

Portanto, só o tempo dirá e demonstrará a eficácia ou não deste dispositivo que vem preocupando muito as pessoas de modo geral.

Bibliografia

- ALBALADEJO, Manuel. *Derecho civil*. 10. ed. Barcelona: Bosch Editorial, 1997. vol. II.
- BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile*. (ristampa). Milano: Giuffrè, 1994. vol. 5.
- BITTAR, Carlos Alberto. "Responsabilidade civil nas atividades perigosas". RT 590, São Paulo, dez. 1984.
- BRUTAU, José Puig. *Compendio de derecho civil*. 3. ed. actualizada e revisada por Charles J. Maluquer de Motes Bennett. Barcelona: Bosch, 1997. vol. II.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. "Responsabilidade civil extracontratual: parâmetros para o enquadramento das atividades perigosas". *Revista Forense* 296.
- FIUZA, César. *Direito civil*. 7. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. III.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.
- LIMA, Pires de e VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1984. vol. I.
- MIRANDA, Gilson Delgado. *Código de Processo Civil interpretado*. MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. 2. ed. Trad. OLIVEIRA, Osório de. Campinas: Bookseller, 2002.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. vol. 4.
- ROITMAN, Horacio. *El seguro de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lerner, 1974.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SERRA, Vaz. "Responsabilidade civil". *Separata do Boletim do Ministério da Justiça* 85, Lisboa.
- SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Reimp. Lisboa: Almedina, 1999.
- VILLELA, João Baptista. "Para além do lucro e do dano: efeitos sociais benéficos do dano". *Repertório IOB de Jurisprudência* 11/91, São Paulo, jun. 1991.
- VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Trad. CARLUCCI, Aída Kemelmajer. Buenos Aires: Astrea, 1999. vol. 2.

leasing ou arrendamento mercantil.
 arrendador = cede o uso
 arrendatário = paga a quantia ajustada

1. DOCTRINA NACIONAL

1.12

CAUSA CONCRETA, QUALIFICAÇÃO CONTRATUAL, MODELO JURÍDICO E REGIME NORMATIVO:

notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros*

LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO

SUMÁRIO: 1. A causa contratual: presença e atualidade no direito brasileiro – 2. O tratamento dogmático da teoria da causa no direito brasileiro – 3. O binômio causa razoável e causa suficiente: um instrumental teórico – 4. Exposição e análise de julgados da casuística nacional: 4.1 O papel transubstanciador da causa; 4.2 O papel envolvente da causa contratual; 4.3 Papel requalificador da causa contratual – 5. Considerações conclusivas.

1. A causa contratual: presença e atualidade no direito brasileiro

A recente aprovação da Súmula 293, pela Corte Especial do STJ da República Federativa do Brasil, em 05.05.2004, traz à tona uma latente discussão jurisprudencial sobre a que nem sempre teóricos e práticos do direito atentam no Brasil. O enunciado, de todos conhecido, diz que "a cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil". Curiosamente, a referida súmula contraria uma série de decisões anteriores, no sentido de que a cobrança antecipada *descaracterizaria*, *sim* o referido contrato, por afetar a sua *causa*, que passaria a ser a causa típica da compra e venda, com pagamento parcelado. Consolidou-se, neste ano, entendimento exatamente contrário ao da antiga Súmula 263, do mesmo tribunal, segundo a qual "a cobrança antecipada do valor residual (VRG) *descaracteriza* o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação".

Prescindindo por ora, de um aprofundamento temático no teor dos julgados do ponto de vista da qualificação contratual e da operação econômica envolvi-

Conferência apresentada no I Congresso Ítalo-Luso-Brasileiro de Direito Civil Comparado (O Direito da Empresa e das Obrigações e o novo Código Civil brasileiro, de 13 a 16.09.2004), organizado pela Edesp-FGV/SP, no dia 15.09.2004. Dedico o texto da conferência ora dado a público a Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, símbolos do direito privado a um só tempo sistemático e solidarista com que tanto sonhamos poder viver um dia no Brasil e, sobretudo, um casal de pessoas de bem.

no final do contrato
 → opções
 1) comprar o bem
 2) renovar o contrato
 3) devolver o bem

Biologia
 Teoria da evolução = organismos semelhantes of estruturas
 ≠ S.

da, chama a atenção o emprego da palavra “descaracteriza”, agora no sentido negativo, antes no sentido positivo. Quer-se com isso indicar que certos e determinados elementos, pertinentes de maneira preferencial a certos e determinados negócios jurídicos obrigacionais, podem, mediante uma combinação real diferente daquela habitualmente praticada pelos operadores, alterar sua estrutura a tal ponto que não sejam mais aquele contrato que se nomeou em instrumento ou em reiteração da operação em mercado daquele modo.

Parte-se de um *quid* real, para buscar a qualificação da espécie e a descoberta do modelo jurídico (legal ou supra-legal) pertinente e, conseqüentemente, identificar o regime normativo a estabelecer diretrizes para a espécie. Há algo que o tribunal está a apontar como determinante para caracterizar ou não o contrato: existem elementos objetivos, para além do acordo, que constituem o tipo do ponto de vista concreto. Existe algo que no contrato o caracteriza ou que, pelo contrário o não caracteriza como pertencente a um tipo.¹ É possível detectar elementos essenciais, que foram identificados, talvez em terminologia imprópria no *Código Civil*, como vinculados à natureza da obrigação mesmo que a convenção a eles não faça referência, por integração determinada pela equidade, usos ou mesmo pela própria lei (art. 1.135).² Há uma marca própria a apontar para um *necessário não essencial* a permitir a tarefa de identificar o nome da figura em apreço.³

(1) A palavra característica evoca a raiz “carácter”. Em grego, remonta a *cabeça*, sendo o *kharakter*, um instrumento distintivo. Em francês e latim medieval, a palavra está associada à marca que se estampava em selos de cera para correspondências, indicando a configuração de procedência de certa e determinada pessoa como remetente. Nesse sentido, *The Oxford Dictionary of English Etymology*, Oxford: Clarendon Press, 1966, verbete “character”; BENVENISTE, Émile. *O vocabulário das instituições indo-européias*. Trad. Denise e Eleonora Bottmann. Campinas: Ed. da Unicamp, 1995. vol. II, p. 34 e 40.

(2) “Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage, ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.” O Prof. Clóvis do Couto e Silva apontava a rara felicidade do dispositivo em um sistema fechado e voluntarista, em vista de que: “O exame da obrigação, ‘d’après sa nature’, dá precisamente a chave para a conceituação dos deveres anexos, pois ‘natureza’ expressa-se aí no sentido de finalidade do contrato.” Cfr. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 38. A idéia de fim do contrato está profundamente relacionada a certas e determinadas acepções da palavra *causa*, notadamente à chamada “causa-função”.

(3) A relação, quer de homologia, ou mesmo em certos casos de homonímia entre causa, qualificação, modelo e regime jurídico tem bases filosóficas já no pensamento grego, como apontam os estudos recentes sobre a metafísica aristotélica. Cfr., por exemplo, o capítulo sobre a “unidade da analogia”, na fantástica obra de G. E. R. LLOYD: *Aristotelian explorations*. New York/Melborne, Cambridge, 1996, p. 138 et seq.; no Brasil, o pensamento expresso por Marco ZINGANO, “L'homonymie de l'être et le projet métaphysique d'Aristote”. *Revue Internationale de Philosophie* 201-3/333-356, Paris, 1997.

Apenas para precisar, antes de prosseguir na argumentação, é preciso deixar claro que o art. 1.135 do *Code Civil* é mais amplo que o que se está a procurar: elementos caracterizadores do tipo e, conseqüentemente, aptos a descobrir a interdição das obrigações decorrentes do contrato. Ele permite também, ao lado disto, a concreção de deveres anexos e instrumentais e, portanto, não principais.

Retornando ao tema da introdução, muitos dos julgados anteriores, que determinaram a edição da Súmula 263, ora inoperante em face do novo entendimento sumulado, indexam-se no Superior Tribunal com a locução *causa do contrato*. Acredita-se, portanto, que neste trabalho de julgar casos, de realizar o direito a partir da lide, a *causa contratual* teve um papel decisivo. Apenas para se ter uma idéia da força da Súmula anterior, ela determinou inúmeros despachos de carência nas ações de reintegração de posse das operadoras de *leasing* em vista de que o suposto arrendatário era proprietário e possuidor pleno da coisa, uma vez que o negócio era compra e venda.

A partir desta verificação, circunscrita a este grupo de casos, elaborou-se a hipótese de que, em situações de atipicidade *lató sensu*, ou seja, em contratos não reconduzíveis totalmente a um modelo legal previamente determinado e exaustivo (como os contratos mistos, os coligados, os conexos, os parcialmente típicos), a *causa contratual* é decisiva para o julgamento. Supôs-se, deste modo, que, ora expressamente, ora implicitamente, recorreriam os julgados à noção de causa para decidir a lide, em face da ausência de um fundamento normativo perfeitamente apto à subsunção do suporte fático concreto.

Feita uma pesquisa nas decisões dos referidos tribunais superiores através dos critérios de indexação dos acórdãos, utilizando-se palavras-chave como “causa do contrato”, “contrato misto”, “contrato atípico”, “contratos coligados” e “contratos conexos” chegou-se a resultado bastante interessante. Sobre causa do contrato, só há decisões *indexadas* do STJ, e todas, absolutamente todas as decisões, envolvem a discussão a respeito da caracterização do tipo contratual do *leasing* e se a eventual cobrança antecipada do VRG alteraria a estruturação tipológica, parcialmente legal, parcialmente sócio-jurisprudencial, para configurar o tipo legal da compra e venda em prestações. Os acórdãos publicados e disponíveis no *site* do órgão, tendem a julgar os casos no sentido de que a referida cobrança transmutaria o *leasing*, visando extrair certas e determinadas conseqüências práticas, até a decisão mais recente, de 2003, que alterou o entendimento anterior.

Embora sem a indexação que permita intuir a respeito de uma consciência clara de se estar a julgar sobre a “causa do contrato”, muitas outras decisões, tanto do STJ quanto do STF, *indexadas* sob outros critérios, tratam do assunto ou, adeclarativamente, recorrem a esta noção para chegar a certas e determinadas conclusões. Há um forte grupo de casos do STF, na década de setenta, julgando o que foi denominado à época como constituindo um “contrato de concessão de venda com exclusividade”.

Em parte dos julgados, verificou-se mesmo a *declaração expressa da importância da causa contratual para o decisum*, em outros o tema era subjacente, em outros o tema não havia sido enfrentado e isto poderia, perfeitamente, ter ocorrido. Em vista disto, o trabalho procura lançar algumas luzes sobre uma noção de causa instrumentalmente apta ao desenvolvimento mais apurado da tarefa judicante, mas também à tarefa de advogados, do ponto de vista teórico, demonstrando depois as aplicações que foram verificadas nos julgados recolhidos e analisados.

2. O tratamento dogmático da teoria da causa no direito brasileiro

A bibliografia internacional em matéria de causa nos contratos e no direito das obrigações, tanto nos tratados, como nas obras monográficas é vastíssima, mesmo em países de sistema de *common law*, em que inexistente a categoria com a mesma formulação que entre os sistemas de direito continental de raiz romano-germânico-canônica.⁴ Ao menos, naquele sistema, existe a preocupação e mesmo semelhanças de potencialidades aplicativas da figura através da

(4) Apenas para se ter breve noção do que se tem escrito a respeito do assunto, consultem-se as obras a seguir indicadas e as referências delas constantes. Na Argentina, GOROSTIAGA, Norberto. *La causa en las obligaciones*. Buenos Aires: Ideas, 1944; BARCÍA-LOPEZ, Arturo. *La causa ilícita en las obligaciones y en los actos jurídicos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966. Na Itália, BONFANTE, Pietro. "Il contratto e la causa del contratto". *Rivista di Diritto Commerciale, Industriale e Marittimo* vol. VI, p. 115-125, Parte Prima, Milano: Francesco Vallardi, 1908; GORLA, Gino. *El contrato (Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico)*. Trad. José Ferrandis Vilella. Barcelona: Bosch, 1959. t. I e II; BETTI, Emilio. "Causa del negozio giuridico". *Novissimo Digesto Italiano*. 3. ed. Torino: Utet, 1957. p. 32-40; FERRI, Giovanni B. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1968; PELLICANÒ, Aldo. *Causa del contratto e circolazione dei beni*. Milano: Giuffrè, 1981; a coletânea: ALPA, Guido e BESSONE, Mario. *Causa e consideration (Cuaderni di diritto comparato)*. Padova: Cedam, 1984; BIROCCHI, Italo. *Causa e categoria generale del contratto - Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell' Età Moderna, I - Il Cinquecento*. Torino: Giappichelli, 1997. Na França, CAPITANT, Henri Lucien. *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1927; DABIN, Jean. *La teoría de la causa*. Trad. Francisco de Pelsmaeker. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1929; JOSSERAND, Louis. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé* [Essais de téléologie juridique II]. Paris: Dalloz, 1928; BOYER, Louis. *La notion de transaction: contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*. Paris: Sirey, 1947. Nos sistemas de *common law*, LORENZEN, Ernest G. "Causa and Consideration in the Law of Contracts". *Yale Law Journal*, vol. XXVIII, n. 7, maio 1919, p. 621-646. Na Alemanha, o brilhante estudo histórico SÖLLNER, Alfred. *Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, Frankfurt [s.c.p.], 1958.

consideration, a qual, advirta-se desde já, embora não igualável à causa contratual, em muitas situações exerce o papel desta.

Em nosso País, há apenas duas monografias que tratam *centralmente* do tema e uma incidentalmente, a partir da idéia de situação jurídica. São, na ordem de publicação, "O problema da causa no Código Civil brasileiro" de Paulo Barbosa de Campos Filho,⁵ "A causa do contrato" de Torquato Castro⁶ e "Teoria da situação jurídica em direito privado nacional (estrutura, causa e título legítimo do sujeito)",⁷ do mesmo autor.

Afora estas, o tema é tratado apenas em capítulos, por alguns autores, destacando-se o eminente professor paulista Antonio Junqueira de Azevedo, que mantém a atualidade do mesmo desde sua tese de livre-docência e dedica um capítulo, em forma de *Excursus* de sua tese de titularidade ao tema da causa.⁸ Além dele, importante contribuição deveu-se ao mestre gaúcho Clóvis do Couto e Silva, quer em substanciosas páginas do excelente *A obrigação como processo*,⁹ quer em um interessante artigo intitulado "A teoria da causa no direito privado".¹⁰ Na recente doutrina destaca-se, também, a professora Judith Martins-Costa, com um ensaio muito culto e importante sob a ótica histórico-cultural e também de comparação jurídica, publicado em 1989, "A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro".¹¹ Há também um excelente texto sobre causa e *consideration* de um advogado gaúcho, Fábio Siebenechler de Andrade.¹²

Apesar dos trabalhos monográficos e dos artigos, há muito pouco escrito no Brasil sobre assunto tão importante se comparado a outros países. O tema foi relegado a um *segundo plano* no direito brasileiro. As razões da atitude parecem ser, além da sua complexidade assustadora, a de um persistente legalismo que, diante da omissão da *palavra* nos textos normativos com a força semântica com que aparece, por exemplo, no sistema francês (o art. 1.131, apenas para apontar um caso, diz que: "L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet") ou argentino (o art. 500 afirma que "Aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe,

⁵ São Paulo: Max Limonad, s.d.

⁶ Recife: Imprensa Universitária, 1966.

⁷ São Paulo: Saraiva, 1985.

⁸ Respectivamente, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 139 et seq.; *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. São Paulo; [s.c.p.], 1986. p. 121-129.

⁹ Op. cit., p. 45-69.

¹⁰ *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Org. Vera Maria Jacob de Fradera Porto. Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 58-71.

¹¹ "A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro", *Ajuris* 45/213-244, ano XVI, mar. 1989.

¹² "Causa e consideration". *Ajuris* 53/276-284, ano XVIII, nov. 1991.

mientras el deudor no pruebe lo contrario”), faz recuar a ousadia. Muitos são levados a afirmar que a questão foi por nosso legislador *superada*, em vista da concepção alargada de objeto do ato ou do negócio jurídico, ou ainda da ausência do requisito da licitude da causa para a “validade” das obrigações.¹³

Teixeira de Freitas, na célebre carta de 20.09.1867,¹⁴ dirigida ao então Ministro da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada, com a qual se desincumbia da tarefa de elaboração de um projeto de código para o Brasil, advertia que era tema que necessitava de *virilidade* para ser bem versado. Apercebendo-se que, em verdade, há temas jurídicos comuns aos diferentes ramos do direito público e do privado, propunha a necessidade de desmembrar o esboço em dois, um Código Geral e um Código Civil. Não sem razão, o primeiro começaria enfrentando o tema central, no seu livro primeiro, que levaria, na proposta do mestre, o nome de “Das causas jurídicas”.

Augusto Teixeira de Freitas não tinha medo de “pôr o dedo na ferida” e afirmar:

“Os fatos que não forem atos, serão sempre causas passivas de direitos, e causas primas, do mesmo modo que os atos não livres: *mas os atos livres nunca serão causas primas, serão sempre efeitos em relação às pessoas, e só causas segundas, em relação a efeitos ulteriores. Eis a verdadeira interpretação da realidade, que assentará em seu lugar próprio a isolada doutrina da causa das obrigações, que nenhum escritor tem satisfatoriamente explicado.*”

Adiante, mostrava a virtualidade “omniabarcante”, ou a natureza “proteiforme”, como preferiu indicar Judith Martins-Costa, da categoria da causa:

“*Das causas jurídicas dimanam todos os direitos possíveis, regulados pelas leis do direito privado e do direito público; e deles em geral trata o 2.º Livro do Código Geral sob a inscrição de efeitos jurídicos, porque incontestavelmente não há direitos, que não sejam efeitos, não há direitos inatos. A liberdade é o homem. A liberdade em política jamais teria o nome de direito, se os povos não se houvessem remido das instituições opressivas; e na vida civil não teria correlativo, se não fora o abuso da escravidão.*”

(13) Assim, por exemplo, um dos manuais de formação estudantil mais difundidos na atualidade afirma: “Para nós, a causa é aquele motivo que tem relevância jurídica. Confunde-se com o objeto do negócio. Não podemos elevar qualquer motivo como elemento essencial do negócio jurídico, e, conseqüentemente, do contrato. *Nosso Código Civil de 1916, acompanhado pelo novo estatuto, afastando-se da problemática sobre o tema da causa, que gera tantas dificuldades de ordem prática, entendeu que a noção de objeto substitui perfeitamente a noção de causa*”, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 439.

(14) Toma-se, para referência neste texto, a publicação da carta feita no primeiro número da *Revista de Direito Civil*, na Seção de Documentário. “Documentó n. 2 – Carta de Teixeira de Freitas de 20 de setembro de 1867”. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 1/362-367, (Edição Comemorativa do Sesquicentário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil), jul.-set. 1977.

A doutrina nacional, via de regra, identifica o conceito de causa da obrigação, relegando-o a segundo plano, em vista da absorção do tema pela categoria de objeto do ato,¹⁵ mostrando que, assim o conceito acaba por ter relevância apenas quando se discute as obrigações com abstração de causa, como, por exemplo as referentes a alguns títulos de crédito. Raramente detecta a relevância conceitual da categoria da *causa do contrato* como algo autônomo. Por todas as passagens, vale destacar a de Washington de Barros Monteiro:

“O Código Civil brasileiro, a exemplo do suíço, e também do Código alemão, não considera a causa entre os requisitos das obrigações convencionais. Pelo nosso direito civil, a causa constitui o próprio contrato, ou o seu objeto. Quando se diz assim que a causa ilícita vicia o ato jurídico é porque seu objeto vem a ser ilícito. O mesmo não acontece, porém, com o Código Comercial [revogado neste particular], que, no art. 129, n. 3, prescreve ser nulo o contrato que não designar a causa certa de que deriva a obrigação.

(...)

Vê-se, portanto, diante desses textos, que embora o Código não houvesse incluído a causa entre os requisitos das obrigações convencionais, não prescindisse desse elemento. *Mas, o nosso legislador não faz dele um elemento autônomo, dotado de individualidade própria. Ao inverso, identifica-o com o próprio contrato, ou com o seu objeto. O negócio jurídico tem eficácia independente-*

(15) Assim, por exemplo, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 44-45 (“Em razão das dificuldades que apresenta, entre nós a causa é substituída pelo objeto, entre os requisitos essenciais dos negócios jurídicos”); Sílvio Rodrigues, embora refira a opinião de Messineo, que em seu entender defendia a necessidade de licitude de causa para validade do contrato, em nota de rodapé, sequer versa o assunto ao tratar dos “elementos constitutivos e pressupostos de validade do contrato”, v. *Direito civil – dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3, p. 13 et seq.; Orlando Gomes, afasta-se da confusão entre causa e objeto e entende a utilidade da causa, mas apenas para a nulidade dos negócios contratuais e para a proteção legal dos contratos atípicos. Neste último ponto, que se presta ao presente trabalho, entretanto, apenas manifesta frase isolada e o que se quer defender não é que a causa serve para proteger os contratos atípicos, mas que nestes, dada a ausência de predisposição de regras legais, é fundamental para se chegar a uma solução passível de racionalidade argumentativa. Cfr. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 54-56 (“Não obstante, tem-se admitido a utilidade da noção, sobretudo na proteção legal dos contratos atípicos” e, ao fim, passagem verdadeiramente genial, “O objeto do contrato não é a prestação nem o objeto desta. A prestação é o objeto da obrigação e seu objeto tanto pode ser a entrega de uma coisa como o exercício de uma atividade ou a transmissão de um direito. Objeto do contrato é o conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar, singularmente considerados, não no seu entrosamento finalístico, ou, por outras palavras, as prestações das partes, não o intercâmbio entre elas, pois este é a causa”).

mente de sua causa. Basta a vontade, devidamente manifestada, para dar origem ao ato.”¹⁶

Às vezes, a doutrina, na tentativa de manter a causa para fora de seu objeto de estudo mais aprofundado ousa afirmar: “Não resta dúvida, contudo, que por vezes a noção de objeto não é suficiente para o exame da ilicitude ou imoralidade do negócio jurídico, mas nossa jurisprudência nunca teve dificuldade em examinar a questão, sempre sob o prisma do objeto.”¹⁷ Ponto final. Nenhum julgado que referende a assertiva e a conclusão.

A tese deste trabalho, com respeito aos demais pensadores brasileiros, é justamente a contrária. Independentemente da questão legal, a categoria da causa é fundamental para a análise de lides contratuais, às vezes se tem consciência disto, às vezes não. A falta de uma doutrina clara sobre o assunto, e não outras questões adjacentes, é que dificulta a aplicação da idéia.

3. O binômio causa razoável e causa suficiente: um instrumental teórico

Há uma necessidade prática da categoria da causa para bem julgar situações contratuais. Essa necessidade se torna muito maior nas circunstâncias em que os contratos não aparecem tal e qual estudados no complexo normativo que os regula. Nem sempre o contrato é simples como a articulação legal do mesmo induziria o estudioso desavisado a acreditar. Na realidade cotidiana, a prática negocial, principalmente em regime de empresa, mostra a *crescente atipicidade de figuras* e, quando estas ensejam lides que são postas para apreciação pelo judiciário, a vedação ao *non liquet* coloca o órgão de poder na parede. A criatividade precisa ser exercida. Muitas soluções engenhosas, recorrem à analogia com os contratos típicos, ou aos princípios do direito contratual. Entretanto, parece estar latente a necessidade do conceito de causa, da causa concreta, categorial, presente em cada contrato como ato humano dotado de estatuto ontológico único, singular e irrepetível e de onde o juiz deve partir para, através do sistema, captar uma intenção axiológica e poder, corretamente, julgar, adjudicando o justo.

Já houve declaração expressa de que se recorria ao conceito.¹⁸ Em uma decisão versando os casos de compra e venda de gasolina para revenda com

(16) BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 4, p. 29-30.

(17) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil - Parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 415.

(18) Trata-se do acórdão que julgou a Ap 79.863, TJ da Guanabara, rel. Des. Antônio Pereira Pinto, j. 10.10.1972 (RF 244/155-157). A ementa da decisão é a que segue: “Posto de gasolina. Comodato. Compra e venda. Contrato misto. Rescisão unilateral. Pena. Quando as prestações características dos contratos de comodato (de equipamentos e utensílios) e de compra e venda (de gasolina) se encontram em relação

comodato dos equipamentos para tanto, o Poder Judiciário da Guanabara teve ocasião de julgar de uma maneira tão precisa que sua decisão tornou-se autêntico *leading case* da matéria e a decisão chegou a ser referida mesmo em acórdãos do STF.¹⁹

Naquela ocasião o relator, de início, acentuou a temática:

“Trata-se de uma questão relativa à qualificação de dois contratos celebrados entre as mesmas partes, com os mesmos prazos, um de comodato de equipamentos e utensílios para guardar, medir e vender produtos de petróleo, notadamente gasolina, e outro, de compra e venda de gasolina, a ser efetuada pelo Posto de Serviços explorado pela compradora e no qual seriam instalados, como foram, os aludidos equipamentos e utensílios.”

Identificada a temática jurídica, o Desembargador buscou a aderência do contrato à realidade econômica subjacente para concluir, contrariamente à decisão de primeiro grau, no sentido de que: “não resta dúvida também que ocorre freqüentemente, no comércio jurídico, que duas ou mais formas contratuais de possível coexistência separada podem vir a ter, sob a pressão de necessidades ou de conveniências práticas, as suas prestações autônomas, cada uma em sua função típica, reunidas e coordenadas, pela vontade das partes, em um único contrato para realizarem uma só função econômica, que é a sua causa ou o seu fim objetivo. Está configurado o conceito moderno de contrato misto”.

Contrariando *avant la lettre* entendimento que seria consolidado por decisão do E. Ministro Moreira Alves, afirmava:

“Essas prestações características dos aludidos contratos se acham, entretanto, em relação de recíproca coordenação, ou seja, confundidas em um só contrato pela unidade do fim da operação econômica. Nenhuma delas é secundária, pois estão no mesmo pé de igualdade.”

A seguir, examinando o clausulado, o magistrado conclui que só pode vender através dos equipamentos e só pode ter os equipamentos para e pela venda, de modo que não identifica qualquer subordinação de meio e fim entre os contratos. Qualifica as espécies, vê o modelo de contrato misto e norma juridicamente a avença, dizendo que se é um o contrato, uma é a multa, que como já prevista instrumentalmente como cláusula penal indenizatória (prefixação de

de recíproca «coordenação», temos um contrato misto, como o ajustado pelas partes, pois o que o configura é a coexistência de obrigações pertinentes a tipos diferentes de contratos, enlaçadas pelo caráter unitário da operação econômica, cujo resultado elas asseguram. Nele o grau de síntese alcançado torna inseparáveis as partes ou elementos do negócio. No contrato misto, a única cláusula penal estipulada nos elementos que se fundiram para constituí-lo, implica na pré-fixação das perdas e danos pela sua rescisão unilateral”.

(19) RE 79.562, 1.ª T., rel. Min. Rodrigues de Alckmin, j. 10.02.1976, v.u., RTJ 77/887; RE 78.162, 1.ª T., rel. Min. Bilac Pinto, j. 21.05.1976, m.v.

perdas e danos) não pode ser multiplicada sob pena de *bis in idem*. Lança a afirmação certa no sentido de que as prestações ficaram confundidas em um único negócio pela unidade do fim. Houve recurso à noção de causa final para permitir a verificação de que há, em verdade, um só contrato.

A decisão é daquelas pérolas raras, pois a noção de causa está quase que ausente da linguagem comum do imaginário jurídico brasileiro. Por isso, antes de adentrar na casuística, faz-se necessário, em breves linhas, esboçar alguns elementos da teoria e perspectiva da causa que se abordará no trabalho, bem como a relação de homologia fenomênica que existe entre causa contratual concreta, qualificação, modelo jurídico (e.g. tipo) e regramento normativo a ser aplicado.

Há dois sentidos da palavra causa, no direito contratual, que demandam preocupação preferencial. São a causa razoável e a causa suficiente.

A causa razoável é um *quid* necessário para dar juridicidade ao acordo. No direito italiano, este problema, por exemplo, parece superado pelo critério da patrimonialidade do objeto da regulação jurídica a ser feita mediante contrato (art. 1.321 do *Codice Civile*²⁰). No Brasil, entretanto, inexistente a norma, a tal ponto que é necessário saber o que faz de um simples *acordo* um contrato, ou seja, o que transforma a mera *loquela*, conceito com que os canonistas medievais identificavam uma promessa meramente verbal, em um pacto sancionável e passível de ser levado a objeto de conhecimento de um tribunal e obter a tutela estatal visando a execução da obrigação. *Trata-se de saber qual é a vestimenta que torna um acordo um contrato, porque acredita-se que nem todas as convenções humanas em sociedade são jurídicas*, no sentido de gerar uma obrigação no sentido técnico do termo e, portanto, a conseqüente pretensão e ação. Não está vigente o aforisma de que *ex nudo pacto actio oritur*, mas o de que *ex nudo pacto, actio non oritur*. A origem da ação, portanto, depende essencialmente e existencialmente de um elemento do pacto, que o torna, em verdade, contrato. Este elemento é a causa contratual no sentido de causa razoável. É ela que dá a aura de juridicidade ao acordo.

Neste sentido, já opinou Antonio Junqueira de Azevedo: "(n)esse sentido da palavra 'causa' - 3.º sentido - ou natural ou civil, vê-se bem, *não há contrato sem causa*. Para lá dos contratos, essa causa é, em termos de hoje, o próprio *reconhecimento social do jurídico*, no negócio jurídico; *ela é o que torna jurídico o negócio jurídico*".²¹

A causa contratual deverá ser, além de razoável, isto é, apta a desencadear a vinculação jurídica obrigacional; sinalagmática, e isto sempre, embora a sinalagmaticidade de causa não se confunda com o adjetivo empregado ao se qualificar um contrato como pertencente à categoria dos "contratos sinalagmáti-

(20) "Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale."

(21) AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração...*, cit., p. 123.

cos". A causa sinalagmática diz de um ir e vir de fluxo prestacional que deve, ao fim da relação contratual, manter um equilíbrio, uma certa relação de proporção. Nos contratos que envolvem prestações de um lado e de outro, a causa sinalagmática consiste, justamente, neste nexo de interdependência entre as prestações (para explicar de uma forma sucinta, a composição de preço contra coisa faz deles a causa sinalagmática da venda). Esta reciprocidade das prestações dadas ou prometidas, que fundam os deveres jurídicos indica a existência da causa.

Nos contratos unilaterais, observe-se, em primeiro lugar, que, quando tipicamente unilaterais, são reais e que é a entrega que funda o dever de restituir, sendo causa sem sentido jurídico do dever de restituição (causa razoável). Por evidência, o emprego da expressão "causa sinalagmática" nesta situação soa bastante estranho porque, a bem da verdade, o contrato é unilateral, mas na origem do étimo, há um sinalagma, há um "trocar com", entre a *datio rei*, a tradição que causa a relação jurídica obrigacional, e o correlato dever de restituição. Entretanto, os contratos são, via de regra, celebrados em regime de mercado e, portanto, envolvem transferência de riqueza, de modo que, mesmo os chamados contratos reais têm se consensualizado e tendencialmente, ganham caráter oneroso, à exceção do comodato, cuja cobrança descaracterizaria sua causa.

Até aqui, fica claro que o benefício patrimonial dado ou prometido, ou a entrega (nos contratos reais), compõem um dever obrigacional e, deste modo, fazem com que ele *exista entitativamente*. Sem um desses três elementos, em situações contratuais, não há que se falar em contrato. O mesmo é inexistente. A causa sinalagmática dá juridicidade aos acordos. Como afirmou o grande Serpa Lopes: "A sua [da causa] inexistência importa na inexistência do negócio jurídico".²²

Entretanto, sempre houve dificuldade em estender o mesmo raciocínio à doação. Domat entendia que, nesta figura, o espírito de liberalidade "entrava" no lugar da causa, exercendo o seu papel.²³ Nascia um voluntarismo que afastava o valor da causa como elemento objetivo e concreto. Em verdade, as doações, ainda que se admita a sua contratualidade, são atos sempre com forma *ad substantiam* e, portanto, é essa forma (análoga à *traditio* dos contratos reais) que exerce o papel da causa.

De qualquer maneira, este é um sentido importante da causa, porque determina o que vai e o que não vai ser tutelado pelo sistema de direito. O que está dentro do campo contratual é o que a ele fica não submetido; ou seja, tecnicamente, inexistente, depende da verificação da presença de uma causa razoável.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1988. vol. I, p. 431. Outra não foi a conclusão de Judith Martins-Costa sobre o papel da causa na sistemática civil pátria, op. cit., p. 224.

DOMAT, Jean. *Les lois civiles dans leur ordre naturel; le droit public; et legum delectus*. t. I, Nyon, 1777, Livr. I, Tit. I, Sect. I, p. 27-28.

A ação para recuperar o pago em virtude de um contrato em que não houvesse causa seria, outrossim, a de pagamento indevido ou a de enriquecimento sem causa. Uma das *condictio sine causa*, que no Código Civil se garantem, respectivamente, nos arts. 876 e 884.

Outro é o sentido da expressão *causa suficiente*, de ampla aplicação prática. A causa suficiente pressupõe a presença de uma causa razoável. Só o contrato já existente pode ter a sua causa suficiente perquirida. É preciso que ele tenha ingressado no campo do direito, que exista como negócio jurídico e, mais, como negócio jurídico contratual. A suficiência da causa refere-se à maneira como, concretamente, encontra-se composta a relação entre os termos que dependem um do outro. Tomando, a partir de agora, apenas os contratos bilaterais, trata-se, em se falando de causa suficiente, de saber qual é a exata coordenação entre as prestações devidas e qual o grau de dependência entre elas. Será causa suficiente a identificação perfeita do nexo vinculativo entre prestação e contraprestação.

Há casos, por exemplo, de doação com encargo, em que este é de tamanha importância econômica que está descaracterizada a liberalidade (causa gratuita, *causa donandi*). Composto modo e atribuição liberal em nexo de causalidade, há causa suficiente de contrato comutativo.

“Esse vínculo, quando causal, entre o suposto modo e o objeto da liberalidade hipotética, descaracteriza a doação, consistindo na essência mesma de um contrato comutativo. A análise do caso concreto poderá levar à conclusão de que se trata de uma troca típica, quando há correspectividade, ou atípica, quando há certa desproporção que não configure lesão.”²⁴

A idéia de uma suficiência de causa está relacionada à “quididade” do contrato, isto é, à sua qualificação. Qualificar é dar o nome, é identificar o fato perante o direito, sendo esta tarefa matéria de direito e não de fato, apesar de depender de elementos que podem parecer de fato (exame de cláusulas contratuais). Às vezes não é fácil diferenciar espécies jurídicas: há situações de zona cinzenta, por exemplo, entre compra e venda e fornecimento, ou mesmo distribuição; comissão mercantil e corretagem; o seguro-saúde e o plano de saúde e assim por diante. A composição exata da espécie que ensejar a análise demanda apurar qual o nexo entre as prestações, quais os deveres estipulados, qual a dependência entre os mesmos. A causa suficiente, além de ser aquela que permite a qualificação, em perspectiva de argumentação, pode ser o elemento apto a descaracterizar um tipo e incluir a figura em outro modelo jurídico, perturbando o esquema causal anterior.

Assim, em um exemplo didático, a cobrança de preço pelo comodato é causa suficiente a descaracterizá-lo, compondo a locação, a participação em resul-

⁽²⁴⁾ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. Campinas: Millennium, 2004. p. 370.

tados da empresa é apta a descaracterizar o tipo puro da prestação de serviços do contador, certos elementos (objetivos e subjetivos) da doação modal podem descaracterizar o contrato e comporem uma troca. Para dar um exemplo não contratual, a presença de obrigação inexigível em juízo é causa suficiente a excluir a obrigação restitutória fundada no pagamento indevido (art. 882).

Longe de ser tema não acolhido pelo nosso sistema civil, a causa contratual está a toda ora demandando soluções práticas. A tese do STJ em matéria de *leasing* era precisamente esta: a cobrança antecipada descaracteriza a causa suficiente do *leasing*, compondo estrutura causal diversa. Haveria a consequência, tributária, por exemplo, de ser necessária, composta a causa da venda e compra; a incidência do ICMS.

O contrato de *leasing* ou arrendamento mercantil consiste na outorga da facultade de uso e do poder de fruição ao arrendatário por certo tempo, mediante pagamento, as mais das vezes mensal, de um valor a título de contraprestação pelo uso. No *leasing* financeiro, o aporte de capital exige a remuneração do mesmo mediante juros. Findo o prazo do aluguel, poderá o arrendatário exercer uma de três opções: renovar a relação contratual, normalmente com bem de tecnologia superior, adquirir o bem objeto da mesma, pagando o valor residual garantido (VRG), ou simplesmente extinguir a relação. O fato de que se estipule o pagamento do VRG diluído nas prestações, durante o prazo convenionado para o arrendamento, descaracteriza a causa do contrato, que passa a ser mera compra e venda, ainda que financiada, mesmo quanto tenha sido outra a qualificação dada pelas partes, sem importar o motivo (tributário, contábil, operacional) do uso desta alternativa. Fica descaracterizado, pela unidade de prestação, o caráter de *leasing* do contrato em tela. A causa, no sentido de fim do ato, ajuda a compreender o real propósito das partes que o praticaram: exerce uma função hermenêutica.²⁵

No voto paradigma, relatado pelo eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, cuja ementa foi repetidas vezes reproduzida em decisões subseqüentes, ficou dito:

“Além das razões de ordem fiscal que levaram o legislador a manter a opção de compra, com o pagamento do valor residual como uma das características do contrato de *leasing* operacional, existem outras duas a considerar: a) o negócio do *leasing* fica sem causa, isto é, desaparece a razão do negócio se o arrendatário paga integralmente o preço do bem no curso da execução do contrato, uma vez que a finalidade básica do *leasing* financeiro é ‘sempre o financiamento de investimentos produtivos’. (Fabio Konder Comparato, ‘Contrato de *leasing*’, *Forense* 250/10) e não a compra e venda, sendo que a existência de uma promessa unilateral de venda por parte da instituição financeira serve para diferenciá-lo da locação e da compra e venda a crédito; b) o arrendatário perde com a inclusão na prestação mensal da parcela correspondente ao valor residual, pois

⁽²⁵⁾ Cfr., neste sentido, PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação...*, cit., p. 340.

desembolsa antecipadamente aquilo que pagaria apenas no caso de exercer uma das três opções que a lei lhe reserva, ao final do contrato. E isso lhe pode ser ainda mais prejudicial se considerarmos que tal parcela serve para compor o valor da prestação mensal, sobre o qual incidirão juros e outros acréscimos. *E a inadimplência, que resulta do não pagamento da prestação mensal assim composta, terá graves reflexos na economia do contrato, com possibilidade de perda da posse do bem, embora uma parte do valor não pago constituía cobrança antecipada do que somente seria exigível a final.*

Uma consequência dessa cobrança antecipada é que se elimina a opção de compra, pois é a única alternativa que resta a quem já pagou antecipadamente o preço.²⁶

Neste caso, ficou fixado que a referida cobrança é apta a quebrar o esquema do contrato de *leasing*, ou seja, desfaz a causa suficiente própria do modelo jurídico em questão. O mercado financeiro, por óbvio, sentiu-se abalado com as decisões. Este aspecto, entretanto, longe de infirmar a teoria, mostra a sua força e que, por vezes, o direito interfere na economia com algum sentido, visando não apenas eficiência alocativa, mas efeito distributivo e mesmo manutenção de certo equilíbrio homeostático em face de grandes conglomerados econômicos. A prática empresarial desenvolve, através da composição das prestações, causas concretas, que precisam ser qualificadas. Após esta tarefa, podem as mesmas causas ser agrupadas em modelos jurídicos do que virá um regramento correlato. Entretanto, o caminho contrário também é verdadeiro. A realização, em casos levados a juízo, do regramento normativo, por vezes altera o modelo, a forma de qualificar e, mais importante, a composição causal de prestações a viabilizar a operação econômica, iterativamente.

Deste modo, pode-se falar que há contratos formados pelo mercado, no sentido de que os agentes econômicos, na criatividade empresarial, desenvolvem modelos novos, mas estes também sofrem influências de externalidades, como o Poder Judiciário, ou mesmo do Poder Executivo, no exercício do Poder Regulamentar. Assim, a composição dos contratos é afetada pelo regramento jurídico, mostrando que a relação entre os termos causa concreta, qualificação, modelo jurídico e regime normativo é mesmo de homologia, isto é de uma igualdade ou semelhança de *logos*, de razão.

4. Exposição e análise de julgados da casuística nacional

4.1 O papel transubstanciador da causa

Os contratos denominados de "concessão de venda com exclusividade" foram objeto de reiteradas decisões do nosso STF, principalmente na década de

(26) REsp 181.095, 4.ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.03.1999, m.v. (Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 05.06.2004).

setenta. Na indexação "contrato atípico" aparece um caso destes, o primeiro a ser comentado no texto. Mas há diversas outras decisões. Tratava-se de um agrupamento de situações em que, visando o fornecimento de derivados do petróleo em época de desenvolvimentismo político no cenário nacional, empresas do ramo celebravam comodato de bombas elétricas, tanques subterrâneos e outros materiais necessários à organização da venda do combustível com os que seriam os comerciantes que venderiam ao público o produto. Em instrumento separado, muitas vezes, celebravam as mesmas empresas, com os mesmos comerciantes, promessa de compra e venda por tempo determinado, em regime de exclusividade, dos derivados (gasolina, óleo e lubrificante). Em diferentes hipóteses de inadimplemento por parte dos responsáveis pelos postos de gasolina (desde rompimento de regime de exclusividade a simples não pagamento), muitas demandas foram ajuizadas pleiteando a cobrança de cláusula penal de cada um dos contratos (comodato e promessa de venda e compra).

A jurisprudência formou-se, no sentido de que haveria uma união econômica entre os mesmos a exigir a consideração de que possuíam uma só e mesma causa e, portanto, de que apenas uma multa poderia ser cobrada, pois apresentando uma só e mesma causa, o contrato seria um, ainda que instrumentado em documentação separada e nominado como se de dois contratos se tratasse. Entretanto, nem sempre a causa foi o argumento. Algumas decisões pautaram-se na idéia de que haveria contrato-meio e contrato-fim.

Em excelente decisão relatada pelo Ministro Rodrigues de Alckmin, afirmava nosso Supremo Tribunal:

"Esse inarredável entrosamento entre os dois instrumentos formam um todo, em virtude de sua íntima e recíproca 'coordenação', por isso que a recorrida (Esso), quando deu em comodato ditos equipamentos, o fez com a finalidade incontestável de assegurar a exclusividade da venda de seus produtos no posto de gasolina do recorrente.

Tais circunstâncias comprovam, portanto, na hipótese, a existência de um negócio único, embora caracterizado em dois contratos. Pois, como prelecionou o saudoso e eminente Professor Honório Monteiro: '*O contrato misto não se caracteriza pela função econômica de um ou de outro dos contratos combinados: caracteriza-se por uma nova causa que é a resultante da aliança harmônica das funções econômicas peculiares aos contratos associados. Nenhuma das prestações que se fundem exaure a expressão objetiva da causa ou função econômica do contrato misto, o qual tem causa mista, produto da combinação das duas ou mais prestações e das respectivas causas. É o que se verifica no contrato (de concessão) de venda com exclusividade*' ('Contrato misto', *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1937, p. 538).²⁷

(27) RE 79.562, 1.ª T., rel. Min. Rodrigues de Alckmin, j. 10.02.1976, v.u. (RTJ 77/884-891).

Na caracterização do contrato misto ressalta a idéia do surgimento de uma nova causa, que não é a de cada contrato separadamente, mas algo que deles se desprende para formar uma realidade diversa e servir a um novo fim. Neste particular, nada melhor que lembrar a expressão repetidas vezes utilizada por H. Capitant para tratar da causa: *le but poursuivi*, o propósito, o fim perseguido pelos contratantes. É ele o elemento apto a configurar certo e determinado nexos entre as prestações dadas ou prometidas que fundam o dever de contraprestar.

Naquela ocasião, o STF manifestou-se, ao contrário do que em decisões anteriores, pela teoria da incidência respectiva, ou da combinação, com mitigações. Sabe-se que, em contratos mistos, pode-se aplicar o regramento do contrato que é fim (teoria da absorção) ou para cada parte, o regramento do contrato que enseja a prestação em cheque. Mas o Min. Rodrigues de Alckmin parece ter chegado, na oportunidade, a solução conciliadora que não era outra senão a do Tribunal da Guanabara atrás referida:

“Outrossim, cumpre-nos advertir que as regras principais a serem observadas, em relação ao contrato misto, são estas: ‘a) cada contrato se rege pelas normas do seu tipo; b) mas tais normas deixam de ser incidentes, quando se chocarem com o resultado que elas visam assegurar’.”²⁸

A conclusão do aresto é a de que, sendo contrato autônomo e, ao fim, um só, não se podem cumular multas compensatórias dos dois contratos. A idéia de causa aplicada leva a perceber a conexão íntima entre contratos aparentemente distintos, a formar, em verdade, um só contrato, um ato unitário, embora complexo.

Muitas outras decisões a respeito de matérias análogas (contrato de concessão de venda com exclusividade celebrado no ramo de gasolina e derivados de petróleo) são facilmente encontradas através da pesquisa com o termo “contrato coligado”. Ao todo, são vinte casos que abordam a temática.

Um dos primeiros julgados data de 21.05.1976. A decisão, na ocasião, foi no sentido de se pagar apenas uma das multas, aquela prevista no contrato de comodato.²⁹ Na ocasião, ficou clara a conexão causal intuída pela frase “resulta assim que, na conexão de contratos rescindido um, automaticamente terá por rescindido o outro”, versão moderna da frase latina esculpida à época da doutrina da causa – *cessante causa, cessat effectus*. Apesar da previsão de multas nos dois contratos, aplicou-se apenas uma delas, também porque “os contratos típicos em que se funda esta ação são contratos de adesão, nos quais o concessionário exclusivo de vendas não teve alternativa senão aderir às condições impostas pelo poderoso co-contratante. As multas neles inseridas são excessivamente pesadas e não podem receber a homologação do judiciário”.

Neste particular, mais uma vez, sobressai aquela função política em que a intenção axiológica da norma a ser realizada no caso, altera a sistemática con-

⁽²⁸⁾ RTJ 77/889.

⁽²⁹⁾ RE 78.162-PR, 1.ª T., rel. Min. Bilac Pinto, j. 21.05.1976, m.v.

tratul. Já se falou, em um dos votos daquele julgado em “excessiva onerosidade da multa”.

Em uma importante decisão, relatada pelo Min. Cordeiro Guerra e com voto vista do Min. Moreira Alves, começa-se a falar em contrato fim e contrato meio.³⁰ O relator recolhe a terminologia do parecer do Prof. Washington de Barros Monteiro acostado aos autos e utiliza-se de uma expressão de um dos julgadores da instância inferior para se referir ao contrato de comodato: tratar-se-ia de um contrato “satélite”. O teor do voto do Min. Moreira Alves seria repetido em outra decisão por ele relatada e a seguir examinada com mais minúcia. Neste caso, aplicou-se a multa da compra e venda, em vista de se entender esta como o contrato principal.

Já na decisão seguinte, do Min. Moreira Alves, aplicava-se a multa do contrato de compra e venda que era vista como o contrato fim e que absorvia, portanto, o contrato meio. Neste caso, que induziu uma séria de outras decisões, defendeu o ministro que, apesar da coligação e dependência bilateral, o fim econômico seria verificável no contrato principal e este é que estaria sendo desrespeitado na hipótese de inadimplemento.³¹ Recolheu a doutrina de Enneccerus e, baseado em Oppo, inaugura, nestes casos, a idéia de uma acessoriedade em matéria contratual, em verdade, acabando com a possibilidade de se verificar nexos causal entre os referidos contratos, nexos estes que passa a ser de mera dependência funcional de um em relação ao outro, sendo o comodato, bem da verdade, mera ocasião ou condição não necessária para a concessão. Entretanto, o próprio texto de Oppo citado no acórdão aponta para

⁽³⁰⁾ RE 84.727, rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 27.04.1976, v.u.. Ementa da decisão: “Contrato de concessão de venda de petróleo e derivados, com exclusividade. Contrato misto e único, embora convencionado em dois instrumentos distintos de promessa de compra e venda e comodato. Duplicidade de multas para o caso de inadimplemento pelo concessionário. Imposição de uma única multa, a estipulada no contrato fim e não a prevista no contrato meio. Recursos Extraordinários conhecidos, mas improvidos”.

⁽³¹⁾ RE 86.246-RJ, rel. Min. Moreira Alves, j. 04.03.1977, v.u.. A ementa da decisão é a que segue: “Contrato de promessa de compra e venda mercantil ligado a contrato inominado (dito de comodato). Coligação de contratos, em que o primeiro é o principal, e o segundo acessório. Coligação todavia, que, em face da finalidade econômica dos contratos, se configura como coligação com dependência bilateral, segundo a classificação de contratos coligados de Enneccerus. Em tais casos, quando o inadimplemento diz respeito à finalidade econômica dessa coligação, aplica-se, apenas, a cláusula penal do contrato principal, ou seja, do de promessa de compra e venda mercantil. A cláusula penal do contrato acessório só poderia ser aplicada se, também, tivesse sido descumprida uma de suas obrigações específicas e, portanto, desvinculadas do inadimplemento da função econômica da coligação, como, a título exemplificativo, a recusa de restituição dos equipamentos dados em empréstimo. Recurso extraordinário conhecido em virtude do dissídio de jurisprudência, mas não provido”.

que podem existir coligamentos contratuais em que se verifique, a um só tempo a dependência do acessório para com o principal e a do principal para com o acessório, de maneira que a decisão anterior e a do Tribunal da Guanabara poderiam prevalecer. Nesta decisão, entretanto, o Min. Moreira Alves repete voto de outro julgado, em que a tese fora lançada. Naquela ocasião, o ministro apontara a necessidade de aprofundar a causa concreta, vista como "finalidade econômica dessa coligação negocial". Entretanto, julgara que a finalidade "se confunde com a do contrato principal, já que os equipamentos fornecidos servem somente como um dos meios utilizados para a consecução daquele fim".

Em virtude dessa decisão, caminharam no mesmo sentido diversas outras.³²

Apenas uma das decisões manteve-se fiel à orientação da idéia da dependência intrínseca que não permite solução apriorística pela aplicação da multa da compra e venda.³³

4.2. O papel envolvente da causa contratual

Em outro caso, indexado também através da voz "contrato atípico", havia a situação que a seguir se descreve.³⁴ Uma empresa já existente e atuando no mercado automobilístico, para poder comercializar veículos Volkswagen, foi obrigada por esta a introduzir modificações nas suas instalações, tais como ofi-

(32) RE 78.162/Edv-PR, 1.ª T., rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 20.10.1977, pleno, m.v.; Embargos no RE 78.162-PR, 1.ª T., rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 20.10.1977, pleno, m.v.; RE 87.781-SP, rel. Min. Moreira Alves, j. 25.11.1977; RE 87.629-BA, rel. Min. Moreira Alves, j. 25.11.1977; RE 89.051-RS, rel. Min. Djaci Falcão, j. 14.03.1978, v.u.; RE 88.444, rel. Min. Rodrigues de Alckmin, j. 09.05.1978; Embargos no RE 84.727-RJ, rel. Min. Bilac Pinto, j. 18.05.1978; RE 88.857-RJ, rel. Min. Soares Muñoz, j. 02.06.1978; RE 82.312, rel. Min. Leitão de Abreu, j. 08.05.1979, v.u.; RE 91.269, rel. Min. Moreira Alves, j. 24.08.1979 (decisão negando redução proporcional de multa em fase de execução em vista da matéria não ter sido decidida anteriormente); RE 91.688-1-PR, rel. Min. Djaci Falcão, j. 16.10.1979; RE 91.676-PR, rel. Min. Cunha Peixoto, j. 23.10.1979; v.u. (neste caso, a não fixação do valor do contrato e, conseqüentemente, da multa na decisão impediu a aplicação da multa da compra e venda, o que mostra o perigo de soluções apriorísticas e mesmo de enunciados judiciais vinculativos); RE 91.256-RJ, rel. Min. Leitão de Abreu, j. 27.05.1980 v.u.; RE 87.956, rel. Min. Leitão de Abreu, j. 27.05.1980 (decisão que começa a admitir, expressamente a possibilidade de redução proporcional da multa da compra e venda); RE 90.453, 2.ª T., rel. Min. Decio Miranda, j. 30.05.1980, v.u.; RE 93.189-PR, rel. Min. Moreira Alves, j. 21.10.1980; RE 96.592-RS, rel. Min. Djaci Falcão, j. 17.09.1982.

(33) RE 87.662-SP, rel. Min. Thompson Flores, j. 24.04.1979, v.u.

(34) RE 81.052, 2.ª T., rel. Min. Moreira Alves, j. 17.10.1975, v.u. (RTJ 76/618-623).

cinas próprias e empreender reforma substancial em seu estabelecimento. Foi celebrado contrato de concessão de venda mercantil, com as referidas exigências. O contrato envolvia exclusividade na venda, bem como a fiscalização da empresa (Nova Texas), a ser feita pela Volks, concedente. Foram estes elementos identificados como causa suficiente a impedir a recondução ao tipo legal da compra e venda mercantil, mas uma particular concessão de venda, dotada de caracteres que não permitiam subsunção em homologia estrutural e funcional perfeita ao modelo.

Em virtude de que certos acionistas da Nova Texas houvessem se retirado da empresa, a Volks resiliu a relação unilateralmente e sem motivo, não noticiando previamente o exercício do poder formativo extintivo, sendo que a referida razão pretensamente justificadora não era contratualmente prevista como apta a autorizar o comportamento. Fundado na quebra do contrato, foi ajuizado pedido indenizatório em perdas e danos (art. 159 do Código revogado), que foi concedido pelo Tribunal, o que ensejou o extraordinário sob o fundamento de que, sendo o contrato atípico, não poderia ter sido aplicada regra do contrato típico afim, mas deveria ter sido julgado o caso *conforme os usos*. A regra em questão era o *caput* art. 1.221 do Código de 1916 ("Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode rescindir o contrato"). A ausência de aviso prévio acarretava a responsabilidade por perdas e danos.

A defesa da existência de um poder de resilição desmotivada, exercitável unilateralmente e sem tempo de reajuste, na hipótese, *contraria a idéia de que o contrato exclui o distrato*. A própria vedação de condições puramente potestativas, sob pena de nulidade, excluiria a fundamentação da Volks. Em verdade, o *caput* do art. 1.221 do CC então vigente, que exige o aviso prévio mediante ato de efeito resilitório, nos contratos de locação de serviço por tempo indeterminado, foi aplicado em analogia com a situação da concessão de venda em questão. Sem o referido aviso, haveria dever de indenizar perdas e danos, pois, afinal, foram realizadas obras e instalações em virtude do contrato celebrado com a Volks.

O acórdão, da lavra do ilustre Ministro Moreira Alves, recolhe, entre outros preciosos ensinamentos, o de Messineo, de acordo com o qual, ao se valer da analogia é preciso atender à "consideração da concreta situação de interesses que cada contrato inominado apresenta". Interessante, no sentido da alegação de ofensa aos usos, a afirmação do Ministro no sentido de que "o recorrente não demonstrou a existência de usos e costumes comerciais, no local da execução do contrato, no sentido da tese que defende".

Onde poderia ter sido tocado, centralmente, o tema da causa, seria na questão do poder de resilição unilateral e desmotivado. Alegava a Volks que, pelo art. 115 do Código então vigente, que permitia qualquer condição, desde que não vedada expressamente, poderiam mesmo qualquer das duas partes ter pedido a finalização da relação jurídica obrigacional.

O ponto seria o de que a presença de simetria de poder jurídico e a ausência de proibição, impediam o provimento do pedido de perdas e danos. Com a força peculiar, lançou sua afirmação o ministro:

"No caso, o aviso prévio não é condição em sentido próprio ou em sentido impróprio - trata-se do que tradicionalmente se denomina *elemento natural do negócio jurídico*, isto é, *princípio que, na falta de disposição em contrário pelas partes (que podem, pois afastá-lo, desde que o façam expressamente), disciplina o negócio jurídico regulado pela lei, e conseqüentemente, por analogia, o negócio jurídico atípico a ele afim.*"

No particular, o dever de dar aviso prévio, trata-se de um daqueles deveres de lealdade derivados, se não da lei ou do contrato, da boa-fé objetiva. Embora não se tenha feito menção à categoria da causa contratual, aqui ela foi utilizada para manter um equilíbrio na alocação de riscos estabelecida pelo contrato. Se a causa traz dependência entre as prestações das partes, a ruptura abrupta na concessão da venda rompe o nexo de dependência entre prestação e contraprestação, ensejando dano injustificado e o pedido reparatório. A Nova Texas houvera investido com vistas à concessão e, mais que isso, a este comportamento se obrigara contratualmente por conta do benefício que auferiria de ostentar a marca Volks. Há dependência causal entre esta prestação e a concessão. *O comportamento condutual da Volks desequilibra a alocação de custos e riscos porque rompe a causa sinalagmática.*

No particular, há, claramente, sobreposição temática com a idéia de boa-fé objetiva (art. 422 do novo CC). Há atuação contraditória da Volks, que causa expectativa, determina comportamento da contraparte orientado em um sentido e, depois, injustificadamente, a mesma parte que ensejou o comportamento dá um passo atrás. *Configura-se o venire contra factum proprium, que a ninguém é concedido.*

A causa material, em filosofia, desdobra-se em *id in qua aliquid fit* e *id ex qua aliquid fit*. Ela diz da consistência "entitativa", quer do ponto de vista físico, quer do ponto de vista psicológico, moral, historiográfico, fenomenológico. Diz-se que a causa material da estátua é o mármore, como o modo de atuar do filho tem por causa material o agir do pai. Neste sentido, *pode-se dizer que a boa-fé irradia (= causa) materialmente deveres para dentro do âmbito do contrato, de modo a poder se dizer que existe relação entre causa material e boa-fé.* A relação entre boa-fé objetiva e causa não é, entretanto, de co-extensão conceitual, principalmente quando se fala de causa sinalagmática.

"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 confi-*

preende 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."³⁵

Neste caso, julgado pelo STF, a causa foi utilizada, implicitamente, como idéia para manter a necessidade normativa de certo equilíbrio contratual e impor o dever de indenizar perdas e danos, mas também foi importante elemento a perceber a relação entre o comportamento da empresa autora e o contrato de concessão e ver a ligação entre ambos, de natureza necessária. A causa, no aresto, mostra o envolvimento real entre prestações aparentemente desconectadas em tese e em método legalista de análise. O que seria mera concessão, envolvia, de certo modo, uma parceria, no sentido de que a empresa concedente obrigou a ajustes de aviamento nos quais tinha interesse e dos quais obteria proveito, tanto que, expressamente, declarou o interesse em contrato. A causa concreta permite perceber a introdução, no contrato de concessão, de uma outra prestação, não típica do modelo em questão.

Tem, neste caso, um efeito envolvente, captador da prestação que estaria de fora do contrato típico e permite, assim a indenização por perdas e danos em vista de que houve, ao menos parcialmente, quebra do fim do negócio jurídico firmado. Cessada a causa do investimento (a concessão), cessa o efeito, qual seja, este ser tido por um dever e, manter a situação deste modo permitiria enriquecimento injustificado. A causa, nestas hipóteses, traz para dentro de um contrato uma prestação que pareceria meramente externa ou em nada relacionada a ele.

A causa, no contrato em questão, surge tematizada exatamente no sentido de que se entendia a vestimenta dos contratos inominados no direito medieval e a *causa finalis*. Na Glosa de Acúrsio, lêem-se, sobre a causa nesta acepção, frases definidoras da categoria como "*id est datio vel factum, quod vestiet pactionem*"³⁶

Baldo, por exemplo, ao se perguntar, no comentário a C. 6, 44, 1, sobre como conhecer a causa final dos contratos, afirma, sem medo: "*illa est causa finalis de cuius radice emanet obligatio*".³⁷ Mas uma das afirmações mais soberanas e recorrentes nos escritos jurídicos medievais, segundo dá conta A. Söllner, é "*cessante causa, cessat effectus*",³⁸ a qual mostra o grau de dependência entre as prestações e entre as obrigações a compor o equilíbrio do sinalagma e que, nas hipóteses de frustração do fim permite, quer o pedido de indenização por perdas e danos, quer a tutela específica, quando possível, quer o pedido restitutivo fundado no enriquecimento injustificado à falta de outro remédio jurídico ou quando prescrita a ação condenatória correspectiva.

³⁵ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação...*, cit., p. 69.

³⁶ Glosa, "causa" § 2.º, apud SÖLLNER, Alfred. *Die causa im Kondiktionen...*, cit., p. 88.

³⁷ Apud SÖLLNER, Alfred. *Die causa im Kondiktionen...*, cit., p. 119.

³⁸ SÖLLNER, Alfred. *Die causa im Kondiktionen...*, cit., p. 20.

Outra decisão do STF, também pode ser analisada sob esta perspectiva. Embora em terminologia atécnica, a ementa capta o efeito envolvente da causa concreta, de maneira quase que imediata. O relator do acórdão foi o Min. Victor Nunes Leal.

“1. Para validade da alienação onerosa, ainda que por procuração em causa própria, é essencial o elemento preço.

2. Se a procuração contém preço simulado por estarem o preço real e a sua forma de pagamento regulados em contrato conexo de loteamento de terras, a sua validade fica subordinada ao destino desse outro contrato.

3. Afirmada pela Justiça local a infração do contrato de loteamento, inadimplimento do loteador, *fica sem efeito a alienação*, que se lhe pretendia fazer nas condições acima indicadas.

4. Pedido rescisório procedente.”³⁹

Afastando, em nossa análise, os aspectos processuais da demanda, há claramente, dois contratos, uma compra e venda realizada mediante escritura, em que os vendedores compareceram representados pelo comprador (“procuração em causa própria”) e um contrato de loteamento. Na procuração, se mencionava um preço bastante baixo para a aquisição do imóvel. No contrato de loteamento, se referia a outro valor de preço pela gleba, cerca de sete vezes mais que o preço da procuração, o qual seria pago pelo loteador adquirente aos vendedores, através de comissões sobre a venda dos lotes das chácaras a serem demarcadas na gleba. O comprador-loteador se tornou dono do imóvel, não vendendo nenhum lote, nem procedeu ao empreendimento comercial. Deste modo, pretendiam os vendedores a retomada do imóvel, desfazendo-se a transferência de propriedade operada.

O Supremo entendeu que havia uma relação entre os dois contratos, a compra e venda e o loteamento e que, ao mesmo, tempo, haveria simulação de preço na compra e venda. Como não foi provado sequer o pagamento do preço simbólico, e sequer foi realizado efetivamente o loteamento, julgou procedente o pedido “a fim de rescindir o contrato de loteamento e anular a procuração em causa própria”. Deste modo, retornava o domínio aos autores.

O Tribunal entendeu que a falta do elemento preço, na procuração, determinava a invalidade do negócio. No particular, parece não muito técnica a decisão, primeiro porque havia preço, ainda que simulado, ou mesmo determinável (pelo contrato particular de loteamento). O argumento de sua ausência foi muito mais decisivo, em verdade, para o conhecimento do recurso que para o seu julgamento. Pois como diz o relatório, havia preço, ainda que simulado. O que não havia era, na procuração o preço real, que “achava-se vinculado a um contrato que não tinha sido cumprido, conforme também afirmou a Justiça lo-

³⁹ RE 55.585-GO, rel. Min. Victor Nunes Leal, j. 02.06.1964, v.u.

cal. Portanto, não poderia prevalecer essa procuração como instrumento translativo do domínio”.

Foi determinante para a decisão, que anulou a venda e rescindiu o loteamento, determinando a apuração de indenização por benfeitorias em ação própria, o critério da *exceptio non adimpleti contractus*, que se baseia, em verdade, em longa tradição da teoria da causa, na idéia de que *frangenti fides non est fides servanda*. Este adágio, da doutrina canonista e depois das escolas de direito comum, foi conhecido como regra dos correlativos e, nos dizeres expressivos de Capitant, “*contém em germe toda a teoria da causa nos contratos sinallagmáticos*”.⁴⁰

Vale à pena, pelo vigor e tecnicidade da peça, transcrever passagens da inicial da rescisória:

“Sem ter cumprido a sua parte no contrato, sem haver loteado o imóvel em chácaras, sem promover a venda de um metro sequer dos terrenos em benefício do contratante, portanto, completamente inadimplente nas obrigações assumidas, conseguiu haver para si, por força da transcrição levada a efeito da procuração *in rem suam* (embora, na época, o oficial de Registro Imobiliário já estivesse notificado do litígio!!!), a área de terras que ambicionava. (...) Simulou um contrato de locação de serviços, fantasiou a possibilidade de lotear a extensa área de terras pertencente ao contratante em chácaras e sua vendagem respectiva, com lucros fabulosos, vultosos, para, entretanto, nada realizar, nada cumprir e, apenas, abocanhar a melhor faixa de terras do imóvel.”

Em verdade, o que se está a perceber aqui, é a dependência entre dois contratos aparentemente desvinculados, o loteamento e a venda. Esta dependência, como tem caráter causal, impede o desenvolvimento pleno da relação jurídica de um deles até o adimplemento final e a atribuição patrimonial definitiva e duradoura se um dever, do outro contrato, não foi cumprido e foi razão determinante da contratação do outro negócio jurídico. Aplicação à exceção do contrato não cumprido, com um efeito alargado, no caso, que é o desconstitutivo, e não meramente obstativo. A tal ponto a exceção foi fundamental para o caso que foi a razão mesma do provimento do pedido rescisório.

“A contradição da sentença não podia deixar de ser proclamada, porque o juiz, afirmando peremptoriamente que os réus haviam descumprido o contrato de loteamento, entretanto, negou a sua rescisão, que estava contida no pedido de anulação. A sentença fez bom uso do art. 1.092 do CC [1916]; ao julgar improcedente a reconvenção, *mas não o aplicou ao deixar de rescindir o contrato, quando isto se impunha a todas as luzes.*”

A causa, mais uma vez, envolve em um contrato, outro contrato, a ponto de que tem o poder de anular o próprio ato registral, mostrando que nosso sistema

CAPITANT, Henri. *De la cause...*, cit., p. 327 [“contenait en germe toute la théorie de la cause dans les contrats synallagmatiques”].

de aquisição imobiliário é, como defendido desde a década de 70 pelo Prof. Clóvis do Couto e Silva, de causalidade meramente relativa e não abstrato, como o alemão.⁴¹

Outro recente julgado parece ter aplicado, implicitamente, a idéia de causa para decidir de um conflito de competência entre a justiça estadual comum e a federal do trabalho.⁴² Tratava-se da coligação do contrato de cessão de imagem de um jogador de futebol com o contrato de trabalho. No caso concreto, entendeu-se que, como a causa concreta do contrato de imagem é permitir remuneração para o serviço prestado, ainda que indireta, evitando excesso de encargos, este seria envolvido pelo de trabalho e poderia, ainda que sendo contrato civil, ser julgado pela justiça do trabalho. No seu voto vista, o Min. Ruy Rosado afirmou: “uma maneira de pagar o salário ao atleta, sem os encargos da Previdência, de impostos e de eventuais indenizações, é cumular a remuneração do jogador com a renda auferida pelo uso da imagem, do nome etc. *Enião, o que há é uma relação entre o clube e o jogador, em que este presta serviços como tal e ao clube é permitido usar – enquanto persistir essa situação – a sua imagem, o seu nome, o seu prestígio, que é um modo, também, de se ressarcir das despesas que tem. Mas, na verdade, trata-se de um contrato de trabalho em que está sendo remunerado o jogador, ou o prestador do serviço, por diversos modos, com diversas parcelas. Se é assim, então, o contrato principal é o contrato de trabalho. Pelo que se ouviu acerca do que consta nesse outro contrato de imagem, ora submetido à Justiça Comum, o jogador simplesmente não poderia mais exercer a sua profissão enquanto vigente o contrato sobre a imagem, a não ser naquele clube, usando seu boné, sua camiseta, seu dístico. Já não poderia ingressar em campo, a não ser com a camiseta do patrocinador – o que cerceia totalmente o exercício da sua atividade”.*

Neste caso concreto, pareceu razoável, e bastante a determinação de acessoriedade de um contrato em relação ao outro. Prosseguiu o ministro:

“O contrato principal é o de trabalho; o outro é acessório e só pode funcionar e ser interpretado em função do principal [ou seja, é efeito do primeiro, que é sua causa]. Ademais, a judicialização dessas questões de jogadores de futebol nunca é favorável para o próprio esporte. Estaríamos afirmando que é preciso mover uma ação, uma reclamatória trabalhista, no juízo do trabalho, e outras

(41) COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação...*, cit., p. 56. A respeito da admissibilidade da ação visando impugnar mesmo o ato de traslado dominial: “Se o imóvel já tiver sido transcrito, a ação poderá ser reivindicatória, se bem que nessa hipótese já estará extinta a obrigação principal, pela realização do pagamento. A ação, aí, será de domínio, sem qualquer relação com o vínculo obrigacional, salvo no que respeita a uma eventual verificação de causa”; COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação...* cit., p. 69.

(42) CComp 34.504-SP, relatora Ministra Nancy Andriahi, sendo relator para o acórdão o Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 12.03.2003, m.v.

ações no juízo Estadual, tudo envolvendo a mesma relação, o que, para mim, é uma dificuldade a mais que se coloca nessa seara.

Portanto, no caso, com os contratos que estão sendo objeto dessas discussões judiciais, com tais cláusulas, seria mais conveniente que isso fosse visto pelo juiz do contrato principal, que é o Juiz do Trabalho, em cujo foro começou a primeira ação. Não desconheço a fundamentação da eminente ministra-relatora quanto à natureza civil desse segundo contrato, mas me parece que estamos decidindo, aqui, apenas o problema da competência, a qual pode ser atribuída ao juiz do contrato principal. Daí por que, *data venia*, estaria em conhecer do conflito e definir como competente, para resolver tais questões, a Justiça do Trabalho.”

Há um outro julgado recentíssimo em que o efeito envolvente da causa contratual parece ter sido notado.⁴³ A decisão vem assim ementada:

“Contratos coligados. Exceção de contrato não cumprido. Prova. Cerceamento de defesa. Arrendamento de gado. ‘Vaca-papel’.

— Contrato de permuta de uma gleba rural por outros bens, incluído na prestação o arrendamento de 600 cabeças de gado.

— Sob a alegação de descumprimento do contrato de permuta, faltando a transferência da posse de uma parte da gleba, o adquirente pode deixar de pagar a prestação devida pelo arrendante e alegar a exceptio.

— A falta de produção da prova dessa defesa constitui cerceamento de defesa.

— Recurso conhecido em parte e provido.

Voto vencido do relator originário.”

Tratava-se de caso muito peculiar em que duas partes celebraram permuta. Uma delas daria determinada gleba de terras em troca de diversas prestações. Uma delas seria o dinheiro decorrente de um arrendamento de cabeças de gado pela mesma, feito à contraparte. Diante do não pagamento do arrendamento, o arrendante, que cedera o direito a outro sujeito, ensejou que o cessionário cobrasse o valor devido. O arrendatário disse que, em vista do não cumprimento integral da troca, não se poderia exigir o adimplemento do arrendamento, uma vez que não fora transferida parte da gleba.

Neste caso, o tribunal notou que a relação de dependência entre os contratos impedia a cobrança de uma prestação em vista da exceção do contrato não cumprido, verificando o papel de dependência causal entre duas relações contratuais aparentemente distintas. Conheceu do recurso em vista de se tratar de problema de qualificação jurídica, viu no modelo uma coligação e aplicou o regra-

REsp 419.362-MS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, sendo relator para o acórdão o Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.06.2003, m.v.

mento do art. 476, incidente sobre qualquer contrato bilateral. O detalhe do caso é que a prestação é de um contrato e a contraprestação vem de outro. Como os mesmos estão, concretamente, em relação de causa e efeito, a analogia é perfeitamente possível.

Disse o ministro que relatou o acórdão:

“O r. acórdão recorrido admitiu que ‘(as partes) deixaram evidente que os semoventes foram adquiridos pelo arrendador aos arrendatários como parte do pagamento da permuta feita entre eles em 17.10.1989’. Embora a egrégia Câmara tenha afirmado que disso não se poderia extrair a vinculação entre os contratos, deve-se convir que essa conclusão decorre da qualificação jurídica a eles atribuída, e assim pode ser revista na via especial. Acredito que um contrato feito para pagamento de outro está vinculado a este outro de modo indissociável, por mais que se queira negar esse laço, e se em um existe o inadimplemento, parece bem evidente que esse fato influi sobre o outro contrato, que dele era conseqüência e que pressupunha o pagamento do primeiro. Quero dizer: se o segundo contrato é celebrado como parte do pagamento do primeiro, o inadimplemento deste autoriza a exceção de contrato não cumprido, pelo devedor do segundo, que era o credor insatisfeito do primeiro.”

4.3 Papel requalificador da causa contratual

Há uma série de decisões em que a causa requalifica o contrato, atribuindo-lhe seu real sentido, nem sempre o mesmo detectado pelas partes ou desejado por sujeitos a elas distantes, mas interessados na qualificação. Em matéria tributária, por exemplo, há sérias discussões a respeito da incidência do ISS sobre contratos de locação de coisas móveis.

Em recente julgado a respeito de locação de guindastes, decidiu o STF no sentido da não incidência em vista da inexistência de serviço prestado pelo locador, apenas incidentalmente, para aquele caso, pois em geral o STF entende o contrato tributável.⁴⁴ Ele não colocava à disposição do locatário pessoas para operar os guindastes, mas apenas emprestava as máquinas mediante remuneração para tanto especificada. A causa era a típica da locação de coisas, sem qualquer ato prestacional humano. A decisão prevaleceu mesmo sobre a lei municipal de Santos, que determinava claramente a incidência do imposto nesta circunstância. Neste caso, mais uma vez, a causa concreta, determinava a qualificação e o regime jurídico, até mesmo para além do direito civil.

Aplicou-se, no julgado, o art. 110 do CTN, segundo o qual se preservam os institutos do direito civil e suas modelagens (“A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e normas de direito privado, utilizados expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pe-

⁴⁴ RE 111.121-3-SP, rel. Min. Octávio Gallotti, j. 11.10.2000, m.v.

las Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias” – no julgado o Min. Marco Aurélio comenta o dispositivo de maneira contundente, mostrando o papel do direito privado como forma de proteção do indivíduo e da sociedade civil diante do Estado – “O preceito veio ao mundo jurídico como um verdadeiro alerta ao legislador comum, sempre a defrontar-se com a premência do Estado na busca de acréscimo de receita”. É interessante que, no voto do relator, tenha sido buscada uma qualificação absoluta, a partir da natureza da obrigação (“De fato, configura obrigação de dar, consistente na entrega de bem locado e não de fazer, esta última, própria da locação de serviços”).

O Min. Marco Aurélio, no seu voto, identifica de pronto a causa concreta, que é o núcleo do contrato e que permite a detecção da existência ou não do fato gerador:

“Indago se, no caso, o proprietário do guindaste coloca à disposição daquele que o loca também algum serviço. Penso que não. Creio que aí se trata de locação pura e simples, desacompanhada, destarte, da prestação de serviços. Se houvesse o contrato para essa prestação, concluiria pela incidência do tributo.

Em face do texto da Constituição Federal e da legislação complementar de regência, não tenho como assentar a incidência do tributo, porque falta o núcleo dessa incidência, que são os serviços.”

O respeito e reconhecimento da causa concreta, como elemento inicial do direito – como dizia Cícero *natura initium ius*⁴⁵ – foram importantes no voto vencedor, do ministro:

“Em síntese, há de prevalecer a definição de cada instituto, e somente a prestação de serviços, envolvido na via direta o esforço humano, é fato gerador do tributo em comento. Prevalece a ordem natural das coisas cuja força surge insuplantável; prevalecem as balizas constitucionais e legais, a conferirem segurança às relações Estado-contribuinte; prevalece, alfin, a organicidade do próprio Direito, sem a qual tudo será possível no agasalho de interesses do Estado, embora não enquadráveis como primários.”

Todos os casos envolvendo as Súmulas 263 e 293 dizem respeito a este papel requalificador. Nos contratos de *leasing* já se apontou o problema. O efeito prático de considerar a interferência da cobrança antecipada do VRG na causa do contrato como apta a requalificá-lo com compra e venda a prazo era determinar a transferência da propriedade para o arrendatário com a tradição e obstar, conseqüentemente, o pedido de reintegração de posse nas hipóteses de inadimplemento contratual, no desenrolar da relação jurídica.

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

Do ponto de vista da *ars iudicandi*, a solução é profundamente engenhosa, pois a garantia das instituições financeiras sendo, em termos de efetividade, o próprio bem arrendado, a possibilidade de sua recuperação pronta por ação de força executiva e cognição sumária, além de real, é uma vantagem adicional para a operadora de *leasing*. Se, além dela, vale-se da cobrança antecipada, parece estar a haver um desequilíbrio na própria estruturação sinalagmática do contrato. Para a operadora, toda a garantia, segurança e remuneração, para o arrendatário, deveres de pagamento e posse sem domínio.

Indexadas com a voz "causa do contrato", as decisões sobre a matéria são catorze.⁴⁶ Na evolução da matéria é interessante observar como, pouco a pouco, as decisões vão se tornando unânimes e, a partir de maio de 2000 explicitamente consta de uma ementa que "descaracterizado o contrato como sendo de compra e venda a prestações, não há que se falar em esbulho possessório, sendo imprecendente o pedido de reintegração por parte da arrendadora."⁴⁷

Em uma das mais recentes decisões, a contundência do voto vista da Ministra Nancy Andrighy merece atenção:

"Assim, está autorizado o magistrado, no exame das condições específicas da ação de reintegração de posse, ao reconhecer a caducidade de cláusula que posterga a opção de compra do bem, quando já exercida essa por meio de pagamento fracionado e continuado de VRG, extinguir o processo sem exame de mérito, uma vez que a demissão da posse do arrendante ocorrerá por ato próprio e espontâneo com a instrumentalização da opção antecipada de compra do bem, e não por ato do arrendatário, que não se torna esbulhador pela inadimplência parcial, de compra e venda a prestações."⁴⁸

Aliás, a reintegração de posse, nos últimos tempos, tem sido ação empregada para tutela do crédito. Longe de representar mais a proteção de um lugar estável de moradia ou exercício de profissão, se tornou, através de hábeis mecanismos, forma de tutelar o poder econômico. Vão longe os dias em que se via

⁽⁴⁶⁾ REsp 178.272-RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.03.1999, m.v.; REsp 188.145-RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 06.05.1999, m.v.; REsp 181.095-RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.03.1999, m.v.; REsp 218.041-RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 02.09.1999, v.u.; REsp 196.209-RS, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 09.11.1999, m.v.; REsp 172.432-RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.11.1999, v.u.; REsp 228.782-SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 07.12.1999, v.u.; REsp 180.509-RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 17.02.2000, v.u.; REsp 191.514-SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 14.03.2000, v.u.; REsp 192.387-RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 02.05.2000, v.u.; REsp 189.412-GO, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 06.04.2000, v.u.; REsp 207.634-RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 18.05.2000, v.u.; REsp 218.369-RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 06.06.2000, v.u.; REsp 185.287-RS, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 14.11.2000, m.v.

⁽⁴⁷⁾ REsp 207.634-RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 18.05.2000, v.u.

⁽⁴⁸⁾ REsp 185.287-RS, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 14.11.2000, m.v.

aquele ar de civismo que levou Pontes de Miranda a afirmar certa vez, ao tratar dos interditos possessórios e de seu surgimento no *ius honorarium*:

"O Código Civil brasileiro fêz-se, em matéria de posse, com elementos romanos, germânicos e canônicos. A pesquisa científica, que chegou ao seu mais alto grau nos séculos XIX e XX, reflete-se neles, pela classificação de conceitos e pela seleção de soluções. Tem de ser interpretado, como o Código Civil alemão e o suíço, atendendo-se a que a doutrina, da que provieram, se preocupava com a *verdade histórica* e, ao mesmo tempo, com a escolha do mais *acertado*, para a resposta a certos problemas delicados. *As soluções atendem, pois, ou têm por fito atender ao melhor regramento das relações entre os homens*. O conceito da *possessio* é o romano; e não o da *Gewere*, mais largo, menos preciso, que se não prestaria, como o de *possessio*, à modernização, que se operou com os três Códigos Civis. O conceito romano teve a enorme vantagem de ser o de puro fato jurídico, que se examinou, tresfoliou e apurou à luz do sistema jurídico que alcançara, então, o mais alto grau atingido pela cultura. Em vez disso, a *Gewere* somente foi estudada a fundo muito tarde, como algo do passado, cujos traços persistiam. *Quanto à proteção possessória, nela ressaltam a desenvoltura, a ambiência de liberdade, de civismo ativo e fecundo, de que, tantos séculos depois, só nos deu igual o direito público inglês, com o habeas-corpus, e o brasileiro, com o mandado de segurança.*"⁴⁹

Nas decisões mais recentes, que entendem não descaracterizado o contrato com a cobrança antecipada, ressaltam alguns aspectos. Via de regra, afirma-se que não há lei a exigir a cobrança do valor ao final e que, portanto, há liberdade contratual quanto a isso, além de que o pagamento representa garantia. Entretanto, parece que a própria tipicidade social da figura exclui esta idéia.⁵⁰ Além disso, o pagamento antecipado, sem descaracterização torna o contrato uma das figuras com "hiper-garantia" para parte tendencialmente mais forte para operar em mercado.

5. Considerações conclusivas

São muitas as aplicações da idéia de causa. A partir de julgados da jurisprudência nacional, agrupados tematicamente, de acordo com certo critério, pode-se pontualizar algumas perspectivas para que a categoria da causa contratual seja mais difundida e utilizada, com a consciência e consistência que requer, pelos estudiosos e práticos do direito.

a) em situações de necessidade de prestações de contratos diversos, unificadas pelo fim, a causa permite ver a dependência funcional entre as mesmas a permi-

⁽⁴⁹⁾ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. X, p. 50-51.

⁽⁵⁰⁾ No sentido do novo entendimento sumulado, ver, por todos REsp 543.234-MG, rel. Min. José Delgado, j. 03.02.2004, v.u.

tir tratamento unitário, como se de um contrato só se tratasse, com causa diversa, em papel expansivo que leva à transubstanciação;

b) em situações de contratos atípicos, pode-se utilizar a idéia de causa contratual para buscar sempre um equilíbrio jurídico entre as posições das diferentes partes, quer em sentido estritamente comutativo, quando as mesmas estão em simetria de poder fático, quer em sentido redistributivo, quando as mesmas estão em assimetria de poder fático (quer este diga respeito ao plano informacional, econômico ou técnico);

c) há casos em que certas prestações são postas ao lado do contrato típico, mas adquirem tamanho grau de dependência com relação a este que se pode falar de um efeito envolvente da causa, a trazer a prestação para dentro do negócio e, na hipótese de frustração do contrato, permitir a indenização pelo cumprimento da prestação supostamente de caráter meramente lateral. Tal efeito envolvente também se verifica em hipóteses nas quais ao contrato subjaz outro, muitas vezes inviável tecnicamente ou operacionalmente por certo tempo, mas em relação ao qual há dependência. O inadimplemento deste contrato oculto pode acarretar desfazimento ou resolução do contrato aparente segundo o grau de dependência causal entre ambos;

d) Por fim, a reestruturação de prestações típicas de certos contratos pela prática econômica pode afetar a causa concreta e permitir, assim, a re-qualificação da espécie, conseqüentemente, alterando-se o regime jurídico decorrente.

Além desses, outros papéis da teoria da causa podem ser descobertos pelos operadores do direito. De qualquer modo, o que se pretendia mostrar, através deste trabalho, são alguns critérios operacionais do modelo, bem como que existe uma relação de homologia, isto é, de igualdade de racionalidade entre a causa concreta, a tarefa de sua apreensão cognoscitiva (qualificação), o modelo jurídico (típico ou não) e o conseqüente regramento jurídico a ser aplicado.⁵¹

Espera-se que o desenho de um *iter* lógico de aplicação da teoria da causa possa permitir a magistrados, advogados e mesmo membros do Ministério Público que atuem na área contratual, uma nova forma de abordagem da dogmática de direito privado atinente a estes temas. Sem caminhos não há chegadas, mas muitas vezes o caminho se traça com o próprio caminhar. O percorrer sempre os mesmos passos tem levado o direito privado a uma estagnação que certamente pode ser abrilhantada e renovada com o estudo de casos julgados. Aprender a interpretar é aprender uma arte requintada. É preciso treinar o olhar e a sensibilidade, pois existe uma "arte de ver a arte".

Outra não era a visão de Savigny ao se deparar com uma situação de crise na ciência do direito, e escrever um dos parágrafos mais belos e formosos do *Sistema*, apontando como a boa teoria interfere na visão do justo: "A interpretação é

(51) A relação entre causa, tipo e qualificação, nos negócios jurídicos em geral já fora apontada por Betti. Cfr. "Causa del negozio...", cit., p. 33.

uma arte, e para educar-se nela é necessário recorrer aos excelentes exemplares do tempo antigo e moderno, que nós possuímos copiosamente. Pelo contrário, é defeituoso aquilo que até agora foi exposto como teoria [referindo-se a métodos de interpretação]. Esta insuficiência das teorias propostas até agora é casual; mas é importante não criar ilusões sobre o valor de qualquer teoria de tal natureza, ainda que ótima. Isto porque esta arte não pode, mais que qualquer outra, ser comunicada e apreendida por meio de regras. Somente nós podemos com o estudo dos melhores exemplares penetrar no segredo de sua excelência; com isto refinaremos o nosso intelecto para aquilo que se requer para qualquer interpretação, e começaremos a dirigir ao ponto verdadeiro os nossos esforços. Isto, e o modo de evitar muitos possíveis erros é aquilo que, como em qualquer outra arte, nós podemos esperar de obter com a teoria". "[La interpretazione è un'arte, e per educarsi ad essa fa d'uopo ricorrere ali eccellenti esemplari del tempo antico e moderno, che noi possediamo in gran copia. Al contrario è difettoso ciò che sino ad ora ne è stato esposto come teoria. Questa insufficienza delle teorie finora proposte è casuale; ma è però importante di non farsi illusione sul valore di qualunque teoria di tal natura, quand'anche ottima. Imperocchè quest'arte non può, più di qualsiasi altra, essere comunicata ed appresa per mezzo di regole. Solamente noi possiamo con lo studio dei migliori esemplari penetrare il segreto della loro eccellenza; con ciò raffineremo il nostro intelletto per quello che si richiede per ogni interpretazione, ed impareremo a dirigere al vero punto i nostri sforzi. Questo, e il modo di evitare molti possibili errori è ciò che qui, come in qualsiasi altra arte, noi possiamo sperare di guadagnare con la teoria]"⁵²

(52) SAVIGNY, Friederich Karl Von. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. Vittorio Scialoja. Torino: Utet, 1886. vol. I, p. 219.