

CONTRIBUTOS DE UMA PERSPECTIVA DISCURSIVA À TEORIA DAS OBRIGAÇÕES NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO¹

Maria Cláudia Cachapuz²

Resumo: O presente artigo trata do enfrentamento da concepção da relação obrigacional como um processo, polarizado pelo adimplemento, a partir da admissão, pelo Código Civil brasileiro de 2002, de uma ilicitude objetiva, como prevista no art. 187. Tal enunciado normativo permite que se desfoque a tônica da relação obrigacional de seu fim (o adimplemento) para aquilo que a motiva em uma perspectiva argumentativa pela teoria do discurso jurídico. Ao fundo, observa que o Código Civil de 2002 conduziu a uma alteração significativa da compreensão da origem das obrigações no sistema e da forma como as obrigações se desenvolvem no âmbito concreto das relações interpessoais.

Palavras-Chave: teoria geral das obrigações; discurso jurídico; ilicitude civil.

ELEMENTS FOR A THEORY OF CIVIL LEGAL ARGUMENTATION IN THE BRAZILIAN CIVIL CODE

Abstract: The present article deals with the conception of the “obligation as a process”, polarized by the payment, from the admission of an objective illegality, as foreseen in art. 187 of Brazilian Civil Code. Such a normative statement, allows us to emphasis the motive, and not the payment, as the center of the

¹ Resumo de tema tratado em CACHAPUZ, Maria Cláudia, 2018, p. 71-95.

² Doutora em Direito Civil. Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul/ Brasil e do PPGD da Universidade Feevale/RS-Brasil. Magistrada do TJRS.

obligation in an argumentative perspective by the theory of the legal argumentation. In the background, it notes that the Civil Code of 2002 has led to a significant change in the understanding of the origin of the obligations in the system and of the way in which obligations are developed within the realm of interpersonal relations.

Keywords: civil law; legal argumentation; civil illegality.

I.



ecorrido tempo suficiente desde a edição do Código Civil brasileiro de 2002, a ponto de permitir-se uma consolidação jurisprudencial e eventuais mudanças de rumos na interpretação dos institutos civis, é necessário avaliar-se os caminhos alcançados pelos enunciados normativos na aplicação pragmática trabalhada nos tribunais e os impactos identificados na tradição doutrinária. Algo que atenda, em certa medida, as diretrizes metodológicas do Código Civil³ que, pela orientação de Martins-Costa⁴, inspira uma forma original de leitura ao intérprete, partindo-se de uma visão aberta à experiência. Trata-se de um Código que deve ser destinado a reger relações civis numa sociedade culturalmente diversificada e que, portanto, exige respostas flexíveis à realidade plural que se apresenta a partir das particularidades dos indivíduos. Ou seja, é preciso que o intérprete do Código Civil compreenda a gênese crítica⁵ ínsita

³ Esclarece Miguel Reale que o novo Código Civil é marcado pela vinculação a “valores sociais e éticos” (REALE, 2003, p. 36). Aqui, se remete às considerações preliminares oferecidas por Miguel Reale ao projeto do novo Código Civil brasileiro, em que, junto com os princípios de socialidade e de eticidade, enumera o princípio da operabilidade como fundamento de construção a uma razão prática ao ordenamento jurídico, visando a realização efetiva do direito implicado em concreto (REALE, 1999, p. 10).

⁴ Ver MARTINS-COSTA, 2001 e 2003.

⁵ Aqui se considera a importância da interpretação por princípios, pelo fato de que as

à normatividade que se impõe, de forma a possibilitar que a norma civil possa se apresentar como um dever-ser capaz de alcançar efetividade jurídica.

Seguindo-se as doutrinas de Habermas e Alexy, só se alcança esta gênese crítica adotando-se uma corrente de pensamento materializada a partir de uma ética do discurso⁶. E

normas são apenas "discursivamente possíveis", nunca podendo se afirmar quanto a uma fundamentação definitiva desde sempre. Este é o espírito informador de uma *gênese crítica*: "No quadro das componentes condicionais de uma norma válida, só podem ser obviamente contempladas as situações que os intervenientes utilizam, de acordo com o estado actual de seus conhecimentos, com a intenção de explicar paradigmaticamente uma matéria que necessite ser regulada. O princípio de universalização tem de ser formulado de modo a não exigir nada impossível; tem de liberar o indivíduo que participa na argumentação da atitude de tomar em consideração, logo no momento da fundamentação de normas, o enorme número de situações futuras e completamente imprevisíveis" (HABERMAS, 1991, p. 137). Ver ainda ALEXY, 2012, p. 140-141.

⁶ Seguindo-se Habermas (1991), identificam-se três correntes atuais de encaminhamento do pensamento filosófico: (i) Corrente de *tradição aristotélica*: retorna à ideia de "causa primeira" (que, em última análise, conduz à ideia de sistema), na medida em que conclui que a faculdade do juízo deve tomar o lugar da razão prática para integrar, desde logo, o conceito que se expõe à análise. Ou seja, exige que a faculdade do juízo se movimente dentro de um horizonte de uma forma de vida completamente aceita a partir de um contexto valorativo - um valor extraído tanto das motivações dos envolvidos, como da realidade fática e das questões normativas pertinentes. O valor do que é "bom", do que "prudente", alcança um significado extremo, reconhecendo-se um conceito de justiça com fundamento teleológico e honorífico (SANDEL, 2013, p. 233). A busca é no sentido de exaurir o conceito do direito, *a priori*, de forma que se possa se referir ao conceito, desde logo, num plano material e abstrato, e submeter a ele o particular; (ii) Corrente de *tradição empírica ou funcionalista*: a razão prática é assimilada na sua porção estritamente empírica. Reduz-se a interpretação ao exercício dos interesses em jogo, permitindo espaço amplo para que se decida de acordo com o fim da conduta em si (um projeto de sociedade, por exemplo), e não com o motivo justificador da atividade. Ao inverso, utiliza o homem como meio, e não como fim, de todo o processo de compreensão da atividade cognitiva; (iii) Corrente de *tradição kantiana*: a razão prática coincide com a moralidade. Só na autonomia é que a razão se une à vontade. A vontade é uma espécie de causalidade - decorrente do fato da razão em si - e a liberdade qualifica esta causalidade como capacidade de agir, independentemente de causas estranhas que a determinem. A liberdade é capaz de ser lei para si mesma, agindo apenas por máximas universalizáveis. Porque se agisse por máximas empíricas, não seria lei para si mesma, mas atenderia móveis exteriores à sua legislação. A razão prática não é arbitrária, porque a moral impõe que se escolham máximas que, ao mesmo tempo,

isto assim se reconhece porque, quando busca descrever o fenômeno jurídico a partir do discurso prático (HABERMAS, 1991) - e sua versão especial, do discurso jurídico (ALEXY, 2012) -, o intérprete do ordenamento jurídico promove um exercício de justificação e aplicação do Direito (GÜNTHER, 2004) a partir de uma visão que privilegia o binômio *universalidade-particularidade*. O que norteia a interpretação pelo discurso é tanto a constatação do reconhecimento, *a priori*, de um direito geral de liberdade, como a possibilidade ampla e aberta a qualquer um de problematizar sobre desejos, opiniões, pretensões.

Nessa medida, só as normas que são aceitas por todos num discurso prático podem reclamar validade jurídica. Da mesma forma, os efeitos gerados por estas normas, conectados com uma realidade prática – e, portanto, reconhecidos numa dimensão igualmente material –, devem atender aos interesses implicados em concreto, sem abdicar de um teste ético como ponto de partida. Como esclarece Sandel, à luz de uma doutrina de matriz kantiana, “agir livremente não é escolher as melhores formas para atingir determinado fim; é escolher o fim em si” (SANDEL, 2013, p. 141). Por isso a preocupação de Habermas de diferenciar a legitimação do Direito pelo processo de uma legitimação instrumentalizada no processo⁷. O que Habermas destaca é que, ao contrário do pretendido numa visão de base utilitarista, descabe reduzir a reflexão moral “a um cálculo teleológico-racional das consequências” (HABERMAS, 1991, p. 81).

possam valer como universais.

⁷ Nas palavras de Habermas, isso é claro, no âmbito das relações entre privados, quando se examina o próprio conceito de autonomia. Não pode ser a autonomia compreendida como “um conceito distributivo, e não pode ser alcançado individualmente” (2004, p. 13). É sempre, como em Kant, um conceito intersubjetivista, que pressupõe (i) que cada participante individual seja livre, dotado de autoridade epistêmica da primeira pessoa, “para dizer sim ou não” (2004, p. 15) e (ii) que esta autoridade epistêmica seja exercida de acordo com a busca de um acordo racional.

Para enfrentar o tema relativo às obrigações jurídicas civis – que é central ao Direito Privado –, não há como deixar de enfrentar a premissa cunhada por Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, no seu *Obrigação como processo* (1976, p.05), de que o “adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim”. Com tal expressão buscou o doutrinador delimitar a exata perspectiva de trabalho pretendida na obra, marcada pela influência da dogmática alemã da época e, especialmente, pelo trabalho de Karl Larenz, no seu manual de Direito das Obrigações (1954). Pela compreensão de Couto e Silva, a ideia de base é de que o desenvolvimento de toda relação obrigacional, polarizada essencialmente pela ideia de alcance de um fim específico - o adimplemento -, está condicionado por princípios gerais e próprios a cada tipo de obrigação, descabendo que o intérprete jurídico desconheça uma situação concreta de relação jurídica que não esteja marcada por sua dinâmica até a sua extinção. O que pressupõe uma distinção entre os planos de desenvolvimento e de extinção da obrigação: “A concepção de obrigação como processo é, em verdade, somente adequada àqueles sistemas nos quais o nexa finalístico tem posição relevante” (COUTO E SILVA, 1976, p. 11).

Sob tal perspectiva, pressuposta nos estudos de Couto e Silva para a construção de uma teoria contemporânea ao Direito das Obrigações no Direito Privado, é que ora se propõe uma revisão à ideia de *processo* daquela trabalhada pela doutrina, em meados do século XX, justamente quando aplicada uma ética de caráter funcionalista – e, por consequência, utilitarista – à matéria obrigacional. A análise que ora se estabelece é relacionada ao teste desta visão de fundo, da qual parte Couto e Silva, de que a obrigação civil é condicionada pelo adimplemento, sendo composta, num sentido mais amplo, essencialmente pelo “conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor” (COUTO E SILVA, 1976, p. 10) ou daquele indivíduo que se defina em tal posição jurídica

num determinado tempo e espaço.

É fato que a ideia de processo, em Couto e Silva, traça justificativas num espectro mais amplo que o de simples adimplemento. A base de compreensão, pelo autor, é relacionada, na essência, a uma ideia de finalidade, que tanto pode ser encontrada, no aspecto jurídico, junto aos fins pretendidos pela obrigação – e, então, associada à pretensão de satisfação do credor pelo adimplemento⁸ –, como, no aspecto sociológico – que é ponto central da ideia de processo –, vinculada a atos constitutivos de determinados fatos sociais que possam adquirir relevância jurídica (COUTO E SILVA, 1976, p. 71). Por isso a identificação de diversas “figuras jurídicas em que a finalidade toda compõe o suporte fático” do ato (COUTO E SILVA, 1976, p. 72), diferentemente de situações negociais mais comuns em que o mesmo não ocorre⁹. De toda sorte, a visão da qual se parte para a análise da relação jurídica obrigacional, segundo Couto e Silva, é, como regra, a de instrumentalização pelo fim obrigacional pretendido – o alcance à pretensão de adimplemento –, sendo este o norte a balizar as atividades desenvolvidas pelos sujeitos de direito no processo obrigacional.

II.

⁸ Couto e Silva não afasta, contudo, a possibilidade de reconhecimento de uma pretensão de finalidade relacionada à causa da obrigação – portanto, identificada na fase de sua constituição –, compreendida como elemento justificador de uma atribuição patrimonial. Referindo-se ainda ao Código Civil de 1916, sustenta que o ordenamento jurídico brasileiro teria adotado “posição intermediária, ao fazer depender a eficácia da tradição à do negócio jurídico antecedente” – pressupondo uma separação relativa dos planos dos direitos obrigacionais e dos direitos reais –, “princípio este que a jurisprudência estendeu à transferência de imóveis para transcrição” (COUTO E SILVA, 1976, p. 52).

⁹ O exemplo oferecido por Couto e Silva é em relação aos contratos de trabalho, aos contratos de prestação de serviço de natureza específica ou técnica, aos contratos de sociedade e principalmente àqueles associados à prestação de obrigações de meio, e não de resultado (COUTO E SILVA, 1976, p. 72).

A visão utilitarista da ideia de *obrigação como processo* é passível de identificação na doutrina de Couto e Silva em alguns pontos muito específicos de análise, a começar pela vinculação da ideia de fim obrigacional com o conceito de adimplemento. E isto parte de um exame da separação de planos proposta às fases de nascimento, desenvolvimento e de adimplemento das obrigações. De pronto, antecipa-se que, mesmo no Direito alemão, onde esta separação é absoluta, não há que se falar em manifestação estanque da relação obrigacional. Como referido na doutrina de Karl Larenz, “la relación de obligación no solo como lo hace la ley, es decir, com la relación de prestación aislada, sino como una relación jurídica total, fundamentada por un hecho determinado y que se configura como una relación jurídica especial entre las partes” (1954, p. 39). Há, portanto, uma compreensão de que toda a relação obrigacional, mesmo quando analisada didaticamente pela separação de planos, deve sempre ser vista em sua dimensão complexa, a abarcar não apenas os vínculos essenciais que a constituem, mas igualmente os deveres assessórios que derivam da própria relação obrigacional estabelecida – assim, os deveres de boa-fé cooperação e confiança estabelecidos em concreto¹⁰ – com vista à garantia de alcance do fim obrigacional.

Para a compreensão da divisão do processo da obrigação em planos distintos, é fundamental que se parta da análise de pretensões promovida no Direito alemão a partir do próprio alcance da declaração de vontades exigida para cada momento

¹⁰ Veja-se que, em Couto e Silva, estes conceitos aparecem igualmente relacionados a uma finalidade do negócio jurídico pressuposto, manifestando-se como “máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui” (1976, p. 29). À base de uma premissa sociológica, ordenam-se por 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 negócios 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” (COUTO E SILVA, 1976, p. 31).

ou fase da relação obrigacional. E, no caso, para que se possa igualmente estabelecer diferenças na análise dos planos entre a divisão de fases obrigacionais proposta no Direito alemão e no Direito brasileiro. Isto, porque enquanto no ordenamento jurídico alemão a separação de planos entre o momento da formação/desenvolvimento e o momento da extinção da obrigação é absoluta – eis que igualmente distinta é a necessidade de emissão de declarações de vontade para cada um destes momentos –, no direito brasileiro, esta separação é apenas relativa.

É possível, por óbvio, que tais momentos – da formação e da extinção da obrigação – sejam coincidentes num grande número de negócios jurídicos estabelecidos, sem que nisso resida uma maior dificuldade de encontrar-se no sistema posto a solução para determinado conflito concreto em análise. No entanto, em atos jurídicos que demandem maior complexidade de análise – e mesmo no caso de aspectos de forma –, no direito alemão, é fundamental que haja uma declaração inicial de vontade no sentido do estabelecimento da relação obrigacional (433 do Código Civil alemão) e outra declaração de vontade específica para o momento do adimplemento – este, portanto, situado no plano dos direitos reais (929 do Código Civil alemão). E isto assim ocorre porque é neste plano em que restará efetivada a transferência da propriedade, em que pressuposta outras duas fases específicas de manifestação de vontade: a efetiva entrega da posse da coisa e a realização de um acordo sobre a transferência da propriedade (929 do Código Civil alemão). Para que esta se efetive, apresenta-se como necessária a pretensão de emissão de uma nova intenção declarada para a concretização desse adimplemento – ou desse momento de adimplir –, só havendo, como apontado por Jan Schapp, “transferência no conjunto” (SCHAPP, 2006, p. 103)¹¹. Disso decorre a

¹¹ Schapp reconhece-se, à luz do Direito alemão, pretensões distintas em termos obrigacionais entre o momento da formação ou de conclusão do negócio jurídico e de

preocupação de Clóvis do Couto e Silva, no direito brasileiro, com a questão do adimplemento como polarizador da ideia de obrigação como processo. É que, como apontado pelo doutrinador, aqui se “adota posição intermediária ao fazer depender a eficácia da tradição à do negócio jurídico antecedente” (1976, p.52).

As consequências extraídas de tal distinção de planos e dos tratamentos diferenciados nos respectivos ordenamentos jurídicos permitem uma compreensão igualmente distinta em relação ao tratamento aguardado para a extinção da relação obrigacional e do negócio jurídico como um todo. Enquanto no Direito alemão é possível distinguirem-se pretensões distintas para a referência de causas de nulidade a cada uma das fases ou planos da relação obrigacional, o ordenamento jurídico brasileiro, ao adotar declaração de vontade única no momento da conclusão do negócio jurídico, impõe soluções diversas em face do alcance do defeito do negócio jurídico ou da impossibilidade de cumprir por uma perturbação superveniente da prestação após o momento de formação do contrato. Ou seja, tanto pode ocupar-se – a partir de uma mesma declaração de vontade emitida – com pretensões no campo da validade do negócio jurídico - assim, em relação ao problema de capacidade ou do objeto ilícito -, como preocupar-se com os reflexos de pretensões no campo da eficácia jurídica, especialmente quando identificadas perturbações supervenientes à conclusão do

seu adimplemento: “A conclusão de um contrato de compra e venda representa, assim, apenas a primeira fase de todo o ato cotidiano, que o leigo jurídico normalmente designa com a expressão compra e venda. As pretensões jurídico-obrigacionais fundamentadas através do contrato de compra e venda precisam ainda – em uma segunda fase – do cumprimento. Com isso levanta-se a questão da configuração da *fase de cumprimento*” (SCHAPP, 2006, p. 103). Na fase de cumprimento, portanto, são exigidas outras condutas dos contratantes, relacionadas tanto à efetiva entrega da coisa (coisas móveis) ou transferência da propriedade (coisas imóveis), como a um acordo dos contratantes com a transferência da propriedade: “Este acordo é um contrato, no sentido referido no *Allgemeiner Teil* do BGB; ele é realizado, portanto, segundo o 151 S. 1 1ª parte da frase, pelo fato de que uma das partes faz á outra uma proposta de contrato, e a outra parte aceita esta proposta” (SCHAPP, 2006, p. 104).

negócio jurídico, capazes de conduzir a um descumprimento contratual.

Há, contudo, aproximações entre os ordenamentos jurídicos em relação ao tratamento dispensado no momento do adimplemento. Tal reside na compreensão de que o adimplemento ocorre, justamente, no campo das relações de direitos reais, em que identificada uma disposição de pretensão diversa em relação a seu conteúdo, capaz de gerar oposição por meio de ação reivindicatória em relação ao próprio bem - no caso da compra e venda, por exemplo. No direito brasileiro, a solução resolutória é oferecida como escolha possível, ao lado de uma pretensão de cumprimento, a quem se encontre numa posição favorável de titularidade de um crédito (art. 475 do CC), independentemente do prejuízo apurável por meio de uma pretensão indenizatória no campo obrigacional. Situação, de resto, também não afastada no Direito alemão, inobstante a exigência de existência de uma declaração de vontade específica na fase do adimplemento, pressupondo-se nesse plano a existência de um contrato real.

Pontes de Miranda (2000) permite que se alcance a conclusão de que é justamente o caráter unitário da declaração de vontade que, em relação ao pagamento – portanto, no plano dos direitos reais –, autoriza a visualização de uma figura jurídica aproximada a de um ato-fato jurídico. Não se fala em validade do pagamento, de forma que possa ser conduzido a uma nulidade. Ou é pagamento, ou não é. Ou produz efeitos, ou não produz. Justamente porque não exigida nova declaração de vontade dirigida à realização do adimplemento no ordenamento jurídico brasileiro, o pagamento produz seus efeitos no campo exclusivo dos direitos reais e, nessa medida, deve ser considerado como um ato-fato para a verificação de efeitos no campo da extinção das obrigações. Couto e Silva, porém, não afasta a possibilidade de que se identifique uma espécie de declaração de vontade tácita em relação ao adimplemento. Esta

deve ser pressuposta pela compreensão de que toda a obrigação se faz polarizada pelo adimplemento, ainda que exista, unicamente, uma “dimensão psicológica” a tanto (COUTO E SILVA, 1976, p. 57). Segundo o autor, “a declaração de vontade que dá conteúdo ao negócio dispositivo pode ser considerada como co-declarada no negócio obrigacional antecedente. (...) Na vontade de criar obrigações insere-se naturalmente a vontade de adimplir o prometido” (COUTO E SILVA, 1976, p. 57). A justificativa, para o autor, reside no fato de que, não fosse assim, “o negócio jurídico não teria as condições mínimas de seriedade que o Direito exige” (COUTO E SILVA, 1976, p. 57). Daí a conexão realizada pelo autor entre finalidade, adimplemento e causa do negócio jurídico, de forma a compreender que todo o conjunto de atitudes dos contratantes é tendente ao adimplemento, e nessa perspectiva justificado num sentido de utilidade ao negócio jurídico.

A questão central a ser enfrentada, à luz das disposições normativas gerais propostas pelo Código Civil de 2002, diz respeito a como compreender esta visão polarizada por um fim específico – a satisfação do credor - a partir do estabelecimento de enunciados normativos inéditos no ordenamento jurídico brasileiro e que desafiam, sobremaneira, a ideia de instrumentalização da obrigação no processo. Especialmente quando analisado o alcance do disposto no art. 187 do Código Civil, em que prevista situação de ilicitude objetiva, capaz de gerar fontes obrigacionais distintas, com uma tônica de alcance funcional da obrigação não fundada, necessariamente, na ideia de adimplemento.

III.

Em matéria obrigacional, todo o sistema das fontes obrigacionais sofreu impacto relevante a partir do Código Civil de 2002. Na medida em que o enunciado normativo proposto

pelo artigo 187 permitiu a constituição de situações de ilicitude pelo exercício excessivo de um direito – no que lembra, é fato, a disciplina clássica do instituto do abuso de direito¹² –, independentemente da verificação dos pressupostos da culpa e do dano, impôs que se alterasse, de forma significativa, a compreensão da origem de obrigações no sistema e da forma como essas obrigações se desenvolvem no âmbito concreto das relações interpessoais. No caso, para compreender que o motivo justificador destas obrigações – e, por consequência, do porquê são originadas – não corresponde especificamente à satisfação dos interesses da parte credora para fins de adimplemento. O enunciado normativo do at. 187 coloca em evidência o fato de que talvez não se possa mais identificar a polarização da obrigação em face de sua finalidade – o que anteciparia uma premissa de utilidade à interpretação –, e sim frente à sua causa justificadora, o motivo da sua existência – o que conduz à adoção de uma premissa discursiva, em que a disposição sobre qualquer conceito jurídico se estabelece de forma ilimitada *a priori*; portanto, sem restrições (ou configurações) desde logo.

Para que se possa extrair tal conclusão, é necessário compreender que se parte de uma ética diversa para fins interpretativos. Ou seja, não se reconhece, como pressuposto de análise, que a obrigação tenha por escopo atingir necessariamente um adimplemento. Este representa uma das fases do processo obrigacional, mas não, por definição, aquela que justifica a existência do vínculo jurídico ou mesmo que condiciona a sua existência. É possível que uma determinada obrigação seja gerada, nos termos do art. 187 do Código Civil, como produto da necessidade de compatibilizar-se o exercício de liberdades colidentes (CACHAPUZ, 2006, p. 168-173),

¹² No caso, a preocupação extraída da norma de exercício excessivo de um direito, não obstante o fato de que o instituto clássico do abuso de direito se ocupasse do uso indevido de determinadas “permissões que a titularidade de um direito (em especial do direito de propriedade) implica” (ATIENZA e MANERO, 2014, p. 32), a exigir culpa e efetivo dano na prática de um ato com espírito emulativo.

determinando-se um fazer ou um não-fazer específico. Tal obrigação só existirá porque identificado - em concreto e a partir de uma ponderação de direitos subjetivos jusfundamentais - o exercício excessivo de um direito¹³. Se não existir qualquer pretensão de oposição por parte de quem se veja atingido pelo exercício de uma liberdade de terceiro, não há que se identificar, da mesma forma, qualquer necessidade de interferência institucional para o reconhecimento de vínculo obrigacional que imponha a restrição a um direito subjetivo.

A interpretação discursiva parte da análise normativa do que resta pressuposto no art. 187 do Código Civil atual, onde prevista constituição de hipótese de ilicitude inédita em termos comparativos a outros sistemas jurídicos¹⁴. Aproxima-se da ideia de Pontes de Miranda para o ato ilícito *lato sensu*, relacionado à ideia de violação a um direito absoluto (MIRANDA, 2000, p. 244) - como no âmbito de um direito de personalidade ou de propriedade, segundo o autor -, muito embora não se possa mais partir, por definição, da ideia conceitual de que existam direitos absolutos¹⁵. Ou seja, independentemente de culpa e mesmo da efetiva ocorrência de um dano – pode haver apenas a probabilidade de uma ocorrência deste, que é justamente o que se quer evitar -, compreende-se a oportunidade de restrição a direito subjetivo porque identificada

¹³ O mesmo aparece na doutrina de Martins-Costa, quando se refere a um “exercício disfuncional de direitos e posições jurídicas” (MARTINS-COSTA, 2015, p. 252).

¹⁴ Veja-se que, no direito espanhol, o instituto do abuso de direito é previsto no art. 7.2 do Código Civil, exigindo “intenção de seu autor” e “dano para terceiro”. Daí o trabalho de construção doutrinária de Atienza e Manero no sentido da caracterização de hipóteses próximas de ilícitos atípicos (2014, p. 31-55). No direito alemão, o 826 do Código Civil prevê ilicitude por dano causado de forma dolosa contra os bons costumes. A aproximação de uma pretensão de defesa em sentido contrário ao exercício excessivo de um direito de liberdade encontra-se defendida pela doutrina (SCHWABE, 2012, p. 102-105; SCHAPP, 2006, p. 95) na combinação dos 227 (sobre legítima defesa) e 1004 (sobre pretensão de cessação ou de omissão à prática excessiva de um direito, ainda que no âmbito dos direitos de propriedade).

¹⁵ Nesse sentido, ALEXY, 2001, p. 286-291, quando trata da discussão sobre a garantia do conteúdo essencial de direitos como restrição às restrições a direitos.

uma situação de ilicitude a partir da resistência justificada ao exercício de uma liberdade. Portanto, pressupõe-se, por princípio, a manifestação de pretensão de defesa suficiente - e fundada em equivalente liberdade - a impedir, em sentido contrário, o pleno exercício de um direito subjetivo. Esta restrição não se estabelece *a priori* no sistema jurídico, mas se justifica na medida proporcional de exame da pretensão de defesa ou de resistência a este direito que possa ser oferecida em sentido contrário. E, obviamente, na medida em que esta resistência se justifique, por razões sérias e suficientes, como precedente ao exercício de uma liberdade em conflito. O art. 187 do CC brasileiro, portanto, em muito se aproxima da ideia de representação de uma ponderação acerca de direitos jusfundamentais, por meio de uma cláusula de subsidiariedade jurídico-fundamental, como exposta por Schwabe, ao analisar a influência dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado (2012).

O que interessa, de forma específica, para o âmbito do estudo da ideia de processo obrigacional, é justamente o que se extrai como consequência, no esquema referido, da limitação ou retirada de direitos de alguém ou da configuração de direitos desse mesmo sujeito no âmbito das relações entre privados. Porque, obviamente, destas restrições ou configurações serão extraídas obrigações - geralmente de fazer ou não-fazer, caso não identificado um dano concreto - que constituirão fontes obrigacionais específicas no âmbito do Direito Privado. E, de regra, obrigações que não estejam polarizadas por uma ideia de adimplemento - pelo cumprimento de um negócio jurídico específico -, e sim, voltadas a uma pretensão de correção de rumos quanto ao exercício de determinado direito subjetivo.

Assim, é possível se compreender que a cláusula geral do art. 187 do CC, para além das situações de geração de obrigações fundadas em atos ilícitos originários - para os quais inexistam um vínculo jurídico prévio entre os sujeitos de direito -, permite

igualmente reconhecer o estabelecimento de obrigações decorrentes de atos negociais, em que a tônica da discussão jurídica proposta não esteja fundada numa pretensão de cumprimento do contrato, e sim, dentre outras hipóteses, numa pretensão de reequilíbrio das posições jurídicas assumidas pelas partes contratantes. Algo próximo da ideia de um “ilícito nulificante”, identificado por Pontes de Miranda mesmo antes do Código Civil atual (MIRANDA, 2000, p. 245), em que se observa uma deficiência do suporte fático do ato negocial após a configuração do vínculo jurídico, mas sem o estabelecimento de uma resposta no campo da validade pelo próprio ordenamento jurídico.

Exemplificativamente, é o que se poderia alcançar na combinação dos enunciados normativos dos arts. 187 e 423 do Código Civil, quando se trate de hipótese de ambiguidade ou contradição de cláusulas estabelecidas em contratos de adesão. A solução prevista no âmbito das relações civis – de forma diversa, portanto, da resposta no campo das invalidades, como apontada no Código de Defesa do Consumidor ou mesmo para situação bastante específica do Código Civil referentemente aos contratos de adesão (art. 424) – segue relacionada à oportunidade de adoção de interpretação mais favorável ao aderente (art. 423). Esta, para que permita um controle suficiente da atividade jurisdicional – e, portanto, que não seja obra de uma discricionariedade do intérprete – deve corresponder aos parâmetros externos de teste da conduta das partes, como implicada em concreto, a partir do que segue disposto no art. 187 – ou seja, fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes. São estes os elementos externos que servirão de baliza para a interpretação do caso em análise, descabendo um juízo arbitrário por parte do intérprete. Trata-se de atividade de interpretação que tenderá, na medida da adequação, necessidade e proporcionalidade evidenciadas para o caso – portanto, não importando, necessariamente, em invalidação total da cláusula

contratual estabelecida em contrato de adesão -, a uma possibilidade de restrição do que fora aceito quando da conclusão do negócio jurídico, justamente porque identificada ausência de consenso subjetivo em face de equívocidade para a compreensão da matéria contratual¹⁶. Nessa medida, a autonomia dos contratantes não se vê afrontada pela interferência externa, mas confirmada, numa medida proporcional, à necessidade de reequilíbrio das posições jurídicas desempenhadas pelos contratantes no negócio jurídico específico sob análise.

Desde que exista pretensão doutrinária de potencializar um direito geral de liberdade¹⁷ (ALEXY, 2001, 331-380) e de compreender que os conceitos jurídicos devem estar abertos à experiência jurídica, cumpre que se confira força ao conceito de ilicitude como proposto de forma ampla no art. 187 do CC, identificando nele fonte de obrigações civis, não restritas por uma premissa de cunho utilitarista¹⁸. No caso, não

¹⁶ A propósito do tema sobre interpretação e integração ou correção do negócio jurídico que apresente lacunas de compreensão ou defeito jurídico, ver BETTI, 2000, p. 279-300.

¹⁷ A dimensão de liberdade, aqui, é conexas à ideia de autonomia kantiana, em que exigida reciprocidade pela atuação conforme aos imperativos de universalização do comportamento e de trato das pessoas como fins em si mesmas. Na matéria negocial, isso é traduzido pela possibilidade de correspondência entre a causa do negócio e a causa particular projetada ao interesse de atuação conforme um comportamento típico. Conforme Betti, “la intención práctica – ya se vio – es a la voluntad del acto como una voluntad-fin, es a la voluntad-medio en virtud de la cual actúa; como nexo lógico y psicológico entre una y otra voluntad funciona la conciencia del contenido y significado del acto. En realidad, quien tiene la plena conciencia del significado social de un acto que quiere y realiza, quiere por lo mismo, normalmente, también el que es resultado práctico del acto en el ambiente social” (BETTI, 2000, p. 167). Isso assegura, na doutrina de Betti, o elemento de reciprocidade que permite desafiar o efeito típico negocial, previsto no ordenamento jurídico – e que, portanto, garante segurança jurídica aos contratantes –, possibilitando o estabelecimento de vínculos contratuais atípicos, marcados, predominantemente, pelo consenso alcançado pelos contratantes. Mas, obviamente, tal depende da interpretação possível ao conceito de autonomia de onde se parte para fins interpretativos.

¹⁸ Não se pode exigir do ordenamento jurídico - sob pena de fechar a estrutura normativa à própria ideia de diversidade cultural - que deduza de casos hipotéticos

exclusivamente fonte de uma obrigação indenizatória, para a qual se exige, além do ilícito, a ocorrência de um dano contratual ou extracontratual (arts. 389 e 927 do CC). Mas, inclusive, fonte de obrigação civil que resulte em tutela de natureza diversa, seja de caráter inibitório, seja de caráter mandamental.

A preocupação primordial com o equilíbrio de posições jurídicas entre os sujeitos da relação obrigacional, ademais, é disposição normativa que retorna em outras normas do Código Civil de 2002, desafiando a lógica proposta por Couto e Silva com relação à tônica conferida ao adimplemento no processo obrigacional, principalmente quando identificadas situações de perturbações a prestação obrigacional. Assim, no capítulo que trata da onerosidade excessiva (arts. 478 a 480), que expressamente reproduz comandos de atuação ao intérprete para que encaminhe solução jurídica à correção do sinalagma contratual, reestruturando o vínculo estabelecido. Também em casos de afetação do equilíbrio das prestações, como na exceção de contrato não cumprido (art. 477), em que a solução prevista no Código Civil é a de paralisação da relação obrigacional, sem, necessariamente, restar estabelecida uma solução específica no sentido do término da relação obrigacional, pelo cumprimento ou pela resolução do negócio jurídico.

Para além das situações de correção do vínculo previamente estabelecido entre indivíduos – o que remete a uma preocupação, em primeiro lugar, com o sinalagma da relação obrigacional decorrente de vínculos negociais, e não especificamente com o seu fim -, é em outra situação de geração de fonte obrigacional distinta que se acaba por desafiar, especificamente, a ideia de que o adimplemento polariza a

uma premissa jurídica universal. A pretensão deve ser, ao contrário, a de permitir que o conhecimento empírico contribua, pela experiência jurídica trazida em concreto, à universalidade, mas não que a determine. Como sustenta Alexy, "el método empírico toma la praxis existente como medida de lo racional: el definitorio es, en fin de cuentas, arbitrario; y el pragmático-universal sirve, en mejor de los casos, para fundamentar pocas reglas fundamentales" (ALEXY, 1997, p. 183).

obrigação. Assim, no caso das situações de enriquecimento sem causa, em que a obrigação restitutória nasce não da observância estrita de um vínculo específico entre os sujeitos – este pode ou não existir, como na dedução possível do art. 885 do Código Civil -, mas da constatação de um deslocamento injustificado de patrimônio que não se sustenta em causa suficiente. Não há, portanto, preocupação com o ato de adimplir, nem, tampouco, é este que justifica o surgimento de uma obrigação. A restituição, como instituto residual para a hipótese de enriquecimento sem causa (art. 886), é originária da ausência ou da perda de um motivo suficiente ao deslocamento de um patrimônio, justamente porque não identificada causa geradora à circulação de bens. Por isso a oportunidade de construção de uma solução jurídica que não se encontre, necessariamente, atrelada, no plano das obrigações, a um sentido de adimplemento, e sim de restauração da realidade anterior à de vínculo estabelecido por um deslocamento patrimonial injustificado.

IV.

Nessa revisão que se propõe a ideia de processo obrigacional cunhada, na doutrina brasileira, por Couto e Silva não se desconhece o peso que o adimplemento exerce sobre a dinâmica de operabilidade das relações obrigacionais. Tal é visível pela própria estrutura mantida pelo Código Civil de 2002 em relação à normatividade anteriormente existente e sobre a qual restou identificada uma visão de caráter utilitarista em meados do século XX.

Também não se deixa de observar a cautela do autor em relação a uma preocupação de flexibilização do sistema de fontes – e, no caso, de fontes obrigacionais -, de forma que o sistema jurídico não se esgote “com o mero exercício dos axiomas lógico-formais” (COUTO E SILVA, 1976, p. 78), nem se esvazie pelo raciocínio casuístico – na aplicação de um

conceito hegeliano de “concreto-geral” ou de recursos da tópica (COUTO E SILVA, 1976, p. 79)¹⁹. O que se aponta é a necessidade de que se repense a ideia de processo obrigacional a partir de um sentido argumentativo, de forma que se possa efetivamente potencializar soluções mais amplas oferecidas pelo Código Civil de 2002 – portanto, posteriores à doutrina de Couto e Silva - que desafiam uma lógica de instrumentalização da obrigação no processo e o próprio sentido predominante de utilidade.

Quer-se, em complemento, reconhecer que o processo obrigacional, por toda a sua dinâmica estabelecida a partir de uma interpretação (i) por princípios, (ii) pelo reconhecimento de operabilidade por meio de cláusulas gerais, (iii) pela pressuposição de relações complexas, (iv) pela construção de um sistema de fontes normativas flexível e dependente de argumentação, implica numa abertura discursiva, em que mais relevante que o fim específico pretendido pelos sujeitos – no caso, a utilidade do vínculo - é o motivo conferido aos vínculos que se estabelecem e que, nessa medida, justificam a existência de obrigações.

O que deve legitimar o reconhecimento da obrigação não é a sua instrumentalização como processo – o que atende, no extremo, a uma “maximização da utilidade” (SANDEL, 2013, p. 171) -, e sim, o reconhecimento de que o processo serve como estrutura de teste e justificação do binômio universalidade-particularidade, mas não se traduz, necessariamente, como seu sistema de esgotamento. Na mesma conformação da ideia do discurso prático, “é visto como uma forma exigente de formação argumentativa da vontade, que (...) deve garantir, unicamente em função de pressupostos gerais (...) a correção (ou justiça) de todo o consenso normativo possível sob essas condições”

¹⁹ Martins-Costa, em paralelo à adoção de uma teoria da argumentação jurídica, propõe, mais recentemente, no âmbito do Direito Privado, um “novo pensamento sistemático”, numa conjugação entre o pensamento tópico e o pensamento sistemático por meio de cláusulas gerais. Ver, MARTINS-COSTA, 2015, p. 179-194.

(HABERMAS, 1991, p. 17).



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2ª ed. Madrid, CEPC, 2012.
- _____. Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- _____. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, CEPC, 2001.
- ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Ilícitos atípicos. Madrid, Marcial Pons, 2014.
- BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Granada, Editorial Comares, 2000.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. A obrigação pelo discurso jurídico: Argumentação em temas de Direito Privado. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2018.
- _____. Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro. Uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. A obrigação como processo. São Paulo, José Bushatsky, 1976.
- GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no Direito e na Moral: Justificação e aplicação. São Paulo, Landy, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. A ética da discussão e a questão da verdade. São Paulo, Martins Fontes, 2004.
- _____. Comentários à ética do discurso. Lisboa, Instituto Piaget, 1991.
- LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones, tomo I. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado.

- Critérios para a sua aplicação. São Paulo, Marcial Pons, 2015.
- ____. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- ____. O novo Código Civil brasileiro: em busca da "ética da situação". Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 20, out. 2001.
- ____. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Parte geral, tomo II. Campinas, Bookseller, 2000.
- REALE, Miguel. Estudos preliminares do Código Civil. São Paulo, RT, 2003.
- ____. O projeto do novo Código Civil. São Paulo, Saraiva, 1999.
- SANDEL, Michael J.. Justiça. O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2013.
- SCHAPP, Jan. Metodologia do Direito Civil. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 2004.
- ____. Introdução ao Direito Civil. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 2006.
- SCHWABE, Jürgen; DÜRIG, Günter; NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Textos clássicos. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 2012.