

Ficha Catalográfica elaborada pela
Biblioteca Central da Unicamp

P387d

Penteado, Luciano de Camargo.

Doação com encargo e causa contratual / Luciano de Camargo Penteado. – Campinas, SP: Millennium Editora, 2004.

1. Doações (Direito). 2. Causa (Direito civil).

I. Título

ISBN. 85-7625-026-8

CDD 340
348.04

Índices para Catálogo Sistemático

- | | |
|--------------------------|--------|
| 1. Doações (Direito) | 340 |
| 2. Causa (Direito civil) | 348.04 |

© Copyright by *Millennium Editora Ltda.*

© Copyright by *Luciano de Camargo Penteado*

Supervisor de Editoração e Capa:
Alcibiades Godoy

Imagens da Capa:
"O Beijo" – *Roberto Corcioli Filbo*
"Fazenda Capoava" – *NP Empreendimentos Ltda.*

Editoração:
Amanda S. de Godoy
Leandro Faliveni

Revisor:
Afonso Celso F. de Rezende

Todos os direitos desta publicação reservados à:

Millennium Editora Ltda.
Rua Manoel Francisco Mendes, 541
13030-110 – Campinas-SP
Fone: (19) 3274-1878 – 3274-1879
www.millenniumeditora.com.br

CAPÍTULO III

SENTIDOS DA CAUSA JURÍDICA NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

3.1 Aplicação da teoria das quatro causas ao direito privado obrigacional: estrutura do capítulo

39 – No âmbito da dogmática de direito privado obrigacional, a palavra causa continua sendo voz denotativa de conceitos diversos. Espirar-nos em meio a eles pode ser interessante maneira de procurar, qual ávido mercador, a pérola preciosa – um conceito de causa mais preciso, rico e repleto de aplicações – o qual possa fundar uma reformulação da própria noção de contrato. Através dele, será possível rever o conceito de doação com encargo e visualizar aplicações nunca dantes sonhadas para o pouco versado tipo.

A metodologia empregada neste capítulo se valerá, primeiramente, das quatro causas defendidas por Aristóteles, a material, a formal, a eficiente e a final (ver n. 2, *supra*), procurando estabelecer relações entre cada uma delas e a categoria correspondente em direito privado patrimonial contemporâneo. Logo após, esclarecem-se algumas expressões do jargão da doutrina da causa, como “causa razoável”, “causa suficiente”, “causa natural” e “causa final”.

3.2 Causa material: procedência e irradiação de deveres. Pré-contrato e causa. Boa-fé objetiva e relação com a causa

A causa material de um contrato precisa ser esclarecida como um elemento do que procede e que atualmente lhe dá sustento para ser este ato concreto. A matéria, como possibilidade de ser necessitada de atualização, está relacionada com a idéia de *procedência*. Não há contrato sem um substrato mínimo de existência que o constitua. O contrato não surge de uma intuição bilateral concordante e congruente, sintonizada em ato telepático. Necessita de uma etapa prévia em que as partes fazem escolhas, propostas e contrapropostas, opções. Há toda uma estratégia para a contratação, mesmo quando o contrato se exaure num ato simples como o depósito de uma moeda em máquina que fornece produto. Existem realidades das quais o contrato essencialmente depende para se formar. Sem elas, não há contrato, daí, seu aspecto causal.

As tratativas e o pré-contrato são influxos que vão conduzindo as partes ao ato final, causando-o do ponto de vista material. Não são meros antecedentes cronológicos, como o é uma situação de fato conveniente ou não para negociar, a exemplo da boa oportunidade que induziu a parte ao contrato (e, mesmo assim, a ocasião pode ser um motivo ou até mesmo causa dispositiva relevante, como a premente necessidade como elemento integrante do suporte fático de incidência da norma que prevê o estado de perigo ou a lesão nos arts. 156 e 157 do novo Código Civil). A oportunidade é uma ocasião, que poderá ser motivo determinante, mas que não é a causa. Já os *contactos prévios* determinam certas obrigações, cujo fundamento é o seu valor causal para a celebração de um contrato definitivo.

Em uma consulta em escritório de advocacia, contabilidade ou mesmo em consulta médica, mesmo que não pactuado previamente contrato, esse aproximar-se das partes determina obrigações, por exemplo, o sigilo do profissional quanto aos fatos ali revelado. A confiança que o cliente nele deposita, até mesmo pelo relato de uma situação desagradável, *causa* a obrigação de boa-fé. Apesar de o Código de 2002 não prever a incidência da regra de boa-fé objetiva na fase pré-contratual em seu art. 422, a doutrina entende que ele deve ser interpretado com essa possibilidade. Nos enunciados aprovados na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ, previu-se em enunciado numerado com o algarismo 25 que “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”.

A causa material, na filosofia, pode ser entendida como o substrato físico do efeito (*id in qua aliquid fit*) ou o substrato ético do mesmo (*ex qua aliquid fit*). Nesta breve análise, prescinde-se da nota *in qua* presente nas causas materiais de um modo geral, por se tratar de atos humanos. Apenas é observado o aspecto *ex qua*.

A procedência implica certos deveres porque a formação do fenômeno obrigacional raras vezes é instantânea qual um relampejar. O que acontece antes do surgimento da obrigação na esfera jurídica do credor e do devedor influencia em seu regime. Como a obrigação consiste numa série de atos conducentes ao adimplemento, verdadeiro processo, esses atos produzem efeitos jurídicos que vinculam as partes.

Suponha-se um contrato de compromisso de compra e venda particular, tendo por finalidade a aquisição de imóvel para moradia. Declara-se que parte

do preço será paga com recursos próprios do adquirente e parte com recursos do FGTS a ser obtida junto à instituição financeira. Esse procedimento de liberação do fundo depende da situação de regularidade do C.P.F. de todas as partes contratantes. Caso um deles encontre-se com débito pendente, o procedimento paralisa-se. Mesmo que não esteja no rol dos deveres contratuais o de ter a situação regular junto ao Ministério da Fazenda, há um dever causado pelo contato prévio entre as partes que permitiu o pagamento desta forma no sentido de ter situação regular. O vendedor que está em débito com a Fazenda não pode alegar mora, caso o pagamento mediante liberação do valor atrase por conta desta situação irregular. Ciente da situação, deve colaborar com o cumprimento da obrigação da maneira o mais diligente possível. A boa-fé impõe este dever fundado nonexo de cooperação que deve pautar o processo obrigacional fundado no contato humano prévio ao contrato que planeja um relacionamento ordinário, tendente a se encerrar com a quitação.

Essa idéia de que, em momento prévio ao da eficácia plena ou mínima do contrato (= irradiação da relação jurídica obrigacional ou vinculação, na visão pandectista), há uma causalidade jurídica e, portanto, efeito, é o fundamento da aplicação do princípio da boa-fé em sentido objetivo¹⁸⁴ à fase pré-contratual.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Embora de raiz idealista, a boa-fé quer corrigir um erro da aplicação rigorosa de princípios tradicionais do direito civil e tem o seu mérito. O problema que ocorre atualmente é que se começa a julgar que tudo se resolve pela boa-fé, ao mesmo tempo em que se quer produzir através dela uma *reductio ad unum* dos deveres contratuais, uma tentativa de unificar o sistema pela boa-fé, que esquece a importância da “plurisignificação” ou “polissemia” do direito, para usar uma expressão a gosto dos hermeneutas contemporâneos. É uma das tarefas da filosofia do direito recuperar a noção de *analogia iuris* e de depurar o que é obrigação de boa-fé propriamente dita, e o que pode ser resolvido mediante a recondução do fato a categorias outras do direito privado, sejam elas antigas ou não. Neste sentido, ver PENTEADO, Luciano de Camargo, “Abuso do Poder Econômico-Contratual e Boa-Fé” in *Revista de Direito Privado* n. 11, jul./set. 2002, São Paulo, p. 138 e segs.. Tratando da necessidade de controle do poder econômico por categorias dogmáticas, escrevi: “Entre os instrumentos mais sofisticados, pela agudeza e flexibilidade de que dispõe, está a boa-fé, que exerce um papel de tornar o direito um pouco melhor, o que se apresenta como direito, justo. Seu manejo, no entanto, requer não apenas precisão, mas sutileza, para evitar o rápido desgaste que palavras de cunho excessivamente geral podem sofrer. Usando-a com cautela, será forte arma de obtenção de justiça, tanto no âmbito intra como no extracontratual” (p. 152).

¹⁸⁵ Para a idéia de que o *contacto jurídico* é “fonte de obrigação” fundada na boa-fé, para usar a expressão da doutrina romana, embora restrita ao direito consumeirista, cfr. TOMASETTI JR., Alcides, “As Relações de Consumo em Sentido Amplo na Dogmática das Obrigações e dos Contratos” in *Revista de Direito do Consumidor* n. 13, jan/mar, 1995, pp. 15-16, “considerar-se-á consumidor também o consumidor potencial”, porque será atual. A idéia subjacente é a de causa em sua acepção material. Analisando o art. 423 do então Projeto de Código Civil (agora art. 424 do novo Código), diz um autor “(c)uida-se, nessa última hipótese, de uma regra que se vincula ao *conceito material de contrato*, e não a uma noção meramente formal,

A boa-fé obriga a respeitar as expectativas fundadas que o comportamento humano pode provocar, desde que haja investimento na expectativa pela parte. Se bastasse o estado de ânimo de espera, haveria uma inadmissível confusão entre o âmbito moral e o jurídico. O psiquismo influenciável, que diante do menor gesto se pusesse a esperar criaria obrigações (*causaria* modificações em esferas jurídicas) em evidente ofensa à idéia fundamental do direito moderno, da exterioridade.

A razão de ser desses deveres não é a vontade das partes e, portanto, não é a causa eficiente, nem a previsão normativa, que apenas facilita a aplicação da doutrina, que já era conhecida e aplicada mesmo antes da disposição do art. 4º, III, *in fine* do Código de Defesa do Consumidor ou do art. 422 do novo Código Civil com base na teoria da cláusula leonina, por exemplo. *A sua razão de ser é a noção de causa material.*

No sistema do Código Civil, a ruptura das tratativas é livre, mas se houver oferta, essa obrigará o proponente. Neste particular, o regime era o mesmo no Código de 1916 (art. 1.080). No novo Código o art. 427 mantém essa disciplina.¹⁸⁶ Além do comportamento das pessoas, há uma exigência de forma que é a proposta de contrato. Só um princípio material não gera obrigação. Há sempre uma necessidade de forma porque, embora nem todo negócio jurídico seja formal, sempre tem a forma como elemento mínimo de existência.

A causalidade recíproca dos princípios materiais e formais demanda um externar a vontade mediante declaração para haver o reconhecimento social do jurídico. Mas há certa timidez na formulação do art. 427 do novo Código, pois as hipóteses de não-vinculação do proponente ao conteúdo da oferta são vagas e podem permitir uma interpretação jurisprudencial favorável ao declarante em demasia. Essa foi uma das razões da necessidade de um diploma legal mais rígido para as relações de consumo no Brasil.

Um ponto interessante na redação desse dispositivo legal é a palavra “resulta” na sua parte segunda. A interpretação *a contrario sensu* desse

pois a “natureza do negócio” está, no texto, com o sentido de finalidade do contrato”, COUTO E SILVA, Clóvis V. do, “O Princípio da Boa-fé e as Condições Gerais dos Negócios” *in Anais do Simpósio sobre as Condições Gerais dos Contratos Bancários e a Ordem Pública Econômica*, Curitiba, Juruá, 1988, p. 33 (grifo nosso). O texto do artigo é: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

¹⁸⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de, “Rapport brésilien – la bonne foi” *in Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (Journées Louisianaises)*, t. XLIII, Paris, Litec/Université Panthéon-Assas (Paris II), 1992, p. 78. Os artigos mencionados têm a mesma redação: “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

texto evidencia a causa material. A vinculação resulta da proposta, como seu efeito próprio. O dever de lealdade nas tratativas, cuja não observância poderia acarretar a anulação do contrato por dolo no grau máximo e indenização por perdas e danos no grau mínimo, é de boa-fé em sentido objetivo e prévio à maturidade do princípio no direito brasileiro: funda-se no art. 147 do Código Civil.¹⁸⁷ Neste particular, foi interessante a correção do legislador de 2002 para com relação ao art. 94 do Código Beviláqua, que só mencionava a possibilidade de anulação para contratos, em evidente impropriedade terminológica. Agora menciona-se a expressão “negócio”, de maior grau de abrangência e generalidade.

O dever de lealdade deriva da causa: como é a oferta a fonte de dívida, podendo causar um contrato, para que haja justiça no que se contratou, deve haver transparência naquilo que se contrata. A informação eficiente é *condicio sine qua non* de contratação eficaz em sentido amplo, principalmente em se tratando de relações de consumo e, por sua vez, acaba por constituir, em certos casos, um autêntico objeto de dever.¹⁸⁸

A causa material também sustenta os deveres de pós-eficácia contratual. Findo o contrato e, portanto, alcançada sua eficiência e finalidade próprias, para que essas se mantenham, é preciso um suporte. Este é dado pela manutenção do contrato ou do ato no plano da existência, mesmo que tenha cessado o processo de irradiação dos efeitos dentro da relação jurídica obrigacional.

São os deveres de sigilo finda a transferência de tecnologia, os deveres de lealdade que, embora tenham sido ampliados quanto à sua abrangência pela idéia de boa-fé, já eram conhecidos no direito comercial. O dever de não restabelecimento nas alienações do estabelecimento comercial é um deles. No Código Comercial também há um dispositivo que estabelece regra de interpretação dos contratos de acordo com esse princípio (art. 131, 1).

187 “Nos atos bilaterais o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, prevendo-se que sem ela o negócio não se teria celebrado”.

188 Neste sentido, um julgado do Superior Tribunal de Justiça confirma condenação da Arisco a indenizar uma dona de casa que se feriu com uma lata de tomates, porque a empresa não informou o modo correto de abri-la (Recurso Especial n. 237.961, j. 16/12/1999, v.u.). A ementa do acórdão foi a seguinte: “Código de Defesa do Consumidor. Lata de tomate Arisco. Dano na abertura da lata. Responsabilidade civil da fabricante. O fabricante de massa de tomate que coloca no mercado produto acondicionado em latas cuja abertura requer certos cuidados, sob pena de risco à saúde do consumidor, e sem prestar a devida informação, deve indenizar os danos materiais e morais daí resultantes. Rejeitada a denúncia da lide à fabricante da lata por falta de prova. Recurso não conhecido”.

Na verdade, a idéia de boa-fé não é diretamente ligada à causa (não consiste em sua acepção estrita). Quando se fala de boa-fé lealdade, a boa-fé objetiva, trata-se de regra de comportamento, de módulo de justiça e eticidade no relacionamento obrigacional, fundado no dever geral de respeito à pessoa como ser inviolável, quer no seu direito geral de personalidade, quer no seu patrimônio. Boa-fé em sentido objetivo consiste em atuar levando em consideração os interesses dos demais atuantes do espaço jurídico. Já a causa, tal como se compreende nos limites desse trabalho, não é regra de conduta, não é dever de atuação, mas consiste em dado que integra a própria estrutura dos negócios jurídicos em geral.

A regra do art. 422 do novo Código se relaciona mais, no campo do direito contratual, ao fim do negócio jurídico. Antonio Junqueira de Azevedo reconhece a essa noção duas funções idênticas à da boa-fé: “é ainda o fim último que explica a pós-eficácia das obrigações; d) serve, finalmente, para interpretar corretamente o negócio concreto realizado pelos declarantes”.¹⁸⁹

3.3 A causa formal: forma como elemento do negócio jurídico a limitar o consensualismo puro. Efeitos da forma sobre a vinculação

40 – A materialidade da ação não pode se confundir com o seu objeto que é um querer, como se verá *infra*, n. 50. Não bastam acontecimentos de caráter relacional para surgimento de vinculação contratual. Sempre, na estrutura do negócio jurídico, há um elemento que o faz socialmente visto. Para isso é necessário que a intencionalidade do ou dos agentes se expresse de maneira clara e determinada. Esse explicitar o querer não se dá de modo abstrato, puro, mas concreto e abrigado por alguma forma. A causa formal determina extrinsecamente o ato a tal ponto que o ato sem forma alguma é inexistente.¹⁹⁰

A idéia do *solus consensus obligat* fica entendida dentro de seus limites peculiares: é sempre necessária ao menos a declaração, como elemento mínimo de possibilidade de obter a tutela do ordenamento e alcançar a eficácia.

189 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico e Declaração...*, cit., p. 129.

190 Cfr. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência...*, cit., p. 41. Já a prescrição legal de uma forma específica é requisito de validade. Uma coisa é não ter forma e outra ter, mas não ser a prescrita em lei, e, portanto, ser ato nulo (art. 145, II do Código Civil Brasileiro de 1916; art. 166, IV do novo Código Civil). BERTI, Emilio entende que o negócio jurídico, ao ser interpretado, deve responder a três perguntas que respondidas determinam seus elementos essenciais de existência: “o que é?”, “como é?” e “para que serve?”. A primeira diria respeito ao seu objeto, a segunda à forma e a terceira à sua causa (função social). Cfr. *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, Scientifich, 1994, p. 55.

cia jurídica. O direito positivo brasileiro reconhece essa realidade. A interpretação do art. 107 do novo Código Civil,¹⁹¹ que diz da não exigência de forma especial à validade da declaração, permite concluir que uma forma, ainda que não especial, deve sempre existir (o ato depende sempre de uma forma, ainda que de pouco valor de solenidade). Em cada época histórica houve forma diversa, mas alguma sempre existiu.

A maior ou menor formalidade influirá na maior ou menor carga de eficácia do ato. À medida em que se ampliam as exigências formais, amplia-se a perfeição – desde que haja substrato material – e com isso a garantia de satisfação da pretensão. A crítica ao formalismo que se pode fazer se dá por uma distorção, no âmbito dos títulos de crédito, por exemplo, refletida nos casos de emissão sem negócio subjacente, ou no campo do direito processual, quando o sistema de presunções levar a consequências diversas da correta de acordo com os fatos.¹⁹² Mas essas formas sem conteúdo podem ser atacadas pelos meios próprios, porque a ação não pode ser um direito de obter as coisas tortuosamente.

Ordinariamente, os requisitos formais adicionais ao cheque, que ausentes implicariam sua nulidade como tal, afetam sua eficácia própria. Presentes, garantem de modo mais satisfatório o adimplemento. O mesmo ocorre com o processo. Suas formas estão em função de assegurar que o resultado da sentença seja socialmente visto como algo de muito respeito e, além disso, que sua eficácia se alcance. As ações declaratórias, uma vez obtido o provimento, asseguram certeza da existência ou não da relação jurídica, de modo que a partir deste momento não há mais dúvida a respeito do resultado.

A causa formal, aquela explicitação do ato humano segundo regras disciplinadoras do seu modo de socialmente se manifestar também tem sua importância. Conforme o ato de que se trate, a maior exigência de forma causará eficácia mais forte ou menos forte. O crédito hipotecário é mais forte que o sem garantia outra que o patrimônio *in abstracto* do devedor. Isso ocorre porque na escritura de hipoteca houve a atuação de uma causa que foi a forma pública, com todas as suas exigências. Após sua redação, houve atuação de novo princípio de causalidade formal consistente no registro da escritura no albo imobiliário, *constituindo, i. e.*, causando, direito real de garantia.

191 “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

192 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 204-205.

A relação entre a causa, as situações de direito, o tipo, a decisão mediante qualificação fica mais uma vez evidenciada. A celeridade dos processos de execução fundados em títulos extrajudiciais ou judiciais encontra sua razão de ser na maior perfeição e clareza da situação de direito material deduzida em juízo, consequência do caráter causal da forma. Ela comunica atualidade, faz algo. A leitura do rol de títulos executivos extrajudiciais, *e. g.*, é atestado de que a causa formal tem repercussões específicas no campo do direito (cfr. art. 585 do Código de Processo Civil). Maior formalidade, maior carga eficaz da pretensão, por ter havido maior atuação de influxos causais (todo efeito tem uma causa proporcionada).

Os modelos contratuais também constituem formas extrínsecas, como se verá no n. 33 do *Excursus*. Especificam os atos, embora tenham sido causados por pessoas que antes, mediante a reiteração na prática de certos atos, elaboraram-no socialmente. A causa formal é elemento de especificação justamente porque vai dando um perfil característico aos entes sobre os quais atua.

Pode-se também falar, por isso, da causalidade formal dos *standards*, como geradores de eficácia com substrato material nas ocorrências usuais da sociedade, o *id quod plerumque fit*. Os *standards* são tipos de frequência com conteúdo normativo que não dependem de estatísticas, baseiam-se naquilo que é comum acontecer.¹⁹³ São casos de justo positivo, em que a vinculação não resulta da natureza das coisas, mas da presunção de algo apoiada em uma convenção do grupo social. Neste sentido, pode ser compreendida a afirmação de Pontes de Miranda:

“A causa é a função, que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia. A causa fixa, na vida jurídica, o ato”.¹⁹⁴

A possibilidade de prova em contrário nos sistemas de presunção relativa (*iuris tantum*) nada mais é do que garantia de que a causa formal atue com a material, sob risco de permitir uma injustiça. A profunda fusão entre esses dois co-princípios nos entes é necessária, enquanto nos atos humanos é de conveniência, dado que uma dimensão do agir pessoal, a liberdade, é capaz de intervir e alterar a ordem natural das coisas.

A presunção do art. 1.231 do novo Código, que dispensa o proprietário da prova da plenitude e exclusividade do domínio, uma vez demonstrado o direito real funda-se em que a propriedade é direito que tem causa

¹⁹³ Neste sentido, SALOMÃO NETO, Eduardo, *op. cit.*, p. 114-115.

¹⁹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado...*, t. III, *cit.*, p. 78.

formal de constituição (os modos de aquisição são típicos), além de que seria impossível ou ao menos muito dificultosa uma prova exaustiva da ausência de direito real limitado e condomínio sobre o mesmo bem. Deste modo, a forma tem um efeito que é a presunção. Provada, no entanto, a inverdade material do fato, elide-se a presunção, porque a causa material e formal devem andar unidas.

As *condictiones* do direito romano são corretivos ao excesso de confiança na causa formal. Nas hipóteses de adimplemento para fim ilícito ou frustrado, a alegação do dever contratual (efeito da causa formal ato jurídico perfeito), deve ser afastada para ver que a forma não é tudo, deve se ver também os conteúdos para recuperar o que se deu por causa inexistente ou frustrada.

41 – O tema da causa formal guarda relação com a doutrina dos negócios abstratos. No direito brasileiro, a principal aplicação do ato abstrato é o campo dos títulos de crédito, embora também haja exemplos no direito das coisas, como a renúncia. Em outros países, como a Alemanha, também importa para as *transferências* de propriedade imobiliárias. A propósito, é interessante que a teoria da causa, embora tenha se originado na França, foi aplicada com maior riqueza de detalhes e profusão de conseqüências dogmáticas precisas na Alemanha, justamente por causa desse sistema abstrato para a transferência de propriedade.

A abstração, nos títulos de crédito, não significa destaque absoluto da causa. É um princípio, usado para expurgar os direitos dos eventuais vícios no negócio de origem, e permitir a circulação com segurança, sem que o direito tenha de carregar, a cada transferência, o risco de uma exceção, do tipo *non adimpleti contractus*, ou outras semelhantes formas de ataque, como a possibilidade de alegação dos vícios de consentimento.

A maior formalidade na constituição do documento, permite certo destaque da causa final e material, por uma razão prática. O princípio da abstração nos títulos de crédito não pode dar margem a aberrações e, por isso, os vícios podem ser alegados nos litígios entre as partes que deram causa à emissão do documento. Os vícios de origem também poderão ser alegados entre os endossatários se o título estiver causificado, ou seja, se houver declaração no título que permita contágio dos vícios da relação fundamental na relação cartular. Mas esta é uma relação que constitui um direito distinto da relação fundamental. Mesmo nos títulos causais, há uma nova declaração. Há matéria e forma novas.

“Essa «duplicação» se justifica pelas exigências da circulação, que devem constituir a diretriz de investigação e o «ponto de vista» para encarar os problemas dos títulos de crédito”.¹⁹⁵

Esse destaque da causa, no entanto, deve-se à própria natureza do título, que é resultado de um negócio abstrato, o negócio jurídico de emissão.

“Dentro dos limites que derivam dos seus característicos formais, o negócio abstrato pode ser utilizado indiferentemente com qualquer finalidade. É por isso que se apresenta como um negócio de segundo grau, que, concretamente, pressupõe um negócio causal anterior entre as mesmas partes”.¹⁹⁶

3.4 Causa eficiente e final: conseqüências

42 – As causas jurídicas extrínsecas ao contrato, a final e a eficiente, também são o ponto de inserção de importantes teorias e formulações da dogmática do direito privado contratual. Cumpre analisá-las a partir de agora.

A eficiência é a transmissão de uma peculiar maneira de ser ao efeito obrigacional pelo ato. Ele é modelado por algo externo a ele que o causa.

Desse modo, ficam esclarecidos certos equívocos que a chamada escola da análise econômica do direito poderia provocar em algumas mentes. Eficiência não é tão-só, nem principalmente, máximo de benefícios e mínimo de prejuízos. É comunicação de propriedades concretas por uma realidade que tenha poder para tanto.

3.5 A vontade como *causa efficiens vel impulsiva*

A primeira causa eficiente que transparece no direito civil é a vontade.¹⁹⁷ O direito privado é campo de liberdade, em que a pessoa tem proeminência e deve ser respeitada no seu espaço de atuação porque tem capacidade de se

195 ASCARELLI, Tullio. *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969, tradução de Nicolau Nazo, p. 30.

196 ASCARELLI, Tullio. *Teoria Geral...*, cit., p. 66.

197 O papel causal da vontade humana é visto com maior clareza na era Moderna. A fala de Macbeth neste sentido é bem elucidativa: “e embora às claras minha autoridade o pudesse varrer de minha vista, dando minha vontade como causa bastante para isso, é meu dever – pois temos em comum certos amigos, cuja afeição não deve declinar –, nem mais nem menos que chorar a queda de quem eu próprio derrubei” (Ato III, Cena I). A nota ao trecho na edição do Conselho Estadual de Cultura ressalta o papel da vontade como causa do ato político: “(b)aseando-se no princípio «Hoc uolo, sic ubes: sit pro ratione uoluntas[»] (Juvenal, VI, 223), como aponta Kittredge, princípio que era aliás de Direito Romano: *quod principi*

autodeterminar, de acordo com valores objetivos, em direção ao bem notado a partir da razão de verdade descoberta na realidade pela inteligência.

A vontade, ela é o primeiro princípio na ordem da execução. Sem o seu desencadear próprio não há ato, que é um querer e, logo, não há contrato. Ninguém pode ser titular de direitos e obrigações contratuais contra a sua vontade, porque ela é que tem de causar as restrições auto-impostas pelo vínculo obrigacional. Só a lei pode comprimir a esfera jurídica coativamente. Por isso, é fundamental preservar o espaço da autonomia privada na sociedade contemporânea, em que muitas vezes as pessoas encontram-se em situações em que são obrigadas a contratar, até mesmo contra sua vontade.

Dissertando sobre a autonomia privada como princípio, a partir da idéia de Luigi Ferri, esclarece o papel de *causa efficiens* da vontade Rosa Maria de Andrade Nery:

“(P)ode-se afirmar que a idéia de *autonomia da vontade* liga-se à vontade real ou psicológica dos sujeitos no exercício pleno da liberdade própria de sua dignidade humana, que é a liberdade de agir, ou seja, a raiz ou a causa de efeitos jurídicos”.¹⁹⁸

Mas não basta a vontade para a existência do contrato. É preciso os demais elementos de existência estarem presentes. Eles exercem um importante papel como limitações ao que se poderia chamar de princípio do consentimento nu.

“Desde este ponto de vista, não se pode ter a segurança de ter estabelecido e concretizado a vontade de obrigar-se juridicamente, se ao mesmo tempo não se tomam em consideração os motivos e pressupostos que limitam esta vontade: *a vontade de obrigar-se e suas limitações formam um todo*; este «todo» representa a vontade de obrigar-se no caso concreto, buscada ou averiguada mediante um método de interpretação livre e não formalista”.¹⁹⁹

placuit legis habet auctoritatem”. “... (A)nd though I could/ With barefaced power sweep him from my sight/ And bid my will avouch it, yet I must not,/ For certain friends that are both his and mine,/ Whose loves I may not drop, but wail his fall/ Who I myself struck down”. SHAKESPEARE, William, *The Tragedy of Macbeth in The Complete Works*, Hong Kong, Clarendon/Oxford University, 1988, p. 986; *Idem, A Tragédia de Macbeth*, São Paulo, Secretaria do Governo/ Conselho Estadual da Cultura/ Comissão Estadual de Teatro, 1966, trad. e notas de Péricles Eugênio da Silva Ramos, p. 119.

198 NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções Preliminares de Direito Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 115.

199 GORLA, Gino. *El contrato...*, t. I, *cit.*, p. 51.

A capacidade de direito é requisito para se completar a eficiência da declaração. Nos casos de assentimento dado à vontade do relativamente incapaz, temos uma causa eficiente imediata que é o incapaz e uma mediata, o seu representante. No campo da responsabilidade civil, quando se quer saber o nexo causal entre a pessoa e o dano, ou seja, a imputação, é a esse conceito que se refere.

Além da vontade, pode ser visto como princípio da eficiência nos vínculos contratuais uma sua característica. A liberdade é um dos fundamentos da obrigação *ex contractu*, embora essa afirmação precise de matizes. Os contratos obrigatórios parecem em nada referidos à possibilidade de determinação do homem a um fim por si mesmo. Mas essa afirmação só será correta se, por liberdade, entendermos um poder absoluto à francesa²⁰⁰ ou uma capacidade de adesão genérica e atemática, como procuraram defender os teóricos chamados da opção fundamental. A liberdade já nasce limitada na origem: todo ser humano recebe uma herança genética, é educado de acordo com princípios, aprende ou não certos conceitos e desenvolve habilidades. A liberdade humana não é absoluta, no sentido de desvinculada de critérios objetivos, é uma síntese passiva estruturada *a parte ante*. A liberdade é uma fonte ética, uma dimensão do agir humano que é atributo da sua dignidade, entendida como inviolabilidade da pessoa.

A liberdade é o que permite a criação de vínculos. A ética fundamental costuma apresentar como fontes da moralidade a liberdade e a destinação a um fim extrínseco de caráter objetivo. O fim deve ser extrínseco justamente porque a liberdade é limitada. Deve ser objetivo porque, caso contrário, a ética se tornaria um utilitário cálculo de perdas e ganhos, verdadeira aritmética moral.

3.6 A finalidade e seu papel causal. Sinalagma e causa sinalagmática

43 – Mas não basta que haja vontade, ainda que declarada, para imediato desencadear de eficácia jurídica. Embora negócio jurídico implique escolha e possibilidade de exercício de liberdade, é necessário um direcionamento

²⁰⁰ “Como o selvagem, o homem civilizado tem necessidade de um senhor, de um mágico que lhe mantenha a imaginação refreada e o submeta a uma disciplina severa; que lhe ponha cadeias e o impeça de disparatar; que o corrija quando for preciso. O homem foi feito para obedecer, não merece mais e não tem direito algum”, LUDWIG, Emil, *Napoleão*, 2ª ed., 2ª impr., Porto Alegre, Globo, 1969, p. 127. Esse fragmento de um discurso de Napoleão mostra que a concepção de liberdade, que normalmente se atribui aos franceses, tem de ser entendida *cum grano salis*.

desse exercício. O agir da vontade humana é finalístico. Dirige-se a metas e objetivos. Esses, no entanto, são objeto de querer, de modo que embora causem também a irradiação, fazem-no em conjunto com a vontade. Assim, causa final e eficiente colaboram para a produção dos efeitos obrigacionais.

A concatenação da eficiência à causa final é feita justamente tendo em vista que não basta ser capaz de obrigar-se, mas é preciso fazê-lo em direção determinada e concreta.²⁰¹

Se a finalidade do ato é causa, enquanto elemento impulsionador da declaração de vontade, o é por exercer certa premência sobre a atividade voluntária e, ao mesmo tempo, dirigi-la. O fim, vislumbrado pela inteligência como razão de bem, leva a vontade a desejá-lo, de maneira tal que causa a declaração e atrai o comportamento dos sujeitos de direito em direção à sua consecução.

A teoria do sinalagma, ao redor da qual se situa a doutrina da lesão, da alteração das circunstâncias, das *exceptiones (non adimpleti e non rite adimpleti contractus)*, pode ser vista sob o prisma da causa final. O conceito, entretanto, vai além da causa final, para adquirir um estatuto dogmático particularizado, porque a reciprocidade existente nos contratos sinalagmáticos é também a sua causa razoável.

A estruturação sinalagmática das trocas voluntárias contratuais pode ser vista como determinante da declaração, seu fim, dada a satisfação de uma necessidade humana que trará pelo alcance do bem desejado. Nesse aspecto, é causa final ou propósito das partes, na doutrina de Henri Capitant. Como todo esse bem é objeto da relação jurídica obrigacional, há uma tendência a não considerar a causa elemento à parte do negócio jurídico, entendendo-se desde as críticas ao causalismo na França, que a causa funde-se, subsume-se ao objeto da declaração negocial.

Mas a mesma realidade pode ser vista também sob outro aspecto, que não é o mero conteúdo do negócio jurídico. O mecanismo de saída e entrada de um bem no patrimônio do sujeito de direitos, que se verifica no campo contratual nos tipos de caráter comutativo e mesmo nos de caráter real, essa estrutura de “toma lá, dá cá”, proporciona a tutela do ordenamento jurídico para aquele ato humano concreto. O contrato só é recebido no plano da existência porque presencia-se em sua substância, ao lado do objeto, uma

²⁰¹ CAPITANT, Henri. *De la cause...*, p. 19. O autor opta por não adotar a expressão *causa final* mas a de *but*, porque a primeira mistura o passado com o futuro. Para uma explicação dessa analogia da causa final, ver *supra*, n. 26.

ligação entre prestações, uma dependência recíproca, a tal ponto que uma justifica a outra do ponto de vista de justiça comutativa. O contrato, repetindo a idéia de Labeão, consiste, é a existência de um sinalagma, de pelo menos uma obrigação *lato sensu* de um lado e de outro. Dessa maneira, pode-se falar de uma causa sinalagmática, de um princípio de dependência quanto ao ser do contrato, sem o qual não há contrato e sem o qual o contrato, ainda que se considere existente pela *presença deficiente* dessa realidade, não será justo e sofrerá sanção no plano da validade (lesão, estado de perigo).

Quando presente no momento da formação do ato e suficiente para satisfazer a justidade da troca econômica, a causa é justa. Permite que o contrato seja existente e válido, prescindindo da consideração dos demais elementos de existência e requisitos de validade. Ocorrendo modificação superveniente à formação do negócio que mostre a ineficiência da causa sinalagmática para a garantia da manutenção da dependência de uma prestação para com a outra, haverá problemas no plano da eficácia a ensejar a possibilidade de revisão judicial do contrato ou até mesmo de sua resolução por onerosidade excessiva superveniente, através da incidência do art. 478 do novo Código.

Na hipótese de prestação que se torne excessivamente desvantajosa do ponto de vista econômico para uma parte, é possível a modificação equitativa das condições do contrato pela contraparte beneficiada. Essa previsão do art. 479 do novo Código mostra como, embora seja necessária para a formação do contrato, a causa sinalagmática pode influir também sobre o plano da eficácia. A situação consiste em aplicação da idéia de causa de atribuição, fundada no deslocamento patrimonial prometido ter se tornado inexecutível do ponto de vista prático.

A relação contratual desencadeia obrigações que se adquirem em vista dos bens que costumam advir do relacionamento típico adotado. Deve haver certa reciprocidade, pois o contrato civil não é ato de caridade ou amizade. A vedação da lesão, a *exceptio non adimpleti contractus*, a resolução pelo incumprimento dos contratos são maneiras que o direito privado encontrou de garantir uma certa razoabilidade no conteúdo das trocas.

A finalidade pode ser vista sob três aspectos. Do ponto de vista subjetivo, é a pessoa, do objetivo, o que se quer e, do ponto de vista formal, aquilo mediante o qual se alcança um objetivo. Uma análise meramente econômica dos vínculos contratuais levaria à conclusão de que a causa final é a vantagem a adquirir que cada parte vê como possível através do ato. Mas não é correta, ao menos de todo, essa assertiva.

Intencionar que a causa final seja o benefício econômico visado com o contrato, acaba por levar o intérprete a malcompreender todo o fenômeno obrigacional no campo dos contratos. Como negócios jurídicos geneticamente bilaterais, devem assim ser interpretados. Atribuir papel causal à intenção de uma parte e à da outra isoladamente é tomar as partes pelo todo, que não se confunde com elas. A causa final tem de ser, para garantia de controle do espaço privado de autonomia pela ética, a reciprocidade obrigacional, a dependência das prestações, esse vínculo imanente que ata as prestações. A assertiva dos impregnados de visão economicista acaba por confundir o zigoto com espermatozóide mais óvulo. Aquilo que consiste em *but* para cada parte, não se confunde com o *but* do contrato como um todo porque ele é gerado por fusão de declarações, ato contra ato, e merece ou não tutela, do ponto de vista da causa, na medida em que mantiver equilíbrio.

A causa final é também, para cada contratante, a sua atividade, o comportamento que leva ao adimplemento, que é também desejado. Esse comportamento não pode ser visto apenas como uma auto-venda, mas deve ser uma atuação leal, sem que isso signifique que deva ser um ato de caridade. No microcosmo da relação jurídica obrigacional contratual, as partes devem agir tomando em consideração o interesse comum, que é o cumprimento dos deveres contratuais na sua integralidade. Por isso podem elas, legitimamente, excusar-se ao adimplemento se a outra pessoa não cumpriu obrigação vinculada à sua (art. 476 do novo Código).²⁰²

Prova disso, é o adágio *non servanti fidem non est fides servanda*, que contém a idéia de causa nesse sentido mais jurídico que econômico. O simples interesse não legitima a troca, que não é permuta de valores tão-somente, tampouco é uma cena de amor, mas um ato de confiança.²⁰³ Daí a vedação dos comportamentos contraditórios (*venire contra proprium factum nemo conceditur*) e do desequilíbrio no espaço jurídico provocado pela utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*).²⁰⁴ A distinção que se procura

202 Cfr. a fundamentação da exceção do contrato não cumprido dada por SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções Substanciais: Exceção de Contrato Não Cumprido*, Rio de Janeiro/São Paulo, Freitas Bastos, 1959, p. 244. "(A)s duas condições essenciais da existência de uma relação sinalagmática e do vínculo de conexão consistem então nos seguintes elementos: a) comunidade de origem das obrigações; b) a respectiva conexão".

203 No mesmo sentido, CAPITANT, Henri. *De la cause...*, cit., p. 327-328. Para o autor, toda a teoria da causa nos contratos sinalagmáticos estava nesse adágio do direito canônico medieval. Cfr., além da passagem aludida, p. 147 e segs.

204 Sobre esse assunto particular, fundamental a leitura de MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, *Da boa-fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 742-770 e 837-852.

estabelecer entre a nulidade das cláusulas contratuais abusivas, que estipulam desequilíbrio entre direitos e deveres e as de desequilíbrio econômico são uma prova disto. O caráter sinalagmático do contrato abrange não só equivalência econômica das prestações, mas reciprocidade jurídica, até mesmo em aspectos de vantagens e desvantagens estratégicas no desenho contratual e igualdade de tratamento do ponto de vista de deveres éticos.

Esses aspectos que foram analisados na teoria do sinalagma, no entanto, são meras conseqüências da sua presença, fato anterior que se impõe a tudo o mais. Ressalte-se que ressaltar os resultados do sinalagma, como a resolução por onerosidade excessiva, ao invés do próprio sinalagma, que é a presença equilibrada de prestação e contraprestação, a qual deve ser coetânea à formação do contrato e perdurar até o adimplemento, seria tomar efeito pela causa, em manifesta impropriedade lógica e científica.

3.7 A chamada “causa ilícita”. Ilicitude dos motivos no novo Código Civil

44 – Tema candente nos diversos ordenamentos jurídicos é o da causa (*recte*: motivo) ilícita. No direito brasileiro, certamente haverá, com o passar dos anos, profícua atividade jurisprudencial sobre o tema, dado o art. 166, III, segundo o qual, no sistema do novo Código Civil, passa a ser nulo o negócio jurídico quando o motivo determinante de sua conclusão, comum a ambas as partes, for ilícito. A chamada “causa ilícita”, na verdade é sempre um motivo, mas que por ser determinante, foi alçado à declaração. Embora o inciso do legislador de 2002 seja interessante para calçar decisões, nestas hipóteses parece que, presente motivo determinante comum, ele é objeto da declaração ou causa final no sentido primeiro (que não se confunde com a causa sinalagmática).²⁰⁵

As hipóteses de causa ilícita da jurisprudência francesa são de circunstâncias externas que não permitem a tutela jurídica quando declaradas, isto é, trazidas ao ato pela vontade do sujeito e expressadas em manifestação intencional. A promessa de pagar em virtude de ato ilícito não pode ser fundamento (*causa petendi*) do ajuizamento de uma demanda. O que há é um problema com o fim interior do agente, evidentemente externado no ato, mas o problema não está no contrato que ele escolheu (= no tipo em si) ou no objeto do contrato abstratamente considerado. A ilicitude está no fim elegido que se quer alcançar mediante o ato. É um defeito na causa final.

²⁰⁵ Em sentido semelhante, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. III, t. I, Rio de Janeiro, Forense, 2003, pp. 456-458.

Nas promessas de pagar em virtude de um relacionamento sexual prévio, este não é a causa no sentido de causa do ato jurídico, mas no sentido de causa da declaração de vontade, ou melhor, da emissão da declaração. Não é a causa razoável porque, por si só, não gera uma promessa de pagamento. O fundamento da promessa, seu próprio objeto em perspectiva abrangente (não só o dever de pagar dinheiro) é que está contaminado de ilicitude, contaminação que advém da causa impulsiva ou final em sentido amplo. Esta ilicitude contamina a declaração e faz que não surja obrigação em sentido técnico. Neste pormenor, muito claro o Código Civil Argentino ao prescrever, na primeira parte do art. 502 que as obrigações com causa ilícita não produzem efeito (*“La obligación fundada en una causa ilícita, es de ningún efecto”*).

Nesse ponto, a crítica de Planiol e dos “anticausalistas” de uma maneira geral estava correta: há relação entre fim do negócio querido pelo agente e objeto do contrato quando se dá a ilicitude de causa.²⁰⁶

O fim ilícito já vinha mencionado no Código Civil de 1916, e. g., a respeito do pagamento indevido, no art. 971. “Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei”. Como a ilicitude do fim de um negócio não era uma regra específica de invalidade, a tendência era a de incluí-la na ilicitude do objeto.²⁰⁷

O fim ilícito de um contrato, no sistema do novo Código, implica a sua nulidade. No direito novo, há a disposição expressa de nulidade para o negócio jurídico que tenha motivo comum a ambas as partes ilícito. Foi uma excelente maneira de resolver a lacuna a previsão do art. 166, III do referido diploma, embora possa permitir certa confusão do intérprete entre o conceito de motivo e o de fim.

No caso de emissão de cheque sem fundos para pagamento de dívida relacionada à prostituição, há interessante entendimento jurisprudencial. Aquele que emite cheque sem fundo, ou frustra o seu pagamento, comete o crime de estelionato (art. 171, § 2º, VI do Código Penal). No caso de se tratar de dívida de jogo ou de prostituição, não há tutela legal do portador e, do ponto de vista penal, o fato é atípico. O vício está na causa final, extrínseca

²⁰⁶ PONTES DE MIRANDA entende que pode haver ilicitude do contrato sem que haja a ilicitude do objeto, mas julga que esta se fundamenta pelo art. 145, II do Código Civil. Neste sentido, diz GINO GORLA que “A causa da que falam os art. 1.131 do Código Civil Francês e outros semelhantes (...) não é a *cause suffisante* no sentido que expusemos. É antes a causa no sentido e em função dos problemas da ilicitude do contrato e do fim errôneo, não realizado ou não realizável (além dos da simulação), problemas muito distintos daquele”, *El contrato...*, t. I, *cit.*, p. 197.

²⁰⁷ Neste sentido, AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico e Declaração...*, *cit.*, p. 108-109.

ao negócio jurídico, que nessas hipóteses tem fim ilícito ou fim não-jurídico, ou ao menos não acionável juridicamente (dívida de jogo).²⁰⁸

3.8 A causa como deslocamento patrimonial e a atribuição de direitos

45 – Toda obrigação tem uma causa. A causa da obrigação contratual é o contrato. Mesmo o contrato nulo, que ordinariamente é ineficaz, em certas situações se eficaz. Há efeitos do nulo (*e. g.*, no casamento putativo, com relação ao cônjuge de boa-fé). O contrato de trabalho, ainda que nulo, ensejará dever de o empregador pagar salário se houve prestação de trabalho. Sua eficácia, no entanto, vem do contrato (plano da existência), sem intermédio do plano da validade, por exceção.

A obrigação de reparar dano de responsabilidade civil extracontratual tem por causa o ato ilícito. No direito civil argentino há clara norma a esse respeito, esclarecedora da idéia de causa em sua acepção mais própria, que é a que se pretende tratar aqui. Diz o art. 499 do Código Civil argentino que não há obrigação sem causa, quer dizer, sem que seja derivada de um dos fatos, ou de um dos atos lícitos ou ilícitos, das relações de família ou das relações civis.²⁰⁹

Cumpra ver quando as relações, ordinariamente, efeitos de fatos ou de atos jurídicos, podem, por sua vez ser causa jurídica de deveres obrigacionais. Uma das correntes que propugna essa tendência é a que defende a existência de relações de fato ou de contratos de fato.

A teoria das relações contratuais de fato, surgida na Alemanha com Haupt, tem seu fundamento na idéia de sinalagma. A justificativa teórica para a vinculação decorrente de um contrato de trabalho nulo ou de prestações reiteradas de serviços, como o fornecimento de água e luz, é a causalidade que há entre a atividade desempenhada e a contraprestação prestada como remuneração (ato contra ato).²¹⁰ O *nomen iuris* pode conduzir a certos equí-

208 Ver RT 608/351 e RTSP 86/355 mencionadas por DELMANTO, Celso, *Código Penal Comentado*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1991, p. 313. Entende ser a causa final um problema de fim do negócio jurídico AZEVEDO, Antonio Junqueira de, *Negócio Jurídico e Declaração...*, cit., p. 107.

209 "No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles".

210 No mesmo sentido, SACCO, Rodolfo e DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*, t. I, cit., p. 122 e segs. Chega o autor à brilhante conclusão de que "(n)em sempre, portanto, o consenso bilateral é necessário para a conclusão de um contrato", p. 137. "Non sempre – dunque – il consenso bilaterale è necessario per la conclusione del contratto". A justificativa teórica que fornece

vocos, como o de pensar que existiria algo que fosse de fato e de direito (contradição em termos para os que consideram haver uma cisão absoluta entre os dois campos).²¹¹

A tutela jurídica de tais relações tem por base o cumprimento reiterado que gera (causa) uma expectativa na outra parte da continuação do fluxo e refluxo das prestações. Daí, a conexão do tema da causa final (e sinalagma funcional) com o da causa material (sinalagma genético, lesão e boa-fé objetiva). Esta conexão, porém, não pretende abarcar toda a realidade, até mesmo porque acabaria por abolir a especificidade de cada um dos *topoi* obrigacionais referidos. Cada uma delas guarda sua independência e contornos característicos próprios, um matiz peculiar. Se tudo fosse causa, nada seria causa, e o mesmo ocorreria com a boa-fé. Os pressupostos de aplicação de cada uma das teorias têm de ser levados muito em conta, ainda que sejam mais que pressupostos, no sentido de requisitos de incidência, um conjunto de argumentos para justificar a construção. Essa idéia está muito ligada à tipicidade.

O importante é não tomar, nas relações de fato, o efeito pela causa. O deslocamento patrimonial consistente, por exemplo, no pagamento de um pedágio eletrônico com moedas, é resultado. Resultado do ato-fato de tradição do dinheiro. Por isso, tenho pretensão de atravessar a cancela. O meu comportamento, socialmente tipificado, implica adesão voluntária ao sistema de pagar pelo uso de estrada para a concessionária. Da parte dela, a conservação da rodovia, implica deslocamento patrimonial, mas esse é efeito da expectativa de aderentes aos atos jurídicos, consequência da assunção do risco da atividade empresarial.

para o que chama de contratos de fato é muito interessante: “(a) proposta de uma parte pode induzir a contraparte à conclusão de contratos mediante início de atuação, posto que se trata de esquemas de prestações sociologicamente bem individuadas, o coligamento entre as prestações encontra uma específica tipificação na prática, e a atuação do oblato tem caráter positivo e desemboca na esfera do oferente”. “La proposta di una parte può far soggiacere la controparte alla conclusione di contratti mediante inizio di attuazione, purché si tratti di schemi di prestazioni sociologicamente ben individuate, il collegamento tra le prestazioni trovi una specifica tipizzazione nella prassi, e l’attuazione dell’oblato abbia carattere positivo e sfoci nella sfera dell’offerente (art. 1327)” (p. 138).

211 Este local não é apropriado para alentar especulações jusfilosóficas de fundo, mas é importante notar que em verdade fato e direito não são setores imiscíveis, mas âmbitos de realidade os quais se interpenetram de modo profundo. Dessa forma, não pode haver uma oposição ou dilema entre eles, mas apenas um contraste. O fato penetra no direito e o direito nos fatos. É por isto, por exemplo, que as normas acabam por ter função pedagógica, influenciando em comportamentos que estão em tese alheios ao direito. A descriminalização das drogas, *v.g.*, acaba por dar a idéia para o não usuário de que pode ser interessante iniciar-se no seu uso, que foi tolerado pelo direito. As isenções tributárias que se concedem pela Lei Rouanet têm por base a possibilidade de interferir no âmbito fático, promovendo um aprimoramento da cultura da população.

Ainda que se verifique saída de patrimônio nessas hipóteses, há sempre fato jurídico anterior que é a causa verdadeira. O mesmo se dá nos contratos inominados. O fato de executar, no direito romano, a prestação de dar cria o dever de fazer ou de dar.

Nos direitos reais, por exemplo, o dever de indenizar o proprietário do prédio que perdeu terra pela avulsão, deriva da lei e não do deslocamento patrimonial e tem por causa o fato jurídico da acessão por avulsão. Ela é responsável tanto pela aquisição do direito subjetivo real de domínio quanto pelo dever de indenizar. Sem ela, não há dever.

O fundamento do dever, nesta como em outras hipóteses, é evitar enriquecimento sem causa. Essa situação objetiva que as entradas no patrimônio correspondam a saídas correspondentes como regra geral. Mas a situação do enriquecimento sem causa é demasiado particular e não segue as regras gerais da causa tal qual se a entende nos limites desse trabalho, circunscrito ao campo contratual.

46 – Em um contrato já celebrado, mas ainda não cumprido, pode-se encarar a causa sob o prisma temporal. No presente, a causa é fundamento dos atos e das obrigações, do eventual dever de cuidado com o bem a ser alienado, por exemplo. No passado, surgem com mais relevo as quatro causas, a eficiente como responsável pela realidade do contrato, a final como sua razão determinante, a material e a formal permitindo a existência desse contrato. Para o futuro, a causa final irá direcionando ao adimplemento que será produto de uma conjunção causal de eficiência. A causa pretérita, entendida como um ato jurídico prévio a outro, em geral não serve de causa suficiente a gerar de per si obrigação contratual, mas pode ter conseqüências no regramento jurídico do ato posterior, como se verá que ocorre nas doações remuneratórias. A causa futura, em geral, é causa suficiente se for proporcional à prestação prometida ou realizada (=sinalagma).

3.9 Causa razoável e suficiente e enunciado de suas aplicações em matéria de doação

47 – A analogia da palavra causa permite que não se tenha a clareza suficiente na mente para discernir quais os problemas concretos que se quer solucionar juridicamente por meio dessa teoria, especialmente no campo do direito dos contratos. Os problemas podem ser de ordem bastante diversa, como se viu ao longo deste capítulo. Pode-se estar diante da ilicitude de uma obrigação, da impossibilidade jurídica da mesma, de um problema de má-fé,

ou de verificação da equivalência ou não entre as prestações.²¹² A frustração do fim de um contrato, como se não bastasse, pode ser tema correlato à causa final. Por isso, o núcleo desse estudo é a discussão de dois sentidos da causa, quais sejam, a *causa razoável* e a *causa suficiente* na doação com encargo.

A causa razoável é a razão determinante do sentido jurídico de um vínculo. É o que permite ao contrato criar obrigações recíprocas entre as partes como justificativa econômica, ética e política. A suficiente verifica-se já em contrato ou obrigação existente. Consiste em dado adicional, capaz de alterar a estrutura do tipo ou do mecanismo de imputação de direitos e deveres nas esferas jurídicas dos sujeitos vinculados. É o dado que introduz na relação entre as obrigações das partes uma proporcionalidade ou um elemento que pode alterar o tipo. No direito romano, por exemplo, a causa razoável do comodato é a entrega (*datio rei*). Sem ela, não há o empréstimo nem o dever de devolução. Ela é a causa do comodato. Mas, se porventura, se introduzir o dado onerosidade no relacionamento das partes, antes ou depois de celebrado o contrato, ela será causa suficiente para romper a estrutura do comodato, convertendo-o em locação de coisa e recebendo regime jurídico.

No direito moderno conserva-se esse binômio com singular importância. A causa razoável do *leasing* é a promessa de transferência de posse de bem mediante pagamento em prestações, com possibilidade de aquisição ao fim. Isso basta para vincular socialmente as partes. Gera o efeito da relação obrigacional. A diluição do valor residual de garantia, a ser pago ordinariamente ao fim do contrato, nas prestações mensais, descaracteriza o contrato, pois não há mera possibilidade de aquisição no final, mas necessidade desta. A cobrança do V.R.G. durante o contrato é causa suficiente para alterar a estrutura contratual e fazer do *leasing* uma compra e venda comum.

A doutrina da causa razoável ou justa tem por objetivo principal discernir, dentre os diferentes acordos, os quais Pontes de Miranda diria pertencerem ao mundo fático, aqueles que merecem a tutela do direito. Há o pacto e há o contrato. O primeiro obriga em sentido não técnico e jurídico, mas moral, já o segundo implica uma dívida em sentido estrito, dívida que é objeto da tutela social através dos órgãos responsáveis por dar um provimento para que seja saldada, uma vez que não se admite mais a justiça de mão própria.

A causa razoável envolve uma pesquisa sobre *a intenção de contrair um vínculo jurídico*, mas não se reduz a esse aspecto predominantemente

²¹² Relaciona sinalagma e equivalência entre as prestações na filosofia do direito VILLEY, Michel. Cfr. *Philosophie du droit*, t. I, Paris, Dalloz, 1974, p. 79.

subjetivo. Os seus apelos são também objetivos, relacionados à necessidade de manter uma proporção entre perdas e ganhos no relacionamento contratual,²¹³ porque a reciprocidade é fundamental tanto para entender essa fonte de obrigação como para solucionar adequadamente eventuais conflitos dela originados. A justiça comutativa é essencial para a compreensão da estrutura mesma do direito das obrigações, através da relação de correspondência.²¹⁴

Na prática do direito contratual, dificilmente surge o problema de verificar se houve ou não a causa razoável, ao menos nesses termos. Inconscientemente, há a pesquisa sobre se o vínculo foi contraído *serio et deliberato animo*, de modo indireto. Os tipos contratuais que já existem e as funções que exercem certas figuras do direito das obrigações, como a cláusula penal e as arras, põem em segundo plano o tema da causa razoável. Estruturam uma seriedade e uma reciprocidade, que declaradas causam obrigações dignas de tutela pelo ordenamento.

No caso dos tipos, foi consolidada pela prática social a idéia de que tal contrato obriga nos termos em que foi acordado. O recurso ao nome de um deles no instrumento é forte indício dessa intenção de vincular-se em sentido jurídico.

A cláusula penal, embora possa assumir diferentes funções,²¹⁵ também é sinal do sentido jurídico de um acordo, principalmente quando a obrigação principal não tenha um típico caráter econômico. É interessante ler o art. 410 do Código Civil em vigor sob essa ótica. Diz a lei que, "(q)uando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor". A cláusula penal estipulada para o caso de inadimplemento total torna a obrigação alternativa, cabendo a escolha ao credor. Se a obrigação passa a ser alternativa, fica claro o papel da cláusula na modificação do objeto do contrato, ampliando os direitos e deveres dele dependentes. Como exerce essa função, passa a ser também a causa razoável da possibilidade de escolha.

213 "É evidente que em todos estes casos a expressão «causa razoável» ou «causa razoável e justa», mais que a um critério subjetivo para estabelecer a vontade de contrair um vínculo em sentido jurídico, responde a um critério objetivo de proporção para estabelecer a justiça da sanção jurídica ou da condenação do devedor", GORLA, Gino, *El contrato...*, t. I, *cit.*, p. 224.

214 Neste sentido, GUEIROS, Nehemias. *A Justiça Comutativa no Direito das Obrigações*, Recife, Oficinas Graphics do Jornal do Commercio, 1940, p. 155-156.

215 As funções podem ser, entre outras, a de liquidação convencional do dano a ser indenizado, a criação convencional de sanção de satisfação, ao lado da já estabelecida pela lei, e a de pena privada. É a opinião, bastante fundamentada, de GORLA, Gino. Cfr. *El contrato...*, t. I, *cit.*, p. 282-301.

Neste particular é interessante dizer que, embora a causa possa não ser elemento à parte do ato jurídico, sempre tem uma relevância. A crítica de que a noção em verdade oculta-se no conceito de objeto do ato não serve a provar sua falta de importância. Aliás, insiste-se tanto em dizer que o conceito deve ser abolido, mas ele sempre retorna, mostrando que alguma importância tem, ao menos a de ser tão combatido por tantas pessoas.

As arras, disciplinadas nos diferentes sistemas de direito civil codificado (v., por exemplo, art. 1.094 do Código de 1916: “(o) sinal, ou arras, dado por um dos contraentes firma a presunção de acordo final, e torna obrigatório o contrato”), podem substituir os indícios mais usuais de declaração negocial (emprego de formalidades, palavras ou entrega de um bem) e nessa hipótese são causa razoável. O texto do artigo citado poderia perfeitamente ser lido dessa forma: “(o) sinal, ou arras, dado por um dos contraentes é causa razoável que faz presumir o acordo final, tornando-o (juridicamente) obrigatório”. Elas exercem o mesmo papel da *causa data* nos contratos reais inominados do direito justinianeu. Evidentemente, tal princípio não afasta outros critérios, como os decorrentes da necessidade de proteção contra a lesão.

Esta função das arras, embora largamente reconhecida pela prática negocial dos povos civilizados, não aparece explícita no novo Código Civil, tal como vinha no Código antigo. Os arts. 417 e seguintes do texto de 2002 disciplinam seu regime jurídico e sua eficácia própria, sem chamar a atenção para o fato de elas contribuírem para a obrigatoriedade do contrato, provando a promessa de vincular *serio et deliberato animo*. Embora não seja próprio da lei definir, o art. 1.094 do velho Código salientava esse papel causal das arras, evidentemente em uma postura favorável ao reconhecimento da teoria da causa contratual nos moldes em que se procura desenvolver neste trabalho.

3.10 Causa natural e causa civil

48 – O estudo da noção de causa no direito privado patrimonial não ficaria completo sem a referência ao dilema “causa natural” e “causa civil”.

A oposição não é a única posta nestes termos no campo jurídico. Já nas primeiras linhas do direito das obrigações se estuda a diferença entre a obrigação natural e a civil. A primeira não gera ação e, por isso, diz-se que é correlata a direitos mutilados. Neste sentido, diz a cabeça do art. 814 do Código Civil de 2002 que:

“As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor, ou interdito” (grifo nosso).

As segundas geram ação e têm por garantia o patrimônio do devedor.

Há também a distinção entre posse natural e civil. A primeira é a simples detenção, a qual não goza da proteção interdital, sendo uma mera situação física e material de contato entre o sujeito e a coisa. A segunda consiste na posse em sentido estrito, que gera o duplo efeito de possibilitar o ingresso com uma das ações possessórias (*possessio ad interdicta*) e ser elemento do núcleo do suporte fático da usucapião (*possessio ad usucapionem*).²¹⁶

Por fim, temos a filiação natural e a civil. A natural ou sangüínea consiste num vínculo de parentesco que surge do sangue e do fato jurídico a ela relacionado. A civil depende de um ato jurídico posterior ao fato mencionado, a adoção, pela qual se cria o referido vínculo.

A oposição que se verifica entre ambas as formas de qualificar os institutos, a natural e a civil, é a mesma que se dá entre o que é derivado do próprio modo de ser das coisas e dos acontecimentos e o que é criado pelo homem, isto é, convencional, artificial.

A causa, quando qualificada de natural, traz consigo a idéia de um princípio imanente de procedência do direito, em duplo sentido, tanto eficiente, como final. Eficiente porque a partir dela se gerarão os efeitos, os quais adquirirão sua mesma característica elementar. É neste sentido que se pode dizer que uma causa nula implicará nulidade do contrato. No que diz respeito à causa final, a natureza traz consigo uma destinação, um caminho segundo o qual dirigir o ente sob seu influxo.

O contrato, pela causa natural, torna-se ato jurídico, sempre que ela estiver presente. É por isso que se pode dizer, com o apoio de Cícero, que *natura initium ius*.²¹⁷ Toda essa noção da importância da natureza para a constituição do direito teve grande influência dos estóicos.²¹⁸ Por isso defende-se que a causa natural do contrato é o sinalagma, porque quem contrata, espontaneamente, o que deve visar é trocar bens.

A causa civil é aquela que é “inventada”, elaborada pela racionalidade humana e que passa a ser obrigatória pelo fato de começar a ser socialmente

216 Menciona a distinção COELHO DA ROCHA, a propósito da classificação da posse. Cfr. *Instituições de Direito Civil Portuguez*, 8ª ed., Lisboa, Clássica, 1917, p. 304.

217 A frase, sintetizada por Michel Villey, baseia-se em um texto um pouco mais longo da obra do orador romano: “*initium ergo ejus a natura ductum est*”. Cfr. VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrestien, 1968, p. 441 e nota 1.

218 Cfr. as importantes páginas de Michel VILLEY sobre “Da natureza segundo os estóicos”, *La formation...*, cit., p. 438-442.

usada como vinculante. A assinatura de um documento de um banco, numerado, com o nome e os dados de certa pessoa e a aposição de um valor monetário obriga ao pagamento: é um cheque. Neste caso, a formalidade adicional criada pela sociedade, ao ser empregada, causa o dever de prestar a quantia estipulada. Esta vinculação não surge da natureza das coisas, *ex natura rerum*, mas da convenção humana feita na cidade, por isso é uma causa civil, porque é socialmente vista como vinculante. São causas civis, em geral, as formalidades, não a forma simples, mas aquelas que variam de época para época, a *stipulatio*, a *insinuatio*, a escritura pública e outras, porque derivam de um acordo ou de uma lei, tornando-as vinculantes.

Esta distinção está muito presente no pensamento tomista: relaciona-se com a dicotomia do justo natural e do justo positivo. A divisão aparece no *respondeo* da II-II, 57, a. 2 da Suma Teológica:

“Como dissemos, o direito ou o justo é aquilo que se executa por outro, segundo uma certa norma de equidade. E algo pode ser adequado ao homem de duas maneiras: a primeira, pela natureza da coisa em si mesma; por exemplo, quando alguém entrega algo com a finalidade de obter outra coisa equivalente, e então chama-se «direito natural». A segunda, quando uma coisa é adequada ou equivalente a outra, por um mútuo acordo, ou por contrato, como quando alguém manifesta contentamento por receber tanto mais quanto mais puder. E isto pode fazer-se de dois modos: primeiro, quando se faça por acordo particular, como quando se firma um contrato entre duas pessoas em privado; e, segundo, por lei pública, como quando todo o povo está de acordo em que tal coisa seja equivalente a outra, ou melhor, quando a ordena o governante, que dirige os destinos do povo e o representa. E neste último caso chama-se «direito positivo»”.²¹⁹

Na primeira parte, Santo Tomás enuncia o princípio do sinalagma já em sentido de equivalência material. É naturalmente justo, isto é, independente de convenção para se fixar a razoabilidade, o dar algo em troca de outra coisa equivalente. Praticar esse ato com essa finalidade causa um vínculo pelo qual o equivalente é devido em justiça, porque a justiça é dar o devido a cada um. Essa é a expressão da *causa natural*.

Na segunda parte, o autor menciona duas hipóteses, a primeira das quais é o contrato, já não mais sob o prisma da igualdade das prestações, mas sob o prisma da convenção. São Tomás afirma que, nos casos em que se recebe mais do que se deve naturalmente, é o acordo que gera a dívida de pagar, ou então a ordem do governante, por exemplo um ato legislativo,

²¹⁹ TOMAS DE AQUINO. *Tratado da Justiça*, Porto, Res, tradução de Fernando Couto, s.d., p. 8.

segundo exemplo. Assim, civilmente, no convívio na *pólis*, surgem dívidas de justiça também, por essa causa, o acordo, a lei, ou o que a lei determine necessário. Em suma, pela *causa civil*.

Tanto a causa natural quanto a causa civil são, ordinariamente, elementos de existência do contrato, embora possam assumir outros papéis diversos. Como disse acertadamente Antonio Junqueira de Azevedo:

“Através da distinção entre o momento da existência e o momento da eficácia, que, se a causa natural, nos contratos reais inominados, e a causa civil, na *stipulatio* e no *cyrographum*, eram causas necessárias para a existência do negócio jurídico, agora, a mesma causa natural passa a condição de eficácia do negócio com causa civil”.²²⁰

Especificado o âmbito em que se tratará da doutrina da causa, o capítulo seguinte estabelece uma relação entre ela e o conceito de sinalagma. A seguir, são tratados os principais aspectos da causa nas doações.

²²⁰ *Negócio Jurídico e Declaração...*, cit., p. 124.