

ISBN 85-225-0381-0

Copyright © Clóvis V. do Couto e Silva

Direitos desta edição reservados à

EDITORA FGV

Praia de Botafogo, 190 — 14º andar

22250-900 — Rio de Janeiro, RJ — Brasil

Tels.: 0800-21-7777 — 21-2559-5543

Fax: 21-2559-5532

e-mail: editora@fgv.br — pedidoseditora@fgv.br

web site: www.editora.fgv.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

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

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

1ª edição — 2006

Revisão de originais: Thalita Prado da Silveira

Editoração eletrônica: FA Editoração

Revisão: Fatima Caroni e Marco Antonio Corrêa

Capa: aspecto:design

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
Mario Henrique Simonsen/FGV

Silva, Clóvis do Couto e, 1930-1992

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

176p.

Originalmente apresentado como tese do autor (livre-docên-
cia — Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de
Direito, 1964).

Inclui bibliografia.

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

CDD — 342.14

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

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

Teoria da causa no direito romano e medieval

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

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

⁷⁸ Esser, *Grundsatz und Norm*, p. 45.

⁷⁹ Esser, *idem*, p. cit.

A causa na *traditio* e na *condictio*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸³ D. 12, 6, 56.

⁸⁴ D. 12, 5, 1.

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

⁸⁶ Schwarz, *op. cit.*, p. 132.

⁸⁷ *Die Lehre cit.*, p. cit.

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

A causa no direito medieval

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁹ *Die Causa*, p. 36-37; Bärmann, op. cit., p. cit.

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

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

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

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

Direito germânico

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

⁹⁰ Vd. Cohn, Zur Lehre von Wesen der abstrakten Geschäfte, *Archiv f. die civ. Praxis*, v. 135, p. 67 e seg.

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

⁹² *Motive*, III, 1896, p. 7.

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

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

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

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

⁹⁴ Palandt-Danckelmann, *Kommentar*, p. 776-767.

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

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

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

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

O que impede que se considere unitariamente a venda – como negócio, a um só tempo, obrigacional e dispositivo, composto de dois momentos, como sugere Larenz⁹⁶ – é a circunstância de ambos se situarem em planos diferentes.⁹⁷

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

⁹⁶ *Lehrbuch*, v. II, p. 18.

⁹⁷ Palandt-Danckelmann, *Kommentar*, p. 767.

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

Direito brasileiro

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

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

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

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

⁹⁸ §873.

⁹⁹ §925.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁴ Larenz, *Lehrbuch*, v. II, p. 2.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁵ Vd. arts. 622, *in fine*, e 1.678 (1.912).

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

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

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

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

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

É indiscutível que a tradição é ato-fato, ou ato real,¹⁰⁷ e a transcrição é ato de direito público, não integrado pela vontade dos particulares. Krause, salientando a distinção entre o negócio dispositivo e a tradição, arrola os seguintes argumentos:

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

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

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

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

¹⁰⁸ Krause, *Das Einigungsprinzip* cit., p. 318.

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

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

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

Consequências da separação de planos

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

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

¹¹⁰ §925, II.

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

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

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

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

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

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