Silva incursiona sobre a recepção de

curtos da decadência (art. 26, CDC). Muitas vezes de vício não se trata, mas sim de inadimplemento. Não sendo este regulado pelo CDC, é aplicável nessa matéria às relações de consumo o Código Civil, cujo prazo prescricional para as pretensões decorrentes de não cumprimento das obrigações em geral é de dez anos.

⁹ Trata-se de coletânea de textos das palestras proferidas por ocasião da I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil, realizada em Porto Alegre, de 16 a 20 de junho de

alguns conceitos, especialmente a boa-fé, em diferentes sistemas jurídicos (COUTO E SILVA, 1980). Inicia registrando que no século XIX, apogeu do liberalismo, houve acentuado prestígio da autonomia da vontade, o que determinou, em proporção inversa, o descaso pela boa-fé, fenômeno que ocorreu no direito continental europeu e no sistema do *common law*.

Na França, em que pese a exemplar definição do art. 1.135, do *Code Napoléon*,¹⁰ a influência da Escola da Exegese não permitiu que dela se fizesse uma aplicação expressiva. Também concorreu para esse efeito o prestígio da doutrina da separação de poderes, de Montesquieu, que limitou a criação do direito pela jurisprudência. Em consequência, prevaleceu o raciocínio jurídico axiomático, baseado numa concepção estrita da lei, sendo dedicadas a conceitos de natureza ética como a boa-fé apenas referências lacônicas e superficiais. Na Alemanha, o § 242¹¹ só passou a ser festejado mais tarde, pois no início da vigência do BGB era entendido como mero reforço ao § 157,¹² não sendo identificado como fonte de legitimação da criação jurisprudencial.

Clóvis do Couto e Silva manifesta a opinião de que o reconhecimento da boa-fé como fonte autônoma de direitos e obrigações, com base no § 242, aproximou o direito germânico do *common law*. O estudo precursor, nesse sentido, foi o de Hermann Staub, sobre a violação positiva do contrato, publicado em 1902, estudo que encontra paralelo na quebra antecipada do contrato, levado a efeito no direito inglês, com a designação de *anticipated breach of contract*. Teria havido uma recepção do direito inglês na Alemanha, mas recepções nem sempre são

1979, já referida na introdução deste texto.

¹⁰ Art. 1.135. *Les conventions obligent non seulement à ce que 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.*

¹¹ Livrentemente, em português: "O devedor é obrigado a efetuar a prestação do modo como o exigem a fidelidade e a boa-fé, levando em conta os usos do tráfico".

¹² Livrentemente, em português: "Os contratos devem ser interpretados como o exigem a fidelidade e a boa-fé, levando em conta os usos do tráfico".

fáceis de constatar, especialmente quando se trata de conceitos. Diferentemente das leis, cuja assimilação é naturalmente perceptível, os conceitos são assimilados sutilmente, às vezes por elementos mínimos. Não significa dizer que Staub tenha simplesmente importado uma ideia, já que, às vezes, "a mesma ideia aparece em diferentes lugares, não sendo fácil saber se se trata de 'descoberta jurídica' ou de recepção de algum conceito já existente em outro sistema jurídico." De qualquer sorte, o estudo de Staub permitiu a revelação dos deveres acessórios ou implícitos existentes na boa-fé. Assim ganhou impulso uma nova visão da relação jurídica obrigacional, também propiciada pela assunção de funções judiciais criadoras do direito em vista dos contratos-mordança. Mas já aí se tratava de uma aplicação do § 138, do BGB,¹³ (COUTO E SILVA, 1980, p. 47-49).

Em termos práticos, foi Clóvis do Couto e Silva quem introduziu no direito brasileiro a aplicação da boa-fé, especialmente no direito obrigacional. Contudo, ele não se esquivou de advertir sobre a justa medida da sua incidência, a fim de não que não se incorresse no perigo da subversão dogmática, conhecida como o direito dos juízes. Segundo sua visão, a boa-fé representou uma reação contra os extremos do positivismo, mas não podia resvalar para o extremo oposto. Por isso, reverberou a advertência de Lehmann: "não se pode remover os ma-

¹³ Livremente, em português: "1. Um negócio jurídico que atenta contra os bens costumes é nulo. 2. É especialmente nulo um negócio jurídico pelo qual alguém, explorando situação de necessidade, de inexperiência, de falta de discernimento ou de considerável carência da vontade de outrem, faz prometer em seu proveito ou conceder para si ou para terceiro, vantagens patrimoniais ostensivamente desproporcionais frente à prestação que lhe incumbe." Note-se que a segunda parte do dispositivo embasa a lesão no direito brasileiro (art. 157, CC), embora no nosso sistema se trate de anulabilidade, cujo fundamento é um vício de manifestação da vontade, e não nulidade por atentado aos bons costumes. A nulidade por abuso do poder econômico está prevista no art. 51, do CDC, especialmente no seu inciso IV. Dando maior relevo aos princípios processuais do que ao significado protetivo da norma e à tradição do nosso direito, o STJ editou a Súmula 381 ("Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer de ofício, da abusividade das cláusulas"), beneficiando o setor econômico que mais abusa de sua situação privilegiada no mercado.

les do mundo com o § 242, nem com seu amparo ultrapassar os limites legislativos" (COUTO E SILVA, 1976, p. 41).

Ele reconhecia na boa-fé uma função harmonizadora, uma abertura de "janelas para o ético" (citando Esser), de modo a conciliar o rigorismo lógico-dedutivo da metodologia do direito típica do século XIX com novas exigências da vida. Nessa tarefa, via a grande importância da atividade do juiz, cujo arbítrio, todavia, encontrava limites nos demais princípios da ordem jurídica. A boa-fé, portanto, não representa uma solução prévia, mas um critério de valorização a serviço do juiz (COUTO E SILVA, 1976, p. 42).

2. ATOS EXISTENCIAIS E FONTES DAS OBRIGAÇÕES

O tema do tráfego de massa foi sistematizado por Clóvis do Couto e Silva na classificação das fontes das obrigações, como se verá nesta segunda parte. Trata-se de tema versado em outros sistemas, diante da importância que adquiriram as relações jurídicas obrigacionais originárias de situações práticas da vida moderna que não se compatibilizavam com os cânones do negócio jurídico. As soluções dadas pelos juristas variaram, indo desde o entendimento de que a teoria do negócio jurídico era apta para abranger também essas situações, não obstante os problemas práticos que ela põe, até os que consideram necessário tratá-las à parte, passando também por soluções mistas.

2.1. AS QUESTÕES POSTAS PELOS TRÁFEGO DE MASSA

Na Alemanha, o primeiro a falar no assunto foi Günther Haupt, em 1941, denominando de relações contratuais fáticas três grupos de casos: as prestações de serviços do tráfego de massa, as sociedades de fato criadas pela colaboração decor-

rente de um contrato ineficaz e o contato social, que compreendia situações heterogêneas, tais como a culpa *in contrahendo* e o transporte de cortesia.¹⁴ Em nenhum desses casos se poderia invocar um contrato como fundamento das pretensões jurídicas, apenas uma situação de fato. Clóvis do Couto e Silva demonstra que no *common law* o problema relativo a algumas prestações essenciais à normalidade da vida era tratado sob a denominação de *contracts for necessities*. Dizia-se, no direito inglês, que uma criança (sujeito de direitos desprovido de capacidade jurídica) podia contrair dívida, obrigando-se *not because she has agreed, but because she has been supplied*. Este era o pensamento de Cheshire e Fifoot, que entendiam ter o ato do menor natureza obrigacional, não sendo sua fonte, porém, a vontade. A questão que se punha era saber se era possível atribuir à vontade um papel relevante nesses casos. A resposta positiva indicaria que o ato praticado é um negócio jurídico; a resposta negativa iria no sentido da prática de simples ato-fato. Nesta hipótese, a vontade de praticar o ato não é considerada, havendo "cisão entre o negócio jurídico e a sua função." A função torna-se autônoma e a obrigação deriva diretamente do fornecimento, não da vontade. Resultando a obrigação do fornecimento, antes que ele ocorresse não haveria responsabilidade e, por conseguinte, o fornecedor poderia recusar-se a prestar. Todavia, em se tratando de ato existencial (dependendo, portanto, da essencialidade do que era fornecido), poderia haver para o fornecedor obrigação de contratar (COUTO E SILVA, 1980, p. 55-56).

Na Alemanha, o tema foi retomado por Larenz, que, todavia, apartou-se da doutrina de Haupt, em primeiro lugar, porque restringiu a casuística aos negócios massificados; em segundo lugar porque, para ele, o elemento central não estava no fato em si praticado pelo agente (subir num coletivo, por exemplo, e assim obrigar-se a pagar a passagem), mas na tipi-

¹⁴ Para uma síntese a esse respeito no direito alemão, v. FLUME, 1998, p. 128 e ss.

cidade da conduta. Larenz denominou a sua teoria de condutas sociais típicas e invocou como apoio o disposto no § 151, do BGB (no sentido de que a aceitação da proposta não exige declaração de vontade, se a declaração não seria de se esperar, conforme os usos do tráfico, ou se o ofertante a tivesse dispensado). Considera Larenz que aí se subsumem os casos de conduta socialmente típica, pois não é cabível a alegação do usuário de um serviço oferecido em massa de que não conhecia o significado de sua conduta, representativa da aceitação de uma proposta, quando livremente usa o serviço disponível, como, por exemplo, ao subir em um veículo de transporte coletivo. Também não lhe assistiria a alegação de erro. Nesses casos, haveria uma presunção absoluta de conhecimento do significado jurídico da conduta socialmente tipificada e, por conseguinte, a imputação de suas consequências ao agente (LARENZ, 1978, p. 734-737).

Larenz cita como exemplo o conhecido caso do estacionamento de Hamburgo. Um cidadão estaciona seu automóvel e declara sua recusa em pagar o valor correspondente. O tribunal o condena ao pagamento, acolhendo a tese da tipicidade da conduta. Mas há resistências a esse entendimento em parte da parte da doutrina alemã. Flume, particularmente, afirma que, em verdade, a decisão do tribunal é fundamentada em *protestatio facto contraria* (proibição de agir contrariamente aos próprios atos).¹⁵ Larenz não aceita o argumento, porque deixa a

¹⁵ Werner Flume não vê necessidade de uma teoria as relações contratuais de fato, denominação que considera equivocada, por carregar uma contradição terminológica, pois uma relação contratual só pode ser originária de um contrato. Os casos que se compreendem sob a teoria são de três espécies: prestações ou serviços massificados, relações obrigatórias de trato sucessivo em virtude de contratos ineficazes e as relações contratuais constituídas por mero contato social, abrigando-se nesta última hipótese diversos casos de relação jurídica *ex lege* derivadas de uma conduta, tais como nas situações em que se aplica a culpa *in contrahendo* e no transporte de cortesia. Para Flume, o contato social é constituído de casos de conduta juridicamente relevante, tanto que o desenvolvimento da doutrina das relações contratuais de fato excluiu essa casuística. No tráfico de massa, haveria relação jurídico-negocial e nas relações obrigatórias de trato sucessivo o que se coloca é um problema especial

descoberto o motivo de desconsiderar a recusa de pagamento, que naturalmente precede ao comportamento dito contraditório (LARENZ, 1978, p. 738). Até aqui parece claro que os casos considerados por Larenz podem ser compreendidos sob a regra da aceitação tácita. O problema se torna crítico se o tomador do serviço é incapaz, porque qualquer ato jurídico que praticasse seria inválido. Enfrentando a hipótese e revendo posição que assumira anteriormente, Larenz afirma que aos casos de conduta socialmente típica devem ser aplicadas as regras sobre capacidade. Porém, afirma em sequência que "os que carecem de capacidade negocial ou se acham limitados devem ser protegidos frente aos prejuízos que possam sofrer em virtude de sua participação no tráfico jurídico"¹⁶.

de ineficácia dos negócios jurídicos. Quanto ao tráfico de massa, Flume sustenta que a autonomia privada sempre sofreu algum tipo de limitação, dando como exemplo o contrato de compra e venda, em que o comprador normalmente está adstrito a aceitar ou recusar as condições da oferta, especialmente nos países em que não é usual regatear. Flume discorda de que não há declaração de vontade no tráfico de massa, pois quem toma um ônibus sabe quem não será transportado gratuitamente. Invoca, no direito alemão os parágrafos 612 e 632, do BGB, que dispõem sobre o valor da retribuição: entende-se como convencionado tacitamente um pagamento se, de acordo com as circunstâncias, era de se esperar que a prestação correspondente exigiria uma retribuição. A ser seguida a linha de pensamento de Larenz, no sentido da inexistência de declarações de vontade no tráfico de massa, mas tão-somente de conduta dirigida a um resultado, o mesmo se diria da relação entre médico e paciente, pois este, via-de-regra, não assina um contrato, apenas relata o que sente e aguarda a eficácia do tratamento. Segundo Flume, no tráfico de massa uma empresa põe um serviço à disposição do público, caracterizando uma oferta onerosa em forma socialmente típica. Não se descaracteriza a tipicidade social do modo de aceitação, a qual se manifesta pela utilização da prestação. Daí que a utilização da prestação não admite a *protestatio facto contraria* no sentido de que uma declaração formal posterior possa eliminar os efeitos implicitamente declaratórios da utilização. Com relação à incapacidade do aceitante, Flume não vê óbice em sustentar a natureza negocial da conduta de aceitação, que se caracteriza como comportamento concludente, uma vez que o reflexo da incapacidade seria relevante apenas para uma eventual impugnação por erro, o que só é admissível se se tratar de erro de fato. Por fim, Flume observa que, embora algumas decisões judiciais, especialmente a do estacionamento de Hamburgo, tenham adotado a fundamentação a seu ver equivocada das condutas socialmente típicas, o mérito é correto, pois validaram os atos praticados (FLUME, 1992, p. 130-134).

¹⁶ Em tradução livre da versão espanhola; conforme LARENZ, 1978, p. 739-740.

Na opinião de Clóvis do Couto e Silva, Larenz adotou posição intermediária, entendendo que as situações do tráfego de massa escapam ao conceito elaborado de negócio jurídico, ainda guardando, todavia, marcas da autonomia privada. Colocou-se, assim, entre a opinião de Emílio Betti, para quem a conduta social típica configura-se como negócio jurídico,¹⁷ e a

Parece ficar faltando o complemento de que eventuais prejuízos que possa sofrer o ofertante a ele deveriam ser imputados pelo risco da atividade, ou seja, ao oferecer um serviço massificado, o ofertante submete-se à possibilidade de que o usuário seja incapaz, não podendo assumir a condição de devedor.

¹⁷ Na estrutura do negócio jurídico, Emilio Betti localiza forma e conteúdo. A classificação habitual de negócios jurídicos formais e não formais melhor seria definida por negócios com forma forçada e negócios com forma livre. Porém, em realidade, nenhum negócio pode prescindir de forma. Os que se podem dizer com forma livre são identificados pelo conteúdo típico do ato praticado, ato que não se confunde com a manifestação de vontade, embora esse equívoco seja comum. Para Betti, portanto, a forma é a possibilidade objetiva de reconhecimento de um comportamento no ambiente social em que ele foi produzido. Já a manifestação de vontade vai além, pois requer uma projeção, mais ou menos consciente, em direção a outros sujeitos, confundindo-se, substancialmente, com a declaração de vontade (BETTI, 1940[?], p. 97-99). A forma pela qual o negócio jurídico se torna reconhecível pode ser uma declaração ou um comportamento puro e simples, sem valor de declaração (não obstante, algumas vezes um comportamento possa ter o significado de uma declaração, caracterizando-se então o comportamento concludente). A declaração sempre tem um destinatário determinado ou determinável (eventualmente também mutável), cujo conhecimento poderá ocorrer imediata ou posteriormente. Já o comportamento puro e simples não tem em vista o conhecimento alheio, aperfeiçoando-se com uma modificação factual objetiva e relevante do mundo exterior. Betti cita como exemplos de comportamentos o abandono e a ocupação, pelos quais ocorrem, respectivamente, a perda e a aquisição da propriedade [no nosso sistema], efeitos que podem ser alcançados mesmo que tais comportamentos tenham sido praticados sem o conhecimento de terceiros. A declaração, por ser forma conhecida e dirigida ao conhecimento alheio, é geradora de confiança, o que inexistente no simples comportamento, no qual só se poderá cogitar do menor ou maior grau de consciência do agente em relação aos efeitos do seu agir, escala que pode levar ao comportamento concludente (BETTI, 1940[?], p. 99-102). O elemento confiança é fundamental e também está presente no comportamento concludente. Este se caracteriza quando uma conduta possui a idoneidade e a finalidade para realizar uma função comunicativa. Não importa se o significado do comportamento é consciente para quem age; relevante é que estejam presentes os sinais socialmente reconhecidos de um conteúdo preceptivo. Os efeitos do comportamento dito concludente se produzirão por sua coerência com a compreensão social e fundados sobre o princípio de autorresponsabilidade, pois o reconhecimento externo é gerador de confiança. O risco é do agente, a quem é

dos que optam em classificá-la como ato existencial. A posição de Clóvis do Couto e Silva é expressada categoricamente: não lhe parece possível “classificar os ‘atos existenciais’ como negócio jurídico, salvo se não for, de nenhum modo relevante, para esse conceito, a valorização da vontade” (COUTO E SILVA, 1985, p. 245).

2.2. FONTES DAS OBRIGAÇÕES

O pano de fundo desse interessante debate são as fontes das obrigações, tema que Clóvis do Couto e Silva tratou em *A obrigação como processo*. A classificação é quinária: negócio jurídico, atos em sentido estrito, atos-fatos (estes divididos em contato social e atos existenciais, que serão em último lugar abaixo examinados), atos de direito público formativos de direito privado e fontes com suporte fático normado.

O negócio jurídico é conceituado como ato jurídico de autonomia, “suscetível de ser condicionado, de ser posto a termo ou encargo,” não importando se a vontade é exteriorizada por declaração ou fato concludente, desde que o agente queira o efeito econômico ou prático juridicamente assegurado (COUTO E SILVA, 1976, p. 86-87).

Os atos [jurídicos] em sentido estrito são conceituados como atos voluntários, aos quais são aplicáveis as disposições em geral dos negócios jurídicos, especialmente porque exigem agente capaz e se submetem às regras de validade. Apresentam, porém, a diferença de que seus efeitos decorrem diretamente da lei, sem influência do “valor plasmador da vontade”. Mas não devem ser confundidos com atos reais, nem com atos-fatos, porque em relação a estes não há analogia possível com o negócio jurídico. Cita como exemplos mais comuns de atos em sentido estrito as interpelações, as determinações de prazo de

imputável *dever saber* que efeitos o seu comportamento pode produzir. Daí não ser cabível a *protestatio facto contraria* (BETTI, 1940[?], p. 108-111).

uma parte a outra, as comunicações (como nas cessões de crédito) e certos reconhecimentos, como o da pretensão alheia e a de prescrição consumada. Também são relevantes quando concretizam o exercício de direitos formativos, como no exercício do direito de resolução ou na renúncia.

A categoria dos atos de direito público formativos de direito privado compreendia os chamados contratos ditados, nos quais o Estado impunha coativamente a sua vontade, como nas requisições, seguindo-se, a partir do ato de império, uma relação jurídica de direito privado. Com o advento do estado constitucional (diríamos mais propriamente, hoje, do estado democrático de direito), essas situações são absolutamente excepcionais.

As fontes com suporte fático normado compreendem uma larga faixa de fatos jurídicos, tais como os atos ilícitos e a gestão de negócios. O que as caracteriza é um evento previsto pela lei, que não se caracteriza como negócio jurídico, nem como ato em sentido estrito (COUTO E SILVA, p. 95-97).

Finalmente, o que mais interessa à matéria em exame, a categoria dos atos-fatos compreende os atos ou atividades que "produzem um resultado fático, uma transformação no mundo material, ao qual a lei atribui efeitos jurídicos" (COUTO E SILVA, 1976, p. 88). A tais atos não se aplicam as regras atinentes à vontade e à capacidade. As hipóteses mais conhecidas sempre foram os atos reais (especificação, comistão etc.), a eles se acrescentando o contato social e os atos existenciais.

Ao abordar o contato social, Clóvis do Couto e Silva dá mostras do seu ecletismo em matéria de fontes, não se apegando a conceitos abstratos rígidos que muitas vezes tornam o direito impermeável à realidade social. Afirma que o contato social é uma categoria sociológica, relacionada à teoria da associação. Uma de suas manifestações no direito, embora não a única, é a culpa *in contrahendo*, que compreende todas as hipóteses em que há dano em consequência da não observância de

deveres concretos relativamente a alguém em particular. Neste ponto, diferencia-se do *neminem leadere*, que impõe deveres de abstenção gerais e abstratos.

Todavia, a compreensão da culpa *in contrahendo* como *fatispecie* de contato social põe dificuldades conceituais. Se, de um lado, os deveres no contato social particularizam-se numa pessoa (em contraposição ao *neminem leadere*), de outro lado, porém, a atividade precontratual em que se verifica a culpa *in contrahendo* é finalística (pois tem em vista a conclusão de um negócio jurídico), no que contraria o gênero dos atos-fatos, que não dá relevo à vontade. Em razão deste último aspecto, alguns autores classificaram a culpa *in contrahendo* como violação de deveres emanados da boa-fé.¹⁸ Não era esta a posição de Clóvis do Couto e Silva. No seu entendimento, a solução estava em considerar a culpa *in contrahendo* mera causa de responsabilidade, a partir da valoração pura e simples do dano como suporte fático da reparação, tal como nos delitos¹⁹ (COUTO E SILVA, 1976, p. 88-91).

Nos atos existenciais, ressurge a importância da sociologia para o direito. Na visão de Clóvis do Couto e Silva, a lei vai tipificando estruturas moldadas pela sociedade, em razão de costumes e da reiteração de comportamentos práticos. Há um fluxo contínuo nesse processo, mas nem sempre as práticas sociais são recolhidas e tipificadas em lei. Não obstante, manifesta-se um certo grau de cogência no “poder da sociedade”, o que importa reconhecer que há “outros elementos de fixação no

¹⁸ Há legislações que definem essa vinculação, especialmente o CC português (Art. 227. 1. *Quem negocia com outrem para a formação de um contrato deve, tanto, nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.*) e o CC italiano (Art. 1.337. 1. *Le parti, nello svolgimento delle trattative, e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.*)

¹⁹ Esse entendimento era dominante sob a égide do CC de 1916, à falta de uma norma específica sobre boa-fé. Nesse sentido: AZEVEDO, 1992, p. 80. A situação mudou com a introdução do art. 422 no CC 2002. No sentido de vincular a culpa *in contrahendo* à boa-fé, MARTINS-COSTA, 1999, p. 494-515.

mundo social, além do Direito”. Trata-se de um processo coletivo, no qual as vontades individuais acabam ficando em segundo plano, mas é evidente o resultado que cada um pretende alcançar ao se comportar do modo padronizado. Desse modo, aquilo que, em tese, poderia ser negócio jurídico (vontade dirigida a um fim), converte-se em ato-fato. Os atos existenciais são atos-fatos dirigidos à satisfação de necessidades básicas dos indivíduos, tais como alimentação, vestuário, água etc. O catálogo de atos existenciais é variável, conforme as necessidades que em cada povo são consideradas básicas (COUTO E SILVA, 1976, p. 91-92).

CONCLUSÃO

Sem dúvida, a maior contribuição de Clóvis do Couto e Silva para o direito brasileiro foi o desenvolvimento que sua doutrina propiciou à boa-fé. Mas este texto demonstra que não foi a única. O ecletismo das fontes das obrigações e a sua abertura à sociologia contribuem para um direito civil aderente à realidade. E para os que o conheceram, ficou também a importância que sempre atribuiu ao direito comparado, o que determinou o início de uma fase de intenso intercâmbio com juristas europeus, que fez a riqueza dos cursos de pós-graduação em sentido estrito na área do Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, dos quais foi o mentor.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BETTI, Emilio. *Teoria general de negocio juridico*. Trad. para o espanhol de A. Martin Perez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, (1940?).
- COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bustsky, 1976.
- _____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. *Estudos de direito civil brasileiro e português: I Jornada luso-brasileira de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- _____. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil: a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow. *Revista de Processo*, nº. 37, jan.-mar. 1985, p. 238-270.
- FLUME, Werner. *El negocio juridico*. Trad. para o espanhol de José Maria Miquel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1992.
- Jornada Luso-brasileiro de Direito Civil (1: 1980). *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Trad. para o espanhol de Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.