

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Alexandre Jamal Batista

A causa do contrato e sua funcionalidade

Doutorado em Direito

São Paulo
2019

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Alexandre Jamal Batista

A causa do contrato e sua funcionalidade

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, sob a orientação do Professora Doutora Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery.

São Paulo
2019

Banca Examinadora

Aos meus filhos, Luiza e Joaquim, que, na inocência de seus oito e quatro anos de idade, inspiram-me a tentar praticar o que de fato importa nesta passagem terrena: o amor, a gratidão e o perdão.

A Juliana, minha mulher, meu amor, minha companheira, minha fonte de luz e meu estímulo para que eu me esforce, a cada dia, para me tornar uma pessoa melhor.

Aos meus pais, Ruy e Suraia, e ao meu irmão Adriano, por tudo o que são e representam na minha vida.

AGRADECIMENTOS

A minha mulher, Juliana, pela parceria e apoio incondicional a todos os projetos, que com o sacrifício comum acabam por se transformar em nossas conquistas. Esta é mais uma! E aos meus filhos, Luiza e Joaquim, pelo amor, paciência e compreensão.

À Professora Rosa Maria de Andrade Nery, pelo acolhimento na orientação e por todas as palavras e direcionamentos precisos, que nos momentos tormentosos me reconduziram aos trilhos e tornaram possível a conclusão do trabalho.

Aos Professores Francisco José Cahali, Thiago Rodovalho e Maria Helena Diniz, pelos ensinamentos dentro e fora de sala de aula; bem como aos colegas cujas amizades transcenderam o convívio no doutorado, Carolina Xavier da Silveira Moreira, Cesar Caio Peghini, Fausto Junqueira de Paula, Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel, Gilberto Fachetti Silvestre, Leila Adriana Vieira Seijo de Figueiredo, Luís de Carvalho Cascaldi, Maria Helena Campos de Carvalho, Sami Storch, Silmara D. Araújo Amarilla e Stela Mariene Schwertz.

Aos amigos e Professores que me incentivaram e auxiliaram ao longo dos estudos, em especial aos Professores Erik Frederico Gramstrup, Everaldo Augusto Cambler, Giovanni Ettore Nanni, José Manoel de Arruda Alvim Netto, Mairan Gonçalves Maia Junior, Marcus Elidius Michelli de Almeida e Oswaldo Peregrina Rodrigues.

Aos amigos e sócios de Escritório Adriano Ferriani, Adriano Jamal Batista, Carla Ferriani, Carlos Alberto Ferriani, Carina Poliselli Bruniera Duarte e Eduardo Fornazari Alencar; bem como aos advogados que trabalham ou trabalharam diretamente comigo durante esse período, Fernando, Geórgia, Lucas, Luma, Marina, Rúbia, Tânia, Valéria e Vinícius.

A todos os amigos e colegas de Diretoria do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, a quem agradeço nas pessoas dos Presidentes José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro e Renato Mello Jorge Silveira.

“No Universo da Cultura o centro está em toda parte.”
(Miguel Reale)

RESUMO

A *causa do contrato* é elevada neste estudo a instrumento de interpretação das relações contratuais. O caminho trilhado parte das primeiras reflexões sobre o conceito de *causa*, ainda no âmbito da filosofia aristotélica, passa pela introdução desse conceito na esfera do direito – que deu ensejo a pelo menos duas correntes doutrinárias divergentes – e conduz à evolução da *teoria da causa*, que até os dias atuais desperta interessantes reflexões. Estabelecem-se neste estudo as distinções necessárias entre as diversas acepções do vocábulo *causa*, para restringir o espectro de pesquisa e aprofundar a investigação da *causa do contrato*, a partir do que é analisada a evolução do tema no Direito de alguns países que exerceram influência sobre nossa codificação civil, demonstrando-se como a *causa do contrato* foi contemplada em cada sistema jurídico. Estabelecidas as premissas de que a *causa do contrato* foi deliberadamente afastada da codificação civil de 1916 e não foi incorporada ao Código Civil de 2002, questiona-se então qual a sua relevância para o nosso Direito e o porquê de se debruçar sobre o tema, considerado por alguns demasiadamente tormentoso. Com base nas respostas obtidas por meio de fundamentadas reflexões, o trabalho busca, como contribuição inédita, sistematizar a teoria da *causa do contrato* no Direito brasileiro, situando-a como elemento funcional imprescindível para a interpretação dos contratos, cuja integridade nosso direito se preocupa em preservar por meio do princípio da boa-fé objetiva e de seus deveres anexos, acessórios ou laterais, a fim de que a tutela contratual adequada seja prestada em cada caso concreto.

Palavras-chave: Causa do contrato; Autonomia privada; Análise funcional; Boa-fé objetiva; Interpretação do contrato.

ABSTRACT

The *cause of the contract* is raised in this study as an instrument of interpretation of contractual relations. The path taken departs from the first reflections on the concept of *cause*, still within Aristotelian philosophy, goes through the introduction of this concept in the sphere of law – which gave rise to at least two divergent doctrinal currents – and leads to the evolution of the *theory of cause*, which until nowadays arouses interesting reflections. This study establishes the necessary distinctions between the various meanings of the word *cause*, to narrow the scope of research and deepen the investigation of the *cause of the contract*, from which the evolution of the theme in Law of some countries that exerted influence on our civil codification is analyzed, demonstrating how the *cause of the contract* was contemplated in each legal system. Having set the assumptions that the *cause of the contract* was deliberately removed from the 1916 civil codification and was not incorporated into the 2002 Civil Code, it is then questioned how relevant it is to our law and why we investigate this issue, considered by some too stormy. Based on the answers obtained through reasoned reflections, this paper seeks, as an unprecedented contribution, to systematize the *theory of the cause* of the contract in Brazilian law, placing it as an essential functional element for the interpretation of the contracts, whose integrity our law is concerned with preserving by means of the principle of objective good faith and its attached, associated and lateral duties, so that adequate contractual protection is provided in each particular case.

Keywords: Cause of the contract; Private autonomy; Functional analysis; Objective good faith; Interpretation of the contract.

RIASSUNTO

La *causa del contratto* nel presente studio è innalzata a strumento di interpretazione delle relazioni contrattuali. Il percorso intrapreso ha inizio dalle prime riflessioni sul concetto di *causa* che, dall'ambito della filosofia aristotelica, passa attraverso l'introduzione di questo concetto nella sfera del diritto – che ha dato origine ad almeno due correnti dottrinali divergenti – e conduce all'evoluzione della *teoria della causa*, che fino ad oggi suscita interessanti riflessioni. Il presente studio stabilisce le necessarie distinzioni tra le varie accezioni del vocabolo *causa*, per restringere lo spettro della ricerca e approfondire l'indagine sulla *causa del contratto*, per cui viene analizzata l'evoluzione della tematica nel Diritto di alcuni paesi che hanno influenzato la nostra codificazione civile, dimostrando come è stata contemplata la *causa del contratto* in ciascun sistema giuridico. Dopo aver stabilite le premesse, secondo cui la *causa del contratto* è stata deliberatamente rimossa dalla codificazione civile del 1916 e non è stata incorporata nel Codice Civile del 2002, ci si chiede pertanto quanto sia rilevante per la nostra Legislazione e il perché del soffermarsi sull'argomento, considerato da alcuni troppo complicato. Sulla base delle risposte ottenute attraverso riflessioni ponderate, il lavoro cerca, con un contributo inedito, di sistematizzare la teoria della *causa del contratto* nel Diritto brasiliano, ponendola come un elemento funzionale essenziale per l'interpretazione dei contratti, la cui integrità la nostra legislazione si preoccupa di preservare attraverso il principio della buona fede oggettiva e dei relativi doveri annessi, accessori o integrativi, in modo da garantire un'adeguata protezione contrattuale in ciascun caso concreto.

Parole chiave: causa del contratto; Autonomia privata; Analisi funzionale; Buona fede oggettiva; Interpretazione del contratto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. TEORIA DA CAUSA DO CONTRATO.....	13
1.1 Evolução histórica	16
1.1.1 Aristóteles e a teoria das quatro causas.....	16
1.1.2 A causa no Direito Romano	17
1.1.3 A causa no direito medieval.....	27
1.1.4 A causa na doutrina francesa de Domat e Pothier.....	30
1.1.5 A causa e as codificações do século XIX.....	38
1.2 Teoria subjetiva	43
1.2.1 Críticas anticausalistas	48
1.3 Teoria objetiva.....	53
1.3.1 Emilio Betti e a doutrina italiana	56
2. CAUSA DO CONTRATO NO DIREITO ATUAL.....	62
2.1 Concepção sincrética da causa do contrato	63
2.2 Causa do contrato em abstrato e causa do contrato em concreto	65
2.3 Nota sobre a causa do contrato no direito francês atual	68
3. CAUSA DO CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO.....	71
3.1 Natureza da causa do contrato.....	78
3.1.1 Causa do contrato e causa de atribuição patrimonial.....	90
3.1.2 Causa do contrato e objeto do contrato	92
3.1.3 Causa do contrato e autonomia privada	94
3.1.4 Causa do contrato e tipo contratual.....	100
3.2 Análise funcional do contrato e sua causa.....	102
3.2.1 Funções social e econômica do contrato.....	105
3.2.2 Função negocial e causa do contrato.....	114
CONCLUSÕES	124
REFERÊNCIAS	128

INTRODUÇÃO

A complexidade do tema que se propõe enfrentar pede o esclarecimento de algumas premissas, que para melhor contextualizar o leitor se buscará fixar já nesta Introdução.

A investigação da causa do contrato e a possibilidade de utilizá-la como instrumento de interpretação das relações contratuais não dispensa o longo caminho trilhado, que tem início nas primeiras reflexões sobre o conceito de causa, ainda no âmbito da filosofia aristotélica. Demonstra-se no contexto histórico como o conceito filosófico se introduziu na esfera do direito, e desde então – e até os dias de hoje – passou a ser objeto de acalorados debates na doutrina jurídica.

O primeiro estudo de que se tem notícia, que tratou a causa de forma sistematizada, desenvolveu-se na França, inicialmente com a doutrina de Jean Domat e em seguida por Pothier. A partir principalmente desses dois estudos, a causa foi incorporada ao Código Civil francês e posteriormente em outras codificações europeias, desenvolvendo-se especialmente na Itália doutrina que a interpretou sob outra perspectiva.

Demonstrada a evolução do conceito de causa, ao longo do trabalho fecham-se algumas portas para restringir o espectro de investigação à causa do contrato, e analisa-se o instituto no direito atual em alguns países¹ que exerceram importante influência sobre o nosso ordenamento jurídico, em especial no que diz respeito à causa do contrato e à codificação civil.

Os textos jurídicos da época e a doutrina posterior revelam que a causa do contrato foi deliberadamente afastada da codificação civil de 1916, e não foi incorporada – ao menos de forma expressa – ao Código Civil de 2002. Diante desse cenário, teria alguma relevância a causa do contrato em nosso Direito? Mesmo deliberadamente afastada, seria possível afirmar que no âmbito da teoria geral dos contratos nosso Direito é causalista?

Para essas questões buscam-se respostas afirmativas, respaldadas na doutrina e no conceito a que se chega de causa do contrato. Mas, se foi deliberado o afastamento da causa do contrato em nossa codificação civil, qual é a sua natureza jurídica em nosso sistema? E qual a sua função?

¹ Como se verificará, a causa do contrato foi inicialmente positivada no Código Civil francês de 1800, incorporada ao Código Civil italiano de 1865 e mantida no de 1942, não foi contemplada no Código Civil alemão de 1900 e recentemente foi suprimida do Código Civil francês pela Ordonnance n. 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016, que reformou o direito das obrigações e dos contratos na França.

A partir das respostas dadas a esses questionamentos busca-se, como contribuição inédita, alguma sistematização da teoria da causa do contrato no Direito brasileiro, diferenciando-a da causa da obrigação, da causa de atribuição patrimonial, do objeto do contrato e do tipo contratual – confusões conceituais bastante comuns na doutrina nacional e estrangeira – e situando-a como elemento funcional cuja integridade nosso direito se preocupa em preservar por meio do princípio da boa-fé objetiva e de seus deveres anexos, acessórios ou laterais.

1. TEORIA DA CAUSA DO CONTRATO

A palavra *causa*, por não ser um vocábulo unívoco, presta-se a diferentes acepções e em razão disso é empregada nas searas jurídicas com significados distintos. Somente no que diz respeito à teoria dos atos jurídicos, bem exemplificam Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior que a “causa tem espectros tão amplos que pode aludir à estrutura dos atos (e se usa a expressão causa existente e falta de causa), à licitude dos atos (e se usa a expressão causa lícita ou causa ilícita), à validade do ato (e se usa a expressão defeito de causa ou falsa causa)”.² Essa pluralidade de sentidos é a primeira dificuldade de quem pretende investigar a *causa* e sua relevância no direito pátrio.

Para Gino Gorla, o termo *causa* é “desgraçadamente” um dos mais ambíguos, e dele se depreendem diversos problemas, que demandam esforços – por vezes inúteis – para compreender se aqueles que escrevem sobre o tema se referem à causa da obrigação ou à causa do contrato.³ Giovanni Lomonaco⁴ afirma que, segundo estudos de um filósofo inglês – que se refere aos escritos de Platão e Aristóteles –, na filologia a *causa* tem mais de sessenta e quatro significados distintos.

Como se verá adiante, o primeiro a suscitar o “problema da causa” foi o anticausalista Ernst, professor da Universidade de Liège, quando, em 1826, publicou um estudo de revisão do Código Civil belga, intitulado *Le cause est-elle condition de validité des conventions?* no qual propôs a supressão dos textos que faziam referência à *causa*, sustentando que, por se tratar de uma noção que a nada de definido correspondia, representava fonte de erros e confusões.⁵ Inicialmente mal recebida, a tese de Ernst contou com o apoio de Laurent e posteriormente de

² NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. I, t. II, p. 169.

³ GORLA, Gino. *El contrato: problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*. Tradução de José Ferrandis Vilella. Barcelona: Bosch, 1959. t. I: exposición general., p. 309.

⁴ “Un filosofo inglese ha osservato, che la voce tradotta per *causa* nelle lingue moderne ha non meno di sessantaquattro significati diverse nelle opere di Platone, e quarantotto nelle opere di Aristotele!” (LOMONACO, Giovanni. *Nozioni di diritto civile italiano*. 3. ed. Napoli: Cav. Nicola Jovene & C. Editori, 1911. p. 611).

⁵ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 39; PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 5. ed. Paris: LGDJ, 1909. t. II, cap. IV, § 4º, p. 352, nota 3; GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. 7. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, 1907. v. III, n. 446, p. 621, nota 1; CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. p. 10-11; LEME, Lino de Moraes. *Do erro de direito em matéria civil*. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1936. p. 114.

Artur e Timbal, que em suas dissertações de doutorado concluíram que a teoria da causa complicava de forma inútil a análise dos elementos constitutivos do contrato.⁶

A discussão em torno da polissemia da palavra *causa* antecede os debates quanto à sua acepção jurídica. Entre os gregos, Aristóteles já afirmava que todos os seres humanos naturalmente desejam o conhecimento, e que a sabedoria é o conhecimento de certos princípios e causas. E a partir daí desenvolveu a teoria das quatro causas – material, formal, eficiente e final – que acabaram por influenciar os estudos da causa não somente no âmbito da filosofia, mas também no do direito.⁷

Santo Tomás de Aquino, profundamente influenciado por Aristóteles, vale-se das noções aristotélicas de causa em sua Suma Teológica para provar a existência de Deus por meio de “cinco vias” – ou cinco argumentos –, todas dependentes de uma causa transcendente, sem a qual as demais não poderiam existir.⁸

Não obstante a causa, como requisito dos negócios jurídicos, não tenha sido considerada nem pelo Código Civil Brasileiro de 1916,⁹ nem pelo de 2002 – que em seu artigo 104 guarda parcial correspondência com o artigo 82 do Código revogado –, a palavra *causa* aparece inúmeras vezes no Código Civil vigente, em diferentes acepções.¹⁰

⁶ CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. p. 11-12.

⁷ ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012. p. 41-44.

⁸ A Suma Teológica é a obra mais conhecida de Santo Tomás de Aquino. É em sua primeira parte que o filósofo responde aos questionamentos sobre Deus e, não satisfeito com os argumentos favoráveis à Sua existência, busca provar que Deus existe por meio de cinco vias argumentativas: *i*) via do movimento ou primeiro motor; *ii*) via da causa eficiente; *iii*) via do contingente e do necessário; *iv*) via do grau de perfeição e *v*) via do governo das coisas ou da finalidade do ser. (TOMÁS DE AQUINO, Santo. *In: OLIVEIRA, Carlos-Josaphat Pinto de, OP (coord.). Suma Teológica: teologia, Deus, trindade*. São Paulo: Loyola, 2016. v. 1: parte I: questões 1-43. Questão 2. Artigo 3º, p. 166-169).

⁹ Como se verá adiante, para Clóvis Beviláqua a causa foi incorporada ao Código Civil francês por um equívoco de interpretação do Direito Romano, razão pela qual não haveria de ser considerada no direito positivado brasileiro. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaias Beviláqua. São Paulo: Paulo de Azevedo, 1959. v. 1, p. 271. Não obstante a posição de Clóvis Beviláqua, o artigo 129 do revogado Código Comercial (Lei n. 556, de 25 de junho de 1850) contemplou a “causa” como elemento de validade dos contratos comerciais, ao estabelecer que são nulos todos os contratos comerciais “que não designarem a causa certa de que deriva a obrigação”. Em crítica ao mencionado artigo, José Xavier Carvalho de Mendonça afirma tratar-se, em realidade, de causa da obrigação, e não de causa do contrato, pois considera haver “erro grave no que se diz ordinariamente, *causa do contrato*, expressão que, bem considerada, nada significa”. Sustenta que referido artigo constitui “cópia infeliz do art. 1.108 do Cód. Civil francês”; e conclui que talvez por essa razão o artigo 129 do Código Comercial nunca tenha sido aplicado na prática entre nós. Cf. MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934. v. 6, parte I, n. 36, p. 49.

¹⁰ A título exemplificativo, o artigo 57 fala em “justa causa” para a exclusão do associado; o artigo 145 admite a anulabilidade do negócio jurídico por dolo, quando este for a “sua causa”; o artigo 335 contempla a consignação em pagamento quando o credor “sem justa causa” se recusar a receber; o artigo 373 permite a compensação mesmo quando houver “diferença de causa nas dívidas”; o artigo 395 prevê a responsabilidade do devedor pelos prejuízos a que sua mora “der causa”; no contrato de prestação de serviços, o artigo 598 dispõe que não se poderá convencená-lo por mais de quatro anos, embora “o contrato tenha por causa” o pagamento de dívida de quem o presta, ou se destine à execução de certa e determinada obra; o vocábulo

Na afirmação de Antônio Junqueira de Azevedo, entretanto, a teoria anticausalista – sustentada por Planiol e admitida por Clóvis Beviláqua – deveu seu relativo sucesso mais às dificuldades de fixar o conceito e o papel jurídico da *causa* do que propriamente à sua consistência lógica.¹¹

Para Custodio da Piedade Ubaldino Miranda, “há diversos sentidos que se atribuem à noção de causa e tantas são as controvérsias sobre a sua conceituação – uma autêntica *vexata quaestio* – que há os que preferem considerá-la totalmente inútil como pressuposto do negócio jurídico”.¹²

Judith Martins-Costa afirma que “a bibliografia, vastíssima, debruça-se sobre as diferentes concepções da ideia de causa. A divergência terminológica, conceitual mesmo, é, talvez, a única unanimidade doutrinária”.¹³

Como visto, as dificuldades são imensas, mas o caminho pode se tornar mais ameno se se contextualizar logo de início qual é o preciso objeto de investigação, ou seja, a causa em sua concepção jurídica de causa do contrato.

Ao longo do trabalho serão demonstradas as confusões que se fizeram – não sem fundamento – entre causa da obrigação e causa do contrato; será delineada a diferença entre os conceitos e ratificar-se-á que o objeto de estudo é a causa do contrato.

Também se fará breve distinção entre a causa do contrato e a causa de atribuição patrimonial – este sim conceito incorporado ao Código Civil alemão que serviu para inspirar o Código Civil brasileiro de 1916 –, oportunidade em que, sem se aprofundar no tema, evidenciar-se-á que o objeto deste estudo é especificamente a causa do contrato.

Em situações pontuais, demonstrar-se-á que, por vezes, a doutrina jurídica tomou emprestadas da filosofia aristotélica as noções de causa, e nessas oportunidades se buscará estabelecer as diferenças conceituais necessárias em busca de uma definição mais próxima do que seria, no direito atual, a causa do contrato, com o fim de utilizar esse conceito para a justificação de sua relevância e função em nosso sistema jurídico, em especial para servir de instrumento de interpretação dos contratos.

“causa” aparece ainda nos contratos de mandato, comissão, fiança, agência e distribuição; além do “enriquecimento sem causa”, disposto nos artigos 884 a 886.

¹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 172-173.

¹² MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106.

¹³ MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, ano 16, n. 45, p. 213-244, mar. 1989. p. 214.

1.1 Evolução histórica

Em razão do dissenso doutrinário em estabelecer um conceito de causa – e mais precisamente de causa do contrato – aceito por todos, ou ao menos pela maioria, não há como buscar tal definição sem passar – mesmo que brevemente – pela evolução histórica da *causa*.

1.1.1 Aristóteles e a teoria das quatro causas

A noção de causa foi inicialmente trabalhada pelo filósofo grego Aristóteles (385-322 a.C.) em sua *Metafísica*.¹⁴ Discípulo de Platão e Isócrates, preceptor de Alexandre, o Grande, Aristóteles escreveu diversas obras que posteriormente tiveram influência considerável na filosofia e nas teorias políticas da Idade Média.¹⁵

Na *Metafísica*, Aristóteles concebe três princípios fundamentais para a sustentação da realidade (identidade, não contradição e terceiro excluído) e cria a base para o que posteriormente se denominou etiologia,¹⁶ o ramo do conhecimento que tem por objeto a investigação e a determinação das causas e origens de um fenômeno.

A análise feita pelo filósofo grego no livro V da *Metafísica* não guarda relação com suas opiniões nos campos jurídico e político, mas posteriormente é aplicada a estes em outros períodos históricos.¹⁷ Para Aristóteles:

Causa significa [a] aquilo em função de cuja presença alguma coisa vem a ser, [do que são] exemplos o bronze de uma estátua e a prata de uma taça, bem como as classes [materiais] que os contêm; [b] a *forma* ou modelo, isto é, a fórmula da essência e as classes que a contêm, por exemplo a proporção 2:1 e o número em geral são *causas* da oitava, e as partes da fórmula; [c] aquilo de que procede o primeiro princípio da mudança (transformação) ou do repouso, por exemplo o homem que delibera é uma *causa*, e o pai uma *causa* do filho, e em geral aquilo que produz é uma *causa* daquilo

¹⁴ O termo *Metafísica* não foi cunhado por Aristóteles, mas posteriormente, por Andrônico de Rodes, que, ao organizar as obras aristotélicas, no século I a.C., notou que esse tratado se apresentava depois do tratado da *Física*. Na *Metafísica*, Aristóteles devota-se à filosofia primeira, à investigação das causas primeiras e universais do ser, razão pela qual pode ser considerada a base da construção filosófica. Cf. ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012. p. 27.

¹⁵ Na *Política*, classifica as formas existentes de governo em monarquia, aristocracia e democracia. Na estrutura de Governo, distingue as atividades do poder deliberativo, do poder executivo e do poder judiciário. É um dos primeiros a admitir a relatividade humana: conforme o grupo social à qual se destina, uma forma de governo pode ser boa ou má. Cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2016. p. 77. É Aristóteles também quem pela primeira vez distingue o direito natural do direito positivo. No livro V da *Ética a Nicômaco*, desenvolveu a doutrina da justiça, segundo a qual o cerne da justiça é a igualdade proporcional. Cf. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2015. p. 69.

¹⁶ Do grego αἰτία: aitia (causa).

¹⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual: uma nova teoria do contrato*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 48.

que é produzido, e aquilo que muda é a *causa* daquilo que é mudado; [d] a finalidade, isto é, a causa final, [do que é] exemplo: a *finalidade* de caminhar é a saúde, pois [à pergunta] “Por que alguém caminha?” respondemos “Para ter saúde”, e ao respondê-lo julgamos ter fornecido a *causa* – e também todos os meios que intervêm (e contribuem) anteriormente à finalidade, quando alguma coisa adicional desencadeou o processo, por exemplo o emagrecimento, o purgativo, os medicamentos e os instrumentos que atuam antes da obtenção da saúde, já que todos eles são em função da finalidade, ainda que sejam diferentes entre si pelo fato de uns serem instrumentos, enquanto os outros são ações.¹⁸

Esses são praticamente todos os sentidos de *causa* para Aristóteles, mas, na medida em que há diversos sentidos para as causas, conclui o filósofo que há diversas *causas* para a mesma coisa. Assim, exemplifica que “tanto a escultura quanto o bronze são causas da estátua, não em conexão com qualquer outra coisa, mas enquanto estátua. Entretanto, não são causas do mesmo modo, mas uma como *matéria* e a outra como *princípio de movimento*”.¹⁹

A teoria das quatro causas se resume, então, em *causa material*, que corresponde à matéria do ser, aquilo do que o ser é feito; *causa formal*, ou seja, a forma, a constituição do ser enquanto essência; *causa motora* ou *eficiente*, o que deu origem ao ser, ou que lhe deu movimento – é a causa responsável pelo surgimento do ser; e *causa final*, que representa o porquê da existência do ser, isto é, o objetivo para o qual o ser foi feito.²⁰

Não obstante, como já se mencionou, Aristóteles não tenha relacionado a teoria das quatro causas com suas reflexões nos campos jurídico e político, sua doutrina influenciou posteriormente a noção de causa na seara das obrigações e dos contratos.

1.1.2 A causa no Direito Romano

Algumas vezes a compreensão do Direito Romano é dificultada pelo fato de os autores mencionarem concomitantemente fatos que correspondem a critérios distintos de divisão histórica.²¹ Considerando que a análise que se pretende fazer está relacionada à evolução da causa no Direito Romano, optou-se por apresentar os fatos conforme as fontes do direito, em

¹⁸ ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012. p. 132-133.

¹⁹ ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012. p. 133.

²⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 12. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. nota 19 ao artigo 104, p. 527-528.

²¹ Acrescente-se que o período histórico compreendido pela rubrica *Direito Romano* é enorme. “Estamos tratando de um intervalo de mais de mil anos e basta pensar um instante para perceber que a Sociedade e o Direito não poderiam permanecer infensos à mudança – mesmo em época na qual se dava mais lentamente” (GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Evolução histórica do direito privado: Sistemas jurídicos*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 64).

cada período de governo: período antigo (ou arcaico), período pré-clássico, período clássico e período pós-clássico.²²

1.1.2.1 Período arcaico

Não há unanimidade ao afirmar que a noção de causa das obrigações, ou dos contratos, tenha raízes no Direito Romano, visto que na Roma Antiga não havia uma concepção exata, nem limites bem definidos, do que seria causa.²³ CAPITANT²⁴ afirma que nos textos de Direito Romano não se encontra uma teoria da causa, mas nem por isso se pode afirmar que a noção de causa era ignorada.

O Direito Romano *antigo*²⁵ foi marcado por um formalismo exacerbado, que sujeitava à observância de certas solenidades o aperfeiçoamento de todos os atos, mesmo que o cumprimento destas não guardasse correspondência com a vontade individual dos agentes.²⁶ Nas palavras de Max Kaser,²⁷ “é próprio do **formalismo** primitivo que a actuação formalmente correcta produza efeitos mesmo quando o agente realmente não os queira; o efeito dos actos é consequência da forma e não da vontade”.

Assim, para a validade dos atos jurídicos a vontade ou o consentimento obrigatoriamente deveriam ser manifestados pela teatralidade dos gestos ou por certas fórmulas orais ou escritas, prefixadas e imodificáveis, que tinham natureza imperativa.²⁸

Constituído nesses moldes, o Direito Romano antigo se preocupava menos com a vontade dos agentes e mais com a aparência das atuações, ou seja, com a forma como se externava a manifestação de vontade. E, considerando que a noção de causa está ligada à

²² Cf. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 137.

²³ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A teoria da causa no direito privado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2014. p. 57.

²⁴ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 91.

²⁵ Também denominado Arcaico, estende-se dos obscuros princípios até aproximadamente o início das guerras púnicas, ou seja, meados do século III a.C. Cf. KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992. p. 18.

²⁶ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 92.

²⁷ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992. p. 74.

²⁸ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Lições de história do direito romano I: síntese geral*. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 118.

manifestação de vontade²⁹ – como se desenvolverá adiante –, um direito formalista como esse era claramente anticausalista.³⁰

Luciano de Camargo Penteado³¹ apresenta ponto de vista diferente, segundo o qual nesse período “a causa, entendida como fator de juridicidade do ato, está na prática daquelas construções modelares descritas, que são as permitidas, conhecidas e tuteladas”. Para o autor, por exemplo, o *nexum*³² e a *sponsio*³³ são causas de obrigação, cujos requisitos compõem uma complexa causa contratual.

Os principais negócios formais desse período eram a *mancipatio*, a *in iure cessio* e a *stipulatio*. Eram considerados negócios abstratos, visto que seus efeitos jurídicos se produziam pela mera observância das fórmulas, independentemente da causa.³⁴

A *mancipatio* era um ato formal por meio do qual uma parte cedia à outra a propriedade (ou um poder semelhante à propriedade) que detinha sobre determinada coisa ou pessoa, na presença de cinco testemunhas, cidadãos romanos e probos, e de outro cidadão que portava uma

²⁹ “A ideia de *causa* está intimamente ligada ao problema da vontade. Mesmo tomada, como é pelos que a adotam, como *causa final*, sem se ater à ideia de motivo, é a vontade o ponto central de sua irradiação. Eu manifestei a minha vontade e ela teve um resultado jurídico, não simplesmente pela razão pura e simples do meu querer, senão porque este visou algo de concreto, protegido pela ordem jurídica. Ora, sendo um problema ligado ao da vontade, claro está necessitar ele de que no negócio jurídico a vontade desempenhe o papel que lhe é hoje por todos reconhecido: fator determinante do seu nascimento. Diante desse resumo da função da *causa* nos contratos, é bem de se ver que, no Direito romano, sobretudo em suas manifestações originárias, ela não pudesse surgir como elemento do negócio jurídico. E isso não podia ter acontecido, diferentemente do que sucede à maioria dos institutos do Direito Civil, porque seria incompatível com a estrutura do negócio jurídico, consoante o Direito Romano. Naquela época, preponderava o formalismo sacramental. A forma do ato jurídico e não a vontade é que representava o elemento determinador do seu nascimento.” LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. I, p. 477.

³⁰ LAFAILLE, Hector *et al.* *La causa de las obligaciones en el Código Civil y en la Reforma*. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1940. p. 19.

³¹ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual: uma nova teoria do contrato*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 51.

³² Nos casos de inadimplemento, o *nexum* permitia interferência direta do credor na própria pessoa do devedor, que se submetia ao poder de apreensão por meio da denominada ação de *manus injectio*. Tratava-se de uma espécie de garantia bastante polêmica, que perdurou até o início da República. Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 478-479; KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992. p. 67. As descrições de Gaio sobre essa ação de *manus injectio* (única fonte existente) deixam algumas dúvidas, mas sabe-se que consistia em procedimento bastante célere e que o devedor não podia defender-se se não mediante a intervenção de uma terceira pessoa. Sobre a ação de *manus injectio*, confira-se SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Tradução de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ejea, 1954. p. 148-152.

³³ Uma espécie de fiança acessível somente aos cidadãos romanos, que se constituía de modo formal imediatamente depois de ser contraída a dívida principal. O credor perguntava ao garante: *Idem mihi dari spondes?* – “Prometes dar-me o mesmo que o devedor prometeu?” –, ao que o garante respondia: *Spondeo* – “Prometo”. Cf. BIONDI, Biondo. *Il diritto romano*. Bologna: Licino Cappelli Editore, 1957. p. 430-431; KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992. p. 312; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 426-427.

³⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 160.

balança de bronze (*libripens*).³⁵ Na presença de referidas pessoas o adquirente agarrava com a mão a pessoa ou coisa a ser adquirida e pronunciava a fórmula estabelecida, por meio da qual declarava que aquilo passava a lhe pertencer em troca do cobre que entregava ao alienante, razão pela qual a transação se apresentava como uma permuta. Diferentemente da compra e venda, na *mancipatio* somente o adquirente se pronunciava, enquanto o alienante, que recebia o preço, limitava-se a mero espectador.³⁶

Já a *in iure cessio* consistia em um negócio destinado à transmissão, cessão ou extinção de determinados direitos realizada perante o Tribunal, onde o pretor exercia seu poder jurisdicional. O ritual tinha início com a pronúncia da fórmula por parte do adquirente, que vindicava a coisa a ser adquirida, enquanto o transmitente permanecia em silêncio e admitia ou aceitava a propriedade vindicada, seguido pela pronúncia do pretor, que, diante da omissão do alienante, confirmava a afirmação de propriedade feita pelo adquirente.³⁷

Se as fórmulas deixassem de ser observadas, o adquirente não se tornava proprietário legítimo, mas mero possuidor; e somente quando a posse durasse um ou dois anos é que se adquiria o domínio, pela usucapião.³⁸

Diversamente desses dois atos formais, a *traditio* era um ato simples, visto que consistia na transmissão não formal da propriedade mediante a mera entrega material da coisa feita pelo dono, por uma causa que a legitimava.³⁹

No entanto, a simples entrega não era o suficiente para a aquisição da propriedade por parte do *accipiens*; era preciso que a entrega material fosse acompanhada da vontade recíproca do *tradens* de transferir a propriedade. O consenso aparece aqui como elemento principal e assume uma importância que não se verificava na *mancipatio* e na *in iure cessio*. Para *Capitaneus*, a noção de causa aparece justamente a partir do momento em que a vontade passa a ser o fator predominante em um ato jurídico.⁴⁰

³⁵ BONFANTE, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. Tradução de Luis Bacci y Andres Larrosa. Madrid: Reus, [s.d.]. p. 178.

³⁶ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992. p. 64-65.

³⁷ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992, p. 67-68.

³⁸ BONFANTE, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. Tradução de Luis Bacci y Andres Larrosa. Madrid: Reus, [s.d.]. p. 279.

³⁹ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992. p. 149. Cf. também MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, ano 16, n. 45, p. 213-244, mar. 1989. p. 216.

⁴⁰ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 93.

Para Couto e Silva,⁴¹ “no direito romano, o conceito de causa aparece relacionado com a *conditio*⁴² e com a *traditio*”. E prossegue:

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

Não obstante alguns autores atribuam à *traditio* a primeira manifestação da ideia de causa, Serpa Lopes⁴³ apresenta enfoque distinto:

Duas são as correntes, em torno da natureza jurídica da *traditio*: a primeira, entende-a uma resultante de um ato jurídico anterior, como a venda, doação ou convenção; a segunda, toma-a como um elemento traslativo do domínio, por si mesmo.

Mas, o que se nos afigura mais lógico, é considerar-se o requisito da *justa causa* na tradição fundado num ato jurídico anterior: *nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit* (Dig., 41, 1, 31, pr.). As causas consistiam na venda, no dote, na doação, troca e pagamento, etc.

E conclui que, em razão dessa posição, a questão da *justa causa* na *traditio* não tinha nenhuma relação com a causa nas obrigações, visto que a *traditio* não era um ato constitutivo da obrigação, mas sim uma consequência dela, ou seja, uma forma de adimplemento do dever assumido, posto que a causa era a venda, a doação etc. Pondera Serpa Lopes ainda que a inexistência de sinalagma era aspecto que afastava a ideia de causa no Direito Romano antigo, pois, “nos primórdios, o contrato de compra e venda formava-se de duas estipulações distintas: o comprador, a coisa; o vendedor, o preço. Cada uma dessas estipulações produzia uma obrigação *unilateral*, independente uma da outra”.⁴⁴

⁴¹ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 45-47.

⁴² A *conditio* era uma das *legis actiones* de origem relativamente obscura, introduzida pela Lei *Silia* para a cobrança de crédito em dinheiro, posteriormente com aplicação estendida pela Lei *Calpurnia* para sancionar também prestações de coisa certa, que não dinheiro. Tratava-se de uma *actio in personam*, de direito estrito, cuja *intentio* era redigida de forma abstrata, ou seja, o autor não precisava declarar o fundamento de seu crédito. Não se fazia referência, portanto, à causa da obrigação. Cf. BONFANTE, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. Tradução de Luis Bacci y Andres Larrosa. Madrid: Reus, [s.d.]. p. 117; KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992. p. 271-272; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 211.

⁴³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. I, p. 478.

⁴⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. I, p. 479.

Já a *stipulatio* consistia em promessa oral e formal de uma obrigação, caracterizada por determinada pergunta feita pela parte que se tornaria credora, dirigida à outra parte que lhe prometia a prestação. De origem discutível, por se tratar de um contrato verbal não podia ser pactuada por ausentes, surdos ou mudos. Além de ser o contrato verbal por excelência, a *stipulatio* era o contrato mais importante no Direito Romano. Em razão de sua simplicidade tinha extraordinário âmbito de aplicação, pois se poderia fazer qualquer prestação lícita, sob qualquer condição permitida, e servia para tornar obrigatórias convenções sobre coisas certas ou incertas, fatos ou abstrações.⁴⁵

A *stipulatio* era também um ato abstrato por excelência, pois bastava a observância das fórmulas previamente estabelecidas para que o promitente se obrigasse, sem necessidade de anunciar a causa da obrigação.⁴⁶

Para Biondo Biondi,⁴⁷ entretanto, o fato de se tratar de negócio abstrato não significa dizer que fosse desprovido de causa: “la storia della *stipulatio* importa altresì la considerazione della *causa*. Da principio il promittente risulta obbligato per il semplice fatto che ha pronunciato quelle parole impegnative. Progressivamente, partendo della ovvia constatazione che il promittente si impegna per una ragione obbiettivamente valutabile, qualificata come *causa*, diversa dal motivo, puramente individuale, si considera tale ragione da diversi punti di vista, positivi e negativi”.

1.1.2.2 Períodos pré-clássico e clássico

Nos períodos *pré-clássico*⁴⁸ e *clássico*⁴⁹ verifica-se um abrandamento gradual do rigor formal que marcou o período anterior, e a vontade individual do agente começa a ser

⁴⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 498-499; KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992. p. 68-70; BONFANTE, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. Tradução de Luis Bacci y Andres Larrosa. Madrid: Reus, [s.d.]. p. 468-469.

⁴⁶ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 95.

⁴⁷ BIONDI, Biondo. *Il diritto romano*. Bologna: Licino Cappelli Editore, 1957. p. 464. No mesmo sentido Moreira Alves, para quem “ninguém promete por prometer, sem visar a determinada finalidade prática. O que ocorre, em verdade, é que ao direito objetivo, com relação ao negócio jurídico abstrato, é indiferente essa finalidade prática” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 160, nota 17).

⁴⁸ Período que se estende do século III ao século I a.C., caracteriza-se pela expansão do poder romano, que chega a dominar quase toda a área do mundo antigo: Europa ocidental e do Sul, Ásia Menor, Oriente Médio, Egito e África do Norte. Cf. KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992. p. 19.

⁴⁹ Estende-se do final do período pré-clássico até o término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C. Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 2.

considerada paulatinamente, impulsionada sobretudo pelos negócios não formais,⁵⁰ em especial aqueles considerados segundo o *bona fides*,⁵¹ cuja prática não era dificultada pela forma e que concediam ao juiz ampla liberdade de interpretação.⁵²

Nessa fase do Direito Romano os negócios sem forma, notadamente os contratos consensuais e reais, no direito das obrigações, e a transferência por mera entrega (*traditio*), nos direitos reais, passam a constituir a regra, tornando-se exceção os atos vinculados à forma (*mancipatio, in iure cessio, stipulatio*).⁵³

Não obstante os romanos não tenham desenvolvido suficientemente o estudo da relação de causalidade existente entre as obrigações recíprocas originadas dos contratos consensuais, a admissão do efeito obrigatório de referidos contratos (venda, arrendamento, mandato, sociedade) representou um progresso na ideia de fim econômico perseguido pelos contratantes.⁵⁴

É por meio desses contratos consensuais que a noção de fim econômico passa a integrar definitivamente o Direito Romano, com a elevação da vontade das partes a elemento essencial da relação jurídica, da qual se deve extrair o efeito por elas pretendido. Por isso se afirmava que tais contratos eram de *boa-fé*, e deveriam ser interpretados *ex fide bona*.⁵⁵

Ao lado dos contratos consensuais aparecem os contratos inominados,⁵⁶ outro gênero de convenções sinalagmáticas, nas quais os fins econômicos perseguidos pelas partes aparecem em primeiro plano. O aperfeiçoamento desses contratos não se dá com o simples consenso, mas somente quando umas das partes cumpre sua obrigação, momento em que surge para o outro contratante a obrigação de cumprir sua contraprestação. Dividiram-se em quatro grupos: *do ut*

⁵⁰ O emprego da forma era dispensado nos contratos que tinham por objeto bens de menor valor no comércio ou que fossem destinados ao consumo. Cf. SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A teoria da causa no direito privado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2014. p. 57.

⁵¹ A boa-fé romana constitui peça importante hoje no Direito das Obrigações, não obstante em sua origem tenha surgido com significado distinto, no campo dos Direitos Reais. Cf. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 106.

⁵² KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992. p. 74; LAFAILLE, Hector *et al.* *La causa de las obligaciones en el Código Civil y en la Reforma*. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1940. p. 26.

⁵³ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992. p. 63.

⁵⁴ Cf. CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 101 e 143.

⁵⁵ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 109.

⁵⁶ Essa denominação foi atribuída posteriormente pelos comentadores bizantinos. Não significa que tais contratos não tinham, ou pudessem ter, nome próprio, mas sim que se tratava de contratos atípicos, não reconhecidos como figuras singulares. Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 541.

des (dou para que dê), *do ut facias* (dou para que faças), *facio ut des* (faço para que dê) e *facio ut facias* (faço para que faças) – D. 19, 5, 5.⁵⁷

Não obstante tal divisão seja objeto de críticas, visto não esgotar todas as hipóteses de contratos inominados, constata-se que são comuns a todas as espécies de contratos inominados dois requisitos: *i*) o acordo de vontades sobre uma prestação e uma contraprestação; *ii*) a causa, expressão que nos textos guarda o sentido de “realização, por uma das partes, de sua prestação”, ou seja, “de execução unilateral do acordo de vontades”.⁵⁸

Como resultado desse progresso, nos inícios da República já se impunha ao *testamento* a consideração da vontade real do testador, apesar do formalismo do ato. Também nos contratos formais, especialmente na *stipulatio*, os juristas avançaram no final da época clássica para uma interpretação de acordo com a vontade reconhecível das partes. Segundo Max Kaser,⁵⁹ “perguntam *quod actum est* (ou semelhante), i. e., qual o fim que visa o acordo das partes, mesmo que este ainda não possa ser reconhecido só pelo teor da fórmula do negócio”.

1.1.2.3 Período pós-clássico

Somente na época *pós-clássica*⁶⁰ é que se conclui esse processo evolutivo orientado para a consideração da vontade individual dos agentes, com a supressão definitiva do formalismo verbal. Desaparecem a *mancipatio* e a *in iure cessio*, e a transmissão da propriedade não fica limitada à *traditio*, permitindo-se que se faça por meio da compra e venda, da doação etc.⁶¹

Abandona-se também o requisito imperativo do emprego de palavras determinadas nos negócios formais mais importantes, como na *stipulatio* e no *testamento*, e tal como nos negócios não formais é permitido às partes o uso de *quaisquer palavras* em suas declarações.⁶²

A *stipulatio*, quase sempre documentada nessa fase, “liga-se mais fortemente à *causa*. Com base no documento de dívida, que NÃO MENCIONA a *causa*, pode o credor intentar a acção

⁵⁷ GROSSO, Giuseppe. *Il sistema romano dei contratti*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1963. p. 164.

⁵⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 545. No mesmo sentido, CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 111.

⁵⁹ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992. p. 75.

⁶⁰ Estende-se de 305 d.C. até a morte de Justiniano, em 565 d.C. Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 2.

⁶¹ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992. p. 75.

⁶² KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992. p. 151.

sem ter de provar a existência do crédito; mas a falta de *causa* produz a INEFICÁCIA da obrigação, que o DEVEDOR alegará e também será apreciada oficiosamente”.⁶³

Justiniano⁶⁴ regressa à concepção clássica e considera que a *traditio* transfere a propriedade. A compra e venda, a doação etc. seriam meras *causae* da transmissão, não sendo claro, entretanto, se a aquisição da propriedade deve depender da validade da *causa*. Para Max Kaser,⁶⁵ “parece prevalecer a doutrina *abstracta*, segundo a qual basta a vontade de transmitir a propriedade (*animus transferendi domini*), que se fundamenta nas Inst. 2, 1, 40/41”. E generalizou-se nesse período a consideração do *animus*.⁶⁶

Em âmbito mais vasto, que vai para além da interpretação dos negócios, falam os juristas romanos no *animus*, que significa a INTENÇÃO do agente visando um determinado FIM. Assim, a intenção das partes nos contratos obrigacionais decide se chegaram a acordo sobre o conteúdo do contrato. Além disso, a intenção das partes é decisiva na determinação da finalidade (*causa*) para uma atribuição (cessão, estipulação, etc.).

Essa noção de *animus*, no sentido de “INTENÇÃO do agente visando um determinado FIM”, introduziu-se no Direito Romano como um corretivo necessário ao arcaico sistema dos atos abstratos, adquirindo importância maior na medida em que se passou a valorizar cada vez mais a vontade das partes, evidentemente sem ocupar ainda a posição de relevância que mais adiante atingiu, visto que os juriconsultos romanos não chegaram a sistematizar esse conceito.⁶⁷

Os romanos não tinham uma designação especial para o *fim* perseguido pelo devedor ao se obrigar, e sua terminologia era carente de precisão. A palavra “causa” aparecia em sentidos

⁶³ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992. p. 236. No mesmo sentido, confira-se RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*. Tradução de Delia García Daireaux. Supervisão de Jorge Joaquin Llambias. Buenos Aires: La Ley, 1988. t. IV – Las obligaciones, 1ª parte, p. 182.

⁶⁴ Imperador Bizantino de 527 a 565 d.C., foi responsável por importante trabalho legislativo que recompilou e organizou a legislação romana. O *Corpus iuris civilis* é um dos projetos legislativos mais célebres da História, que traduz o resultado final da expressão suprema do antigo Direito Romano e sua evolução jurídica ao longo de dez séculos. Foram compiladas obras de juristas clássicos e da legislação imperial, organizadas sistematicamente e depois publicadas e promulgadas. Composto por quatro coleções, a mais importante delas, tanto por sua escala, quanto por sua qualidade, é o *Digesto* ou *Pandectio*. Cf. CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 25.

⁶⁵ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992. p. 151.

⁶⁶ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992. p. 76.

⁶⁷ Cf. CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 122-123; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. I, p. 479.

diferentes, sendo mais comuns os seguintes: *i*) no sentido de causa eficiente da obrigação, ou seja, o ato jurídico que lhe dava origem; *ii*) no sentido de causa necessária para dar força obrigatória aos contratos sinalagmáticos, isto é, causa de cumprimento da obrigação por uma das partes (na expressão dos glosadores, o *vestmentum* indissociável para tornar obrigatório o pacto);⁶⁸ *iii*) a vontade do doador, o *animus donandi*, ou o simples motivo que lhe determinava a praticar o ato; e finalmente, como revelam inúmeros textos, *iv*) o *fim* perseguido por quem realizava o ato.⁶⁹

Possivelmente devido à imprecisão terminológica romana e aos diferentes sentidos em que a palavra era empregada,⁷⁰ há certa divergência entre alguns autores quanto ao significado de causa, no Direito Romano. Couto e Silva, por exemplo, atribui aos romanos o conceito de causa como *fim*, no sentido de *função* do negócio jurídico, conclusão que extrai do exame que faz da causa no direito das *conditiones*.⁷¹ Torquato Castro, entretanto, faz crítica expressa à análise de Couto e Silva:

A tese exposta ignora, surpreendentemente, que o conceito central, praticamente unívoco, prevalente em Roma desde tempos recuadíssimos da história do direito desse povo, foi o conceito, não de *causa-finalis*, ou causa que a vontade do privado houvesse programado como fim ou função de seu próprio ato; mas, em todos os casos, o *topos causa*, erigido pelos romanos nas suas construções jurídicas, era o de *causa eficiente*. A *causa*, para eles, era fato – fosse fato natural, fosse voluntário –, que dava *origem* ou fazia *nascer* o direito especificamente aplicável às hipóteses com que lidavam.⁷²

Para DÍEZ-PICAZO, entretanto, a ideia de causa no Direito Romano nunca teve um significado bem definido. Para o autor, de uma análise imparcial dos textos verifica-se que a

⁶⁸ No Direito Romano o simples acordo não gerava obrigação: *nuda pactio obligationem non parit* (D. 2.14.7.4). Para que houvesse obrigação (*obligatio*), além do acordo de vontade era necessário também o fundamento jurídico, ou seja, a *causa civilis*. Era essa *causa civilis* que elevava um ato jurídico bilateral à condição de *contractus*; e somente o credor de um *contractus* é que dispunha de uma *actio* para constranger o devedor ao cumprimento da prestação. Cf. MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 143. No mesmo sentido, ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 471-472. Sobre o *contractus* no Direito Romano, confira-se BIONDI, Biondo. *Il diritto romano*. Bologna: Licino Cappelli Editore, 1957. p. 456-459; GROSSO, Giuseppe. *Il sistema romano dei contratti*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1963. p. 29 e seguintes.

⁶⁹ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 123-124.

⁷⁰ No Digesto a palavra “causa” é encontrada em noventa e duas passagens, raras vezes empregada com a mesma acepção ou referida à mesma figura jurídica. Cf. MARTIN-CORDOVA, Tomas de Zumalacarregui. *Causa y abstracción causal en el derecho civil español*. Tesis Doctoral. Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios, 1977. p. 38.

⁷¹ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 44.

⁷² CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legítimo do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 163.

causa era empregada sem significado técnico, com imprecisão e de forma equivocada, ou com sentido plúrimo:

Causa es, a veces, causa eficiente (v. gr.: causa de la obligación); otras, causa final (v. gr.: *causa non secuta*); otras, motivo impulsor (v. gr.: *metus causa*); otras, en fin, base del negocio (v. gr.: *causa finita*). Causa es a veces causa del contrato o del negocio (v. gr.: *mortis causa*) y otras, causa de una atribución patrimonial (v. gr.: *datio ob causam*). ¿Cabe extraer de todo ello un sentido unitario? La respuesta es dudosa, pero parece en principio que este sentido unitario no puede encontrarse en las fuentes romanas, sino en la elaboración llevada a cabo por la doctrina posterior.⁷³

Não obstante o Direito Romano não tenha sistematizado uma teoria da causa, e a despeito de não haver unanimidade em relação à sua origem e significado, parece não haver dúvidas de que a noção que se tem hoje de causa é decorrência da evolução de suas concepções cunhadas no Direito Romano.

1.1.3 A causa no direito medieval

Com o declínio do Império Romano, a Igreja emergiu como substituta de sua autoridade, cultura e jurisdição. A ascensão do cristianismo na Idade Média alçou a Igreja à organização social mais extensa, à força espiritual mais importante, e de forma coerente sua ordem jurídica interna tornou-se também a mais poderosa. E tão grande quanto o poder da Igreja foi a interferência de seu direito no direito profano.⁷⁴

Fato marcante dessa fase foi também o surgimento das Universidades, a primeira delas fundada em Bolonha no ano de 1088, considerada o primeiro grande centro de estudos científicos do Direito. Seu fundador, Irnerio (*Irnerius*), alcunhado de “archote do direito”, destacou-se na cátedra de Direito Romano, que lhe rendeu o título de *lucerna juris, primus illuminator scientiae nostrae*.

A despeito de a noção de sinalagma se fazer presente no Direito Romano desde a concepção dos contratos consensuais e inominados, a compreensão de que duas obrigações se vinculam reciprocamente deveu-se ao direito canônico.⁷⁵ Mais que isso, compreenderam os canonistas que tais obrigações recíprocas, originadas dos contratos sinalagmáticos, vinculam-

⁷³ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 259.

⁷⁴ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespânia. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2015. p. 67-68.

⁷⁵ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*. Tradução de Delia García Daireaux. Supervisão de Jorge Joaquin Llambias. Buenos Aires: La Ley, 1988. t. IV – Las obligaciones, 1ª parte, p. 183.

se estreitamente não apenas no nascimento, mas também na fase de cumprimento da obrigação. Esses pactos de vontade, bem como as simples promessas, costumavam ser acompanhados de um juramento, em razão do qual tais obrigações se confirmavam e se consolidavam. Para o direito canônico, aquele que se obrigava, que empenhava a sua palavra, deveria cumpri-la; do contrário, não poderia exigir o cumprimento da obrigação recíproca.⁷⁶

A Igreja desde cedo mostrou-se favorável ao respeito à palavra dada. “Textos canônicos dos sécs. IV (Chromatius) e VI (Gregório, o Grande) assimilam já a mentira ao perjúrio; é preciso manter tanto a promessa feita por simples *loquela* (enunciação) como a feita por juramento”.⁷⁷

Enquanto os canonistas se ocupavam com o trabalho de elaboração formal de uma tradição já concretizada, na Universidade os legistas buscavam interpretar e adaptar àquela nova realidade os textos jurídicos de Justiniano.⁷⁸ Essa denominada escola dos *glosadores*⁷⁹ não se restringia ao campo doutrinário. Não distantes da aplicação prática, e familiarizados com o direito consuetudinário de fundo germânico, os glosadores⁸⁰ dedicavam-se à difícil hermenêutica dos primitivos textos romanos, especialmente os *Pandectas*, descobrindo e revelando afinidades com os institutos então vigentes.

A Universidade de Bolonha passa a ser considerada um ponto de referência e centro de convergência entre o Direito Romano clássico e o Direito cristão, entre o Direito formalista e o Direito Natural, tendo desempenhado papel fundamental na renovação e adaptação do *Corpus iuris civilis* às novas necessidades da época, à luz do cristianismo. Nessa fase é possível identificar dois períodos distintos da Universidade bolonhesa: o primeiro, conhecido como dos *glosadores*,⁸¹ estendeu-se do final do século XI ao princípio do século XIII; e um segundo

⁷⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. I, p. 480; CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 143-145; AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 442.

⁷⁷ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 18. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2016. p. 735.

⁷⁸ O legado mais importante do Direito Romano foram as compilações de Justiniano, que permaneceram desconhecidas durante os primeiros séculos da Idade Média, em razão do isolamento do Ocidente e do fracasso de Justiniano em reconquistar os territórios invadidos pelos germânicos. Cf. CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 25.

⁷⁹ Assim chamadas porque seus membros se notabilizaram pelas *glosas*, ou notas, feitas à margem ou nas entrelinhas dos textos, comentando as instituições a que se referiam.

⁸⁰ Esses juristas compreendiam “toda a tradição antiga – Sagrada Escritura (religião), Aristóteles (razão grega) e *Pandectas* (= *Digesto* – sistema de direito romano) –, como inspirada dentro de uma *ratio* precisa, como uma categoria lógica impossível de conter contradições” (NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 168).

⁸¹ Esse primeiro período conta com nomes como Irnerio e os Quatro Doutores (Bulgarus, Martinus Gosia, Hugo e Jacobus), cujo legado teve sequência dada por Acúrsio, Azón e Odofredo, resultando na publicação da

período, iniciado no século XIII, que representa uma das épocas mais brilhantes do pensamento ocidental: guiados pela filosofia aristotélico-tomista, os juristas bolonheses tomaram como ponto de partida não só o *Corpus iuris civilis*, já renovado pelas Glosas do período anterior, mas deram atenção especial às realidades sociais da época para conduzir os estudos do Direito civil à luz da *filosofia escolástica*.⁸²

É nesse segundo período, conhecido como dos *pós-glosadores* ou *comentadores*, que se projetam os nomes de Cynus de Pistoia, o primeiro grande autor da Escola de Comentadores, que alcançou seu ápice acadêmico com Bartolus de Saxoferrato e Baldo de Ubaldis. Deixaram como legado os *concilia*, pareceres jurídicos detalhados sobre casos reais, encomendados por um indivíduo ou uma instituição, por meio dos quais os juristas buscavam uma solução prática para casos concretos, com base no direito erudito que interpretavam.⁸³

Há muito tempo se buscava introduzir a moral cristã na eficácia dos contratos, mas a introdução da moral na elaboração das normas não era o suficiente; mais que isso, era necessário que a moral integrasse a formação e a execução dos contratos, sem que isso implicasse a substituição do Direito pela Moral, sob pena de comprometer a segurança das relações contratuais. Elegeu-se então a *causa*⁸⁴ como um corretivo moral à rigidez da Lei.⁸⁵

Assim, resgatando-se os conceitos de *causa* desenvolvidos por Aristóteles, a *causa eficiente* (*id a quo ens fit id quod est*) passa a ser a base para o princípio da reciprocidade e da igualdade nas prestações bilaterais; a *causa material* (*id ex quo fit et in quo existit ens*), o ponto de partida para a teoria da licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto; a *causa formal* (*id quo ens est, vel id quod est*), para proclamar o princípio da liberdade de forma contratual – excetuadas algumas situações; e a *causa final* (*id cuius gratia aliquid fit*), a mais sugestiva das

Magna Glosa, no século XIII. Cf. CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 73.

⁸² O filósofo de maior destaque na *escolástica* foi Santo Tomás de Aquino (1225-1274). Considerado “o cristão aristotélico por excelência”, deixou como legado mais importante a releitura da obra de Aristóteles dentro de uma perspectiva cristã (KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2015. p. 77-80). A *Suma Teológica* é a obra mais conhecida de Santo Tomás de Aquino. É fruto e expressão de um homem e de uma vida. O fruto maduro de seu pensamento, apresentado em termos modestos como uma iniciação à teologia. A obra é dividida em três partes, com 512 questões, cada uma com perguntas individuais que resultam em nada menos que 2.669 capítulos no total.

⁸³ CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 77; MARTIN-CORDOVA, Tomas de Zumalacarregui. *Causa y abstracción causal en el derecho civil español*. Tesis Doctoral. Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios, 1977. p. 41-42.

⁸⁴ Confira-se jurisprudência nesse sentido já nos séculos XIII e XIV, mesmo que a sistematização de uma doutrina em torno da *causa* começasse a ser elaborada somente a partir do século XVI, em TIMBAL, Pierre-Clément. *Les obligations contractuelles dans le droit français des XIII^e et XIV^e siècles d'après la jurisprudence du parlement*. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1973. t. I, p. 264 e s.

⁸⁵ MARTIN-CORDOVA, Tomas de Zumalacarregui. *Causa y abstracción causal en el derecho civil español*. Tesis Doctoral. Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios, 1977. p. 42-43.

quatro causas aristotélico-tomistas e que despertou maior atenção por parte dos pós-glosadores, identificou-se com o objeto da pretensão, com o fim querido pelas partes ao se vincularem reciprocamente. A essência da *causa final* repousa na ideia de “para quê”, encontrada nas obras dos pós-glosadores, sobretudo na de Baldo de Ubaldis, que conclui ser a *causa final* o objeto do entendimento, assim como o sinal é o objeto da visão, e o porto é o objeto dos navegantes.⁸⁶

A doutrina dos pós-glosadores teve continuidade no século XV por meio vários juristas italianos, dentre eles Paulus de Castro e Jason de Mayno. “A preeminência italiana era tal, que essa escola ficou conhecida como *mos italicus iuris docendi* (o método italiano de ensino jurídico), em oposição à escola francesa ou *mos gallicus*, como é designada a abordagem humanista do século XVI, essencialmente ligada à França.”⁸⁷

Não obstante a inegável contribuição dos glosadores e dos pós-glosadores, as bases das modernas teorias sobre a causa surgiram posteriormente, com a jurisprudência francesa, que sistematizou de modo mais claro e transparente o direito positivo então existente, com a introdução do racionalismo cartesiano na ciência do direito.⁸⁸ “Esta tradição francesa começou com Donellus,⁸⁹ adotou através de Domat, nos finais do séc. XVII, as aquisições sistemáticas do jus-racionalismo teórico e conduziu, com o sistema de Pothier, a pré-história do *Code Civil* francês.”⁹⁰

1.1.4 A causa na doutrina francesa de Domat e Pothier

Jean Domat (1625-1696) formou-se em um ambiente de maior tolerância religiosa e marcada admiração pelas novas ciências. É um dos representantes mais ilustres da escola do direito natural racionalista, a ponto de se tornar conhecido como *o restaurador da razão na jurisprudência*. Profundo conhecedor da filosofia estoica, Domat era cristão e a considerava compatível com seus preceitos. Admirava o direito canônico e tinha domínio da tradição jurídica romana culta, difundida pelos grandes juristas do século XVI que lhe precederam

⁸⁶ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*. Tradução de Delia García Daireaux. Supervisão de Jorge Joaquin Llambias. Buenos Aires: La Ley, 1988. t. IV – Las obligaciones, 1ª parte, p. 184; MARTIN-CORDOVA, Tomas de Zumalacarregui. *Causa y abstracción causal en el derecho civil español*. Tesis Doctoral. Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios, 1977. p. 43-44.

⁸⁷ CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 77-78.

⁸⁸ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 442.

⁸⁹ Hugues Doneau (Donellus), jurista francês da Escola Humanista, envolveu-se em conflitos religiosos por causa de suas crenças e teve de exilar-se na Alemanha, onde se tornou um dos luminares da Universidade de Leiden. Cf. CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 81.

⁹⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2015. p. 234.

(Donellus, Jacques Cujas, Bertrand d'Argentré e outros). Seus predecessores, entretanto, limitaram-se a interpretar, glosar e comentar os textos e leis romanos, ainda vinculados ao *Corpus iuris civilis*.⁹¹

Domat encontrou no Direito Natural o rigor matemático que sonhava para o Direito Civil. Por sua condição de católico, racionalista, matemático e tão absolutista quanto Luís XIV, foi contratado por este, que lhe proporcionou condições financeiras para que pudesse se dedicar à reconstrução do Direito Civil, segundo os princípios do direito natural.⁹²

Com a aplicação do racionalismo cartesiano à Ciência do Direito, Domat apresentou as leis civis *em sua ordem natural*, diferenciando-se pela novidade metodológica. Pouco antes de sua morte, em 1694, publicou *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, posteriormente aclamado como a melhor representação da tradição jurídica europeia de seu tempo, que exerceu grande influência na doutrina europeia em geral, especialmente na França.⁹³

Com relação à teoria da causa, é possível afirmar que ela se construiu paulatinamente ao longo dos séculos, mas foi Domat que a sistematizou pela primeira vez em termos mais claros e precisos.⁹⁴ Com base nos textos clássicos, Domat concluiu que é requisito essencial de toda obrigação a existência de uma causa, a ponto de afirmar que não existe obrigação sem causa (*causa obligationis*). Esse aspecto é importante porque fundamentalmente o que interessa a Domat é a causa da obrigação, não obstante seja confusa sua distinção conceitual entre obrigação e contrato (entre *contractus* e *obligatio contracta*), que aparentemente lhe parecem ideias sinônimas. Graças a essa confusão conceitual, a noção de causa, até então aplicada fundamentalmente às questões patrimoniais (aquisição, *datio*, *traditio* etc), introduz-se na teoria geral dos contratos.⁹⁵

⁹¹ DOMAT, Jean. *Las leyes civiles en su orden natural*. Tradução de Felio Vilarrubias y José Sardá. 1. ed. colombiana tirada da 2. ed. de 1844. Bogotá: ABC/Arkhé, 2015. t. I, p. 19-20; Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 259.

⁹² LAFAILLE, Hector *et al.* *La causa de las obligaciones en el Código Civil y en la Reforma*. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1940. p. 38.

⁹³ DOMAT, Jean. *Las leyes civiles en su orden natural*. Tradução de Felio Vilarrubias y José Sardá. 1. ed. colombiana tirada da 2. ed. de 1844. Bogotá: ABC/Arkhé, 2015. t. I, p. 19-20.

⁹⁴ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 126. O autor fundamenta essa afirmação no fato de alguns predecessores de Domat terem deixado caminho pavimentado para sua sistematização. É o caso, por exemplo, de Francisco Connano, Papón e Charondas el Carón. Especialmente Connano, que, em obra publicada em 1576, já teria sistematizado grande parte dos elementos abordados posteriormente por Domat, tais como o estudo dos pactos e das convenções e a distinção entre contratos onerosos e gratuitos. Quanto a esses, também Charondas el Caron já os havia comentado em seus Pandectas de direito francês – cf. CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s. d.]. p. 157-160.

⁹⁵ Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 260.

Quando publicou sua célebre obra *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, aquelas antigas distinções romanas entre contratos formais e consensuais, nominados e inominados, já haviam sido definitivamente abandonadas:

De estas clases de convenciones unas son conocidas y están en uso en todas partes, y por lo mismo tienen nombre propio, como la venta, el arrendamiento, el mutuo, el comodato, el depósito, la sociedad y otras, y las hay también que no lo tienen, como cuando se da a otro alguna cosa para venderla, con el pacto de que haga suyo el exceso de precio que sacare además del señalado por el que la da. Pero tanto si tienen nombre propio como no, todas producen siempre su efecto y obligan a lo que está convenido (Livro I, t. I, sec. I, n. 7).⁹⁶

Domat investiga na primeira parte de sua obra as convenções em geral, sua natureza e o modo como se apresentam. Afirma que as convenções consistem no consentimento de duas ou mais pessoas para fazer surgir entre elas uma obrigação, para extinguir uma obrigação existente ou para modificar a obrigação já contraída.⁹⁷ E conclui que as convenções comportam uma diversidade infinita de matérias, mas se constituem em quatro espécies: *i*) aquelas em que as partes contratam entre si ou se dão reciprocamente uma coisa por outra; *ii*) aquelas em que uma parte faz algo em benefício da outra; *iii*) aquelas em que um faz e o outro dá; e finalmente *iv*) aquelas em que somente um dá ou faz, sem que o outro dê ou faça algo em contrapartida.⁹⁸ Essas reflexões conduzem à classificação dos contratos em onerosos e gratuitos.⁹⁹

A confusão conceitual entre obrigação e contrato parece solucionar-se para Domat com a noção de causa que ele identifica em cada uma dessas quatro espécies de convenções:

En las tres primeras especies de convenciones se ve un comercio en que nada hay gratuito, y la obligación de uno es el fundamento de la del otro. Aun en aquellas en que uno solo parece obligado, como en el mutuo, la obligación del que recibe prestado ha sido precedida de la del otro, que debía dar a fin de formarla. Así, la que resulta en esta clase de convenciones en favor de uno de los contratantes tiene siempre su causa en la del otro: de lo contrario la obligación sería nula si en realidad no hubiese sido motivada, o fuese sin causa. (Livro I, t. I, sec. I, n. 5).¹⁰⁰

⁹⁶ DOMAT, Jean. *Las leyes civiles en su orden natural*. Tradução de Felio Vilarrubias y José Sardá. 1. ed. colombiana tirada da 2. ed. de 1844. Bogotá: ABC/Arkhé, 2015. t. I, p. 140.

⁹⁷ *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Livro I, t. I, sec. I, n. 2.

⁹⁸ *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Livro I, t. I, sec. I, n. 4.

⁹⁹ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 163; DABIN, Jean. *La teoría de la causa*. Tradução de Francisco de Pelsmaeker. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 18-20.

¹⁰⁰ DOMAT, Jean. *Las leyes civiles en su orden natural*. Tradução de Felio Vilarrubias y José Sardá. 1. ed. colombiana tirada da 2. ed. de 1844. Bogotá: ABC/Arkhé, 2015. t. I, p. 140.

En las donaciones y en los otros contratos en que uno solo es quien da o hace, la aceptación es la que forma la convención; y la obligación del que da tiene su fundamento en algún motivo razonable y justo, como un favor recibido o algún mérito del donatario, o el solo deseo de hacer bien. Estos motivos sirven de causa por parte del que recibe y no da cosa alguna (Livro I, t. I, sec. I, n. 6).¹⁰¹

Assim, nos contratos em que dois indivíduos se dão reciprocamente uma coisa por outra, ou prestam mutuamente algum serviço – nos contratos sinalagmáticos –, a obrigação de cada parte constitui o fundamento e a causa da obrigação da outra;¹⁰² nos contratos em que somente uma das partes se obriga – como no mútuo –, em que já se realizou a entrega, essa entrega é a causa da obrigação de restituir; e, nas doações ou demais contratos em que somente uma das partes faz ou dá, a causa da obrigação dessa parte não pode consistir na contraprestação da outra, que se limita à mera aceitação. Para essas situações, Domat afirma que a causa é um motivo razoável e justo, um favor recebido ou qualquer mérito do donatário, ou simplesmente o mero prazer de o doador realizar um bem.¹⁰³

Afirma Domat que “as convenções se aperfeiçoam pelo mútuo consentimento das partes”,¹⁰⁴ e, sendo as convenções efeito desse consentimento mútuo, “cada parte deve explicar com clareza e sinceridade o que promete e o que pretende. Assim é que a convenção se explica ou se interpreta conforme a intenção comum das partes”.¹⁰⁵

A partir dessas definições, Domat começa a sistematizar uma teoria sobre a causa, e ao longo de sua obra retorna ao tema para reafirmar e consolidar suas conclusões. Afirma, mais adiante, no capítulo que trata das nulidades dos contratos, que é nula uma obrigação que não tenha causa:

En las convenciones en que uno se halla obligado sin causa la obligación es nula; y lo mismo sucederá si la causa hubiese cesado. Para saberse si la hay o no es necesario considerar las circunstancias (Livro I, t. I, sec. V, n. 13).¹⁰⁶

¹⁰¹ DOMAT, Jean. *Las leyes civiles en su orden natural*. Tradução de Felio Vilarrubias y José Sardá. 1. ed. colombiana tirada da 2. ed. de 1844. Bogotá: ABC/Arkhé, 2015. t. I, p. 140.

¹⁰² CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 165.

¹⁰³ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 260.

¹⁰⁴ *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Livro I, t. I, sec. I, n. 8.

¹⁰⁵ *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Livro I, t. I, sec. II, n. 8.

¹⁰⁶ DOMAT, Jean. *Las leyes civiles en su orden natural*. Tradução de Felio Vilarrubias y José Sardá. 1. ed. colombiana tirada da 2. ed. de 1844. Bogotá: ABC/Arkhé, 2015. t. I, p. 157.

E considera nulas as obrigações quando o erro de direito é a única causa de uma convenção; entretanto, pondera que, na hipótese de haver outra causa além do erro de direito, não basta o erro para a anulação:

Si la ignorancia o error de derecho es tal que sea ella la única causa de una convención en la cual se obligue a alguno a pagar lo que no debe, sin que haya otra causa que pueda fundar la obligación; llegando a aparecer falsa la causa, quedará nula la convención. Por consecuencia si aquel que compra una finca sujeta al dominio directo en un lugar en que se acostumbre no pagar cosa alguna por razón de estas adquisiciones, se presenta al dueño directo y conviene con él en pagarle una certa cantidad por vía de laudemio que creía debérsele; esta convención que no tiene otro fundamento que un error, no obligará al pago de lo convenido (Livro I, t. XVIII, sec. I, n. 14).¹⁰⁷

Si el error de derecho no ha sido la única causa de la convención, de modo que aquel a quien ha ocasionado el perjuicio pudo haber tenido cualquier otro motivo, no bastará el error para anularla. Por consiguiente si un heredero trata con un legatario, y le paga o se obliga a pagarle el legado entero, ignorando el derecho que tenía de disminución por haber el testador legado mas allá de lo que permite la ley falcidia; esta convención no se anulará, pues el heredero ha podido obligarse a pagar el legado entero tal vez para dar plena ejecución a la voluntad del difunto a quien sucede; lo mismo se dirá del heredero de un donador que hubiere aprobado o ejecutado una donación que ignoraba ser nula por defecto de insinuación (Dicha Ley 31 del título 14) (Livro I, t. XVIII, sec. I, n. 14).¹⁰⁸

É importante advertir que em nenhum momento Domat pretendeu elaborar uma teoria sobre a causa, mas em linhas gerais essas são suas principais reflexões e conclusões, por meio das quais uma teoria da causa foi pela primeira vez sistematizada. Juristas que o sucederam e se dedicaram ao estudo da causa deram continuidade à construção teórica, sem alterar essas diretrizes principais por ele delineadas.¹⁰⁹

Há, entretanto, severas críticas ao legado deixado por Domat sobre a teoria da causa. Além da confusão inicial – relacionada à noção de causa associada aos contratos, e não às obrigações –, afirma-se que Domat não sistematizou na teoria um conceito unitário de causa, mas sim três conceitos distintos, conforme tenha se referido à causa das obrigações nos contratos sinalagmáticos, nos contratos reais e nos contratos com obrigações unilaterais.¹¹⁰

¹⁰⁷ DOMAT, Jean. *Las leyes civiles en su orden natural*. Tradução de Felio Vilarrubias y José Sardá. 1. ed. colombiana tirada da 2. ed. de 1844. Bogotá: ABC/Arkhé, 2015. t. I, p. 366.

¹⁰⁸ DOMAT, Jean. *Las leyes civiles en su orden natural*. Tradução de Felio Vilarrubias y José Sardá. 1. ed. colombiana tirada da 2. ed. de 1844. Bogotá: ABC/Arkhé, 2015. t. I, p. 366-367.

¹⁰⁹ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 166.

¹¹⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 260-261.

Como já se mencionou, nos contratos sinalagmáticos Domat afirma que a causa está na prestação e contraprestação das partes, nos contratos reais a entrega da coisa é a causa da obrigação de restituir e nas doações e demais contratos gratuitos a causa se identifica com um motivo razoável e justo. Note-se que não há paralelismo entre esses três tipos de causa. Enquanto nos contratos gratuitos a noção de causa é subjetiva, pois pode ser qualquer motivo, desde que razoável e justo, nos contratos sinalagmáticos a ideia é objetiva, pois a causa da obrigação de um está na obrigação recíproca, na contraprestação do outro.

Talvez fosse razoável opor a causa da obrigação nos contratos sinalagmáticos à causa nos contratos unilaterais, a causa nos contratos onerosos à causa nos gratuitos, a causa nos contratos consensuais à causa nos contratos reais, e assim por diante. No entanto, ao que parece Domat estabeleceu três tipos diferentes de causa e as apresentou indistintamente para contratos sinalagmáticos, reais e gratuitos.

Existem ainda contratos que escapam à tipificação, por exemplo, o contrato de sociedade. Há contratos unilaterais em que a identificação da causa não é tão evidente, como no mandato, que pode ser desempenhado por mera liberalidade ou em contrapartida a outros interesses do mandatário. Há situações também em que o contrato é real e sinalagmático, por exemplo, o depósito oneroso. Qual seria a causa da obrigação de restituir do depositário, a entrega anterior da coisa ou a remuneração devida pelo do serviço prestado?¹¹¹

Não obstante Domat tenha afirmado que as convenções consistem no consentimento de duas ou mais pessoas para fazer surgir entre elas uma obrigação, para extinguir uma obrigação existente ou para modificar uma obrigação anteriormente contraída,¹¹² sua classificação contempla somente os contratos constitutivos de relações obrigacionais, sem fazer qualquer menção aos contratos extintivos ou modificativos.

Pothier¹¹³ dá seguimento à investigação da causa em seu *Tratado das obrigações*. Inicia a obra com a afirmação de que “es de escencia en las obligaciones, 1º, que exista una causa de donde nazca la obligación (...)”; em seguida diz que “las causas de las obligaciones son los contratos, los *cuasi contratos*, los *delitos*, los *cuasi delitos*, algunas veces la ley o la simple

¹¹¹ Cf. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 261.

¹¹² “La convención es el consentimiento de dos o más personas al objeto de obligarse, o de disolver o cambiar la obligación ya contraída” (DOMAT, Jean. *Las leyes civiles en su orden natural*. Tradução de Felio Vilarrubias y José Sardá. 1. ed. colombiana tirada da 2. ed. de 1844. Bogotá: ABC/Arkhé, 2015. Livro I, t. I, sec. I, n. 2, p. 139).

¹¹³ Robert Josef Pothier (1699-1772) sucedeu Prévôt de la Jannès como Professor da Universidade de Orleans, o qual já havia feito referência à causa das obrigações em sua obra *Principes de la jurisprudence française et de coutumes des duché*. Cf. CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 166.

equidad”; e anuncia que se dedicará ao estudo “de los contratos que son la causa más frecuente de donde nacen las obligaciones” e “de las otras causas de obligaciones”, além das partes e do objeto do contrato.¹¹⁴

Assim, Pothier começa seus estudos a partir do contrato, diferenciando-o da policitación e analisando as três coisas que se devem distinguir no contrato: aquelas que são da essência do contrato (*essentialia negotii*¹¹⁵), as que são de sua natureza (*naturalia negotii*¹¹⁶) e as acidentais (*accidentalia negotii*¹¹⁷). Passa a analisar a divisão dos contratos e somente quando cuida dos vícios é que afirma “que todo compromisso deve ter uma causa honesta”:

Todo compromiso ha de tener una causa honesta. En los contratos *interesados*, la causa del compromiso que contrata una de las partes, está en lo que la otra parte le dé, o se comprometa a darle, o en el riesgo de que se encargue. En los contratos de *beneficencia*, la liberalidad que una de las partes quiere ejercer para con la otra es una causa suficiente del compromiso a que se compromete para con ella. Mas, cuando un compromiso no tiene causa o, lo que es la misma cosa, cuando la causa por la cual ha sido contratado es una causa falsa, el compromiso es nulo, y el contrato que la contiene es nulo también.¹¹⁸

Capitant¹¹⁹ observa que Pothier tem uma noção precisa de causa da liberalidade; para este, o *animus donandi* é a causa da obrigação daquele que doa, e não o motivo que o leva a se obrigar. Neste ponto há sensível diferença em relação à anterior concepção de Domat, para quem a causa era “um motivo justo e razoável”.¹²⁰

Não obstante esteja sujeito a críticas semelhantes às já apresentadas em relação à doutrina de Domat, Pothier estabelece uma distinção importante entre causa do contrato e causa da obrigação.

Quando afirma que “es de esencia en las obligaciones, 1º, que exista una causa de donde nazca la obligación” e em seguida que “las causas de las obligaciones son los *contratos*, los

¹¹⁴ Cf. POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Atalaya, 1947. p. 11.

¹¹⁵ Sem as quais o contato não pode subsistir, por exemplo, o objeto, o preço no contrato de compra e venda etc.

¹¹⁶ Fazem parte do contrato mesmo que não tenham sido convencionadas, sem ser, entretanto, de sua essência. Por isso, ainda que não existam, o contrato subsiste, e podem ser afastados pelas partes, por exemplo, a garantia dada pelo vendedor sobre a coisa vendida e o princípio segundo o qual a coisa perece para o dono mesmo que o contrato já tenha se aperfeiçoado mas não tenha havido a tradição etc.

¹¹⁷ Aquelas que, não sendo da natureza do contrato, só podem ser inseridas mediante cláusulas especiais, por exemplo, o modo e o prazo concedido para o pagamento.

¹¹⁸ POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Atalaya, 1947. p. 32-33.

¹¹⁹ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 167.

¹²⁰ Cf. Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 262.

cuasi contratos, los delitos, los cuasi delitos, algunas veces la ley o la simple equidad”,¹²¹ Pothier equipara a noção de causa à ideia de fonte da obrigação,¹²² ou de *causa eficiente*, como geradora da obrigação.¹²³ E como algo distinto da causa da obrigação se refere à causa do contrato, não como elemento integrante, nem como pressuposto ou requisito essencial ao contrato (*essentialia negotii*), mas como elemento que acarreta a nulidade do contrato quando padece de um vício, tal como ocorre no erro, no dolo e na lesão.¹²⁴

Pothier já não faz referência a contratos sinalagmáticos, em que as partes “se dão reciprocamente uma coisa por outra, ou prestam mutuamente algum serviço”, mas sim a contratos onerosos.¹²⁵ Relativamente aos contratos onerosos, não afirma – como o fazia Domat – que a causa da “obligación de uno es el fundamento de la del otro”, mas sim que a causa “está en lo que la otra parte le dé, o se comprometa a darle, o en el riesgo de que se encargue”. Na primeira parte há correspondência com o pensamento de Domat, mas quando Pothier fala “en el riesgo de que se encargue” introduz um elemento inteiramente novo como causa do contrato, com o que parece fazer alusão à subdivisão dos contratos onerosos em *comutativos* e *aleatórios*.¹²⁶⁻¹²⁷

Por fim, Pothier já não justapõe três tipos diversos de contratos (sinalagmáticos, reais e gratuitos), uma vez que trabalha com a noção de causa na dualidade dos contratos onerosos e gratuitos, de forma que a causa nos contratos reais – que não são mais tipificados para esse fim – se identificará conforme o caso, dependendo de seu caráter gratuito ou oneroso.¹²⁸

¹²¹ POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Atalaya, 1947. p. 11.

¹²² Essa classificação quadripartida de Pothier na realidade tem raízes no Direito Romano clássico e se encontra nítida nas Instituições de Justiniano: “sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu, aut ex maleficio aut quasi ex maleficio” (3, 13, 2). Cf. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2018. p. 197.

¹²³ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 166.

¹²⁴ Cf. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 262.

¹²⁵ Lembre-se de que os conceitos não se confundem, na medida em que o *sinalagma* – ou a bilateralidade – consiste na geração de obrigações recíprocas no momento do aperfeiçoamento do contrato, enquanto a *onerosidade* está relacionada ao proveito obtido pelos contratantes, pela contraprestação que segue a prestação, isto é, pela vantagem que advém do sacrifício, sem necessidade de que haja equilíbrio ou equivalência de prestações entre os contratantes. Cf. ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos*. Buenos Aires: Ediar, 1981. p. 47-54.

¹²⁶ *Comutativos* são aqueles contratos em que, no momento da formação, as partes conhecem as vantagens e sacrifícios; por seu turno, são *aleatórios* os contratos em que não é possível às partes prever as vantagens e desvantagens de antemão, sendo incertas no momento da contratação, mas revelando-se posteriormente no cumprimento do contrato, com o transcorrer dos acontecimentos. Cf. ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos*. Buenos Aires: Ediar, 1981. p. 68-72.

¹²⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 263.

¹²⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 263.

1.1.5 A causa e as codificações do século XIX

Os trabalhos legislativos, de modo geral, representavam até então o último legado de uma antiga tradição jurídica. Essa realidade experimentou revolucionária transformação com os códigos jusnaturalistas, concebidos como pré-projetos de um futuro melhor. Diversamente do restante da Europa, onde ainda remanesceu o absolutismo esclarecido, na França a codificação foi levada à prática pelos portadores da revolução política, que imprimiram no *Code Civil* de 1804 a expressão espiritual de uma soberania popular recém-reconquistada e a grandeza napoleônica.¹²⁹

Com o golpe de Estado de 18 de Brumário,¹³⁰ Cambecérès tornou-se segundo cônsul, ao lado de Napoleão Bonaparte. Criou-se então, em 12 de agosto de 1800 (24 do Termidor do ano VIII), uma “Comissão de Governo” formada por quatro juristas eminentes,¹³¹ encarregada de elaborar, discutir e submeter aos cônsules projetos de leis civis. Ao término de quatro meses estava concluído o “Projeto do ano VIII”, que, depois de submetido aos trâmites da época, resultou na aprovação de 36 projetos, estes reunidos pela lei de 21 de março de 1804 num só corpo com numeração contínua de 2.281 artigos, que foi publicado como o *Código Civil dos Franceses*.¹³²⁻¹³³

A teoria da causa era construção puramente doutrinária até o final do século XVIII e início do século XIX, quando finalmente foi incorporada à legislação pelos redatores do “Código Civil dos Franceses”, que, inspirados nas doutrinas de Domat e Pothier,¹³⁴ converteram-na em elemento normativo de indeclinável aplicação, na redação dos artigos 1.108 e 1.131 a 1.133.¹³⁵

¹²⁹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2015. p. 368 e 386.

¹³⁰ No calendário revolucionário francês deu-se em 18 de Brumário do ano VIII (9 de novembro de 1799 no calendário gregoriano).

¹³¹ François Tronchet (1726-1806), Jean Portalis (1746-1807), Félix Bigot-Préameneu (1747-1823) e Jacques de Malleville (1741-1824).

¹³² O *Código Civil dos Franceses* foi republicado em 1807 como *Código de Napoleão*, em 1814 publicado outra vez como *Código Civil*, e em 1852-1870 novamente como *Código de Napoleão*. Cf. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2015. p. 388.

¹³³ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. p. 451-453.

¹³⁴ “Da Domat e Pothier al codice civile francese il passo è breve” (CARRARA, Giovanni. *La formazione dei contratti*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1915. p. 132). Referindo-se à enorme interferência da doutrina de Pothier na codificação francesa, Caio Mário da Silva Pereira chega a afirmar que “o Código Napoleão é Pothier redigido em termos normativos” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. A nova tipologia contratual no direito civil brasileiro. In: DIAS, Adahyl Lourenço et al. (col.). *Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 130).

¹³⁵ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 34-35.

Assim, estabeleceu o Código Civil francês em seu artigo 1.108 que para a validade de uma convenção há quatro condições essenciais: *i*) o consentimento da parte que se obriga, *ii*) a capacidade de contratar, *iii*) um objeto certo que constitua a matéria da obrigação e *iv*) uma causa lícita da obrigação.

E, na seção intitulada “Da causa”, os artigos 1.131 a 1.133 tratam basicamente de três questões: *i*) não pode ter nenhum efeito uma obrigação sem causa, com causa falsa ou ilícita (artigo 1.131); *ii*) a convenção não é menos válida, embora a causa não esteja expressa (artigo 1.132); e, complementando o artigo 1.131, *iii*) a causa é ilícita quando é proibida por lei, quando é contrária aos bons costumes ou à ordem pública (artigo 1.133).

Assim, a causa foi positivada no direito francês, que, sem ir além, deixou a encargo da doutrina e da jurisprudência estabelecerem seu conceito e extensão.¹³⁶ Além de não definirem o conceito, os redatores do Código Civil tornaram a confundir as ideias de causa do contrato e causa da obrigação, na medida em que consideravam a causa uma condição essencial de validade do contrato, condição esta que se concretiza quando presente “uma causa lícita da obrigação”.¹³⁷

O Código Napoleônico espria seus preceitos sobre a causa para o Projeto do Código Civil espanhol de 1851¹³⁸ e para o Código Civil italiano de 1865.

No Código Civil espanhol, o artigo 1.261 estabeleceu como requisito dos contratos a existência de uma causa da obrigação, e o artigo 1.274 disse que “En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”.

O legislador espanhol retorna à tipificação dos autores franceses clássicos, e na tentativa de conceituar a causa não fornece uma definição, mas três tipos distintos e que não se harmonizam: nos contratos onerosos recorre a um critério objetivo (*para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte*), e, nos contratos gratuitos, a um elemento puramente subjetivo (*la mera liberalidad del bienhechor*).¹³⁹

¹³⁶ A codificação não resolveu as dificuldades doutrinárias preexistentes. “Les rédacteurs du Code civil se sont inspirés, selon leur habitude, de Pothier, sans cependant définir la notion de cause” (GHESTIN, Jacques. *Cause de l’engagement et validité du contrat*. Paris: LGDJ, 2006. p. 21); e a doutrina, que não conseguiu uniformizar um conceito de causa, acabou por se dividir entre *causalistas* e *anticausalistas*, como se verá adiante.

¹³⁷ Cf. Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 264.

¹³⁸ Cf. MARTIN-CORDOVA, Tomas de Zumalacarregui. *Causa y abstracción causal en el derecho civil español*. Tesis Doctoral. Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios, 1977. p. 57-64.

¹³⁹ Há outras críticas, tais como a de que a diferenciação entre *contratos remuneratórios* e *contratos de pura beneficência* é indevida, na medida em que ambos são subespécies do gênero *doação*; bem como que a

O Código Civil italiano de 1865, fruto do movimento de unificação nacional, essencialmente replicou o *Code Civil*, em razão das similaridades jurídicas e políticas que se apresentavam na Itália unificada em relação à França.¹⁴⁰ Em seu artigo 1.104, estabeleceu que são requisitos essenciais para a validade de um contrato: *i)* a capacidade de contratar; *ii)* o consenso válido dos contratantes; *iii)* um objeto determinado e *iv)* uma causa lícita para obrigarse. Por se tratar de réplica quase fiel, aplica-se aqui a crítica já apresentada ao *Code Civil*, que retorna à confusão conceitual entre causa do contrato e causa da obrigação.

Mais adiante, o Código italiano reproduz no artigo 1.119 o artigo 1.131 do Código francês, no artigo 1.120 transcreve o artigo 1.132, o artigo 1.123 é versão fiel do artigo 1.133, e o artigo 1.122 acrescenta que a causa se presume até que se prove o contrário, sem alterar, entretanto, a essência do que havia sido positivado na França.

Na Alemanha a codificação do direito civil foi consequência política da unificação do império, realizada por Bismarck em 1871. Até então o direito privado encontrava-se extremamente fracionado, regulado por leis regionais de cada Estado, em alguns lugares sob influência do Código Civil francês (como em Baden, por exemplo), em outros sob vigência do direito consuetudinário com variações locais, e em algumas regiões sob vigência exclusiva do denominado “direito comum”, que se aplicava de forma subsidiária na maior parte das regiões, e consistia na evolução do *Corpus iuris* romano ao longo dos séculos XV e XVI.¹⁴¹

Depois de dez anos de vigência do Código Civil francês, tornou-se conhecido o debate acerca da necessidade de um Código Civil com vigência para toda a Alemanha, ocorrido a partir de 1814 entre Savigny e Thibaut, iniciado com a publicação por este de um ensaio intitulado “Sobre a necessidade de um Direito Civil Geral para a Alemanha”.¹⁴² Savigny, que não via conveniência na codificação do Direito Civil, ao argumento de que isso engessaria e dificultaria o regramento do direito,¹⁴³ respondeu com outra publicação, sob o título “Da vocação da nossa

definição de causa para os contratos onerosos se aplica somente aos que sejam sinalagmáticos e comutativos, mas não aos demais. Cf. Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 265.

¹⁴⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2015. p. 394.

¹⁴¹ LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Tratado de derecho civil alemán. Tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978. § 1, II, p. 18-19.

¹⁴² *Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Recht für Deutschland*.

¹⁴³ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 201.

época para a legislação e a jurisprudência”,¹⁴⁴ que passou a ser considerada o manifesto da “Escola Histórica de Direito”,¹⁴⁵ por ele fundada.¹⁴⁶

No século XIX, Savigny e outros juristas alemães que o seguiram¹⁴⁷ dedicaram-se intensamente à investigação e sistematização do Digesto ou Pandectas dos romanos, laborioso empreendimento que ingressou para a história civilística como “pandectística germânica”. Com suas obras, dentre as quais se destaca o “Sistema de direito romano atual”,¹⁴⁸ Savigny não conseguiu evitar, mas protelou para o final do século XIX a elaboração de um Código Civil para toda a Alemanha.

Em razão do que se acaba de afirmar é que o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB, Código Civil alemão) não constitui a expressão de uma tendência política e social unitária, mas sim uma tentativa de equilíbrio entre vários sistemas de valores que não haviam se misturado na Alemanha do século XIX. Nesse contexto o Código foi adotado pelo Parlamento em 1896 e entrou em vigor em 1900, famoso por sua clareza e coerência, com estrutura conceitual rigorosa e renúncia quase completa à casuística.¹⁴⁹

Isso explica, de certa forma, o afastamento das doutrinas de Domat e Pothier na codificação do Direito Civil alemão, que relegou a causa a nível secundário, sem sequer mencioná-la no âmbito da teoria do negócio jurídico e na teoria geral dos contratos, situando-a no campo dos negócios jurídicos de atribuição patrimonial, mais precisamente no título denominado *ungerechtfertigte Bereicherung*, ou seja, no enriquecimento sem causa.¹⁵⁰

¹⁴⁴ *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*.

¹⁴⁵ A Escola Histórica do Direito surgiu nos territórios alemães no início do século XIX como oposição ao jusnaturalismo iluminista de origem francesa, que considerava o Direito um fenômeno independente do tempo e do espaço, cujas bases estariam na razão e na natureza das coisas. Foi a escola de pensamento jurídico precursora do positivismo normativista, que exerceu forte influência em todos os países de tradição romano-germânica. Sob influência do romantismo, compreendia que as normas jurídicas resultavam da evolução histórica, cuja essência estava nos costumes e nas crenças dos grupos sociais.

¹⁴⁶ Cf. STERN, Jacques. *La codificación: una controversia programática basada en obras de Thibaut y Savigny*. Madrid: Aguilar, 1970.

¹⁴⁷ Dentre os quais se destacam Puchta, Jhering e Windscheid, este último com importante contribuição em seu “*Lehrbuch des Pandektenrechts*”.

¹⁴⁸ *System des heutigen römischen Rechts* (1840-1849, publicado em 8 volumes).

¹⁴⁹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2016. p. 457-458; WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2015. p. 544.

¹⁵⁰ Confira-se, adiante, 3.1.1 *Causa do contrato e causa de atribuição patrimonial*. Não obstante a causa de atribuição patrimonial não seja objeto de estudo aprofundado neste trabalho, para o necessário esclarecimento considera-se causa de atribuição patrimonial a situação jurídica, de conformidade com o ordenamento jurídico, que justifica ou autoriza o deslocamento patrimonial de uma parte a outra. Essa situação jurídica que autoriza o deslocamento patrimonial pode decorrer de um contrato, por exemplo, ou de uma disposição legal. Na primeira hipótese, a causa de atribuição consiste no próprio contrato que a antecedeu, que por sua vez tem também a sua própria causa – esta causa sim, é a causa do contrato, objeto deste estudo. Nessa medida, a causa do contrato pode interferir na causa de atribuição patrimonial, quando, por exemplo, se desvirtuar a ponto de anulá-lo, hipótese em que a atribuição patrimonial poderá ter sua causa maculada, dando ensejo a uma das hipóteses de enriquecimento sem causa. Cf. TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 3.

Assim, no Direito alemão a causa é compreendida como fenômeno jurídico que legitima um deslocamento patrimonial, isto é, aquela situação antecedente que o justifica. Nesse sentido, as causas de atribuição podem ser diversas, conforme as relações jurídicas existentes que as determinem: fala-se, portanto, em *causa solvendi*, quando a atribuição patrimonial se realiza para dar cumprimento a uma obrigação, em *causa credendi* quando surge como resultado de um sacrifício patrimonial que, como consequência, gera um direito ou outro benefício equivalente, e em *causa donandi*, quando o incremento não decorre do cumprimento de uma obrigação nem de um benefício correspondente a um sacrifício patrimonial, mas unicamente da liberalidade do agente que, às suas expensas, incrementa o patrimônio do destinatário sem ser compensado por nenhuma remuneração.¹⁵¹

A partir da codificação nos Direitos francês e alemão espalharam-se para outros países duas concepções distintas em relação ao problema da causa: a dos *anticausalistas*, que consideram a causa algo irrelevante ou até mesmo inútil na teoria geral dos contratos, e a dos *causalistas*, que a consideram requisito do contrato.

Dentre os *causalistas*, destacaram-se pelo menos duas principais orientações distintas: a concepção *subjetiva* compreende a causa como finalidade do contrato, como a intenção das partes ou o propósito específico da convenção por elas estabelecida; enquanto a concepção *objetiva* considera a causa requisito de validade não somente dos contratos, mas do negócio jurídico em geral, conceituando-a como a “razão econômico-jurídica”, o “fim prático” ou a “função econômico-social” do negócio jurídico.

Possivelmente essa divisão em duas grandes vertentes *causalistas* decorra do fato de as codificações não terem estabelecido o conceito de causa, que foi construído pela doutrina e pela jurisprudência. Como se verá adiante, na França a vertente *causalista* da doutrina e da jurisprudência se inclinou para a *teoria subjetiva* da causa, enquanto na Itália se desenvolveu a concepção da causa sob o viés *objetivo*, fortemente impulsionada pela doutrina de Emilio Betti.

ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1965. p. 252; DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 271-272; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 144-145. Sobre o enriquecimento sem causa, confira-se na doutrina nacional, dentre outros, NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; PAES, Pedro. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977; AMERICANO, Jorge. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1933.

¹⁵¹ VON TUHR, Andreas. *Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán*. Tradução de Tito Rivà. Buenos Aires: Depalma, 1948. v. III.1, p. 73-92; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Tradução de Blas Perez Gonzales e Jose Alguer. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1966. t. II, parte II, p. 866; AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 443; DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 269; LEME, Lino de Moraes. *Do erro de direito em matéria civil*. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunaes, 1936. p. 113.

Em ambos os países, não obstante a codificação tenha elevado a causa a requisito de validade dos contratos,¹⁵² há renomada doutrina *anticausalista* que não deve deixar de ser mencionada.

Seguiram as orientações jurídicas do BGB os Códigos austríaco, o suíço das obrigações, o português e o brasileiro; enquanto adotaram a linha do *Code Civil*, além dos Códigos espanhol e italiano de 1865, o libanês, o uruguaio, o colombiano, o chileno e o argentino.¹⁵³

1.2 Teoria subjetiva

A positivação da causa como requisito de validade dos contratos forçou os intérpretes do Código francês a investigar e buscar sua definição. Os primeiros tratados civilistas recorrem à noção aristotélica de *causa eficiente* para formular o conceito de causa, e fundamentalmente reproduzem as doutrinas de Domat e Pothier com pequenas variações, o que não os isentou de críticas semelhantes às já mencionadas, e que não merecem ser repetidas.¹⁵⁴

Em linhas gerais, a denominada *teoria clássica* da causa, formulada pelos primeiros intérpretes do *Code Civil*, afirmava que nos contratos sinalagmáticos “l’engagement de l’un est le fondement de celui de l’autre”, seguindo como verdadeiro dogma a fórmula de Domat.¹⁵⁵

Algumas vezes, entretanto, esse conceito era insuficiente para a jurisprudência proteger a moralidade das relações jurídicas, o que a levou em algumas circunstâncias a examinar a intenção concreta perseguida pelas partes ao celebrar o contrato, ou seja, ao propósito determinante que as levou a contratar.

Quando a obrigação tinha objeto ilícito, bastava a aplicação do artigo 1.128 do *Code*, mas na maior parte das vezes a convenção era irrepreensível na aparência, pois a imoralidade somente se revelava quando analisado cuidadosamente o fim pretendido. Aplicava-se então, nesses casos, o artigo 1.131, no qual a jurisprudência encontrou, nas palavras de Georges Ripert,

¹⁵² Na França, como se verá adiante, uma reforma legislativa no direito dos contratos e das obrigações (Ordonnance n. 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016) suprimiu recentemente a causa como requisito de validade dos contratos, com a nova redação atribuída ao artigo 1.128, que substituiu o antigo artigo 1.108.

¹⁵³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 443-444. Judith Martins-Costa relaciona ainda, na linha do Código francês, que adotou a causa como requisito de validade das obrigações, os Códigos boliviano, guatemalteco, peruano, da República Dominicana, venezuelano, hondurenho, panamenho e de Porto Rico. Já os códigos da Colômbia, Costa Rica, Chile, Equador, México, Nicarágua, Paraguai, Uruguai e El Salvador teriam aceitado a causa de forma expressa, com nuances em relação ao *Code Civil*. Cf. MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, ano 16, n. 45, p. 213-244, mar. 1989. p. 214.

¹⁵⁴ Sobre os primeiros intérpretes do *Code Civil*, confira-se CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 37-39; DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 266; PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 5. ed. Paris: LGDJ, 1909. t. II, cap. IV, § 3º, n. 1033. p. 351.

¹⁵⁵ JOSSERAND, Louis. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*. Paris: Dalloz, 1928. p. 142.

“a arma que lhe era necessária”.¹⁵⁶ E, retornando às origens canonistas da teoria da causa, anteriores mesmo à sistematização de Domat, os tribunais franceses passaram a sondar “os corações dos contratantes e, se o contrato revela o pensamento imoral que os anima, recusam reconhecer esta vontade movida por motivos culpáveis”.¹⁵⁷ Essa noção de causa relacionada ao “motivo determinante da obrigação” se consagra na clássica obra de Capitant e nas últimas edições de Planiol-Ripert.¹⁵⁸

Capitant se contrapôs com veemência àquela concepção de Domat por entendê-la desprovida de qualquer sentido, na medida em que não significava absolutamente nada a afirmação de que uma parte se obriga porque a outra se obriga também. Essa noção corresponderia a dizer que no contrato de compra e venda “el vendedor consiente en vender porque el comprador consiente en comprar y reciprocamente”. Para Capitant, “si la causa no fuera más que esto, tendrían razón los autores anticausalistas diciendo que se confunde con el consentimiento”.¹⁵⁹

Alguns autores avançaram na definição ao proclamar que a causa da obrigação de uma parte consistia no objeto da obrigação da outra. Tomando o mesmo exemplo do contrato de compra e venda, para Capitant esse conceito corresponderia a dizer que “la causa de la obligación del vendedor, es el precio, y de la del comprador, la cosa vendida”. Apesar de essa noção de causa ter ido além, Capitant afirmava que o conceito ainda era incompleto, razão pela qual eram justas as críticas daqueles que identificavam a causa com o objeto da obrigação, sendo dispensável, portanto, para estes, sua inclusão entre os requisitos do artigo 1.108 do Código.¹⁶⁰

Para Capitant, a noção de causa era compreendida com mais facilidade a partir da ideia de finalidade, “pues basta buscar cuál es el fin pretendido por cada una de las partes, y no es cosa difícil precisar este fin”. Portanto, “en un contrato sinalagmático, por ejemplo, la causa que determina a obligarse a las dos partes, es la voluntad de obtener la realización de la prestación que le ha sido prometida en cambio”. Essa definição, apesar de se diferenciar daquelas inicialmente concebidas pelos primeiros intérpretes do *Code Civil*, não chegava a

¹⁵⁶ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva & Cia., 1937. p. 67.

¹⁵⁷ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva & Cia., 1937. p. 72.

¹⁵⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 268.

¹⁵⁹ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 42.

¹⁶⁰ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 42.

inovar, pois nas próprias palavras de Capitant já havia sido versada anteriormente por M. Lobbé em importante ensaio, e era adotada como solução para inúmeros casos pela jurisprudência.¹⁶¹

Essa finalidade buscada pelas partes ao se obrigarem reciprocamente, entretanto, na doutrina de Capitant é parte integrante da manifestação de vontade criadora da obrigação, pois o ato de vontade é composto por dois elementos: o primeiro deles é o consentimento, que corresponde ao ato de obrigar-se, e o segundo é o fim que as partes se propõem alcançar com esse ato:

El fin constituye parte integrante de la manifestación de voluntad creadora de la obligación. Puede decirse que es un elemento esencial suyo. (...) El acto de voluntad se compone de dos elementos: primero, del consentimiento, que es el hecho de prometer, de obligarse, y después de la consideración del fin que se propone alcanzar, por medio de esta promesa. La obligación no es más que un medio para alcanzar un fin.¹⁶²

Luis Renato Ferreira da Silva¹⁶³ bem sintetiza essa noção quando, referindo-se à mesma passagem de Capitant, diz que, “ao estabelecer este conceito, superou-se uma das críticas dos anticausalistas e, fundamentalmente, fixou-se muito bem o que é o fim imediato e o que é o consentimento. Este consiste em querer obrigar-se; já a causa consiste no que se quer com o obrigar-se. Ambos são elementos integrantes da manifestação de vontade”.

Essa concepção subjetivista de Capitant foi ratificada pouco tempo depois por Jossierand, que em seu *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé* começa por analisar o vínculo de interdependência entre as noções de vontade, móvel e finalidade (*but*):

... ces trois notions de *volonté*, de *mobile* et de *but* représentent vraiment le *substratum* du droit et offrent un caractère d’indivisibilité en ce sens que la première assure la liaison entre les deux autres: le mobile tend vers le but par l’intermédiaire et sous l’action de la volonté qui s’emploie à cet effet: pas de mobiles sans but; pas de but qui ne soient postule par um mobile et dont la réalisation n’implique um effort de volonté.¹⁶⁴

¹⁶¹ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 43-47.

¹⁶² CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 19.

¹⁶³ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2013. p. 73.

¹⁶⁴ JOSSERAND, Louis. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*. Paris: Dalloz, 1928. p. 1.

Não obstante tais conceitos sejam interdependentes, Jossierand os distingue definindo a vontade como um desejo abstrato aplicado a um fato específico, a uma situação, independentemente das consequências que o ato pode causar; a finalidade reside no próprio ato, incorpora-se a ele assim como está incorporada à própria vontade; a intenção é a *causa final* dos glosadores e pós-glosadores (notadamente Bartolus de Saxiferrato, que na doação identifica essa causa com a intenção liberal, com a liberalidade); e os móveis são a razão de agir, as “molas da vontade”, e representam a *causa impulsiva* – ou *causa remota* – que os pós-glosadores opuseram à causa final.¹⁶⁵

Os móveis seriam, portanto, as razões íntimas, psíquicas, os motivos interiores que levam a parte a agir e que podem ser inúmeros e variáveis. Diferem da intenção, por ser esta da essência do ato, jurídica, única e sempre se refere à finalidade imediata do ato.¹⁶⁶

No mesmo sentido, para Capitant os motivos consistiam nos fatores psicológicos que não estão compreendidos no ato de vontade que dá origem à obrigação, razão pela qual não constituem elementos do encontro de vontades; ao passo que a causa é parte integrante do ato de vontade, e por consequência do contrato.¹⁶⁷ Paul Oertmann¹⁶⁸ identificava os motivos com o que denominava *fins subjetivos*, para diferenciá-los do que considerava o *fin objetivo* do negócio jurídico.

Quanto aos móveis, Jossierand¹⁶⁹ identifica três categorias: *i*) os móveis orgânicos ou intrínsecos, que desempenham o papel de causa direta e imediata de uma obrigação e são integrantes do ato e a ele contemporâneos; *ii*) os móveis causais ou determinantes, que se referem ao passado, ou seja, ao momento antecedente ao ato e constituem simples motivos; e *iii*) finalmente os denominados móveis teleológicos ou *mobile-but*, que revelam a finalidade à qual a operação é condicionada, e seriam os móveis por excelência, identificados com a *causa final*.

E é a partir dessa definição de *mobile-but* que Jossierand, sem se afastar completamente das doutrinas de Domat e Pothier, aproxima-se da teoria subjetiva da causa desenvolvida na

¹⁶⁵ JOSSERAND, Louis. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*. Paris: Dalloz, 1928. p. 16-18.

¹⁶⁶ JOSSERAND, Louis. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*. Paris: Dalloz, 1928. p. 21.

¹⁶⁷ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 24-25.

¹⁶⁸ “De motivo ha de distinguirse con toda precisión el *fin* de los negocios (causa), concepto difícil y enormemente discutido. Por él ha de entenderse en todo caso, no el *fin subjetivo* que una u otra parte persigue personalmente, por ejemplo, pretender con la compra o con la venta de mercancías obtener una ganancia (...) Este fin subjetivo es tan difícil de captar como el mero motivo, y merece tan poca consideración como él. Muy distinto es lo que sucede con el *fin objetivo* del negocio jurídico, que con el acto *como tal* debe ser perseguido” (OERTMANN, Paul. *Introducción al derecho civil*. Tradução de Luis Sancho Seral. Barcelona-Buenos Aires: Labor, 1933. p. 229).

¹⁶⁹ JOSSERAND, Louis. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*. Paris: Dalloz, 1928. p. 27.

obra de Capitant, e justifica a atuação dos tribunais franceses na anulação dos contratos sob o fundamento da ilicitude da causa.

Conclui por constatar duas acepções de causa, uma restrita e outra mais abrangente. A primeira consistiria nos móveis diretos e imediatos, que são a base e as principais fontes das obrigações, das quais são partes integrantes, intrínsecas e têm caráter impessoal, enquanto a segunda acepção identifica a causa com os móveis extrínsecos e anteriores ao ato, individuais e com infinitas variáveis, conforme a natureza das operações e a personalidade dos agentes, ou seja, os simples motivos.

Essa segunda acepção de causa também é considerada pela jurisprudência e exerce influência na validade dos negócios jurídicos, especialmente nas liberalidades testamentárias ou atos de disposições em que não haja contrapartidas, mas via de regra os tribunais reconhecem como causa os móveis que correspondem ao próprio objeto perseguido pelas partes, os motivos concretos que ordenaram o ato em questão, os tais *mobiles-buts*.¹⁷⁰

Não obstante a teoria subjetiva da causa nos contratos sinalagmáticos tenha evoluído a partir das doutrinas de Domat e Pothier – que inspiraram a codificação francesa e seus primeiros intérpretes –, Jean Dabin¹⁷¹ bem observa que para ambos a concepção de causa nos contratos sinalagmáticos era puramente objetiva, na medida em que não considerava em sua formulação questões subjetivas relacionadas às partes ou suas vontades.

Do quanto até aqui se apresentou, é possível sintetizar que a teoria subjetiva da causa fundamentalmente busca distinguir os simples *motivos*, também denominados *fins remotos*, isto é, as representações psicológicas, íntimas e de naturezas variáveis que agem no ânimo da parte e que a impulsionam a contratar, do *fim – fim próximo* –, que é objetivo, típico, impessoal para cada um dos contratantes e constante, qualquer que seja a figura negocial. Esse *fim próximo* é justamente a causa do negócio; aqueles *fins remotos* são simples *motivos*, ou *móveis*.¹⁷²

A doutrina que se desenvolveu em torno do conceito de causa como requisito de validade das convenções foi alvo de críticas contundentes por um movimento denominado

¹⁷⁰ JOSSERAND, Louis. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*. Paris: Dalloz, 1928. p. 212.

¹⁷¹ *El desplazamiento de criterio se nota con gran facilidad, pues mientras Domat y Pothier presentaban la causa como elemento objetivo, independiente de los otros (objeto y consentimiento), los redactores del Código y los prácticos de aquella época tienden, por el contrario, a considerar la causa subjetivamente, es decir, en relación con el consentimiento* (DABIN, Jean. *La teoría de la causa*. Tradução de Francisco de Pelsmaeker. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 64). No mesmo sentido, Jacques Ghestin: *Domat recherche l'existence de la cause dans les données objectives de la convention et non dans la volonté de celui qui s'oblige. C'est seulement dans les contrats à titre gratuit qu'il est tenu compte des motifs qui ont déterminé l'intention libérale* (GHESTIN, Jacques. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: LGDJ, 2006. p. 20).

¹⁷² ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1983. v. II, p. 344; CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966. p. 14-15.

anticausalista. Como já se mencionou, Ernst¹⁷³ foi o primeiro a criticar a causa como requisito de validade das convenções, por entender serem suficientes para esse fim os conceitos de consenso, objeto e capacidade.

1.2.1 Críticas anticausalistas

As críticas de Ernst, inicialmente mal recebidas na Bélgica, contaram com o apoio de Laurent,¹⁷⁴ para quem a teoria sobre a causa não era jurídica; e mais tarde foram desenvolvidas na França nas teses de doutorado de Artur¹⁷⁵ e Timbal,¹⁷⁶ que concluíram em seus respectivos trabalhos ser inútil a complicação que a causa acarretava para a teoria dos contratos. A excelência desses dois trabalhos, segundo Capitant, foi endossada na França por juristas como Huc, Baudry-Lacantinerie e Barde¹⁷⁷ e Planiol¹⁷⁸, na Bélgica por Cornil e na Itália por Giorgio Giorgi^{179, 180}.

Planiol¹⁸¹ inicia suas censuras à teoria afirmando que Domat parte de uma falsa interpretação da causa no Direito Romano. Causa, conforme empregada em texto de Gaio, seria o que hoje se denomina *fonte* ou *fato gerador* de uma obrigação, ou, em concepção mais próxima,¹⁸² o ato ou fato de justificar um enriquecimento; nas palavras de Planiol, “une *condictio* pour répéter la valeur fournie, l’enrichissement”. Esse equívoco teria sido a causa para Domat ter transportado para a teoria dos contratos uma noção aplicada no Direito Romano

¹⁷³ Professor da Universidade de Liège, publicou em 1826 um estudo de revisão do Código Civil belga, intitulado *Le cause est-elle condition de validité des conventions?*, no qual concluiu ser dispensável a noção de causa, em resposta ao título do trabalho. Confira-se RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*. Tradução de Delia García Daireaux. Supervisão de Jorge Joaquín Llambias. Buenos Aires: La Ley, 1988. t. IV – Las obligaciones, 1ª parte, p. 187.

¹⁷⁴ LAURENT, François. *Principles de droit civil français*. 3. ed. Paris: Librairie A. Amaresoq, Ainé, 1878. t. 15. p. 514-516.

¹⁷⁵ *De la cause en droit romain et en droit français*. Paris, 1878.

¹⁷⁶ *De la cause dans les contracts et les obligations en droit romain et en droit français*. Toulouse, 1882.

¹⁷⁷ Confira-se BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; BARDE, L. *Trattato di diritto civile: riscontri al codice civile italiano, note esplicative e appendice originali a cura di P. Bonfante, G. Pacchioni e A. Sraffa*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, [s.d.]. v. I – Delle obbligazioni, p. 342-391.

¹⁷⁸ Confira-se PLANIOL, Marcel; RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de derecho civil frances*. Tradução de Mario Diaz Cruz com colaboração de Eduardo Le Riverend Brusone. Habana: Cultural S.A., 1946. t. VI – Las obligaciones, p. 347-390.

¹⁷⁹ Confira-se GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. 7. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, 1907. v. III, p. 606-621.

¹⁸⁰ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 40; CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. p. 11-12.

¹⁸¹ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 5. ed. Paris: LGDJ, 1909. t. II, cap. IV, § 2º, n. 1031, p. 350; PLANIOL, Marcel; RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de derecho civil frances*. Tradução de Mario Diaz Cruz com colaboração de Eduardo Le Riverend Brusone. Habana: Cultural S.A., 1946. t. VI – Las obligaciones, n. 250, p. 348-352.

¹⁸² CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. p. 13.

ao direito possessório e à aquisição de coisas: “Domat a donc transporté dans la théorie des contrats une idée qui ne s’était appliquée jusque-là qu’aux faits de possession et à l’acquisition des choses”.¹⁸³

Jean Dabin, apesar de anticausalista e crítico da teoria da causa como elemento de validade dos contratos, opõe-se a essa opinião de Planiol, segundo a qual Domat havia se inspirado na teoria das “*condictiones sine causa*”.

Dabin destaca que Domat partiu de cinco textos do Digesto para sistematizar a teoria da causa, e conclui que, desses cinco textos, dois faziam referência aos contratos inominados, dois aos contratos sinalagmáticos e outro aos contratos formais; nenhum deles, entretanto, fazia referência à causa, de modo implícito ou explicitamente. Para Dabin, não “parece fundada esta opinión, pues además de que no tiene en cuenta cuatro de los cinco textos citados, deja de indicar cómo y por qué inconsciente asociación de ideas Domat pasó de la teoría de los contratos a la del enriquecimiento injusto... La realidad es que Domat no abandonó el terreno contractual, pues sabía perfectamente – y numerosos pasajes de sus *Leyes civiles* lo demuestran – que las *condictiones* suponían un enriquecimiento (una *datio*) y no una obligación sin causa; y precisamente porque no encontró huella alguna de *datio* en la promesa efectuada por contrato verbal, declaró nulo este contrato, que estimaba sin causa”.¹⁸⁴

Para além dessa falsidade histórica, segundo Planiol, a teoria da causa padecia ainda de uma falsidade lógica em relação aos contratos sinalagmáticos e reais, na medida em que era incorreto afirmar que a obrigação de uma das partes consiste na obrigação da outra, visto que, se ambas as obrigações derivam do mesmo contrato, elas nascem ao mesmo tempo, razão pela qual uma não pode ser a causa da outra, pois um efeito não pode ser contemporâneo à sua causa, sob pena de criar-se um círculo vicioso.¹⁸⁵

Capitant, entretanto, rebate a crítica de Planiol afirmando que essa objeção incorre em dois equívocos: *i*) toma a palavra causa em sua acepção filosófica e antecedente, enquanto em sua acepção jurídica causa é sinônimo de fim pretendido pelos contraentes; *ii*) parte de um conceito imperfeito de causa, pois não se poderia afirmar – como na definição de Domat – que

¹⁸³ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 5. ed. Paris: LGDJ, 1909. t. II, cap. IV, § 2º, n. 1031, p. 350.

¹⁸⁴ DABIN, Jean. *La teoría de la causa*. Tradução de Francisco de Pelsmaeker. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. p. 41.

¹⁸⁵ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 5. ed. Paris: LGDJ, 1909. t. II, cap. IV, § 4º, n. 1038, p. 352.

cada obrigação seja a causa da obrigação correspondente, pois causa corresponde ao fim perseguido, à execução da prestação prometida pela outra parte.¹⁸⁶

Quanto aos contratos reais, Planiol critica a doutrina de Domat por não considerar possível a afirmação de que a causa da obrigação do depositário consiste na própria prestação que ele recebeu, sob pena de considerar-se a causa o próprio fato gerador da obrigação, hipótese em que se estaria atribuindo um segundo sentido para a palavra “causa”. E, relativamente às liberalidades, o autor critica a distinção doutrinária feita entre causa e motivo; citando Laurent, afirma que nessas hipóteses a causa se confundiria com o próprio consentimento.¹⁸⁷

Planiol passa a analisar então a aplicação da teoria relativamente à ausência de causa ou falsa causa, conforme a disposição da matéria no Código Civil, e conclui serem inúteis esses conceitos, visto que, nos contratos unilaterais, nos reais e nos gratuitos, a ausência de causa corresponderia à inexistência do próprio contrato. Já nos contratos sinalagmáticos, não obstante alguns causalistas pudessem sustentar a pertinência da teoria da causa, Planiol a considera também desnecessária, pois seria possível chegar ao mesmo resultado considerando a natureza desses contratos, nos quais já se fazem presentes as noções de sinalagma e interdependência das obrigações, sem necessidade de estabelecer entre elas relação de causalidade.¹⁸⁸

Por fim, inúteis seriam também as noções de causa ilícita ou imoral para a anulação dos atos em que tais qualificativos se verificassem, pois o que torna o ato imoral ou ilícito é seu próprio objeto, não a causa. Relativamente às liberalidades, Planiol entende que essas causas ilícitas ou imorais teriam por única finalidade anular as doações ou legados com motivação ilícita ou imoral, hipótese que se resolveria pela análise da intenção da parte, visto que a liberalidade é nula quando seus motivos são contrários à lei ou aos bons costumes.¹⁸⁹

Críticas não menos severas ecoaram da doutrina italiana, especialmente na voz de Giorgio Giorgi. Para o jurista, o contrato é um acordo de duas ou mais pessoas com a intenção de constituírem obrigações, que se aperfeiçoa com o concurso de três elementos: i) duas ou

¹⁸⁶ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 48.

¹⁸⁷ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 5. ed. Paris: LGDJ, 1909. t. II, cap. IV, § 4º, n. 1038, p. 353; PLANIOL, Marcel; RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de derecho civil frances*. Tradução de Mario Diaz Cruz com colaboração de Eduardo Le Riverend Brusone. Habana: Cultural S.A., 1946. t. VI – Las obligaciones, n. 260, p. 365.

¹⁸⁸ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 5. ed. Paris: LGDJ, 1909. t. II, cap. IV, § 4º, n. 1039, p. 354; PLANIOL, Marcel; RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de derecho civil frances*. Tradução de Mario Diaz Cruz com colaboração de Eduardo Le Riverend Brusone. Habana: Cultural S.A., 1946. t. VI – Las obligaciones, n. 260, p. 366.

¹⁸⁹ PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 5. ed. Paris: LGDJ, 1909. t. II, cap. IV, § 4º, n. 1039, p. 354-355; PLANIOL, Marcel; RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de derecho civil frances*. Tradução de Mario Diaz Cruz com colaboração de Eduardo Le Riverend Brusone. Habana: Cultural S.A., 1946. t. VI – Las obligaciones, n. 260, p. 364-366.

mais pessoas capazes de contratar; *ii*) o consenso delas e *iii*) um objeto que constitua a matéria do acordo de vontades. No entanto, lamenta o autor, “la semplicità di questa formula rationale à stata alterata da due moderne legislazioni. Il Codice Napoleone e il Codice italiano hanno aggiunto un quarto requisito: *la causa*”.¹⁹⁰

Tal como Planiol, Giorgi se apega ao fato de a causa não ter sido conhecida no Direito Romano como requisito das obrigações, mas sim como *causa civilis* nos contratos; não na acepção de *motivo jurídico* do contrato, mas como forma solene e externa que tornava obrigatório o pacto e lhe atribuía eficácia civil. O Direito Romano concebeu a causa também como elemento impulsivo da vontade, mas nessa hipótese não a distinguia do consenso; mesmo quando se referia à *condictio sine causa, ob turpem vel iniustam causam*¹⁹¹ ou *condictio causa data causa non secuta*,¹⁹² estava longe de pretender criar um novo requisito dos atos jurídicos.¹⁹³

Os juristas romanos, portanto, jamais pensaram em separar a causa da vontade, para lhe atribuir essência objetiva a fim de torná-la um novo requisito dos contratos. Segundo Giorgi, assim o teriam feito corretamente, pois não é razoável separar a vontade de seus próprios *móveis*, já que não se concebe ato volitivo que não os tenha. Prossegue em sua objeção ponderando que a vontade pode ser movida por uma utilidade já conseguida ou esperada, que constitua um *quid facti* separado da vontade, passível sob os olhos do legislador de ser erigido a um *quid iuris*, que constitua requisito do contrato. No entanto, esse *quid iuris*, uma vez já considerado ao se cogitar do consenso, dos seus vícios ou do objeto, seria considerado novamente pelo legislador ao tratar da causa, de forma inútil e correndo o risco de gerar contradições.¹⁹⁴

¹⁹⁰ GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. 7. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, 1907. v. III, n. 40, p. 43.

¹⁹¹ Trata-se de espécie do gênero *conditio*, que servia para repetir o que se deu em razão de uma causa honesta por parte de quem deu, mas desonesta, injusta ou imoral por parte de quem recebeu. Assim, o *accipiens* estava obrigado a restituir o que recebera por *causa ilícita ou imoral* (ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. Do enriquecimento sem causa. *RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 259, maio 1957. p. 7; MALUF, Carlos Alberto Dabus. Pagamento indevido e enriquecimento sem causa. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 93, p. 115-132, 1º jan. 1998).

¹⁹² Outra espécie de *conditio*, que servia para repetir a coisa dada para um fim lícito que não se realizou, que não teve seu equivalente, ou seja, sem causa, empregada aqui no sentido de “deslocamento patrimonial sem equivalente” (NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. I, t. II, p. 174; ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. Do enriquecimento sem causa. *RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 259, maio 1957. p. 7).

¹⁹³ GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. 7. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, 1907. v. III, n. 446, p. 618-619.

¹⁹⁴ GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. 7. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, 1907. v. III, n. 446, p. 619.

Afirma serem dispensáveis as disposições codificadas quanto à ausência de causa, causa ilícita ou falsa causa, pois as consequências jurídicas de todas elas já derivam das regras que impõem limites à liberdade de contratar e dos princípios comuns a todos os atos simulados. E que a inclusão da causa como requisito do contrato se deve ao instinto cego dos legisladores franceses, que seguiram Pothier sem atentar que, ao tratar dos vícios dos contratos, teria afirmado ser nula a obrigação quando lhe falte uma causa verdadeira e honesta. Teriam se esquecido os legisladores, entretanto, de que Pothier considerava os vícios de causa defeitos do consentimento¹⁹⁵ e, sem saber como coordenar as disposições relativas à causa com aquelas já dadas, criaram um quarto elemento. Conclui que, ao atribuir à causa uma existência jurídica independente dos outros três requisitos dos contratos, os legisladores franceses e italianos teriam criado, sem perceber, o quarto lado do triângulo.¹⁹⁶

Capitant rebate as críticas que consideram inútil a separação da causa do consentimento, sob o argumento de que o consentimento não se basta, pois existe outro elemento primordial e decisivo além do querer se obrigar, que é o desejo de alcançar um fim jurídico determinado: “de los dos factores de la manifestación de voluntad, este es el principal. Porque si el contratante consiente en obligarse, es sólo porque quiere obtener un resultado determinado”. E prossegue: “que se intente reducir el contrato sinalagmático, como se propone, al consentimiento y al objeto, y entonces se verá si resulta verdaderamente completo. Si la obligación de cada parte fuese independiente de su causa, se desprendería que esta obligación viviría con vida propia, independiente de la de la otra”. E conclui com a afirmação de que separar o consentimento da causa equivaleria a mutilar a manifestação de vontade do contratante.¹⁹⁷

As críticas anticausalistas, de modo geral, dirigiram-se à teoria da causa concebida a partir das ideias sistematizadas por Domat e Pothier, que, incorporadas aos Códigos Civis na França e na Itália, partiram da noção de causa ilícita e evoluíram com um viés subjetivo. Não obstante a doutrina italiana tenha adotado a diretriz traçada no *Code Civil* – praticamente reproduzida no Código Civil italiano de 1865 –, algumas circunstâncias contribuíram para que se desenvolvesse na Itália outra perspectiva de causa – igualmente não imune às críticas –, denominada teoria objetiva da causa.

¹⁹⁵ Como algo distinto da causa da obrigação, Pothier se refere à causa do contrato, não como elemento integrante, nem como pressuposto ou requisito essencial ao contrato (*essentialia negotii*), mas como elemento que acarreta a nulidade do contrato quando padece de um vício, tal como ocorre no erro, no dolo e na lesão.

¹⁹⁶ GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. 7. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, 1907. v. III, n. 446, p. 619-621.

¹⁹⁷ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 49-50.

1.3 Teoria objetiva

Na França, os redatores do Código Civil haviam confundido novamente as ideias de causa do contrato e causa da obrigação, não obstante tal distinção tivesse sido anteriormente delineada por Pothier. O artigo 1.108 do *Code Civil* fazia referência à “causa lícita da obrigação”, tal como o fez o Código italiano de 1865 no artigo 1.104. Evidenciou-se na doutrina francesa “que a obrigação constituía o elemento protagonista da produção de efeitos pelo contrato”.¹⁹⁸

Capitant afirmava ser um equívoco falar em causa do contrato: “Hay una evidente equivocación. La causa de un contrato, por sí sola no significa nada. No puede hablarse sino de la causa de las obligaciones asumidas por los contratantes”.¹⁹⁹ No mesmo sentido, para Savatier, “dans les articles 1131 et suivants, le Code civil parle de la *cause d’une obligation*, et non de la *cause d’un contrat*”.²⁰⁰

Não obstante tal perspectiva, no próprio Código francês estavam presentes os pressupostos para uma concessão unitária da causa como elemento do contrato.²⁰¹ O contrato é válido, por exemplo, com o consentimento da parte que se obriga a transferir uma propriedade, sendo a causa o pressuposto de validade desse efeito translativo, que, por ser único no contrato, eleva a causa não somente a justificação do vínculo obrigacional individual, mas a requisito de validade do contrato por inteiro. Esse processo tornou-se mais evidente no Código italiano de 1865, que contemplou de forma mais clara o princípio do consensualismo, sem associá-lo diretamente à ideia de obrigação.²⁰²

Somam-se a essa nova perspectiva as críticas anticausalistas voltadas especialmente à teoria clássica, que muitas vezes não conseguia distinguir com clareza suficiente a causa subjetiva dos motivos íntimos.²⁰³ A corrente normativista, já dominante no final do século XIX,

¹⁹⁸ NERY, Ana Rita Figueiredo. *A causa do contrato administrativo: análise do conteúdo contratual como parâmetro de aplicação do princípio da eficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 22.

¹⁹⁹ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 26.

²⁰⁰ SAVATIER, René. *La théorie des obligations en droit privé économique*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1979. p. 179.

²⁰¹ “La proclamación del contrato como fuente unitaria de los efectos reales y obligatorios, contenida en el mismo Código Civil francés, proporcionó los elementos para una idea unitaria de la causa. Esta idea encontró una recepción explícita en el código italiano, que vio en la causa un requisito del contrato, evitando cualquier referencia a la causa de la obligación” (BIANCA, Cesare Massimo. *Derecho civil: el contrato*. Tradução de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. v. III, p. 477).

²⁰² ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: Cedam, 2008. p. 39; NERY, Ana Rita Figueiredo. *A causa do contrato administrativo: análise do conteúdo contratual como parâmetro de aplicação do princípio da eficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 22.

²⁰³ CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966. p. 18-19. Confirma-se também, nesse sentido, crítica de Georges Ripert, para quem “o Sr. Capitant, desde as primeiras páginas de seu estudo sobre a causa, encontrou esta dificuldade [de distinguir a causa do motivo], e afirmou que a distinção era fácil. A causa é, segundo êle, o fim do contrato ‘que faz parte integrante da manifestação de

para refutar a teoria anticausalista, passou a enxergar a causa sob o ângulo do direito positivo, de modo a imprimir um renovado enfoque sobre a questão.²⁰⁴ Resgatou-se também a noção de *causa final*, que na reformulação de Baldo de Ubaldis era aquilo que mais se aproximava da determinação final da ação, e assim se distinguia da *causa impulsiva*, que correspondia à motivação do contratante.²⁰⁵

Acrescente-se ainda a influência da doutrina germânica, que, partindo de uma noção de causa ligada ao campo dos direitos reais e das obrigações, passou progressivamente a situar o problema da causa também em relação aos negócios jurídicos, portanto em uma dimensão unitária.²⁰⁶ Os autores alemães, entretanto, consideravam a causa fundamento jurídico de atribuição patrimonial, ou seja, fundamento jurídico da transmissão de um bem de um patrimônio a outro, nos negócios causais (não abstratos).²⁰⁷

Além dessas circunstâncias, a crescente reação ao voluntarismo do século XIX subsidiou os pressupostos para superar a concepção subjetiva da causa. As ideologias socializantes, comunitárias e de positivismo legalista repugnavam o sentido literal da perspectiva subjetiva, por compreenderem ser inconcebível que o Direito se prestasse a tutelar caprichos individuais. Cria-se, nessa nova perspectiva, ambiente favorável para destacar nos negócios jurídicos seu valor social e econômico, como razão de seu reconhecimento jurídico. Assim é que a causa passa a ser concebida como “razão econômico-jurídica” do negócio, como “fim econômico e social reconhecido e garantido pelo ordenamento jurídico”.²⁰⁸

vontade criadora da obrigação’; o motivo, é ‘a razão contingente, subjetiva e por isso mesmo variável conforme o indivíduo’ (163). E noutro lugar: ‘É fácil de vêr como é pouco justificada a acusação feita pela doutrina à jurisprudência de confundir a causa e os motivos da obrigação. Uma coisa é o motivo, outra o fim que se quer atingir. O motivo é anterior ao acôrdo das vontades, fica no foro íntimo do indivíduo. Pelo contrário o fim visado está no futuro; o contrato é feito para conseguir atingi-lo’ (164). A distinção é hábil, e o raciocínio pronto. Mas se analisarmos de mais perto apercebemo-nos que para distinguir o fim e o motivo o snr. Capitant foi obrigado a recorrer a muitas idéias, e esta própria multiplicidade não prova a excelencia da tese” (RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva & Cia., 1937. p. 69).

²⁰⁴ CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Reimpresión. Madrid: Civitas, 2016. p. 181.

²⁰⁵ ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: Cedam, 2008. p. 41; PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual: uma nova teoria do contrato*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 75.

²⁰⁶ ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: Cedam, 2008. p. 41.

²⁰⁷ CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Reimpresión. Madrid: Civitas, 2016. p. 180; DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 269.

²⁰⁸ ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: Cedam, 2008. p. 41-42; CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Reimpresión. Madrid: Civitas, 2016. p. 181.

Para Vittorio Scialoja,²⁰⁹ a quem se atribui um dos primeiros esboços da teoria objetiva,²¹⁰ a distinção entre a causa e os motivos não se baseia nas diferenças subjetivas ou psicológicas, mas sim no fato de o Direito transformar os meros negócios em negócios jurídicos, quando estes são ou podem ser socialmente úteis, uma vez que nem todas as manifestações de vontade humanas merecem proteção jurídica.²¹¹

Generalizou-se então, entre os italianos, essa noção, que já não se referia à causa como algo inerente exclusivamente aos contratos, mas sim a todos os atos jurídicos em geral.²¹² Evidentemente também houve quem não a reconhecesse como elemento dos contratos, mas relacionasse a causa à origem da relação jurídica, como título justificativo de sua existência – e mais precisamente como justificação da atribuição patrimonial.²¹³

De modo geral, entretanto, foi nessa concepção unitária de elemento dos negócios jurídicos que a causa passou a ser versada por inúmeros juristas de grande envergadura, mas foi na doutrina de Emilio Betti que a teoria objetiva encontrou sua maior expressão, que, incorporada pelo Código Civil italiano de 1942, consagrou a valoração da causa em sentido unitário como requisito dos contratos.²¹⁴

²⁰⁹ “Il negozio giuridico, in quanto è fondato sopra l’atto dell’uomo, deve essere integrato colla causa o motivi che hanno determinato l’atto stesso e che valgono ad attribuirgli il carattere di atto consapevole, libero, e non contrario alla legge. Ma il diritto, normalmente, non prende in considerazione tutti i motivi dell’atto umano, bensì solamente la causa immediata e diretta che si rivela nello stesso negozio giuridico” (SCIALOJA, Vittorio. *Dizionario pratico del diritto privato*. Milano: Vallardi, [s.d.]. v. I, p. 854-855).

²¹⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2013. p. 103.

²¹¹ CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Reimpresión. Madrid: Civitas, 2016. p. 181. No mesmo sentido, para Inocêncio Galvão Telles “a causa objetiva, quando merecedora da proteção do Direito, é o fundamento da transformação dos actos humanos em negócios jurídicos” (TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1965. p. 255).

²¹² SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli: Jovene, 1954. p. 156; DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 267; MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tradução de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo e M. Volterra [da obra italiana *Dottrina generale del contratto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1948]. Buenos Aires: EJEA, 1952. t. I, p. 112. Fala-se em “atos jurídicos em geral” e não negócios jurídicos, porque a doutrina italiana faz referência também a atos jurídicos no âmbito do direito de família para os quais a concepção de causa teria relevância, como por exemplo, a renúncia à herança, o reconhecimento da paternidade e outros. Para fins deste estudo, entretanto, a investigação se concentrará na causa do contrato, sua natureza, relevância e funcionalidade.

²¹³ BARBERO, Domenico. *Sistema del derecho privado*. Tradução de Santiago Sentis Meledo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967. v. I, p. 356-359.

²¹⁴ FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Collana: Ristampe della Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell’Università di Camerino, 47. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 595; ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: Cedam, 2008. p. 43; CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. p. 93.

1.3.1 Emilio Betti e a doutrina italiana

Para Emilio Betti, a compreensão da causa se faz pela passagem da consideração estática do negócio para a consideração dinâmica da autonomia privada, que nela encontra o instrumento adequado aos seus fins. Essa investigação requer certo grau de sensibilidade social, e somente depois de examinadas a forma e o conteúdo do negócio (o “como” e o “o quê”) é que pode resultar frutífero o estudo da função (o “porquê”). Essa função é justamente a causa, ou seja, a razão do negócio, que, não obstante esteja ligada ao seu conteúdo, com ele não se identifica.²¹⁵

Assim, explica o autor, quem se obriga a praticar um ato não o faz pelo mero prazer de praticá-lo com vistas ao fim que ele encerra em si mesmo, mas busca atingir um dos escopos práticos e típicos que governam a circulação de riquezas e a prestação de serviços previstos no ordenamento jurídico. Da análise do conteúdo de qualquer negócio jurídico (vender um bem, contratar um serviço, cumprir uma obrigação) é possível identificar: *i*) um regulamento de interesses nas relações privadas e *ii*) uma razão típica que lhe é imanente, ou seja, uma causa, “un interesse sociale oggettivo e socialmente controllabile, cui esso deve rispondere”.²¹⁶

É, pois, como mecanismo de controle que a causa adquire relevância, na medida em que os poderes da autonomia privada, assim como os direitos subjetivos, não devem ser exercidos em contraposição à função social a que se destinam. Essa concepção, apesar de conceber objetivamente a causa, não ignora o elemento subjetivo que integra o interesse individual determinante das partes, que, para não entrar em choque com a realização da função social típica do negócio, desviando-o de seu verdadeiro destino, deve ser fiscalizado.²¹⁷

Como consequência desse raciocínio Emilio Betti critica e refuta a visão – por ele rotulada de unilateral, atomística e individualista – que identifica a causa com o elemento subjetivo do negócio, com o consenso, com a vontade das partes ou seus motivos.²¹⁸ Considera também unilateral e viciada de abstracionismo a visão daqueles que, ao contrário, caracterizam a causa como o conjunto das “circunstâncias objetivas”, ou seja, como “elemento objetivo” do

²¹⁵ BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Seconda ristampa corretta della seconda edizione. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1955. p. 173. Para o autor, o conteúdo corresponde a um preceito da autonomia privada com o qual as partes pretendem regular seus interesses, entre si ou com terceiros, em vista de escopos práticos de caráter típico. Confira-se 3.1.2 *Causa do contrato e objeto do contrato*, em que também se faz menção ao conteúdo do contrato.

²¹⁶ BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Seconda ristampa corretta della seconda edizione. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1955. p. 174.

²¹⁷ BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Seconda ristampa corretta della seconda edizione. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1955. p. 176.

²¹⁸ BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Seconda ristampa corretta della seconda edizione. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1955. p. 176-177.

negócio jurídico ou como a “vontade da lei”, pois considera a causa, antes de uma noção jurídica, uma noção social.²¹⁹ Por fim, entende equivocada também a perspectiva unilateral de quem identifica a causa com o objeto ou outros elementos singulares do negócio, pois somente uma visão atomística poderia destruir a unidade do negócio para enxergar a causa sob o ponto de vista unilateral de cada contratante, desconsiderando a mútua interdependência das prestações e a comum subordinação de ambos os elementos à unidade funcional do todo de que fazem parte.²²⁰

Justificadas as críticas, Emilio Betti conclui que a causa é a razão do negócio e se identifica com sua *função econômico-social*:

... La causa è, in breve, la funzione d'interesse sociale dell'autonomia privata. Gli elementi necessari per l'esistenza del negozio sono anche elementi indispensabili della funzione tipica che è sua caratteristica. La sintesi loro, come rappresenta il tipo del negozio, in quanto negozio causale (§ 24), così ne rappresenta anche la funzione tipica. Funzione economico-sociale del tipo di negozio, in quanto esplicazione di autonomia privata, la quale è un fenomeno sociale prima di divenire, col riconoscimento (§ 2º), un fatto giuridico. Invero, se la causa fosse semplicemente la funzione giuridica, essa non sarebbe la sintesi funzionale degli elementi del negozio, ma la sintesi degli effetti che il diritto vi ricollega (§ 30), e non vi sarebbe atto giuridico che non avesse una “causa” in questo senso, appunto perchè produttivo di effetti. Per contro la causa è caratteristica del negozio.²²¹

Como se havia antecipado, essa perspectiva de Emilio Betti, para além de influenciar a doutrina que lhe sucedeu, foi acolhida pelo Código Civil italiano de 1942, que, sem estabelecer o conceito de causa,²²² positivou-a nos artigos 1.325 e 1.343 a 1.345.

²¹⁹ BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Seconda ristampa corretta della seconda edizione. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1955. p. 181.

²²⁰ BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Seconda ristampa corretta della seconda edizione. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1955. p. 182.

²²¹ BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Seconda ristampa corretta della seconda edizione. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1955. p. 183. Confirma-se também do autor, Causa del negozio giuridico. *In: Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957. v. III, p. 32-40.

²²² Não obstante o Código Civil italiano não tenha estabelecido o conceito de causa, sua exposição de motivos, expressa na *Relazione al Codice Civile*, revela que “la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto (chè allora non sarebbe ipotizzabile alcun negozio senza una causa), ma è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata. Funzione pertanto che deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche per i riflessi diffusi dall'art. 1322, secondo comma, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole della tutela giuridica (n. 603)” (Relazione al codice civile n. 613). *In: FERRI, Giovanni Battista. Il negozio giuridico*. 2. ed. Milano: Cedam, 2004. p. 294.

Diversamente da codificação de 1865, que no artigo 1.104, inciso IV, estabeleceu como requisito essencial para a validade do contrato *uma causa lícita para obrigar-se*, o Código de 1942 foi objetivo ao considerar a causa no artigo 1.325 um dos requisitos do contrato.²²³

Lodovico Barassi²²⁴ afirma que a causa é um elemento objetivo do contrato, único e idêntico para os dois contratantes;²²⁵ e reproduz a concepção dos compiladores do texto atual do Código Civil italiano, segundo a qual a causa é a função econômico-social que o direito reconhece relevante ao seu fim e que justifica a tutela da autonomia privada.

Essa concepção unitária de causa do contrato, entretanto, não teria afastado a noção de causa da obrigação. Para Francesco Messineo,²²⁶ nessa acepção a causa adquire significado e função diferentes, e surge em momento posterior à formação do contrato. Enquanto a causa do contrato consiste em sua função econômico-social, a causa da obrigação consiste na razão de ser do dever de cumprimento. A causa da obrigação surge após a formação do contrato, mas pode desaparecer posteriormente se um dos contratantes deixa de cumprir sua obrigação. Francesco Santoro-Passarelli,²²⁷ para aludir à mesma noção, faz referência aos *relevos genético e funcional* da causa.

Assim, causa da obrigação é o fundamento jurídico da existência de uma obrigação, e não se confunde com a causa do contrato.²²⁸ Giorgio Giorgi²²⁹ há muito tempo já distinguia

²²³ **1.325. Indicazione dei requisiti.** *I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.*

²²⁴ BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1948. v. II, p. 53.

²²⁵ Francesco Messineo, não obstante também reconheça a causa em sua concepção objetiva como a *função econômico-social* que o contrato cumpre, admite que em um contrato a causa pode ser diferente para cada parte, não obstante ambas pretendam o fim próprio do contrato: “Como tal, la causa debe considerarse como elemento *común* a las dos partes y no como elemento individual y particular, como lo es el motivo. (...) Sólo debe advertirse que, en ciertos tipos de contrato (los onerosos, por ejemplo) la función del contrato, es decir, su causa, es distinta, según se refiera a cada una de las partes (en venta, la causa es para el vendedor la obtención del precio de la cosa; para el comprador, la adquisición de la propiedad de la cosa, aunque vendedor y comprador quieran *ambos* que la venta derive la transferencia de la propiedad de la cosa contra el precio)” (MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tradução de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo e M. Volterra [da obra italiana *Dottrina generale del contratto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1948]. Buenos Aires: EJE, 1952. t. I, p. 113).

²²⁶ MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tradução de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo e M. Volterra [da obra italiana *Dottrina generale del contratto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1948]. Buenos Aires: EJE, 1952. t. I, p. 117.

²²⁷ “Vero è soltanto che nei negozi patrimoniali, e più specialmente nei negozi di attribuzione patrimoniale, i quali sono quelli con cui da un soggetto viene attribuito ad un altro un vantaggio patrimoniale, la causa ha un rilievo più spiccato, perchè non solo può mancare o essere illecita, ma può anche essere altrimenti viziata o non realizzarsi (rilievo genético e rilievo funzionale della causa), determinando la rescissione o la risoluzione del negozio (...)” (SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli: Jovene, 1954. p. 156).

²²⁸ A causa das obrigações, a partir da concepção objetiva, assume contornos bem definidos pela doutrina, que para conceituá-la retorna às lições de Pothier, identificando-a com as fontes das obrigações. Cf. DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 272-273.

²²⁹ GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. 7. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, 1907. v. III, n. 437, p. 606-609.

bem essas duas ideias, ao esclarecer que a causa da obrigação responde à pergunta *cur se obligavit?* Por que se obrigou? Por seu turno, a causa do contrato responde à pergunta *cur contraxit?* Por que celebrou o contrato? Na primeira hipótese a resposta pode ser que a obrigação foi contraída porque se firmou um contrato; enquanto a resposta da segunda indagação pode ser porque se pretendeu adquirir uma propriedade mediante o pagamento de determinado preço.

Em termos semelhantes, Cariota Ferrara²³⁰ igualmente considera um erro relacionar o conceito de causa com a obrigação, na medida em que esta, enquanto consequência do negócio, há de ter sempre uma causa que a justifique. Nesse caso, entretanto, o vocábulo tem o sentido de fonte da obrigação, e é empregado fora do sentido técnico. No mesmo sentido, para Inocêncio Galvão Telles,²³¹ “a causa da obrigação é a sua *fonte*, o acto ou facto jurídico que a cria; nas obrigações *ex contractu* a causa está no contrato”. Também Alberto Trabucchi²³² afirma que “la causa dell’obbligazione che fornisce la risposta ala domanda <*cur debetur?*>, è figura strettamente connessa con la fonte del singolo rapporto obbligatorio”.

Para Giuseppe Stolfi,²³³ a causa é a razão econômico-jurídica do ato, no sentido de seu fim típico, pelo qual o negócio recebe tutela da lei. Trata-se de um requisito objetivo do ato, que nada tem em comum com o consentimento ou com o objeto, embora com eles se relacione. Tem relevância como função limitadora da autonomia da vontade, uma vez que o legislador não confere proteção legal sem previamente conhecer os fins para os quais as partes consentiram, nem reconhece o consentimento destinado a um fim ilícito.

Stolfi, entretanto, não compreende a causa como um elemento indispensável do negócio jurídico, mas a considera um requisito que tem simplesmente um valor funcional.²³⁴

Essa concepção de causa como *função econômico-social típica do contrato*, como se havia antecipado, também não ficou imune às críticas, que basicamente atacaram dois aspectos: i) tal concepção aproximaria demasiadamente os conceitos de causa e tipo do negócio

²³⁰ FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Collana: Ristampe della Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell’Università di Camerino, 47. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 599.

²³¹ TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1965. p. 251.

²³² TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 20. ed. Padova: Cedam, 1974. p. 521.

²³³ STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. p. 40-41.

²³⁴ “Para explicar este concepto es útil decir antes que la causa no es, lógicamente, un elemento indispensable e insuprimible del negocio jurídico, de modo que éste no pueda concebirse privado de aquélla; tanto es así que no faltan Códigos que no la mencionan ni siquiera al disciplinar la formación del acto. Se trata de un requisito que tiene simplemente un valor funcional: no se justifica en sí y por sí más que en cuanto sirve como medio escogido para conseguir un cierto resultado que el legislador estima de notable importancia” (STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. p. 38-39).

jurídico;²³⁵ ii) o caráter social marcante introduzido no ato da autonomia privada, que somente se justificaria caso correspondesse a uma função social reconhecida pelo direito.²³⁶

Gino Gorla, por exemplo, considerava esse conceito um produto mais refinado de abstrações nebulosas e generalidades equivocadas. De início, observou que essa teoria não seria de grande relevância para os contratos típicos, nominados, posto que estes, por terem sido expressamente disciplinados pelo legislador, já teriam reconhecida sua função econômico-social.²³⁷

O autor critica também o fato de aqueles contratos destinados a regular interesses fúteis, de nenhum interesse para a sociedade ou sem “utilidade social”, não serem dignos de reconhecimento jurídico, segundo essa concepção de causa.²³⁸

Outra crítica se dirige ao fato de a teoria reconhecer a causa como função social do contrato unitariamente concebido, hipótese em que o defeito da causa afetaria o contrato em sua totalidade, prejudicando o credor de uma obrigação lícita quando a contrapartida dessa obrigação tivesse, por exemplo, um motivo fútil.²³⁹

Por fim, Gorla observa que, do ponto de vista ideológico, a teoria em questão faria supor que o Estado admite a troca privada de bens e serviços tipicamente econômicos, tendo em vista a utilidade social que tais trocas representam como meios aptos para a produção e distribuição de riquezas, com vistas ao bem-estar social. Entretanto, pondera que nem todos os contratos têm por objeto interesses econômicos, assim como nem todos os contratos com interesses econômicos visam ao bem-estar social.

Esse nível de intervenção teria pertinência somente em um Estado que pretendesse absorver e controlar a vida dos indivíduos em todos os seus múltiplos aspectos. Assim, impressionada pelo que denomina normas de “economia dirigida”, a teoria da função econômico-social poderia traduzir-se em um princípio ou critério geral, capaz de sujeitar os

²³⁵ “Funzione economico-sociale del tipo di negozio, in quanto esplicazione di autonomia privata (...)” (BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Segunda ristampa corretta della seconda edizione. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1955. p. 183). Nesse sentido, confira-se PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 8. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017. p. 491; ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: Cedam, 2008. p. 56.

²³⁶ “Sempre, però, ci deve essere un *interesse* oggettivo e plausibile, cioè socialmente apprezzabile e controllabile (...)” (BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Segunda ristampa corretta della seconda edizione. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1955. p. 175-176).

²³⁷ GORLA, Gino. *El contrato: problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*. Trad. José Ferrandis Vilella. Barcelona: Bosch, 1959. t. I: exposición general, p. 245-246.

²³⁸ GORLA, Gino. *El contrato: problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*. Trad. José Ferrandis Vilella. Barcelona: Bosch, 1959. t. I: exposición general, p. 244.

²³⁹ GORLA, Gino. *El contrato: problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*. Trad. José Ferrandis Vilella. Barcelona: Bosch, 1959. t. I: exposición general, p. 262-263.

contratos a um poder discricionário dos julgadores, que teriam a prerrogativa de atentar contra a segurança e a estabilidade que constituem suas bases, destruindo-o em sua função essencial.²⁴⁰

As críticas à concepção de Emilio Betti e as mudanças no cenário social e político abrem espaço para a reformulação do conceito de causa do contrato, que progressivamente começa a se afastar da “tipicidade social” e a se aproximar da “tipicidade legal”.²⁴¹

²⁴⁰ GORLA, Gino. *El contrato: problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*. Tradução de José Ferrandis Vilella. Barcelona: Bosch, 1959. t. I: exposición general, p. 265-267.

²⁴¹ BARCELLONA, Mario. *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*. Vicenza: Cedam, 2015. p. 110-114.

2. CAUSA DO CONTRATO NO DIREITO ATUAL

Neste novo contexto, Cariota Ferrara²⁴² define causa como a *função práctico-social* do negócio, justamente em razão de nem todos os negócios jurídicos se destinarem a regular direitos patrimoniais.²⁴³ Giovanni Battista Ferri,²⁴⁴ por seu turno, por compreender que a função do negócio deve ser analisada sob o ponto de vista do interesse concreto das partes, concebe a causa como *função econômico-individual* do negócio. Também Pietro Perlingieri²⁴⁵ prefere se referir à causa como *função econômico-individual*, em razão de tal identificação evitar que se confunda a causa com o tipo contratual, bem como por melhor expressar o valor individual e a extensão que as partes atribuem à operação negocial.²⁴⁶

Franco Carresi²⁴⁷ pondera que não era o caso de instalar-se uma crise para compreender a relação entre o interesse privado e o sistema legal que expressava a causa como função

²⁴² “Da adottare, è, dunque la concezione oggettiva. Anche questa ha, però, diversi atteggiamenti: a nostro avviso la causa è da definire *la funzione pratico-sociale del negozio, riconosciuta* (s’intende, in generale e preventivamente) *dal diritto*, cioè la funzione che esso *obbiettivamente* ha e che il diritto come tale sanziona e riconosce; appunto perchè riconosciuta dal diritto, la funzione pratico-sociale può costituire la ragione stessa del negozio giuridico” (FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Collana: Ristampe della Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell’Università di Camerino, 47. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 596).

²⁴³ “La causa è elemento di tutti i negozi, non solo di quelli con contenuto patrimoniale; perciò l’abbiamo definita funzione pratico-sociale (riconosciuta dal diritto) e non solo funzione economico-sociale” (FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Collana: Ristampe della Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell’Università di Camerino, 47. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 600).

²⁴⁴ “La causa non è dunque funzione economico-sociale: anche il negozio ha, come atto individuale, una funzione, questa tuttavia, non sarà economico-sociale (dato che una formula del genere è casomai utilizzabile con maggior esattezza dei confronti dei tipi che, se legali, avranno una funzione economico-giuridica; che, se sociali ne avranno una soltanto economico-sociale), ma economico-individuale, in quanto riguarda una operazione che esprime esigenze ed interessi di uno o più individui” (FERRI, Giovanni Battista. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1966. p. 254); “Per questo, se alla causa si vuol conservare la qualifica di funzione, se ne dovrà parlare non come di funzione economico-sociale, ma di funzione (economico-)individuale; cioè (lunghi da qualsiasi interpretazione in termini di psicologismo), di funzione della singola operazione negoziale, considerata nella sua intierezza, attraverso cui le parti hanno *razionalmente* inteso regolare propri, specifici, concreti interessi, tenendo, appunto, conto della concreta specificità di questi” (FERRI, Giovanni Battista. *Il negozio giuridico*. 2. ed. Milano: Cedam, 2004. p. 124).

²⁴⁵ “Tuttavia, tali ricostruzioni, nelle loro manifestazioni più diffuse, conducono alla identificazione della causa con il tipo contrattuale, cioè con l’astratto schema regolamentare che racchiude l’operazione posta in essere. Allo scopo di evitare tale confusione è preferibile ravvisare nella causa la funzione economico-individuale, indicando con tale espressione il valore e la portata che all’operazione nella sua globalità le parti stesse hanno dato, cioè il valore individuale che una determinata operazione negoziale, considerata nel suo concreto atteggiarsi, assume per le parti” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 8. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017. p. 491).

²⁴⁶ Confira-se BARCELLONA, Mario. *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*. Vicenza: Cedam, 2015. p. 115-124.

²⁴⁷ CARRESI, Franco. *Trattato di diritto civile e commerciale: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1987. v. XXI, t. I, p. 251.

(abstrata) do tipo, e em particular como instrumento para controle da autonomia privada, mas era necessário sim adequar o instituto da causa à renovada configuração do contrato.

Essa releitura da concepção de causa, segundo Giovanni Battista Ferri,²⁴⁸ fez-se necessária ante a queda do sistema político-econômico que vigorava ao tempo do Código de 1942,²⁴⁹ com a recuperação de valores como a liberdade e a democracia, resgatados com a Constituição da república.²⁵⁰

2.1 Concepção sincrética da causa do contrato

Francesco Santoro-Passarelli²⁵¹ compreende a causa como um elemento objetivo e subjetivo, na medida em que é estabelecida por lei como condição da autonomia privada, ao mesmo tempo que a vontade deve ser concretamente movida por uma causa que visa a um escopo, de conformidade com a lei.

A ideia expressada por Luis Díez-Picazo²⁵² se aproxima dessa concepção, segundo a qual a causa, enquanto razão que dota de sentido o negócio jurídico, corresponderia ao propósito comum das partes de alcançarem a finalidade prática tutelada pelo ordenamento jurídico.

O problema, portanto, circunscrever-se-ia em harmonizar a vontade específica e concreta das partes com a previsão preestabelecida pela norma, ou, nas palavras de Francisco Amaral,²⁵³ “na fusão em uma só ideia do resultado prático objetivo com o propósito das partes sobre esse resultado”. Para José de Oliveira Ascensão,²⁵⁴ podem-se fundir as duas orientações,

²⁴⁸ “Ma con la caduta dell’ideologia dirigista e l’avvento di una Costituzione liberal-democratica, anche il negozio torna ad essere uno strumento per la realizzazione di interessi eminentemente privati e la causa ridiventa un elemento del negozio; non quale *strumento e meccanismo di controllo* dell’agire autonomo dei privati, come nelle intenzioni del legislatore del 1942; semmai (sia pure nella logica dell’ordinamento statale nella quale, del resto, la colloca lo stesso inserimento tra gli elementi essenziali cui la ha destinata l’art. 1325 c.c.), quale *oggetto di controllo*, che consente di constatare, in concreto, l’esistenza e il grado di compatibilità tra quei *valore* che il negozio esprime e quelli, invece, espressi dall’ordinamento statale” (FERRI, Giovanni Battista. *Il negozio giuridico*. 2. ed. Milano: Cedam, 2004. p. 123).

²⁴⁹ A própria exposição de motivos do Código italiano de 1942, expressa na *Relazione al codice civile* (n. 113), declara que “un codice fascista, ispirato alle esigenze della solidarietà, non può ignorare la nozione di causa senza trascurare quello che deve essere il contenuto socialmente utile del contratto” (ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: Cedam, 2008. p. 54).

²⁵⁰ Confirma-se BARCELLONA, Mario. *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*. Vicenza: Cedam, 2015. p. 74-79.

²⁵¹ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli: Jovene, 1954. p. 155.

²⁵² DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 268.

²⁵³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 444.

²⁵⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. v. II, p. 300-301.

quando então a função objetiva deverá representar-se no espírito do agente, surgindo então como motivo constante de todos os atos daquela índole.

Em sentido semelhante, Federico de Castro y Bravo²⁵⁵ observa que a causa objetiva é também a causa subjetiva, se analisada sob o ânimo das partes, de modo que considera um bom caminho sua consideração por ambos os enfoques. Para o autor, portanto, a função atribuída à causa consiste na valoração de cada negócio feita em atendimento ao resultado pretendido pelas partes com suas declarações negociais. Também Torquato Castro²⁵⁶ afirma que “a causa, pois, pode ser vista no agente e na sua obra. Comporta, sem contradição, ambos os aspectos: subjetivo e objetivo”.

Para Manuel Augusto Domingues de Andrade,²⁵⁷ as teorias, subjetiva e objetiva, se equivalem no plano substancial, e nesse plano ambas merecem acolhimento, posto que, quando se analisa a validade de um negócio jurídico à luz de referidas concepções, chega-se aos mesmos, ou a muito próximos, resultados. Não obstante tais considerações, segundo esse autor a causa é uma noção dispensável, sendo suficiente para agrupar as soluções razoáveis o conceito de objeto (*lato sensu*).²⁵⁸

Pedro Pais de Vasconcelos²⁵⁹ também considera que não existem duas causas, uma objetiva e outra subjetiva, mas sim duas perspectivas, não excludentes uma em relação à outra, ambas igualmente corretas, aceitáveis e relevantes para o Direito. Sob o ponto de vista objetivo, “a função que o ato ou negócio desempenham é importante para aferir da sua licitude, da sua compatibilidade com o ordenamento jurídico, da sua conformidade com o Direito”; mas, em sentido subjetivo, “também a motivação e o fim que animam o autor na prática do ato ou na celebração do negócio têm um papel de primeiro plano no Direito Civil”.

O mesmo entendimento é externado por Massimo Bianca,²⁶⁰ para quem a separação da teoria subjetiva da teoria objetiva clássica é mais aparente que real, pois trata-se de pontos de

²⁵⁵ “Vista la causa desde el ángulo *subjetivo* (supuesto de hecho) será: ‘lo que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera (no se ha querido excluir) el amparo jurídico’. Desde el ángulo *objetivo* o de la norma jurídica, la causa servirá como: ‘el metro o metros con los que se mide el resultado real buscado con la regla negocial establecida por la voluntad privada’, y conforme al que se determinará la validez o invalidez del negocio y el tipo de eficacia que le corresponda” (CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Reimpresión. Madrid: Civitas, 2016. p. 191-192).

²⁵⁶ CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966. p. 36-37.

²⁵⁷ ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1983. v. II, p. 347-349.

²⁵⁸ Também nesse sentido – como se verá adiante –, CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. p. 155-157.

²⁵⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 277.

²⁶⁰ “(...) en efecto, como motivo último de la parte, la causa vendrá a recaer, normalmente, sobre la misma entidad indicada como fundamento objetivo del negocio; la diferencia parece reducirse, entonces, a dos visiones diferentes del mismo elemento. Para la teoría subjetiva tal elemento tiene importancia como contenido de la representación psíquica de la parte, esto es, como razón determinante de su voluntad. Se trata, en buena

vista distintos sobre o mesmo elemento. E igualmente sob o mesmo enfoque pontifica Inocêncio Galvão Telles,²⁶¹ para quem “há duas correntes causalistas fundamentais, uma *objetivista*, a outra *subjetivista*, mas pensamos que elas não são inconciliáveis; correspondem a dois pontos de vista diversos em que se pode colocar o observador, ambos admissíveis”.

Nesse sentido, afastando-se também dessa dicotomia, ou talvez em busca de conciliá-la, este estudo se aproxima do conceito de causa do contrato a que se pretende chegar. Note-se que não se há de confundi-lo com o significado já mencionado de causa da obrigação²⁶², tampouco com o conceito de causa de atribuição patrimonial²⁶³, que como visto não são objetos de investigação neste trabalho.

2.2 Causa do contrato em abstrato e causa do contrato em concreto

O reconhecimento de que as concepções subjetiva e objetiva pudessem se harmonizar não era o suficiente para afastar as críticas que restringiam a relevância da causa aos contratos inominados. Afirmava-se que todos os contratos nominados – típicos, no sentido de estarem previstos e regulados em lei – já seriam dotados de uma causa lícita e econômico-socialmente tutelável, uma vez que a própria previsão legal dos tipos contratuais atestava o merecimento da tutela jurídica. Ocorre que também nos contratos típicos se poderia constatar causa ilícita ou ausência de causa, quando, por exemplo, o comprador adquiria uma coisa que já lhe pertencesse.²⁶⁴

Da necessidade de afastar essa ideia – de que todo contrato típico necessariamente tinha uma causa lícita – e destacar a importância da causa para qualquer contrato (típico ou atípico)²⁶⁵ surge a distinção entre *causa em abstrato* e *causa em concreto*.²⁶⁶

medida, de la causa final de la que habían hablado los Comentaristas” (BIANCA, Cesare Massimo. *Derecho civil: el contrato*. Tradução de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. v. III, p. 471-472).

²⁶¹ TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1965. p. 253.

²⁶² Confirma-se distinção feita em 1.3.1 *Emilio Betti e a doutrina italiana*.

²⁶³ Confirma-se, adiante, 3.1.1 *Causa do contrato e causa de atribuição patrimonial*.

²⁶⁴ “Un caso di scuola à quello di chi acquista per contratto di vendita una cosa già sua: qui la causa del tipo contrattuale prescelto, che à lo scambio di cosa con prezzo, non può in concreto attuarsi, giacché il compratore non riceve nulla in cambio del prezzo; ed il contratto, benché típico, sarà nullo per mancanza di causa” (GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. 17. ed. Milano: Cedam, 2018. p. 254). Confirma-se também, nesse sentido, BIANCA, Cesare Massimo. *Derecho civil: el contrato*. Tradução de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. v. III, p. 474; FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001. p. 357.

²⁶⁵ “En general, la causa debe estar siempre presente en el contrato, sea este típico ou atípico” (BIANCA, Cesare Massimo. *Derecho civil: el contrato*. Tradução de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. v. III, p. 469).

²⁶⁶ “La fondatezza del rilievo secondo il quale le tesi oggettive finiscono per confondere causa e tipo è confermata dalla circostanza che i loro sostenitori, per evitare di affermare che i contratti tipici (in quanto previsti dalla

A causa em abstrato consiste na função econômico-social típica, abstratamente prevista no ordenamento jurídico. Trata-se do “elemento de qualificação e de diferenciação dos tipos negociais – da função do negócio em tese, elemento que oferece a sua justificação normativa e desvenda a natureza jurídica propriamente dita do ato”.²⁶⁷

A causa em concreto se identifica com o interesse concretamente perseguido pelo contrato – e não o interesse das partes do contrato –, a ser regulado pelo ordenamento jurídico. É essa concepção de causa que permite valorar o merecimento de tutela dos interesses perseguidos que figuram de fato na base da operação negocial. Consiste, pois, na razão concreta do contrato. Buscar essa função prática significa buscar os interesses concretamente perseguidos, não sendo o suficiente simplesmente verificar se o modelo contratual utilizado é compatível com o que abstratamente está previsto no ordenamento jurídico; mais que isso, implica perseguir o significado prático da operação contratual em relação a todas as suas finalidades, que de forma expressa ou tácita fizeram parte do contrato.²⁶⁸

A concepção da causa em concreto não se confunde e nem significa retornar às noções subjetivas da causa, seja aquela clássica, que considerava os motivos internos das partes, seja aquela delineada por Capitant e ratificada por Josserand, que considerava os fins (*mobiles-buts*).²⁶⁹ A diferença basicamente repousa no fato de que nessas concepções subjetivas a questão central estava no interesse das partes, enquanto na causa em concreto perquire-se o interesse do contrato.²⁷⁰

legge) hanno necessariamente una causa lecita, devono distinguere uno schema causale astratto – rappresentato, in sostanza, dal tipo, cioè dalla causa come funzione economico sociale – e una causa del concreto negozio identificata nell’interesse perseguito e regolato mediante il contratto. Si opera, così, una duplicazione tra causa ‘astratta’ e causa ‘concreta’” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 8. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017. p. 491). Confirma-se também PUGLIATTI, Salvatore. *I fatti giuridici*: revisione e aggiornamento di Angelo Falzea. Milano: Giuffrè, 1996. p. 105-106; BARCELLONA, Mario. *Della causa*. il contratto e la circolazione della ricchezza. Vicenza: Cedam, 2015. p. 128-132.

²⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 292.

²⁶⁸ BIANCA, Cesare Massimo. *Derecho civil*: el contrato. Tradução de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. v. III, p. 474.

²⁶⁹ “Concreto non s’identifica con ‘soggettivo’: la concretezza può (e qui deve) declinarsi in termini di oggettività (...). La causa sarebbe così la funzione del contratto che si esprime nella relazione fra gli interessi da soddisfare e mezzi giuridici utilizzati dalle parti; non già un interesse meramente soggettivo, inespresso, ma l’interesse obbiettivo nel regolamento contrattuale, risultante cioè dallo stesso regolamento e perciò per definizione comune alle parti. Pertanto, quando si individua la causa nello scopo pratico individuale occorre tenere presente che ci si riferisce all’individualità del contratto e non alle individualità delle parti: in questo senso la causa è lo scopo comune alle parti e obbiettivo nel contratto” (ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: Cedam, 2008. p. 71-72).

²⁷⁰ PUGLIATTI, Salvatore. *I fatti giuridici*: revisione e aggiornamento di Angelo Falzea. Milano: Giuffrè, 1996. p. 109-110. Confirma-se também AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1986. p. 127, que a denomina *causa subjetivo-objetiva*: “Deixando de lado a concepção subjetiva, em que causa é motivo, e, hoje, aliás, pouco aceita, percebe-se que, já na concepção subjetivo-objetiva, se a causa é o fim do próprio negócio,

É justamente essa causa em concreto que importa como critério ou método de interpretação do contrato, para aferir-se qual é o interesse que o contrato pretende realizar.²⁷¹ Trata-se de elemento que permite controlar se a função que as partes pretenderam imprimir ao contrato corresponde ao tipo contratual, com o qual não se confunde.²⁷² Permite, portanto, individualizar e qualificar o contrato, confrontando-o com o modelo abstrato concebido pelo ordenamento jurídico.²⁷³

Em sentido ainda mais amplo, serve de instrumento de controle da própria autonomia contratual, que não se faz somente em sentido negativo (na apuração de interesses ilícitos ou que afrontem o ordenamento jurídico), mas também em sentido positivo, para verificar se os interesses perseguidos pelas partes, no contrato, são passíveis de tutela (uma vez que mesmo em se tratando de interesses lícitos podem eventualmente não ser tutelados).²⁷⁴

Portanto, analisando sob a concepção da causa em concreto, ninguém contrata simplesmente por contratar, pois o contrato não encerra sua função em si mesmo.²⁷⁵ Quem contrata tem por escopo uma função prática a ser concretizada com o negócio, ou seja, uma função negocial correlata ao encontro de vontades.

Essa realização concreta deve ser tutelada pelo ordenamento jurídico, independentemente de se tratar de contrato típico ou atípico.²⁷⁶ No caso de contratos típicos, em geral a função negocial concreta pretendida pelas partes guarda correlação com o que o tipo contratual prevê; no caso de contratos atípicos, essa função negocial concreta deve ser tutelável pelo ordenamento jurídico.²⁷⁷

ela é, em propriedade, *causa do negócio, ou causa do contrato, e não causa da obrigação ou da atribuição patrimonial, ou da atribuição do direito*”.

²⁷¹ BIANCA, Cesare Massimo. *Derecho civil: el contrato*. Tradução de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. v. III, p. 475.

²⁷² ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile e commerciale: il contratto in generale: fonti, teorie, metodi*. Milano: Giuffrè, 2014. p. 164. Confira-se, adiante, 3.1.4 *Causa do contrato e tipo contratual*.

²⁷³ ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: Cedam, 2008. p. 73-74.

²⁷⁴ Exemplo dessa hipótese é um contrato por meio do qual se transfere a propriedade de um bem sem fazer menção à contrapartida, seja ela o preço, seja ela a declaração de doar do alienante. O contrato seria nulo por ausência de causa, não obstante não se tratasse, em tese, de interesse lícito. Cf. GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto civile e commerciale: il negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 102-103.

²⁷⁵ CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 17; FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001. p. 357.

²⁷⁶ “Todo fato juridicamente relevante, e em particular todo fato humano voluntário, tem uma função, a qual ou é predeterminada pelo ordenamento em esquemas típicos ou é moldada pela iniciativa dos sujeitos. Não basta qualificar um fato como produtivo, modificativo ou extintivo de efeitos: é necessário compreender a razão justificadora da constituição, modificação ou extinção” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 642).

²⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Notas sobre a promessa de doação. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 528.

2.3 Nota sobre a causa do contrato no Direito francês atual

Como já superficialmente mencionado, uma reforma legislativa no direito dos contratos e das obrigações (Ordonnance n. 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016) suprimiu do ordenamento jurídico francês a causa como requisito de validade dos contratos, com a nova redação atribuída ao artigo 1.128,²⁷⁸ que substituiu o artigo 1.108.

Tal supressão, entretanto – não obstante à primeira vista possa parecer diferente –, definitivamente não representa o triunfo do anticausalismo sobre a teoria da causa do contrato, mesmo porque a reforma não se restringiu a esse tema. A Ordonnance n. 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016, na realidade marca a fase final de um processo de ampla reforma do Código Civil francês, iniciado por ocasião de seu bicentenário.

Depois de tantos anos de vigência, surgiram importantes lacunas no *Code* – especialmente em matéria de obrigações e contratos –, cujas disposições legais se distanciaram do Direito vivo e dinâmico criado pela doutrina, aplicado pela jurisprudência e integrante de diversas legislações especiais editadas para atender às necessidades que se apresentavam – a exemplo das questões relacionadas à proteção dos consumidores.

Em decorrência dessa situação, o Direito francês codificado não se prestava a um modelo padrão para os projetos europeus de harmonização legislativa,²⁷⁹ nem se mostrava atraente para contratantes estrangeiros, de modo que a reforma teve por objetivo principal consagrar alterações que na prática já vinham sendo aplicadas pela jurisprudência, atualizar o vocabulário para melhor compreensão (inclusive por quem não tivesse formação jurídica), aumentar a segurança jurídica (e, conseqüentemente, a justiça contratual) e, evidentemente, implementar também algumas modificações importantes, dentre elas o reconhecimento de um denominado “regime geral das obrigações”, que busca estabelecer uma separação entre tal regime e os regimes dos contratos e da responsabilidade civil.²⁸⁰

²⁷⁸ **Article 1.128.** *Sont nécessaires à la validité d'un contrat: 1° Le consentement des parties; 2° Leur capacité de contracter; 3° Un contenu licite et certain.*

²⁷⁹ Dentre outros, os Princípios do Direito Europeu dos Contratos (*Principles of European Contract Law – PECL*), que, divididos em três partes, foram publicados entre 1995 (Parte I e II, revisão em 1998) e 2002 (Parte III em 2002); entre 2003 e 2009, o *Draft Common Frame of Reference – DCFR*, que abrange princípios, definições e modelos de regras do Direito Civil em geral – não somente dos contratos –, e foi construído com base em diversos projetos anteriores, não apenas o PECL, mas também os princípios do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (*UNIDROIT*), elaborados para contratos comerciais internacionais; também o Código Europeu dos Contratos, outro importante projeto elaborado entre 1999 e 2004 pela *Accademia dei Giusprivatisti Europei* de Pavia, sob coordenação do Prof. Giuseppe Gandolfi.

²⁸⁰ JULIENNE, Maxime. *Le régime général des obligations après la réforme*. Paris: LGDJ, 2017. p. 14. Confira-se, no mesmo sentido, DE CABARRUS, Charlotte. *Présentation de la réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations*. In: PIGNARRE, Geneviève (coord.). *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre: dialogues autour de la réforme du titre III du livre III du Code Civil*. Paris: Institut Universitaire Varenne/LGDJ, 2016. p. 285-288.

Relativamente à causa, não há dúvidas de que sua supressão como requisito de validade dos contratos representou importante mudança diante da tradição do Direito francês, que desde sua codificação contemplou expressamente a causa como requisito de validade das convenções.

Qualquer que seja a razão que de fato tenha justificado a alteração legislativa,²⁸¹ a verdade é que, sob o ponto de vista sistemático, o direito contratual francês se mantém causalista, assim como todos os sistemas jurídicos que contemplem uma teoria geral dos contratos – como se verá adiante. Na França, o controle que se fazia por meio do revogado artigo 1.108 continuará a se realizar por outros dispositivos legais do próprio Código Civil, tais como o artigo 1.162,²⁸² com a redação que lhe atribuiu a mencionada reforma legislativa.²⁸³⁻²⁸⁴

Como afirma Marc-Philippe Weller,²⁸⁵ “les intérêts matériels qui se cachent actuellement derrière la notion de la cause ne disparaissent pas avec la suppression du simple terme ‘cause’. Le droit doit y répondre par des solutions différentes”.

Portanto, no direito francês a causa simplesmente deixa de ser requisito de validade do contrato – como se verá adiante, deixa de figurar entre os elementos estruturais do contrato – para corretamente situar-se em outro plano, como elemento funcional do contrato, que liga e

²⁸¹ Seja a confusão que gerava a redação do revogado artigo 1.108 – ao se referir à “causa da obrigação” e não propriamente à causa do contrato –, seja a evolução da doutrina e da jurisprudência ao longo dos duzentos anos de vigência do *Code*, seja porque os projetos europeus de harmonização legislativa não contemplam a causa como requisito de validade dos contratos.

²⁸² **Article 1.162.** *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.*

²⁸³ CHANTEPIE, Gaël; LATINA, Mathias. *La réforme du droit des obligations*. Paris: Dalloz, 2016. p. 233. Confira-se no mesmo sentido CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. 13. ed. Paris: Dalloz, 2018. p. 92-94.

²⁸⁴ No que diz respeito aos projetos europeus de harmonização legislativa, não obstante não contemplem expressamente a causa como requisito de validade dos contratos, o Código Europeu dos Contratos, por exemplo, não ignora a causa quando trata da interpretação dos contratos no artigo 39: “3. Dès lors que l'examen du texte contractuel suscite des doutes qui ne sont pas susceptibles d'être surmontés par une évaluation globale de celui-ci, fût-ce en regard de déclarations ou de comportements des parties même postérieurs à la stipulation du contrat mais d'une certaine manière compatibles avec le texte du contrat, ce dernier doit être interprété conformément à l'intention commune des contractants, que l'on fera également ressortir en recourant à des éléments extrinsèques ayant trait aux parties” (Disponível em: <http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it>. Acesso em: 19 set. 2018). Em português: “3. Quando o exame do texto contratual suscitar dúvidas não superáveis através da sua avaliação global, que também digam respeito às declarações ou ao comportamento das partes, mesmo posteriores à conclusão do contrato mas, de certa forma, compatíveis com o texto contratual, este deverá ser interpretado de acordo com a intenção comum dos contratantes, conforme resultar dos elementos extrínsecos referentes às partes” (POSENATO, Naiara; NALIN, Paulo (org.). *Código Europeu dos Contratos*: projeto preliminar – livro primeiro. Curitiba: Juruá, 2009. p. 15-16). Sobre a continuidade do controle de licitude dos contratos por meio dos princípios do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (*UNIDROIT*) e dos Princípios do Direito Europeu dos Contratos (*Principles of European Contract Law – PECL*), confira-se também GHESTIN, Jacques. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: LGDJ, 2006. p. 33-39.

²⁸⁵ WELLER, Marc-Philippe. La cause dans le projet d'Ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations de 2015. In: SHULZE, Reiner; WICKER, Guillaume; MÄSHC, Gerald; MAZEAUD, Denis (coord.). *Le réforme du droit des obligations em France*: 5e. journées franco-allemandes. Paris: Société de Législation Comparée, 2015. p. 148.

subordina a manifestação de vontade à tutela legal prevista em abstrato. Essa natureza jurídica será mais bem desenvolvida nos capítulos seguintes, quando se conclui que a causa do contrato não necessariamente precisa estar positivada para exercer sua função no âmbito da teoria geral dos contratos.

3. CAUSA DO CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO

Ao tempo das codificações europeias do século XIX, inspiradas pelos ideais liberais que transbordaram do Código Civil francês, no Brasil ainda era presente uma sociedade colonial baseada no trabalho escravo, refratária a qualquer influência iluminista alienígena.²⁸⁶ Não obstante a Constituição de 25 de março de 1824 tenha expressamente prescrito que se organizasse um Código Civil fundado em sólidas bases de justiça e equidade,²⁸⁷ não tiveram sucesso no Império três tentativas de codificação: Teixeira de Freitas (1859),²⁸⁸ Nabuco de Araújo (1872)²⁸⁹ e Felício Santos (1881).²⁹⁰ Mesmo com a queda do Império em 1889, permaneceram vigentes por aqui – ainda por vinte e cinco anos – as Ordenações compiladas há mais de trezentos anos para o reino de Portugal²⁹¹ e Leis extravagantes.²⁹²

Não fosse o empenho do governo de Campos Sales, talvez o Código Civil tivesse demorado ainda mais para ser elaborado. A controvertida contratação de Clóvis Beviláqua culminou em 1890 com a entrega do projeto à Câmara dos Deputados, casa em que obteve parecer favorável, mesmo porque o relator da Comissão da Câmara era Silvio Romero, que, tal como Clóvis Beviláqua, era oriundo da Escola de Recife. Levado ao Senado, o projeto ficou

²⁸⁶ “Como definir cidadão em um país com uma maioria esmagadora de escravos, como o era no Império? Para a elaboração de um Código Civil é necessário, antes de tudo, haver uma definição clara de quem são os cidadãos e, assim que definidos, devem contar com a proteção do Código como um todo, já que é, no mínimo, estranho que um indivíduo possa ser parcialmente cidadão” (CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e do Brasil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 432).

²⁸⁷ Artigo 179, XVIII: Organizar-se-á quanto antes um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade.

²⁸⁸ Com a promulgação do Código Comercial em 1850, Augusto Teixeira de Freitas foi convidado a elaborar um Código Civil pelo então Ministro da Justiça José Thomaz Nabuco de Araújo. Com lucidez ímpar, Teixeira de Freitas propôs que inicialmente se fizesse uma compilação sistemática da legislação existente. Feita a compilação, foi então redigido e publicado em 1867 o “Esboço do Código Civil”, mas a empreitada foi abandonada em razão de incompatibilidades entre a concepção jurídica de Teixeira de Freitas e a do governo. Cf. CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e do Brasil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 433-434.

²⁸⁹ Com o abandono do projeto por Teixeira de Freitas, depois de cinco anos o próprio Ministro da Justiça Nabuco de Araújo se propôs a redigir o Código Civil em 1872, porém ele faleceu depois de seis anos, deixando grande quantidade de anotações, mas nenhum texto redigido. Cf. CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e do Brasil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 434.

²⁹⁰ “Após a morte de Nabuco de Araújo o senador Joaquim Felício dos Santos obteve permissão do Ministro da Justiça, Conselheiro Lafayette, para elaborar um projeto de Código Civil. O projeto, apesar das deficiências apresentadas, foi submetido à Câmara dos Deputados em 1882 e publicado em 1884. Em 1889 foi retomado o trabalho do Código Civil, desta feita ficando sob a incumbência de Coelho Rodrigues a elaboração de novo projeto. Mesmo assim se tornou a publicar o trabalho de Felício dos Santos, em 1891, por autorização do Ministro da Fazenda, Alencar Araripe, com vistas a ser apresentado ao Congresso Nacional” (Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242342>. Acesso em: 28 set. 2018).

²⁹¹ As Ordenações Filipinas tiveram no Brasil vida mais longa que em Portugal, que organizou seu Código Civil em 1867, com base em projeto elaborado por Visconde Seabra.

²⁹² GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3-13.

paralisado por anos, período em que nada aconteceu além das críticas de Rui Barbosa, que, por vaidade ou enorme apego à língua portuguesa, discutiu inclusive questões gramaticais do texto. Retomada a discussão em 1912, o Senado aprovou o projeto com as todas as emendas de Rui Barbosa e o devolveu para a Câmara, onde se processaram os últimos debates até aprovação final, em 1915. Sancionado em 1º de janeiro de 1916, um ano depois o Brasil tinha seu primeiro Código Civil, passados quase cem anos da independência.²⁹³

Contextualizados brevemente os trâmites legais e o momento histórico pelo qual passava o Brasil ao tempo de sua codificação civil, relativamente à *causa* a história revela que Clóvis Beviláqua deliberadamente a excluiu do rol de requisitos dos atos jurídicos.²⁹⁴

Essa deliberada omissão causou estranheza a Júlio dos Santos e a Amaro Cavalcanti, que ofereceram emendas aos projetos. Frederico Borges afastou referidas críticas em seu Relatório, ao qual Clóvis Beviláqua aderiu na sessão da Comissão Especial de 13 de novembro de 1901, acrescentando que a causa foi incorporada no Código Civil francês por um equívoco de interpretação do Direito Romano,²⁹⁵ razão pela qual não haveria de ser considerada no direito positivado brasileiro.²⁹⁶

²⁹³ CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e do Brasil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 434-435.

²⁹⁴ E no mesmo sentido dispuseram os projetos anteriores. No Brasil imperial, o *Esboço* de Teixeira de Freitas não mencionava a causa como requisito do ato jurídico no artigo 501, nem o de Feliciano dos Santos no artigo 217; já na República, o projeto de Coelho Rodrigues também foi silente em relação à causa no artigo 287, assim como o projeto de Clóvis Beviláqua no artigo 84, no seu projeto revisto no artigo 98 e finalmente no Código Civil de 1916 no artigo 82 (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. atual. por Achiles Beviláqua e Isaias Beviláqua. São Paulo: Paulo de Azevedo, 1959. v. 1, p. 262). O *Esboço* de Teixeira de Freitas chegou a fazer menção à causa das obrigações – e não à causa do contrato – no artigo 870: “não há obrigação sem *causa* ou *título*, isto é, sem que tenha derivado de um dos fatos, ou de um dos atos lícitos ou ilícitos, das relações de família ou das relações civis (arts. 18, e 431 e 444), que serão designados na Seção 2ª e 3ª deste Livro. Do instrumento de onde a obrigação constar, deve também constar o seu *título*; e por isso tem o nome de título”. E Teixeira de Freitas foi expresso ao justificar o artigo 870: “Falo da *causa* das obrigações, e não da causa dos contratos, com os quais o Cód. Nap. tem confundido as obrigações em geral, o que é censurado por todos os seus comentadores”. E explica que a generalização de seu artigo afastava o risco de omitir-se alguma hipótese, já que a classificação compreensiva dos contratos, delitos, quase contratos e quase delitos não era completa (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983. t. 1. p. 206).

²⁹⁵ “Aludi ao que se refere Huc, em seu *Commentaire*, sobre a expressão *sans cose* de Beaumanoir, que supuseram equivaler a *sans cause*, quando o velho jurista pretendia apenas dizer *sans chose*, sem objeto. E apreciei o apoio que Domat, o criador da teoria da causa, pretendeu encontrar no direito romano. Certamente nas fontes romanas se fala em *causa*: D. 17, 2, fr. 9: *Non sine causa obveniunt (donationes) sed ob meritum aliquod*; – *Damus aut ob causam out ob rem* (D. 12, 6, fr. 52); – *Quod ob causam datur* (D. 12, 6, fr. 65, § 2º); *Causa donandi* (D. 39, 5, fr. 3); *Qui sine causa obligantur* (D. 12, 7, fr. 3); – *Nihil refert utrumve ab initio sine causa quid datum est, an causa propter quam datum est secuta non sit*; – *Cum nulla subest causa...* (D. 2, 14, fr. 7, § 4º); – *Si... turpis causa sit* (D. 12, 5, fr. 8). Mas o ponto de vista dos romanos era muito diferente. Desses mesmos textos se vê que os romanos concebiam obrigações *sem causa*: *qui promist sine causa... qui sine causa obligantur*. O pensamento, que nesses fragmentos sobressai é o do enriquecimento ilegítimo. Neles não se cogita da formação do contrato” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. atual. por Achiles Beviláqua e Isaias Beviláqua. São Paulo: Paulo de Azevedo, 1959. v. 1, p. 271).

²⁹⁶ CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. p. 26-37.

Ocorre que a rejeição das emendas dos causalistas não resolveu por completo o problema da causa no Direito brasileiro. A despeito da clara redação do artigo 82, que não a contemplou como requisito do ato jurídico, o artigo 90 não permitiu que a questão se pacificasse, ao afirmar que “só vicia o ato a falsa causa, quando expressa como razão determinante, ou sob forma de condição”. Clóvis Beviláqua, entretanto, afirmava que nessa concepção tratava-se da “*causa efficiens* e da *finalis* generalizando o Código o princípio do direito romano, como o fizera o federal suíço das obrigações”.²⁹⁷ Em outras palavras, aqui a referência que se fez foi aos motivos do ato, que são irrelevantes, exceto quando dele são parte integrante, quando apareçam como razão do ato ou condição da qual ele dependa.²⁹⁸

Fato é que, não obstante o deliberado afastamento da causa do contrato do Código Civil de 1916, assim como em outros países, por aqui a doutrina também se dividiu entre anticausalistas e causalistas. É verdade que, em razão da ausência de positividade, a doutrina nacional contemporânea e imediatamente subsequente à codificação pouco se dedicou à investigação da causa do contrato, se comparada às doutrinas francesa e italiana;²⁹⁹ mas dentre os anticausalistas cita-se, além de Clóvis Beviláqua, Carvalho Santos, Eduardo Espínola, Pontes de Miranda, Agostinho Alvim e Paulo Barbosa de Campos Filho, este último autor da monografia *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. E entre os causalistas estão Lino de Moraes Leme, Serpa Lopes e Torquato Castro, este autor da monografia *Da causa no contrato*.³⁰⁰

Para Carvalho Santos,³⁰¹ “causa equivale a objeto da obrigação. O objeto considerado em si, objetivamente, é a causa do contrato; considerado subjetivamente é o motivo determinante da vontade de contratar”. Depois de diferenciar causa de motivo, conclui que “tal

²⁹⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. atual. por Achiles Beviláqua e Isaias Beviláqua. São Paulo: Paulo de Azevedo, 1959. v. 1, p. 271.

²⁹⁸ CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. p. 38-40. No mesmo sentido: LEME, Lino de Moraes. *Do erro de direito em matéria civil*. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1936. p. 110-111. O Código Civil de 2002 deixou mais clara essa questão na redação atribuída ao artigo 140, que no lugar do mencionado artigo 90 substituiu “causa” por “motivo”: “Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante”.

²⁹⁹ “Fato é que o Código de 1916, ao deixar de referir o elemento causal em termos expressos, ensejou o quase completo desinteresse por parte da doutrina brasileira em examiná-lo; embora tenha, reconheça-se, suscitado alguma crítica quanto à perda de oportunidade em restringir ‘moralmente’ as contratações entre os privados – o que teria sido possível através da noção de causa” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 292).

³⁰⁰ CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. p. 40-50.

³⁰¹ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. v. II, p. 322-323.

distinção, entretanto, perdeu sua razão de ser diante da doutrina moderna, a que se filiou o nosso Código, de não mencionar nem considerar a causa entre os requisitos dos atos jurídicos”.

Eduardo Espínola,³⁰² ao tratar dos requisitos comuns a todos os atos jurídicos, menciona a *capacidade do agente*, o *consentimento* e o *conteúdo jurídico*. E relaciona o conteúdo jurídico à causa. Afirma que “o conceito de causa é muito discutido por sua dificuldade intrínseca”, porém, ao desenvolver o tema, não reconhece a causa do contrato, mas concebe a causa como fundamento de atribuição patrimonial: “as atribuições patrimoniais, como observa Dernburg, não são *fin* em si mesmas. Constituem os meios para alcançar os fins que formam o seu fundamento, a sua *causa*”.

Pontes de Miranda³⁰³ compreende a causa como “a função, que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia. (...) A causa refere-se à *atribuição*. Tantos tipos de atribuições, tantas as causas”. Assim como Espínola, reconhece a causa como fundamento da atribuição patrimonial, e afirma que “elevantar-se o motivo, relevante por lei ou pela convenção, à categoria de causa, é misturar-se ao que concerne à natureza das coisas o que só deriva da vontade humana. Ainda mais: confundir-se causa com o *fin*, que abrange *causa e motivo*. Há sempre causa na atribuição, se a lei não permitiu, ou não estabeleceu, ela-mesma, a abstração”.

Criticando a doutrina francesa, conclui Pontes de Miranda³⁰⁴ que “o que se chama *teoria da causa* não é a afirmação de que existe causa, ou de que existem negócios jurídicos causais, e sim que se teceu, com os arts. 1.131, 1.108 e 1.133 do Código Civil francês, uma das mais absurdas teorias de que jamais o direito sofreu as consequências”.

Para Agostinho Alvim,³⁰⁵ a palavra “causa” pode ser tomada em mais de um sentido, quais sejam, de “motivo determinante do ato” e “de causa final, fim imediato, que as partes têm em vista”. No primeiro sentido a causa “não exerce nenhuma influência no ato jurídico, exceto na hipótese prevista no artigo 90 do Código Civil, onde o termo *causa* tem êsse sentido de motivo, ou razão que levou o agente a praticar o ato”. Somente no segundo sentido é que a causa desempenha função no direito pátrio, mas isso não a eleva a elemento autônomo, “eis que se confunde com o objeto, essencial no ato jurídico”. Seria, portanto, desnecessária sua

³⁰² ESPÍNOLA, Eduardo. *Systema do direito civil brasileiro: introdução e parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917. v. I, p. 560.

³⁰³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 3, p. 138-139.

³⁰⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 3, p. 141.

³⁰⁵ ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. Do enriquecimento sem causa. *RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 259, maio 1957. p. 24-25.

consideração em nosso ordenamento, uma vez que já estaria “compreendida em alguma das outras condições de validade dos contratos”.

Depois de percorrer longo caminho entre as diferentes concepções doutrinárias, Paulo Barbosa de Campos Filho³⁰⁶ conclui, em monografia dedicada à investigação da causa, que o conceito de *objeto* em nosso Direito é o suficiente para exercer as funções que a causa do contrato exerce nas legislações que a conceberam como requisito dos atos jurídicos. Não obstante revele preferência pela terminologia *causa*,³⁰⁷ apesar das dificuldades que apresenta, o autor entende que “é através do ‘objeto’ que se há de proferir e afirmar esse mesmo juízo de mérito, como, aliás, se vem verificando em todas as legislações que da ‘causa’ prescindem como condição de validade dos atos”.³⁰⁸ E sustenta que, em nosso Código anticausalista, há “necessidade de se entender por ‘objeto’ tudo aquilo a que visem à realização de interesses antissociais, tomada a expressão no seu mais amplo sentido”.³⁰⁹

Mesma posição foi posteriormente sustentada por Walter Moraes,³¹⁰ para quem “o Código brasileiro, ao contrário de outros, imprimiu ao termo ‘objeto’ uma significação ampla e finalística (de operação visada) segundo o demonstrou exaustivamente Campos Filho. (...) Vale dizer que no conceito amplo de objeto está compreendida a causa”.

Entre os causalistas, Lino de Moraes Leme³¹¹ afirma que, “embora não explícita, o nosso Código civil implicitamente admite a necessidade de uma causa para o negócio jurídico”; e define causa como “o escopo jurídico, prático, ou razão econômico-jurídica do negócio. Faltar ella ao negocio é faltar o seu sopro vital. Expressa ou não, ella se incorpora aos negocios juridicos. Explícita ou implícita na lei, bem haja a jurisprudencia que sempre a reconheceu”.

Em monografia intitulada *Da causa no contrato*, Torquato Castro faz críticas à escola clássica subjetiva, que analisa a causa na obrigação – e não no ato jurídico em que ela se integra³¹² – e atribui à escola objetiva a reação contra a decadência conceitual da causa, que

³⁰⁶ CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. p. 147-158.

³⁰⁷ “Somos, pois, *de lege ferenda*, pela ‘causa’ (...) conceituando ‘causa’ como o ‘interêsse, material ou moral, a cuja realização tende o agente (...) e que, se conforme à ordem jurídica, legitima o resultado procurado” (CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. p. 156).

³⁰⁸ CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. p. 157.

³⁰⁹ CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. p. 157.

³¹⁰ MORAES, Walter. *Sociedade civil estrita*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 78.

³¹¹ LEME, Lino de Moraes. *Do erro de direito em matéria civil*. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunaes, 1936. p. 117-118.

³¹² “Característico, porém, dessa doutrina, é que ela investiga a causa final na atividade de cada contratante, isoladamente considerado, e não a causa do *contrato*, como ato jurídico que se forma pelo encontro dessas vontades isoladas” (CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966. p. 15).

resgatou seu sentido técnico e a situou “no lugar que por destino natural lhe compete: no contrato mesmo, e não na obrigação”. Assim, conclui o autor que “a causa do contrato é a função ou escopo prático e econômico, que o individualiza, e que o torna merecedor do amparo da lei”.³¹³

Para o também causalista Serpa Lopes,³¹⁴ o fato de Torquato Castro reduzir o problema da causa à *causa dos contratos* “não elimina as controvérsias. Pelo contrário, exacerba-as”. O autor considera que a ideia de causa do contrato não dispensa a noção de causa da obrigação, que “não é mais o escopo econômico-social visado pelo contrato, senão a razão de ser, o fundamento jurídico do dever de prestação (*causa debendi*)”. Assim, para Serpa Lopes a “causa da obrigação é para o credor o título justificativo, com base no qual tem *direito à prestação*; para o devedor, é a *razão do seu direito ou do seu dever de pagar*”. Daí o porquê de compreender que “a ideia objetiva de *causa do contrato* não importa no cancelamento da *causa da obrigação*”.

Complementa com a afirmação de que o negócio jurídico tem em si mesmo a noção de causa, e daí decorre que a inexistência desta importa na inexistência daquele. Por isso é que, desde a entrada em vigor do Código Civil, “a ausência do requisito da causa, como elemento do negócio jurídico, nunca se tornou empecilho à Jurisprudência quando tem de anular os contratos, em tôdas aquelas circunstâncias onde há motivos correspondentes aos que, nos códigos causalistas, permitem aos tribunais julgar no mesmo sentido”.³¹⁵

A doutrina que se desenvolveu a partir de então basicamente optou por uma dessas diretrizes. Não obstante seja uníssono o reconhecimento de que a causa deixou de ser incorporada como requisito do negócio jurídico ao Código Civil brasileiro, alguns autores, como Caio Mário da Silva Pereira,³¹⁶ revelam que deve haver certa transigência com a causa

E mais adiante: “esse método estranho dos causalistas – de analisar a causa, não no ato jurídico em que ela se integra como elemento essencial, mas na *obrigação*, que é apenas uma *parte* do ato, aliás um *meio* em relação ao *fim* que neste último reside – é responsável, em grande parte, pelo insucesso da expansão e desenvolvimento do conceito, tanto na doutrina como na jurisprudência” (CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966. p. 18).

³¹³ CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966. p. 55.

³¹⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. I, p. 485.

³¹⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. I, p. 486.

³¹⁶ “Não considerou, porém, a causa como requisito do negócio jurídico. Assim é que, se no direito francês o ato é inválido por ilicitude de causa, no direito brasileiro a mesma ineficácia o atinge por ilicitude do objeto. Assim procedendo, o nosso direito procurou simplificar a solução das questões, instilando maior segurança nos negócios, e recusando que, a pretexto de investigar a causa, alguém se exacerbe na busca dos motivos. (...) Uma posição de transigência com a noção de causa seria, contudo, aconselhável. (...) A solução transacional com a teoria da causa estaria em que, admitida ela, nunca assumiria as proporções de elemento constitutivo do negócio jurídico, ou seu requisito a ser provado por quem tem interesse na eficácia do ato. Ficaria, então, reservado o seu papel como fator de alta significação moral, que faculta ao juiz apreciar a liceidade sob o aspecto social do negócio” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. I, p. 347-348).

do contrato, dada sua relevância. Orlando Gomes³¹⁷ e José Abreu Filho³¹⁸ a consideraram um requisito útil para negar tutela jurídica a negócios ilícitos ou sem significação.

Darcy Bessone,³¹⁹ Francisco Amaral,³²⁰ Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior³²¹ também consideraram a relevância da causa, mesmo sem estar positivada no Direito brasileiro. Por seu turno, consideraram dispensável a noção de causa do contrato em nosso Código Civil Washington de Barros Monteiro,³²² Silvio Rodrigues,³²³ Sílvio de Salvo Venosa³²⁴ e outros.

A causa do contrato foi pouco versada e ficou relativamente acomodada na doutrina nacional até o advento do Código Civil de 2002, que reacendeu o interesse em torno do tema

³¹⁷ “Com esta e outras funções, a *causa* é um requisito útil, particularmente como meio de se recusar proteção jurídica a negócios sem significação, ou ilícitos. Se não se leva em consideração o propósito negocial definido no ordenamento jurídico – a *causa final* dos negócios jurídicos –, o exercício da *autonomia privada* não pode, como deve, ser fiscalizado e limitado” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 373).

³¹⁸ “A causa do negócio se traduz, portanto, na relevância que se empresta à vontade privada, capacitada à realização de um interesse que mereça a tutela do direito” (ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 141).

³¹⁹ “Em suma: no concernente à *causa do contrato*, o julgador não pode penetrar os motivos (também *causais*) ligados à *utilidade individual, subjetiva* ou *intrínseca* do ato, matéria confiada apenas à discricção do contratante, mas pode verificar se a *finalidade* em vista se conforma com a *utilidade social*, que lhe é extrínseca, ou, precisando mais, com a *ordem pública* e os *bons costumes*” (BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 105).

³²⁰ “A causa final aparece, assim, como razão determinante do ato jurídico. O comprador quer adquirir determinado objeto, o vendedor visa receber o preço, o doador pretende fazer uma liberalidade etc., todos atuam em função de determinadas razões que, sob certas circunstâncias, são importantes para o direito. O ato jurídico não é um fim em si mesmo; ele se realiza tendo em vista determinado fim, que é a sua causa” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 440).

³²¹ “A causa do contrato projeta o negócio jurídico bilateral de suas entranhas para sua realidade eficaz (...), deve ser buscada na função econômica que os contratos visam preencher [configurando, assim, aspecto subjetivo da causa], bem como a partir da função que o negócio entabulado possa exercer para se prestar à satisfação dos sujeitos quanto àquilo que buscam [caracterizando, d’outro lado, o aspecto objetivo da causa]” (NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. I, t. II, p. 177).

³²² “O Código não se referiu à *causa*, isto é, ao fim visado pelo agente. Mas, como esclarece Capitant, causa é parte integrante do ato de vontade, confunde-se com o próprio escopo do ato. Assim, quando se diz que a causa ilícita vicia o ato jurídico, é porque o próprio objeto dele é ilícito” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I, p. 211).

³²³ “Nos países causalistas, o negócio não tem eficácia em virtude da ilicitude da causa. (...) Entre nós, é requisito de validade do negócio jurídico a liceidade do objeto; e a orientação da doutrina e da jurisprudência é igualmente no sentido de não dar validade aos atos cujo objeto contrasta com a lei, com a moral ou com os bons costumes” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. I, p. 174).

³²⁴ “Nosso Código Civil, pretendendo afastar-se de tema tormentoso, não considerou a causa como elemento de validade do negócio jurídico, entendendo que o *objeto* substituiu perfeitamente a noção. Embora semanticamente não haja aproximação, juridicamente os conceitos de *causa* e *objeto* muito se aproximam. (...) Nosso Código, no art. 82, empregou o termo *objeto* no mais amplo sentido, abrangendo a noção de *causa*” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2001. v. I, p. 338).

com as redações atribuídas aos artigos 421³²⁵ e 2.035, parágrafo único,³²⁶ que consagraram a função social como elemento de todo e qualquer contrato.

Isso não significa, entretanto, que a causa do contrato tenha se incorporado ao nosso direito positivo, não obstante parte da doutrina a identifique com a função social do contrato.³²⁷ Mas, se não foi positivada, qual o fundamento desse interesse que se afirma ter sido despertado em torno da causa do contrato com o advento do Código Civil de 2002? Qual é a sua natureza? Há identidade com o objeto do contrato, com o tipo contratual ou com a função social do contrato?

3.1 Natureza da causa do contrato

Em razão da vagueza e da elasticidade de seu conceito, na Itália a causa é amoldada pela jurisprudência a uma pluralidade de casos concretos, razão pela qual Rita Rolli³²⁸ propõe sua compreensão como verdadeira cláusula geral.

Guilherme Fontes Bechara³²⁹ chega à mesma conclusão da autora italiana ao afirmar ser “interessante e salutar” a abordagem da causa como cláusula geral; e complementa que “tratar a causa como cláusula geral, torna-a efetivo mecanismo de limitação e controle da autonomia privada por meio do controle dos interesses regulados no contrato”.

Para Giovanni Ettore Nanni,³³⁰ “mesmo que não esteja legislada no Código Civil brasileiro, é plausível o emprego da noção de cláusula geral à causa, pois, *mutatis mutandis*,

³²⁵ Artigo 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

³²⁶ Artigo 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função da propriedade e dos contratos.

³²⁷ “Já a terceira utilidade do termo causa, agora enfim como elemento de restrição da autonomia dos privados, como a função propriamente social do negócio, esta tende a se consolidar com a mais apurada interpretação de alguns dispositivos do Código Civil de 2002, em particular, a melhor compreensão do teor do art. 421” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 315).

³²⁸ “Così, se la prospettiva della causa come clausola generale da un lato la disancora da un problema definitorio, che vada oltre la sua comprensione come funzione ed elemento oggettivo del contratto, dall’altro ne corrobora il legame con l’ordinamento giuridico, dal quale mutuare i valori che essa può apprestarsi a tutelare, senza che ciò debba essere visto come un’inclinazione all’ideologia, posto che saranno le norme dell’ordinamento giuridico, concretamente ed oggettivamente poste, a guidare il giudice e l’interprete nell’attribuire di volta in volta contenuto applicativo alla causa e a legittimare l’interesse concreto perseguito dalle parti” (ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: Cedam, 2008. p. 254).

³²⁹ BECHARA, Guilherme Fontes. *A causa dos contratos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 97-98.

³³⁰ NANNI, Giovanni Ettore. Contratos coligados. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 248.

legislar por cláusulas gerais quer dizer deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato”.

Entende-se por cláusula geral “uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”.³³¹ Trata-se de técnica legislativa que consiste na elaboração de uma disposição normativa que emprega em seu enunciado uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, caracterizando-se pela ampla extensão de seu campo semântico ou valorativo, capaz de conferir ao julgador a possibilidade de complementar ou desenvolver as normas jurídicas aplicáveis aos casos concretos.³³² São, portanto, “normas jurídicas, originadas de um processo legislativo constitucionalmente previsto, que as posiciona na categoria formal de *leis*”.³³³

Assim, na condição de “técnica legislativa que consente a concretização e especificação das múltiplas possibilidades de atuação”, a cláusula geral deve ser lida na lógica proposta, “com base na qual foram inseridas nas leis e no Código”.³³⁴

Sem entrar no mérito do posicionamento de Rita Rolli quanto à compreensão da causa como cláusula geral na Itália,³³⁵ entendemos que entre o ordenamento jurídico italiano e o

³³¹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 11. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014. p. 229.

³³² “Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 27); “Mediante o sintagma <cláusula geral>, costuma-se designar tanto determinada *técnica legislativa* (em sim mesma não homogênea) quanto certas *normas jurídicas*. A expressão também pode indicar determinada *espécie prescritiva* caracterizada por uma estrutura peculiar, dita <incompleta>” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 134).

³³³ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 22.

³³⁴ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 238-239.

³³⁵ Não é o caso de aprofundar a discussão, mas, somente para que a observação não fique sem contexto, entendemos que não é porque o conceito de causa do contrato é demasiadamente complexo – tanto o é que neste estudo partiu-se de suas primeiras concepções para evoluir a uma noção compreendida e em certa medida aceita no direito atual – que a causa deva ser considerada uma cláusula geral. E, mesmo nessa linha de compreensão, em primeira análise a causa do contrato na Itália estaria menos próxima da cláusula geral que de um conceito (ou termo) jurídico indeterminado, compreendido este como o conceito “cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 11. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014. p. 208). A distinção entre ambos se dá, resumidamente, pelo fato de na cláusula geral a operação intelectual do intérprete ser mais complexa, pois exige que o julgador concorra ativamente para a formulação da norma: “De fato, as cláusulas gerais constituem *estruturas normativas parcialmente em branco*, as quais são completadas por meio da referência às regras extrajurídicas, ou a regras dispostas em outros <loci> do sistema jurídico. A sua concretização exige, conseqüentemente, que o julgador seja *reenviado* a modelos de comportamento e a pautas de valoração que não estão *descritos* na própria cláusula geral (embora por ela sejam indicados), cabendo-lhe, para tanto, quando atribuir uma competência jurídica à cláusula geral, formar normas de decisão vinculadas à concretização do valor, diretiva ou do padrão social prescritivamente reconhecido como arquétipo exemplar de conduta”. Já os conceitos (ou termos) indeterminados sempre integram o “fato” em exame para a aplicação do direito, razão pela qual o intérprete se restringe a analisar a coincidência ou não coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo. Trata-se de caso de mera *subsunção*, em que não se permite ao juiz “criar a norma”, mas tão somente interpretá-la: “A efetiva distinção não está, portanto, na linguagem, *mas na*

ordenamento jurídico pátrio existe uma diferença abissal, que precede e dispensa maior discussão a esse respeito. Tal diferença consiste no fato de a causa não ter sido positivada por aqui, mas estar expressamente prevista nos artigos 1.325 e 1.343 a 1.354 do Código Civil italiano.

Com todo o respeito aos entendimentos em contrário, pensamos que não há como considerar a causa do contrato cláusula geral em nosso sistema, uma vez que não há previsão legal que expressamente a contemple e permita ao aplicador do direito, à vista dos casos concretos, criar a norma jurídica aplicável.

Como bem observou Giovanni Ettore Nanni, estender a “noção” de cláusula geral à causa pode até ser “plausível”, em razão da vagueza do conceito e da multiplicidade de casos em que a causa pode servir de fundamento, mas trata-se de equiparação para fins didáticos, pois a cláusula geral deve necessariamente constar no ordenamento jurídico para ser utilizada pelo intérprete.

Lino de Moraes Leme³³⁶ vai além, ao compreender a causa como uma daquelas verdades jurídicas universais, “um daqueles princípios immanentes do direito, que não precisam estar escriptos nas leis, para que sejam reconhecidos”. Também para Paulo Barbosa de Campos Filho,³³⁷ “trata-se, em suma, de princípio que em Direito se impõe, venha ou não expresso como norma jurídica, tal como se dá com a vírgula, acaso omitida pelo escritor: onde quer que o sentido reclame pausa, ali o sinal está presente, embora no texto não figure”.

Como reconhece Judith Martins-Costa,³³⁸ “a noção de <princípio jurídico> é polissêmica e polêmica”. Não se pretende aqui exaurir a matéria, tamanha a sua complexidade, mas, para fins de buscar a natureza da causa do contrato, uma breve menção à noção de princípios se faz necessária.

estrutura normativa. Os chamados conceitos indeterminados podem estar presentes em estruturas normativas complexas, em que há hipótese legal (ainda que formulada de modo semanticamente vago) e consequência predeterminada. Diferentemente, nas cláusulas gerais em sentido próprio, a *estrutura deverá ser completada pelo intérprete*, pela adição da consequência devida” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 158-159). Assim, a previsão da causa como requisito do contrato no artigo 1.325 do Código Civil italiano não confere ao julgador o poder de criar norma complementar para a solução do caso concreto, mas tão somente o dever de avaliar se no caso concreto a causa está presente ou não, para chegar à conclusão acerca da validade do contrato. Pietro Perlingieri segue caminho semelhante e, ao exemplificar à exaustão as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados presentes no Código Civil italiano, não menciona a causa do contrato como hipótese de nenhuma das duas definições (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 8. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017. p. 19-20).

³³⁶ LEME, Lino de Moraes. *Do erro de direito em matéria civil*. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunaes, 1936. p. 117.

³³⁷ CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. p. 143-144.

³³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 162.

Para Humberto Ávila,³³⁹ “princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. Robert Alexy os define como “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”;³⁴⁰ nessa condição, “exigem que algo seja realizado na maior medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas”.³⁴¹

Judith Martins-Costa³⁴² faz uma distinção entre princípios expressos e princípios implícitos, definindo os primeiros como “aqueles explicitamente baseados em uma determinada disposição legislativa que lhes confere base textual direta”, enquanto os implícitos seriam “aqueles que, embora não correlacionados a uma determinada disposição legislativa, são, à vista da racionalidade do sistema, da natureza de certa instituição, ou do conjunto normativo aplicável a certo campo, elaborados, construídos, <recolhidos> ou formulados pelo intérprete como verdadeiras normas, isto é, incidindo e vinculando condutas. Assim, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa e mesmo o princípio da boa-fé objetiva, durante a vigência do código de 1916, quando não estavam expressos em disposição legislativa”.³⁴³

Note-se que considerar a vedação ao enriquecimento sem causa um princípio³⁴⁴ não é o mesmo que considerar a causa do contrato um princípio, mesmo porque, como já referido, a

³³⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 102.

³⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 90.

³⁴¹ ALEXY, Robert. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (org.). *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 4.

³⁴² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 170, nota 159.

³⁴³ Além dos princípios da vedação ao enriquecimento sem causa e da boa-fé objetiva, que eram considerados *implícitos*, mas com a vigência do Código Civil de 2002 se tornaram *expressos*, são também princípios expressos, dentre outros, o princípio da igualdade (Constituição Federal, artigo 5º, *caput*), o princípio da separação e harmonia entre os poderes do Estado (Constituição Federal, artigo 1º) e o princípio da vulnerabilidade do consumidor (Lei n. 8.078/90, artigo 4º, I); por seu turno, são exemplos de princípios implícitos o princípio da autonomia da vontade nos contratos privados, o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular, entre outros.

³⁴⁴ Adriano Ferriani, no mesmo sentido, também considera que o instituto do enriquecimento sem causa tem “natureza de verdadeiro princípio, a contribuir como instrumento útil na disputa entre valores” (FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade patrimonial e mínimo existencial: elementos de ponderação*. São Paulo: IASP, 2017. p. 293). Giovanni Ettore Nanni observa que o enriquecimento sem causa está tipificado como uma cláusula geral, mas tem caráter dúplice, na medida em que atua tanto como fonte obrigacional quanto como um “princípio norteador de qualquer relação jurídica” (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 335-338).

causa nessa hipótese tem inclusive outra acepção jurídica, qual seja, a de causa de atribuição ou de deslocamento patrimonial.

Com base nesses conceitos é possível concluir que a causa do contrato, respeitadas as posições em contrário, não ostenta a natureza de um princípio do direito, na medida em que não se trata de instrumento analítico abstrato, que tem por função orientar e amarrar a ordem jurídica, de modo a torná-la íntegra.

Se a causa do contrato não é cláusula geral nem princípio do direito, nem está positivada em nosso ordenamento jurídico, como situá-la em nosso sistema para justificar sua relevância?

Anderson Schreiber³⁴⁵ revela que a análise rigorosa de alguns princípios contratuais poderia conduzir a resultados surpreendentes. Nessa perspectiva, o princípio da *relatividade dos contratos*, por exemplo, não ostentaria verdadeira característica de princípio, na medida em que não impõe a máxima realização de um valor, mas reflete uma *característica estrutural do instituto do contrato*, que vem sendo inclusive mitigada ou afastada em inúmeros casos concretos, quando cede espaço à eficácia *erga omnes* em diversas situações.

Ainda sob essa perspectiva, o autor faz referência também ao denominado princípio do *pacta sunt servanda*, que igualmente poderia ser considerado “mera característica estrutural dos contratos, traduzida na *regra* de que o contrato obriga”, uma vez que “outros tantos institutos jurídicos também ostentam caráter obrigatório”, a exemplo dos negócios jurídicos unilaterais em geral ou, em particular, do testamento.³⁴⁶ Guardemos essas observações.

Antônio Junqueira de Azevedo,³⁴⁷ antes de enfrentar a questão do papel da causa em nosso direito, estabelece uma divisão entre negócios jurídicos causais e abstratos (não causais), e em seguida faz interessante distinção entre a causa e o que denomina *elemento categorial inderrogável*.³⁴⁸

³⁴⁵ “O princípio da relatividade dos contratos, por exemplo, ao exprimir uma eficácia relativa dos ajustes contratuais, em contraposição à eficácia absoluta usualmente reservada aos direitos reais, não parece ostentar verdadeira qualidade de princípio, uma vez que não impõe a máxima realização de um valor, mas reflete, simplesmente, uma característica estrutural do instituto do contrato – característica que de resto, vem sendo mitigada ou afastada em um número cada vez mais amplo de hipóteses na ordem jurídica brasileira” (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 43). Dentre alguns exemplos, o autor menciona o contrato de locação celebrado com cláusula de vigência e registrado no cartório de registro de imóveis (artigo 8º da Lei n. 8.245/91) e o contrato de arrendamento rural (artigo 92, § 5º, da Lei n. 4.504/64).

³⁴⁶ “Nem por isso a doutrina alude a um princípio da obrigatoriedade dos negócios jurídicos unilaterais ou a um princípio da obrigatoriedade do testamento” (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 45).

³⁴⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 158-182.

³⁴⁸ “Cada negócio tem seus elementos categoriais peculiares. O *elemento categorial inderrogável*, nos negócios jurídicos, é um dos componentes do suporte fático sem o qual o negócio não existe como aquele tipo de negócio. Há negócios que têm por elemento categorial inderrogável a *forma* e negócios que têm por elemento categorial inderrogável o *objeto*, bem como negócios que apresentam elementos categoriais inderrogáveis

Negócio abstrato é “aquele cujos efeitos jurídicos se produzem independentemente de causa”. Tais negócios têm causa, mas esta é juridicamente irrelevante para sua validade e eficácia. Os negócios abstratos se caracterizam pela forma típica que necessariamente devem observar, e não pelo conteúdo.³⁴⁹ Esses negócios podem ter abstração absoluta, quando a ausência de causa é absolutamente irrelevante para a validade; ou abstração relativa, quando a ausência de causa tem relevância na validade do negócio entre as partes, pois, não obstante o negócio possa ser considerado válido por abstração da causa, na hipótese de injustiça a parte prejudicada pode se valer da ação de enriquecimento sem causa.³⁵⁰

No Direito brasileiro não existem negócios com abstração absoluta³⁵¹ – a exemplo do que se encontra no Direito alemão³⁵² –, mas tão somente negócios relativamente abstratos, ou seja, negócios cuja causa tem relevância entre as partes, mas é abstraída relativamente a terceiros que não participaram do negócio.³⁵³

formais e objetivos” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 12. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. nota 46 ao artigo 104. p. 533-534).

³⁴⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 161. Tais negócios, no direito atual, podem em certo sentido ser equiparados aos principais negócios formais encontrados no Direito Romano arcaico, quais sejam, a *mancipatio*, a *in iure cessio* e a *stipulatio*. Esses negócios eram considerados abstratos porque seus efeitos jurídicos se produziam pela mera observância das fórmulas (forma), independentemente da causa. Confira-se *1.1.2.1 Período arcaico*, retro.

³⁵⁰ CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Reimpresión. Madrid: Civitas, 2016. p. 290.

³⁵¹ “Aliás, ainda mesmo nos negócios formais, ou abstratos, tem que existir a causa, tomada nesta acepção. Apenas ela permanece oculta. Todavia, a defesa, fundada na sua falta, é inadmissível, nos negócios formais, como a letra de câmbio, pois o contrário lhe emperraria a circulação. Daí não ser alegável, no âmbito da ação cambial. Mas, ainda aqui, entende-se assim da defesa contra terceiros” (ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. Do enriquecimento sem causa. *RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 259, maio 1957. p. 24). Também nesse sentido Vicente Ráo, que, mesmo considerando a causa elemento de positivação desnecessária – tal como se dá no ordenamento jurídico pátrio –, afirma que, “típicos ou atípicos, os atos jurídicos, inclusive, pois, os contratos, desde que realizem seus requisitos (pressupostos e elementos constitutivos), criando um vínculo sancionado e protegido pelo ordenamento, sempre equivalem, por sua estrutura e sua essência, à sua chamada causa”. RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 98.

³⁵² Na Alemanha os negócios abstratos são herança das *conditio*s do Direito Romano, e se referem a negócios de atribuição patrimonial para cuja validade a causa é irrelevante (cf. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Tradução de Blas Perez Gonzales e Jose Alger. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1966. t. II, parte II, p. 868; VON TUHR, Andreas. *Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán*. Tradução de Tito Rivà. Buenos Aires: Depalma, 1948. v. III.1, p. 118-128; OERTMANN, Paul. *Introducción al derecho civil*. Tradução de Luis Sancho Seral. Barcelona-Buenos Aires: Labor, 1933. p. 228-213). Tais negócios se sustentam nos denominados *princípios da separação e da abstração*. O princípio da separação exige para o negócio dois acordos distintos (obrigacional e real), embora na maior parte das vezes o negócio real seja realizado tacitamente, dificultando o reconhecimento claro dessa divisão. Com essa distinção entre negócio obrigacional e real, segundo o *princípio da abstração (abstraktionsprinzip)* o negócio obrigacional pode ser totalmente independente, nos requisitos de sua existência, do negócio real; diferente do que ocorre nos sistemas em que vigora o *princípio causal*, segundo o qual o negócio obrigacional depende diretamente do negócio real para sua eficácia. Portanto, nos negócios abstratos “um direito é alienado, terminado, modificado ou condicionado independentemente do negócio obrigacional. Ambos os negócios são independentes juridicamente, e são analisados e executados separadamente tanto no que diz respeito aos seus requisitos para o alcance do tipo legal perfeito, como também em relação às consequências jurídicas” (RAMOS, Erasmo Marcos. A influência do *Bürgerliches Gesetzbuch* alemão na Parte Geral do novo Código Civil português. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, p. 75-98, 1998).

³⁵³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 162.

Servem de exemplo os títulos de crédito, cuja cobrança pode ser obstada pelo devedor quando lhes falte causa, contanto que o título já não tenha circulado.³⁵⁴ Na hipótese de o título estar com terceiros, o devedor não pode se insurgir em razão da ausência de causa do título, salvo se comprovar que o terceiro não age de boa-fé. No caso de o devedor ser compelido a pagar para terceiro de boa-fé o valor espelhado em título de crédito sem causa, terá em face daquele que enriqueceu sem causa a *actio in rem verso*.³⁵⁵ Para tais negócios o *elemento categorial inderrogável* é a forma, e todos eles são típicos, isto é, não existem negócios abstratos inominados.³⁵⁶

Além dos negócios abstratos, existem os negócios causais, cujos *elementos categoriais inderrogáveis* são objetivos, pois consistem em um objeto típico: “há caracteres, que, por se repetirem em diversos negócios concretos, levam o ordenamento jurídico a lhes dar um regime jurídico próprio, formando um *tipo* de negócio (...)”. Tal tipicidade, entretanto, não se relaciona àquela tipicidade romana – no sentido de ser *especificamente denominada* e *taxativamente disciplinada* –, mas sim ao fato de ser admitida como um interesse socialmente legítimo e digno de tutela jurídica, mesmo que não esteja especificamente disciplinada pela lei.³⁵⁷

Relativamente a tais negócios causais – que têm *elemento categorial inderrogável* objetivo –, Antônio Junqueira de Azevedo estabelece uma distinção entre aqueles cujo *elemento categorial inderrogável* consiste em uma referência a fatos anteriores, que justificam o negócio (ao que denomina *causa pressuposta*), e outros cujo *elemento categorial inderrogável* faça referência a fatos futuros, que correspondem aos fins a serem atingidos com o negócio (ao que denomina *causa final*).³⁵⁸

³⁵⁴ “Uma cousa, porém, é dizer que todo o acto juridico deve ter uma causa, e outra o se impôr, ao credor, a obrigação de provar a causa da obrigação, ou do negocio juridico. É sob este aspecto que tem interesse a distincção entre obrigações que têm e as que não têm causa. Figuremos o caso commum de uma letra de cambio. É uma obrigação sem causa. Não, porém, porque não deva ter uma causa, sim porque o credor é dispensado de provar a causa da obrigação” (LEME, Lino de Moraes. *Do erro de direito em matéria civil*. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunaes, 1936. p. 116-117).

³⁵⁵ De forma mais técnica denominada em nosso Direito *ação de enriquecimento*, cujo fundamento encontra-se no artigo 884 do Código Civil. Trata-se de ação pessoal, por meio da qual deve ser formulada a pretensão de restituição do indevidamente auferido, a ser promovida dentro do prazo decadencial de 3 anos (artigo 206, § 3º, IV, do Código Civil) em face daquele que enriqueceu sem causa. Confira-se, sobre a ação de enriquecimento, dentre outros, NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 224-232; PAES, Pedro. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977. p. 235-247; AMERICANO, Jorge. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1933. p. 75-87.

³⁵⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 161-164.

³⁵⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 165.

³⁵⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 167.

Na sequência, o autor exemplifica como negócios com *causa pressuposta* os contratos reais, como o mútuo, o depósito e o comodato, que pressupõem a entrega da coisa; bem como a confissão de dívida, a novação e a dação em pagamento, que supõem a existência de dívidas anteriores; a fiança, que supõe a existência do débito afiançado, e outros. Em tais negócios, “o *porquê* encontra sua resposta em fato logicamente anterior ao negócio; este fato é, pois, a sua causa”. Quanto aos negócios com *causa final*, os exemplos são a troca (que se destina a dar fundamento para que duas coisas troquem de mãos), o mandato (que se destina a dar poderes de representação de uma pessoa a outra), a compra e venda (que se destina a dar fundamento para a troca de uma coisa por certo preço) e boa parte dos contratos em geral.³⁵⁹

Estabelecidos tais conceitos e ilustrados com os exemplos acima reproduzidos, Antônio Junqueira de Azevedo³⁶⁰ distingue a causa do elemento categorial inderrogável. Quanto aos negócios abstratos, afirma não haver dificuldades em distinguir o elemento categorial inderrogável (a forma) da causa.³⁶¹ O mesmo não se poderia afirmar em relação aos negócios causais, que têm elemento categorial inderrogável objetivo. Nesses negócios a causa seria um fato externo ao negócio, enquanto o elemento categorial seria “justamente a *referência*, que se faz a esse fato, no próprio conteúdo do negócio. (...) o elemento inderrogável objetivo *faz parte*, isto é, é integrante da estrutura do negócio, e a causa, não”.

Algumas observações são importantes antes da conclusão a que se pretende chegar. Primeiro, nosso ordenamento jurídico não contempla contratos abstratos, mas tão somente alguns negócios jurídicos com abstração relativa; não obstante tenham uma causa, é possível abstraí-la, desvinculá-la do negócio, sem comprometimento de sua validade e eficácia. Em tais negócios, entretanto, a causa não tem nenhuma relação com a causa do contrato – mesmo porque não se trata de contratos.

Assim, quando Antônio Junqueira de Azevedo se refere à causa dos negócios abstratos, na realidade emprega o vocábulo no sentido de *causa eficiente*, ou seja, de *causa geradora*, que dá origem ao negócio jurídico. Sentido semelhante ao que Pothier atribuiu à causa como fonte das obrigações.³⁶² Nessas hipóteses, portanto, não se trata da causa do contrato.

³⁵⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 167-168.

³⁶⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 169-170.

³⁶¹ Não obstante o autor afirme não haver dificuldades para tal distinção na atualidade, é bom lembrar que a escolástica se referia à *causa formal* para fazer alusão à essência que dava justificação ou fundamento à situação jurídica, ou seja, a causa era a própria forma, que “emprestaria juridicidade àquela situação” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. v. III, p. 156).

³⁶² Confira-se *1.1.4 A causa na doutrina francesa de Domat e Pothier*, retro.

Também não tem relação com a causa do contrato a concepção que o referido autor destina à causa pressuposta. Nos contratos reais, por exemplo, a causa pressuposta corresponde àquela mesma noção de causa da obrigação sistematizada por Domat – aliás, para definir a causa nos contratos reais, Domat havia utilizado também como exemplo o contrato de mútuo.³⁶³

Já na confissão de dívida, na novação ou na fiança, tais negócios jurídicos supõem a existência de um fato anterior – ou de uma causa pressuposta, como afirma Antônio Junqueira de Azevedo. Nessas hipóteses, entretanto, o autor também se aproxima da noção de causa motora ou eficiente, que segundo Aristóteles é aquela dá origem ou justifica a existência de outro ser – nos exemplos mencionados, a confissão de dívida e a novação supõem a existência de uma obrigação anterior para ser confessada ou novada, e a fiança supõe a existência de dívida anterior a ser afiançada. Portanto, nessas hipóteses o conceito de causa também não tem relação com a noção de causa do contrato.

Note-se que a causa pressuposta ora se identifica com a causa da obrigação sistematizada por Domat (prestação e contraprestação das partes), ora se identifica com a causa eficiente aristotélica (que dá origem ou justifica a existência de outro ser). Para o mesmo conceito de causa pressuposta, Antônio Junqueira de Azevedo faz alusão a duas noções semelhantes de causa, mas que não se confundem. Na ordem de raciocínio do autor, somente a causa final é que se identificaria com a causa do contrato, e que, portanto, interessa à presente análise.

Relativamente à causa final, Antônio Junqueira de Azevedo afirma tratar-se de um elemento exterior ao contrato, ao qual o elemento categorial objetivo faz referência. Segundo o autor, “é o elemento categorial, e não a causa, que fixa o regime jurídico a que o negócio obedece”.³⁶⁴

Para ilustrar sua teoria, o autor toma como exemplo o contrato de compra e venda, que se caracteriza pelo consenso em trocar uma coisa por certo preço. Afirma que, se houver identificação entre o elemento categorial (que integra o contrato) e a causa, não tem relevância a distinção feita entre ambos. No entanto, se a compra e venda não é firmada com a finalidade de circulação de bens, mas com o escopo de prestar garantia – como ocorre na compra e venda com pacto de retrovenda –, há mudança da *função*. Se fosse a causa que determinasse

³⁶³ “Aun en aquellas en que uno solo parece obligado, como en el mutuo, la obligación del que recibe prestado ha sido precedida de la del otro, que debía dar a fin de formarla. Así, la que resulta en esta clase de convenciones en favor de uno de los contratantes tiene siempre su causa en la del otro” (DOMAT, Jean. *Las leyes civiles en su orden natural*. Tradução de Felio Vilarrubias y José Sardá. 1. ed. colombiana tirada da 2. ed. de 1844. Bogotá: ABC/Arkhé, 2015. t. I, p. 140)

³⁶⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 170.

diretamente o tipo do negócio e seu respectivo regime jurídico, nesse exemplo estes também deveriam se modificar. No entanto, como o negócio continua tipificado como compra e venda, conclui Antônio Junqueira de Azevedo que é o elemento categorial inderrogável que define e fixa o regime jurídico de cada negócio, e não a causa.

Retomando as observações de Anderson Schreiber, que chamou de *características estruturais dos contratos* os elementos que extraiu do princípio da relatividade dos contratos e do princípio do *pacta sunt servanda*, e alinhando essa noção de *característica estrutural* com o que se pode depurar da doutrina de Antônio Junqueira de Azevedo, que estabeleceu distinção entre elementos estruturais internos do contrato (ao que denominou elementos categoriais inderrogáveis) e elementos externos do contrato (dentro dos quais situou a causa deste), reporta-se, para concluir, à noção de que existem ao menos duas formas essenciais de analisar determinado conceito ou instituto jurídico: *i)* analisa-se por seu aspecto *estrutural*, ou seja, por meio dos elementos estáticos componentes daquele instituto que se busca definir, ou *ii)* analisa-se por seu perfil *funcional*, isto é, pelos elementos dinâmicos por meio dos quais se busca a finalidade daquele instituto.³⁶⁵

A *análise estrutural* conduz aos elementos que compõem o instituto e se interessa em identificar, sob o aspecto morfológico, o que essencialmente o integra. Já a *análise funcional* é que revela o caráter fisiológico do instituto e se dedica a investigar quais os seus efeitos e finalidade.³⁶⁶

Feita tal distinção, afirma-se que a causa do contrato não compõe seus elementos estruturais, mas constitui um elemento funcional do contrato, ou melhor, elemento que se extrai de sua análise funcional – portanto extrínseco ao contrato³⁶⁷ –, *que justifica e regula a autonomia privada*.³⁶⁸

Como observa Rosa Maria de Andrade Nery,³⁶⁹ “causa é um elemento do negócio jurídico que não aparece tão claramente na sua estrutura tradicional, como a vemos concebida

³⁶⁵ SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54. p. 65-98. abr.-jun. 2013.

³⁶⁶ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 26-27.

³⁶⁷ Os elementos funcionais de um instituto jurídico – e a causa, como elemento funcional do contrato – necessariamente serão extrínsecos a ele, pois jamais se poderia conceber que, enquanto *função*, tal elemento pudesse ser, ao mesmo tempo, *constitutivo* do instituto (cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 174).

³⁶⁸ “La causa è la funzione economico-sociale dell’atto di volontà; è, como la definisce la Relazione che accompagna il código civile, la <giustificazione dell’autonomia privata>” (GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. 17. ed. Milano: Cedam, 2018. p. 253).

³⁶⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade. É possível a convivência do princípio da autonomia privada com o da lealdade, dito da boa-fé objetiva? *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, v. 73, p. 17-29, jan. 2017. p. 19.

no CC 104 e artigos seguintes, mas que está absolutamente imbricada com a funcionalidade do contrato e com a justificabilidade das atribuições patrimoniais devidas aos celebrantes, por decorrência do negócio jurídico de que participaram”.

Esse elemento que se extrai da análise funcional é inerente a todo e qualquer contrato³⁷⁰, independentemente de estar positivado ou não,³⁷¹ pois nasce com o encontro de vontades como justificação da autonomia contratual (o para que contratar) e se funcionaliza na fase eficaz do contrato. Também para Francisco Amaral,³⁷² “a causa não é propriamente um elemento do negócio jurídico como a doutrina costuma apresentá-la. Ela não atua no plano de existência do negócio, como a vontade, o objeto, a forma, mas como requisito de validade ou de eficácia, com uma função de proteção à parte que acreditou na sua existência”.

Em outras palavras, a causa do contrato não atua de forma independente no plano da existência, justamente porque nasce com a vontade manifestada no âmbito da autonomia privada, mais precisamente no âmbito da autonomia contratual;³⁷³ mas não se há de cogitar de contrato sem causa, como já se afirmou, pela mesma razão de que não existe contrato sem consentimento.³⁷⁴

³⁷⁰ “Todo instituto jurídico possui uma estrutura e uma função” (KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 26).

³⁷¹ “Aliás, pouco importa que o CC não mencione especificamente a causa como elemento do negócio jurídico, eis que ela está lá: ou estampada por meio da vontade das partes; ou pulsante na forma como a vontade delas se expressa nos atos e nas atividades realizadas durante a execução do contrato. Por isso não estanca o debate a eventual ausência específica de tal referência no texto normativo, ou nas cláusulas do instrumento do contrato” (NERY, Rosa Maria de Andrade. É possível a convivência do princípio da autonomia privada com o da lealdade, dito da boa-fé objetiva? *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, v. 73, p. 17-29, jan. 2017. p. 20).

³⁷² AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 441.

³⁷³ Autonomia privada é comumente definida como o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento jurídico para os particulares regularem seus próprios interesses. Tais interesses, entretanto, podem situar-se no âmbito de situações patrimoniais (dentre as quais se fala em autonomia contratual) ou situações existenciais (MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 110 e s.). Confira-se, adiante, 3.1.3 *Causa do contrato e autonomia privada*.

³⁷⁴ Compreenda-se por *contrato*, nesse contexto, o negócio jurídico bilateral. Não se desprezam as teorias que admitem as denominadas *situações contratuais de fato*, originadas não a partir de relações contratuais, mas sim decorrentes de “comportamentos sociais que, embora não reflitam vontade espontânea de celebração de um negócio jurídico – e nem mesmo possam ser presumidos como declaração de vontade em todos os casos – traduzem atividades ou operações econômicas merecedoras de tutela jurídica” (SILVA, Juliana Pedreira da. *Contratos sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 4). Inicialmente apontadas por Haupt, essas *relações contratuais de fato* (*faktische Vertragsverhältnisse*), ou como preferem alguns autores, esses *comportamentos sociais típicos* (*sozialtypische Verhalten*), tiveram origem a partir da observação da doutrina e jurisprudência alemãs. Sobre o tema, confira-se WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2015. p. 607; COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2018. p. 222-227; GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 86.

O consentimento e a capacidade podem até desaparecer depois da formação do contrato sem que exerçam interferência na sua fase eficaz;³⁷⁵ mas a causa, não obstante decorra do encontro de consentimentos declarados, não pode faltar, tampouco se modificar na fase de cumprimento do contrato, sem que haja nova declaração do encontro de vontades.³⁷⁶

Nos contratos típicos, a causa em geral guarda correlação com o que o tipo contratual legalmente prevê; no caso de contratos atípicos, deve ser tutelável pelo ordenamento jurídico.³⁷⁷ No exemplo do contrato de compra e venda utilizado por Antônio Junqueira de Azevedo, quando a causa é a circulação de bens há perfeita identidade entre a causa e o tipo contratual tutelado pelo ordenamento jurídico; já quando a causa do contrato é a constituição de uma garantia (no caso de compra e venda com pacto de retrovenda), não se identifica com a tipificação legal do contrato, e a análise dos efeitos e a interpretação deste não podem prescindir da sua causa, que, como elemento funcional, individualiza-no e o diferencia de outro contrato de compra e venda, que tenha como causa a troca de um bem por determinado preço, com o escopo de circulação de riquezas.

Em parecer que teve por objeto analisar, dentre outras questões, a ruptura abrupta e unilateral de um contrato de longo prazo – contrato de distribuição –, Antônio Junqueira de Azevedo³⁷⁸ considerou o tempo de duração da avença – estabelecido de comum acordo entre as partes – um *essentiale negotii*, necessário no caso concreto para que “o contrato satisfaça os interesses que levaram as partes a contratar”. Na mesma passagem, afirmou que em contratos dessa natureza o tempo faz parte de sua causa. O tempo de duração de um contrato é, portanto,

³⁷⁵ “La idea de causa no interviene solamente en el momento de concertarse las voluntades. Su influencia se deja sentir hasta quando el contrato ha sido puesto en completa ejecución” (CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 28)

³⁷⁶ “Basta, en efecto, que el consentimiento y la capacidad existan al tiempo de la perfección del contrato. Poco importa que desaparezcan los dos fines. (...) Hay algo más en la causa. Para que cierta relación obligatoria, una vez nacida, siga obligando al deudor, es necesario que se realice el resultado querido por él. De otra suerte, el lazo obligatorio no puede subsistir; debe ser roto” (CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.]. p. 29) Em termos semelhantes: “A causa seria, assim, aquela *intenção* ‘que tem um valor orgânico e faz *corpo com o ato jurídico*’, e que ‘não poderia mudar, sem que a *essência e o nome do ato* fossem, em si mesmos, modificados” (CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966. p. 17).

³⁷⁷ DELFINI, Francesco. *Autonomia privata e contratto: tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2019. p. 68.

³⁷⁸ “Nos contratos de duração em sentido restrito, ou seja, nos de trato sucessivo, como no caso de distribuição, o alongar-se o adimplemento por uma certa duração é exigência para que o contrato satisfaça os interesses que levaram as partes a contratar, atingindo a sua finalidade, ou seja, é um *essentiale negotii*. O tempo faz parte, nesses contratos, de sua causa final, ou de sua função, ou de sua ‘causa’, sem adjetivação, no dizer habitual dos autores italianos” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Contrato de distribuição: causa final dos contratos de trato sucessivo... RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 93, v. 826, ago. 2004. p. 124).

elemento externo ao negócio jurídico que integrou a declaração de vontade das partes e tem relevância na fase eficaz do contrato.³⁷⁹

Nesse exemplo, o tempo estabelecido de comum acordo entre as partes de conformidade com a autonomia contratual é elemento essencial à realização da função prática do contrato de distribuição, que em razão disso não pode sofrer ruptura abrupta e unilateral, sob pena de frustrar sua causa, ou seja, frustrar a própria função negocial, afastando-se dos interesses prático-funcionais concretamente perseguidos pelas partes na operação contratual.

Como consequência dessa conclusão, reafirma-se que a recente exclusão da causa como requisito de validade dos contratos no Direito francês em absolutamente nada interferiu na teoria da causa do contrato, tal como ora compreendida, pois a causa do contrato, enquanto função negocial, é elemento prático-funcional extrínseco e indissociável do contrato, que liga e subordina a autonomia privada – não enquanto *querer*, mas enquanto *para o que se quer* – à tutela legal prevista em abstrato. Como já se mencionou, no Direito francês a causa deixou de figurar entre os elementos *estruturais* do contrato para situar-se, acertadamente, entre seus elementos *funcionais*.

Mas qual é a relevância da causa do contrato? Por qual razão invocá-la na interpretação dos negócios jurídicos? Por que recorrer a um elemento extrínseco do contrato considerado tão polêmico? Uma vez situada a causa do contrato entre seus elementos funcionais, antes de enfrentar essas questões vale retornar a algumas distinções já estabelecidas, para agora fixá-las com mais clareza.

3.1.1 Causa do contrato e causa de atribuição patrimonial

Como se viu, para os anticausalistas Eduardo Espínola e Pontes de Miranda, *causa é atribuição patrimonial*.³⁸⁰ Relativamente à identificação da *causa do contrato* com a *causa de atribuição patrimonial* já se fez breve distinção,³⁸¹ mas reafirme-se que se trata de noções distintas. A causa de atribuição patrimonial é a situação jurídica que justifica ou autoriza o deslocamento patrimonial de uma parte a outra, de conformidade com o ordenamento jurídico.³⁸² Por atribuição patrimonial, portanto, entende-se “todo o benefício avaliável em

³⁷⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 158.

³⁸⁰ Confira-se 3. *Causa do contrato no Direito brasileiro*.

³⁸¹ Confira-se nota n. 150.

³⁸² DELFINI, Francesco. *Autonomia privata e contratto: tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2019. p. 67.

dinheiro alcançado por alguém (...) a atribuição patrimonial deve ter uma *causa*, que consistirá no seu fundamento justificativo”.³⁸³

Essa situação jurídica que autoriza o deslocamento patrimonial pode decorrer de um fato jurídico – a exemplo do que ocorre nas hipóteses de responsabilidade civil extracontratual – ou de um contrato. Nesta hipótese, “la causa de la atribución es el negocio jurídico válidamente celebrado. (...) A su vez estos negocios tendrán su propia causa y esta causa del negocio repercute, si es irregular, en la irregularidad del negocio, de tal manera que si el negocio se hace nulo la atribución no tendrá causa”.³⁸⁴

Assim, a causa de atribuição patrimonial é compreendida como fenômeno jurídico que legitima um deslocamento patrimonial, ou situação antecedente que o justifica. Eduardo Espínola,³⁸⁵ citando Dernburg, afirma tratar-se de “meios para alcançar os fins que formam o seu fundamento, a sua *causa*”; e podem variar conforme as relações jurídicas existentes que as determinem: “pode consistir em obter um crédito contra o outro contraente (*credendi causa*), como, por exemplo, no empréstimo de uma *somma* de dinheiro; em extinguir os próprios débitos (*solvendi causa*); em uma vantagem que se obtenha para terceiro (*donandi causa*); etc.”.

Um ato é considerado causal ou abstrato “conforme a falta desta causa de atribuição patrimonial tenha, ou não, influência na sua *eficácia*”.³⁸⁶ Nessa medida, quando a causa de atribuição patrimonial decorre de um contrato, corresponde à causa da obrigação contratual,³⁸⁷ o que nos remete à noção delineada por Pothier³⁸⁸ e que, como se demonstrou, não se confunde com a causa do contrato.³⁸⁹

³⁸³ TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1965. p. 252.

³⁸⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I, p. 271.

³⁸⁵ ESPÍNOLA, Eduardo. *Systema do direito civil brasileiro: introdução e parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917. v. I, p. 560. No mesmo sentido, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1986. p. 124; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 12. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. nota 44 ao artigo 104. p. 533.

³⁸⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1986. p. 125.

³⁸⁷ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 372.

³⁸⁸ Quando afirma que “es de esencia en las obligaciones, 1º, que exista una causa de donde nazca la obligación”, e em seguida que “las causas de las obligaciones son los *contratos*, los *cuasi contratos*, los *delitos*, los *cuasi delitos*, algunas veces la ley o la simple equidad” (POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Atalaya, 1947. p. 11), Pothier equipara a noção de causa da obrigação à ideia de fonte da obrigação, ou de *causa eficiente* geradora da obrigação, que em última análise equivale à causa de atribuição patrimonial.

³⁸⁹ Confira-se, ainda, SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli: Jovene, 1954. p. 156.

3.1.2 Causa do contrato e objeto do contrato

Não obstante Carvalho Santos, Agostinho Alvim, Paulo Barbosa de Campos Filho e outros identifiquem a *causa* e o *objeto* do contrato³⁹⁰, a esta altura já é possível com certa facilidade estabelecer as distinções necessárias.

Para Torquato Castro,³⁹¹ tais conceitos não se confundem “quer se designe pela expressão *objeto*, a coisa ou o bem sôbre que recair o contrato, quer a *prestação* ou prestações do contrato (...), a não ser que no objeto se inclua, como o fêz GIORGI, não só o conteúdo do contrato, como a sua própria razão de ser”.³⁹²

Orlando Gomes³⁹³ também afirma que a causa se confundiria com o objeto somente se a noção de objeto se confundisse com a de conteúdo. E nessa afirmação apresenta-se outro conceito que poderia dificultar ainda mais as distinções que se pretende preliminarmente estabelecer, qual seja, a noção de *conteúdo* do contrato, que em nosso entender não se confunde com seu *objeto*, não obstante tenha afirmado Antônio Junqueira de Azevedo³⁹⁴ que, “por objeto do negócio jurídico, deve se entender todo o seu conteúdo”.

Para Inocêncio Galvão Telles,³⁹⁵ objeto dos contratos é “o *objecto dos direitos e obrigações que o contrato constitui ou modifica*. Os contratos obrigacionais têm por objecto a prestação do devedor; os contratos reais, a coisa sobre que versam”. Desse conceito o autor distingue as noções de *causa* e de *conteúdo*: “o *conteúdo* é a própria matéria ou substância do contrato, as *cláusulas* que o formam, a regulamentação de interesses estabelecida pelas partes e completada pelos usos e pela lei. A *causa-função* nos contratos causais, representa a síntese ou expressão unitária dos elementos específicos – o *fim* imanente em todos os contratos de certo tipo ou categoria”.

³⁹⁰ Confira-se 3. *Causa do contrato no Direito brasileiro*.

³⁹¹ CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966. p. 42.

³⁹² Confira-se 1.2.1 *Críticas anticausalistas* e 1.3.1 *Emilio Betti e a doutrina italiana*.

³⁹³ “A *causa* se confundiria com o *objeto* do contrato se a noção de *objeto* se confundisse com a de *conteúdo*, como tal se entendendo, com Betti, o complexo de todos os elementos do contrato, do *comportamento negocial ao resultado potencial*. Se *objeto* do contrato fosse tudo isso e abrangesse até a causa final, nele entraria toda modificação da situação jurídico-social que deriva do contrato, e assim, tudo estaria compreendido no elemento objetivo.

O *objeto do contrato* não é a *prestação* nem o objeto desta. A *prestação* é objeto da obrigação e seu objeto tanto pode ser 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*” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 56).

³⁹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 153.

³⁹⁵ TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1965. p. 296.

Também para José de Oliveira Ascensão³⁹⁶ o “objecto do negócio são os bens que por ele se dispõe. São as coisas, as prestações, etc., que são atingidas pela regulação de interesses. (...) Conteúdo do negócio são as próprias cláusulas negociais, que constituem a regulação mesma de interesses realizada”. No mesmo sentido, Menezes Cordeiro³⁹⁷ também distingue as noções de conteúdo e objeto dos contratos: “este [o objeto] tem a ver não com a regulação em si, mas com o *quid* sobre que irá recair a relação negocial propriamente dita. Por exemplo, celebrado um contrato de compra e venda, verifica-se: – as regras aplicáveis, por via dele, às partes, constituem o seu conteúdo; assim, a transmissão da propriedade e as obrigações de entrega da coisa e o preço; – a coisa ou o direito transmitidos formam o seu objeto”.

Para Emilio Betti,³⁹⁸ o conteúdo do negócio é um preceito da autonomia privada com o qual as partes pretendem regular seus interesses, em vista dos escopos práticos de caráter típico, socialmente valoráveis.

Tem-se que a noção de *conteúdo*, portanto, é mais abrangente que a de *objeto* do contrato,³⁹⁹ e, em que pesem as opiniões em contrário, como se denota dos conceitos apresentados, eles não se confundem com o de causa do contrato. Em síntese, o *objeto* do contrato corresponde à relação jurídica que ele se propõe a criar, modificar ou extinguir, isto é, são as próprias prestações,⁴⁰⁰ corresponde ao *meio* necessário à concretização da finalidade prática pretendida pelos contratantes. Para Orlando Gomes,⁴⁰¹ “o objeto é a coisa, ou a prestação, sobre que incide o vínculo, enquanto a causa é a finalidade do próprio negócio”.

³⁹⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. v. II, p. 105.

³⁹⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil: parte geral, negócio jurídico*. 4. ed. ref. e atual. Coimbra: Almedina, 2017. v. II, p. 538.

³⁹⁸ “Contenuto del negozio è – come si è detto (§ 16) – non già una <volontà> qualunque, vuota e incolore espressione del capriccio individuale, ma un precetto dell’autonomia privata, con cui le parti provvedono a regolare propri interessi nei rapporti fra loro o con terzi, in vista di scopi pratici di carattere tipico, socialmente valutabili per la loro costanza e normalità ricorrente nella vita di relazione” (BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Seconda ristampa corretta della seconda edizione. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1955. p. 174).

³⁹⁹ Carlos Alberto da Mota Pinto faz distinção entre o objeto *mediato* e o *imediato*. O *objeto mediato* corresponderia ao objeto *stricto sensu*, ou seja, seria o *quid* sobre o que recairá a relação negocial, ou “sobre o que incidem os efeitos do negócio”; enquanto o *objeto imediato* seria o *conteúdo*, ou “efeitos jurídicos a que o negócio tende” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1986. p. 547). José de Oliveira Ascensão, entretanto, critica o emprego dessa terminologia, por compreendê-la menos explícita que o uso dos termos *objeto* e *conteúdo* para as distinções necessárias (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. v. II, p. 105).

⁴⁰⁰ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunae contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 231.

⁴⁰¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 373-374.

Sintetiza Darcy Bessone⁴⁰² que “distinguem-se, pois, como *meio e fim*, o *objeto* e a *causa* do contrato”.⁴⁰³

Essa distinção entre causa do contrato e objeto do contrato se torna ainda mais evidente quando se remete à distinção já mencionada entre os elementos estruturais e os elementos funcionais do contrato. O objeto do contrato situa-se entre seus elementos estruturais e faz parte do próprio negócio,⁴⁰⁴ enquanto a causa do contrato se extrai quando a análise é feita sob o prisma funcional. Evidentemente que, pertencendo a universos distintos, não há como confundir o objeto com a causa do contrato.

3.1.3 Causa do contrato e autonomia privada

O liberalismo não se restringiu à teoria econômica, pois tinha em seus fundamentos também valores morais e políticos. Com base na ideia cristã de que o homem era dotado de valor supremo, oponível à ordem estatal, nasceu como reação à organização política opressiva da época, apelidada de *ancien régime*. A Escola de direito natural justificava que os compromissos, porque firmados voluntariamente, estavam necessariamente conforme as leis morais, e Fouillée – já no final do século XIX – sintetizava em célebre frase a concepção então reinante, de que “toda a justiça é contratual; e quem diz contratual, diz justo”.⁴⁰⁵⁻⁴⁰⁶

⁴⁰² BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 105.

⁴⁰³ A doutrina italiana igualmente distingue *objeto* de *conteúdo* do contrato; e diferencia ambos da *causa* do contrato. Não obstante o Código italiano tenha inserido o *objeto* entre os elementos constitutivos do contrato, de modo geral a doutrina compreende que o legislador, em realidade, empregou o termo *objeto* em sentido amplo, concernente à operação contratual completa pretendida pelas partes, que constitui na realidade o *conteúdo* do contrato. Nesse sentido, FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Collana: Ristampe della Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell’Università di Camerino, 47. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 624-627; GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. 17. ed. Milano: Cedam, 2018. p. 258; GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto civile e commerciale: il negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 120-122; ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile e commerciale: il contratto in generale: fonti, teorie, metodi*. Milano: Giuffrè, 2014. p. 465-470; CARRESI, Franco. *Trattato di diritto civile e commerciale: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1987. v. XXI, t. I, p. 211-213; BIANCA, Cesare Massimo. *Derecho civil: el contrato*. Tradução de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. v. III, p. 342-343.

⁴⁰⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 124.

⁴⁰⁵ “Toute justice est contractuelle; quid dit contractuel, dit juste.” RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva & Cia., 1937. p. 43; DELFINI, Francesco. *Autonomia privada e contratto: tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2019. p. 60; PEREIRA, Caio Mário da Silva. A nova tipologia contratual no direito civil brasileiro. In: DIAS, Adahyl Lourenço et al. (col.). *Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 132.

⁴⁰⁶ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 63-65.

A teoria jurídica cunhada na ideologia liberal era sustentada por alguns dogmas,⁴⁰⁷ que em momento posterior entraram em crise, mas foi naquele contexto que o Código Civil francês, para afirmar todo o poder da vontade humana criadora de obrigações, empregou em seu artigo 1.134⁴⁰⁸ a enérgica expressão de que “as convenções legalmente formadas têm o valor de leis para aqueles que as fizeram”.⁴⁰⁹

A jurisprudência era fiel a tais ideais, e esse culto à liberdade sem freios traduzido em seus pronunciamentos se sobrepunha a valores humanos⁴¹⁰ tão fundamentais quanto a própria liberdade.⁴¹¹

⁴⁰⁷ “(...) a irredutível oposição entre o indivíduo e a sociedade (o Estado seria um mal necessário, cujas atividades era necessário restringir ao mínimo); o princípio moral da autonomia da vontade (a vontade humana seria o elemento essencial na organização do Estado, na assunção de obrigações, etc.); o princípio da liberdade econômica (*laissez faire, laissez passer*) e, finalmente, a concepção formalista, meramente teórica, da igualdade e da liberdade política (afirmava-se que os homens eram livres e iguais em direitos, sem se acurar de saber se a todos eles seriam proporcionadas as condições concretas necessárias para exercitarem tais liberdades)” (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 64). Confira-se também a influência do liberalismo econômico na teoria dos contratos em SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato*. São Paulo: Método, 2004. p. 28-31; AMARAL, Luiz Fernando. *Contrato e teoria do adimplemento substancial*. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 10-13; e em SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. Barueri: Manole, 2004. p. 9-15.

⁴⁰⁸ Art. 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

⁴⁰⁹ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva & Cia., 1937. p. 42.

⁴¹⁰ “Contra uma tal concepção, quantos motivos de protesto nos dá o estudo do direito e da jurisprudência! A vontade soberana fazendo leis! Mas quem confere ao homem esta autoridade que é o apanágio da soberania? Permitiu-lhe a liberdade ligar-se sobre um objeto ou para um fim imoral, e o consentimento dum cúmplice ou duma vítima torna, porventura, a imoralidade mais perdoável? Supondo a convenção irrepreensível pelo seu objeto ou pelo seu fim, estão as outras partes em pé de igualdade e não será a sua desigualdade justamente daquelas que a lei se deve esforçar por corrigir, sendo como é a mãe da injustiça? Será permitido explorar a fraqueza física e moral do próximo, a necessidade em que êle está de concluir, a perversão temporária da sua inteligência ou da sua vontade? Pode o contrato, instrumento de troca das riquezas e dos serviços, servir para a exploração do homem pelo homem, consagrar o enriquecimento injusto dum dos contratantes com prejuízo do outro? Não é necessário, pelo contrário, manter ao mesmo tempo a igualdade das partes contratantes e das prestações para satisfazer um ideal de justiça que nós encerramos quasi sempre numa concepção de igualdade? Eis uma série de perguntas que surgem ante o legislador e o juiz, e o próprio fato de surgirem mostra que a autoridade do contrato é abalável” (RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva & Cia., 1937. p. 43-44).

⁴¹¹ As discussões sobre a *liberdade* remontam a Santo Agostinho, que a compreendia como uma “escolha da vontade” (*liberum arbitrium*), isto é, como *liberdade de escolha* enquanto possibilidade de decidir livremente desta ou daquela forma. Confira-se KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014. p. 359. Santo Tomás de Aquino, de modo semelhante, também já considerava a liberdade o poder de “escolher” – enquanto livre-arbítrio (*de libero arbitrio*) – conforme a própria vontade. Confira-se TOMÁS DE AQUINO, Santo. In: OLIVEIRA, Carlos-Josaphat Pinto de, OP (coord.). *Suma teológica: a criação, o anjo, o homem*. São Paulo: Loyola, 2017. v. 2: parte I: questões 44-119. Questão 83. Artigos 1º ao 4º, p. 492-501.

O repensar dessa situação já estava amadurecido quando Emmanuel Gounot,⁴¹² para tecer severas críticas ao pensamento então dominante, inspirado em Kant,⁴¹³ sintetizou-o, com rara felicidade, no que batizou de *princípio da autonomia da vontade*.⁴¹⁴

Autonomia da vontade, portanto, é o princípio de direito pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar determinado ato jurídico com total liberdade para determinar-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Quando essa liberdade se refere ao *poder* que os particulares têm de estabelecer as regras jurídicas de seus próprios comportamentos, no lugar de *autonomia da vontade* diz-se *autonomia privada*.⁴¹⁵

Nesse sentido, por autonomia privada se compreenderia “aquela faculdade deferida ao indivíduo de autorregulamentar sua vida, ou, no sentido ético, a escolha, pelo cidadão, das leis que regeriam sua conduta”.⁴¹⁶ Em outras palavras, trata-se da possibilidade que cada parte tem, na conclusão de um contrato, de fazer valer seus objetivos e salvaguardar seus interesses.⁴¹⁷

Há quem entenda, entretanto, tratar-se de expressões que em última análise exprimem o mesmo significado: “através dos atos jurídicos, os agentes disciplinam os seus interesses (morais ou materiais), atuando sua vontade autônoma. A autonomia da vontade, por assim se exercer e desenvolver, na ordem privada, autonomia privada também se denomina”.⁴¹⁸

⁴¹² *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé: contribution à l'étude critique de l'individualisme* (tese), Dijon, 1912.

⁴¹³ Immanuel Kant, considerado um dos grandes filósofos da nova era, para afirmar que a vocação fundamental do direito era permitir a coexistência das liberdades individuais, enunciou seu *princípio universal do direito*, segundo o qual “é justa toda ação que permite ou cuja máxima permite que a liberdade do arbítrio de cada um coexista com a liberdade de cada um dos outros segundo uma lei universal”. Para o filósofo, a liberdade do homem se exprime na submissão à lei que para si próprio legislou; no entanto, é mais importante que as leis sejam justas que autorreguladas, pois essas podem ser falsas. Uma lei ética só pode ser justa se for válida para todos os homens, e não somente para um grupo, classe ou raça (HEINEMANN, Fritz. *A filosofia no século XX*. Tradução de Alexandre Fradique Morujão. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014. p. 445). Confira-se, também, a explicitação de Kant sobre a liberdade a partir do conceito de autonomia, em KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014. p. 357-368. E, ainda, o conceito kantiano de autonomia, em SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 138-140.

⁴¹⁴ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 67; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 95.

⁴¹⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 383; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 12. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. nota 5 ao artigo 421, p. 960.

⁴¹⁶ ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 39.

⁴¹⁷ “La autonomía privada presupone, conforme a su sentido, que al concluir contratos cada parte tiene de igual modo la posibilidad de hacer valer sus objetivos y de salvaguardar sus intereses.” LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Tratado de derecho civil alemán. Tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978. p. 74.

⁴¹⁸ RÃO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 48.

Emilio Betti⁴¹⁹ situa a autonomia privada como um *fenômeno social* fora do ordenamento jurídico, embora por este reconhecido. Tal fenômeno seria peculiar aos interesses existentes na vida social que o direito privado disciplina, independentemente de tutela jurídica. Assim, a autonomia privada seria antes de tudo um fenômeno social com repercussão na esfera do direito.⁴²⁰

Essa concepção é criticada por Luigi Ferri,⁴²¹ para quem sem o direito não se há de conceber a autonomia privada, tampouco os negócios jurídicos, que são sua própria expressão. Nessa perspectiva, a autonomia privada resulta do próprio ordenamento jurídico, que estabelece os limites para seu exercício. Trata-se de poder atribuído aos agentes de criar normas jurídicas, observados os limites legais.

Na mesma linha, destaca Francesco Santoro-Passarelli⁴²² que esse poder de autorregulação dos agentes, essa vontade, não é absolutamente soberana e independente, uma vez que é autorizada a produzir efeitos por outro poder, este sim soberano, porque se exprime no ordenamento jurídico.

Assim, por autonomia privada se compreende, em sentido amplo, o poder outorgado pelo ordenamento aos indivíduos, que lhes autoriza a criar e estabelecer normas vinculantes,

⁴¹⁹ “Già nella vita sociale, prima ancora di qualsiasi intervento dell’ordine giuridico, i privati provvedono da sè a foggjarsi i mezzi adatti. Ora mezzi di tal natura sono per eccellenza i negozi giuridici. (...) I negozi giuridici hanno la loro genesi nella vita di relazione: sorgono come atti coi quali i privati dispongono per l’avvenire un regolamento impegnativo d’interessi nei loro rapporti reciproci e si sviluppano spontaneamente sotto la spinta dei bisogni, per adempire svariate funzioni economico-sociali, all’infuori dell’ingerenza do ogni ordine giuridico.” BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Seconda ristampa corretta dela seconda edizione. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1955. p. 41.

⁴²⁰ Essa posição tem respaldo em citação de Heródoto acerca do comércio do ouro que navegantes cartagineses praticavam com populações selvagens africanas, e que segundo Betti corresponderia à narração de um navegador veneziano do século XV (Alvise de Cá da Mosto), sobre o comércio de sal que a tribo dos Tegazza mantinha com outras tribos de negros. Em resumo, aqueles que tinham o sal os organizavam em montes identificados e enfileirados, e retiravam-se do local. Chegava então outra tribo de negros, que não queria se encontrar com a anterior, e colocava ao lado do sal o ouro que traziam, retirando-se do local em seguida. Retornavam então os negros do sal, e, se estivessem de acordo com a quantidade de ouro para trocar com o sal, recolhiam o ouro; se não estivessem de acordo, simplesmente se retiravam do local para que os negros do ouro pudessem voltar e depositar mais ouro. Quando chegavam a um acordo acerca das quantidades justas, os negros do sal recolhiam o ouro deixado, para que posteriormente os negros do ouro voltassem para buscar o sal. Betti observa que nesse caso não existe uma ordem jurídica que regule o negócio, não obstante ele fosse plenamente vinculativo na consciência daquelas tribos. Confira-se BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Seconda ristampa corretta dela seconda edizione. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1955. p. 41, nota 4.

⁴²¹ “Confieso que tal punto de vista no ha llegado nunca a convencerme: sin el derecho, a mi parecer, no se puede concebir la autonomía privada, ni los negocios jurídicos, que son su manifestación. El problema de la autonomía es ante todo un problema de límites, y de límites que son siempre el reflejo de normas jurídicas, a falta de las cuales el mismo problema no podría siquiera plantarse a menos que se quiera identificar la autonomía con la libertad natural o moral del hombre” (FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001. p. 4-5).

⁴²² “Questa volontà non è una volontà sovrana, indipendente: essa è idonea a produrre effetti, perchè un’altra volontà, questa sì sovrana, quella che si esprime nell’ordinamento giuridico, a ciò l’autorizza (art. 1322)” (SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli: 1954. p. 109).

aptas a regular suas relações jurídicas negociais e determinar seus efeitos. Destaquem-se nesse conceito os principais aspectos presentes nas diversas definições doutrinárias:⁴²³ *i*) a pressuposição de um ordenamento jurídico a outorgar poder de autorregulação aos agentes; *ii*) a limitação desse poder outorgado, uma vez que subordinado ao próprio ordenamento jurídico; *iii*) a função normativa da autonomia privada; *iv*) o negócio jurídico como principal instrumento de atuação da autonomia privada.⁴²⁴

Como se viu, a causa do contrato adquiriu relevância na doutrina italiana como função limitadora da autonomia privada. Superado, entretanto, o sistema político-econômico que vigorava ao tempo do Código de 1942, com a Constituição da república de 1947 foram resgatados valores como a liberdade e a democracia, e a releitura de sua concepção passou a identificá-la com o interesse concretamente perseguido pelo contrato, a ser regulado pelo ordenamento jurídico.

A partir de então, a investigação da causa do contrato deixa de aferir se a autonomia privada das partes simplesmente encontra respaldo no ordenamento jurídico, para perquirir a própria função prática do contrato, isto é, buscar os interesses concretamente por ele perseguidos. Com isso, a causa do contrato se afasta da mera função limitadora e controladora da autonomia privada para se aproximar da função reguladora desta.

⁴²³ Confirmam-se definições no mesmo sentido em PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 8. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017. p. 443; CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Reimpresión. Madrid: Civitas, 2016. p. 11-13; COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2018. p. 115; PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 13; VICENTE, Dário Moura. *Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 38; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 534-544; SEGNI, Mario. *Autonomia privada e valutazione legale tipica*. Padova: Cedam, 1972. p. 126-127, nota 19; ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile e commerciale: il contratto in generale: fonti, teorie, metodi*. Milano: Giuffrè, 2014. p. 399; COSTEA, Luis Martin-Ballesteros y. *La manifesta intención de obligarse y el derecho nuevo*. Madrid: Montecorvo, 1963. p. 40; STIGLITZ, Rubén S. *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*. Buenos Aires: Depalma, 1992. p. 15; MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 64; GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 29-45; MELO, Diogo Leonardo Machado de. *Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 82. REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Autonomia privada e a análise econômica do contrato*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 60-61; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014. p. 93-95; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 68-72; POMPEU, Renata Guimarães. *Autonomia privada na relação contratual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015. p. 110 e s.

⁴²⁴ Não se há de confundir *autonomia privada* com *autotutela privada*. Esta compreende, em linhas gerais, o poder outorgado pelo ordenamento jurídico para que o agente defenda por si próprio seus interesses (confira-se LENZI, Raffaele. *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela: l'adempimento dedotto in condizione*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 122-123).

Evidentemente que, como função reguladora da autonomia privada, a causa do contrato deve observar a legalidade dos propósitos por ele perseguidos, mas inverte-se o vetor de análise. Ao passo que em tempos de regime totalitário a causa do contrato se prestava a instrumento de controle da autonomia privada, nos regimes liberais ela constitui limite objetivo à extensão e efeitos práticos das relações negociais, estabelecido pelas próprias partes na esfera de seus direitos subjetivos.

No entanto, como não se há de conceber direito subjetivo sem direito objetivo, mesmo na condição de função reguladora da autonomia privada não se há de falar em causa do contrato sem analisá-la e subordiná-la ao direito positivo. Isso porque não existe direito subjetivo⁴²⁵ que se concentre exclusivamente no direito privado: como o direito objetivo observa as finalidades de interesse público, e a tutela do direito privado é, por si, de interesse público, a causa do contrato – mesmo que estabelecida no âmbito da autonomia privada como função prática da relação negocial – obedece à função pública, pois é função pública proteger e tutelar as relações negociais privadas.⁴²⁶

Assim, não são raras as relações negociais em que a causa do contrato – tal qual a autonomia privada – observa limitações estabelecidas não somente pelas partes, mas também pelo próprio ordenamento jurídico. Quanto maior a intervenção do ordenamento jurídico na autonomia privada das partes, menor é a possibilidade de as partes estabelecerem a extensão e os efeitos práticos de suas relações negociais; portanto, menor é a possibilidade de delinearem a causa do contrato.

⁴²⁵ Compreenda-se aqui *direito subjetivo* não como faculdade ou interesse protegido (Ihering), mas como *poder jurídico*, isto é, como permissão jurídica com a qual titular pode fazer, ou ter, o que não for proibido, bem como exigir de outrem o correspondente *dever*, sob pena de sanção. Ao *poder* do sujeito ativo se contrapõe o *dever* do sujeito passivo. Confira-se em AMARAL, Francisco. Introdução à teoria geral da relação jurídica. In: DIAS, Adahyl Lourenço *et al.* (col.). *Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 215. Não se confunda, entretanto, esse *poder* com *direito potestativo*. Enquanto ao *direito subjetivo* se contrapõe um *dever*, o *direito potestativo* é espécie de *poder jurídico* ao qual corresponde uma *sujeição*; e, como não lhe corresponde um *dever*, o *direito potestativo* não está sujeito à violação. Confira-se em IRTI, Natalino. *Introduzione allo studio del diritto privato*. 14. reimpr. Padova: Cedam, 2016. p. 40-44. Confira-se, ainda sobre o direito subjetivo, Pietro Perlingieri, para quem “o perfil mais significativo é constituído pela obrigação, ou dever, do sujeito titular do direito de exercê-lo de modo a não provocar danos a outros sujeitos, em harmonia com o princípio da solidariedade política, econômica e social”. Para o autor, no ordenamento jurídico moderno esse interesse é tutelado se e enquanto estiver conforme não somente ao interesse do titular, mas também da coletividade, o que faz nascer o que denomina *situação subjetiva complexa* (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 676-680).

⁴²⁶ Confira-se raciocínio semelhante em PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 21.

O fato de a causa do contrato ser delineada pelas partes no âmbito da autonomia privada não significa dizer que ela se confunde, por isso, com os motivos ou finalidades das partes, tal como concebia a já superada doutrina francesa.⁴²⁷

Também não se está a afirmar que a causa do contrato é forjada pelo ordenamento jurídico, pois essa ideia poderia equivocadamente conduzir à sua identificação com o tipo contratual; este sim, definido por lei.

A função normativa que se extrai do conceito de autonomia privada permite traçar um paralelo entre as relações negociais e o ordenamento jurídico. Tal como na lei a vontade e a intenção do legislador se desvinculam da norma jurídica depois de sua publicação, a vontade declarada das partes no âmbito da autonomia privada adquire objetivação para estabelecer a extensão e os efeitos práticos das relações negociais e, com isso, forjar a causa do contrato.⁴²⁸

3.1.4 Causa do contrato e tipo contratual

Para Orlando Gomes,⁴²⁹ a causa do contrato desempenha dupla função: *i*) a de tipificação dos negócios e *ii*) a de definição das vicissitudes da relação jurídica oriunda do negócio. Álvaro Vilaça Azevedo⁴³⁰ também afirma que a tipicidade contratual advém do elemento causa.

Tipo contratual é a identificação atribuída pela lei a determinados negócios jurídicos cuja disciplina também é regulamentada. Assim, compreendem-se por contratos típicos, ou

⁴²⁷ Confira-se 1.2 *Teoria subjetiva*.

⁴²⁸ Confira-se conclusão semelhante em FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001. p. 356-361. No mesmo sentido, PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. *Contratos: tutela judicial e novos modelos decisórios*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 151: “Quando duas pessoas contratam, elas são animadas do propósito de serem satisfeitos seus objetivos e conveniências. Surge a partir de então uma vontade contratual, uma intenção comum, que se desconecta do plano de intenção individual, mas que nem sempre é fácil de ser identificada”; também AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 99: “A declaração, uma vez feita, se desprende do *iter* volitivo; adquire autonomia, como a obra se solta de seu autor”.

⁴²⁹ “Todo instrumento jurídico esquematizado na lei tem função peculiar determinada por sua finalidade. Organizam-se, por exemplo, disposições legais ordenadas a permitir que quem precisa e quer casa para morar, e não na tem própria, a alugue, isto é, obtenha o direito de usá-la para esse fim, mediante a contraprestação em dinheiro; esse negócio jurídico é *típico*, denominando-o a lei *contrato de locação*. Tipificam-se, desse modo, os negócios jurídicos caracterizados por sua função econômica. Na impossibilidade prática de regular todas as modalidades possíveis e imaginárias, faculta-se a realização de outros, não tipificados, mas é exatamente pelo *propósito* (*causa final*) que se afere se têm significação jurídica, se merecem proteção legal, se realmente vinculam juridicamente as partes. Serve a aferição, ainda, para distinguir se o ato realizado pelos interessados atenta contra a lei ou contra os bons costumes. Acrescente-se que o *propósito negocial* exerce influência na vida da relação jurídica que foi estabelecida, determinando sua frustração ou modificação, alterações, ou a própria extinção do vínculo formado” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 372-373).

⁴³⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário*. 3. ed. Belém: Cejup, 1988. p. 86; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 121.

nominados, aqueles a que a legislação dá nomeação própria e que submete a regras jurídicas em pormenores, de modo particularizado.

Muitos contratos são tipificados a partir da reiterada prática de determinados negócios jurídicos que, mesmo não regulamentados, tornam-se corriqueiros na vida social e negocial, e adquirem tamanho relevo que se positivam no ordenamento jurídico com regulação própria.⁴³¹ Quando não tipificados por lei, tais contratos são identificados pelo que se denomina tipos sociais, ou tipos extralegais.⁴³²

De outra banda, a atipicidade do contrato se verifica quando a legislação não o nomina e, principalmente, não estabelece regras próprias para sua disciplina.⁴³³ Isso não quer dizer que, pelo fato de a lei não estabelecer disciplina específica, tais contratos inominados sejam ilegais ou ilícitos, pois, não obstante sejam mais elásticos e menos engessados pela legislação, estão submetidos a todo o regime jurídico dos contratos em geral.⁴³⁴

Dos conceitos de tipicidade e atipicidade aqui admitidos se depreende que tipos contratuais são esquemas legais predefinidos para identificar contratos que se prestam a um mesmo esquema causal.⁴³⁵ Portanto, não é a causa que tipifica o contrato, mas os tipos contratuais é que são individualizados e se distinguem conforme o esquema causal que se prestam a nominar.

⁴³¹ FERRI, Giovanni Battista. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1966. p. 223-224.

⁴³² A expressão *tipo contratual* é empregada neste estudo em sua acepção estrita. Não se desconhece, entretanto, a doutrina que a subdivide em *tipo contratual legal* e *tipo contratual social* ou *extralegal*, compreendido este como a identificação de determinados negócios jurídicos que, não obstante não sejam tipificados em lei, nas práticas contratuais são identificados e nominados. Confirmam-se BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Seconda ristampa corretta della seconda edizione. Torino: Unione Tipografica Editrice Torinese, 1955. p. 197; VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 61; PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. 1982. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 94.

⁴³³ Por vezes o contrato é previsto em lei, mas mesmo assim permanece atípico, visto que o legislador não disciplina uma estrutura jurídica própria para ele. Foi o que ocorreu, por exemplo, com o contrato *built to suit*. Trata-se de contrato atípico, que, não obstante tenha passado a ser previsto formalmente em nosso ordenamento jurídico como contrato de locação – com o advento da Lei n. 12.744/2012, que introduziu na Lei de Locações (Lei n. 8.245/91) o artigo 54-A –, não foi tipificado, porque a lei, além de não tê-lo batizado corretamente, deixou de fixar regulação própria para essa espécie de contratação, que com a locação não se confunde. Confira-se, nesse sentido, GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos “built to suit”*: aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 65; BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos “built to suit”*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 94. Há entendimento, entretanto – do qual dissentimos –, que considera o contrato *built to suit* tipificado espécie do gênero *locação*. Confira-se, nesse sentido, GOMES, Daniel Cardoso. *Contratos “built to suit”*: novas perspectivas em face da Lei n. 12.744/2012. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 53.

⁴³⁴ MESSINEO, Francesco. *Dottrina general del contratto*. Tradução de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo e M. Volterra [da obra italiana *Dottrina generale del contratto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1948]. Buenos Aires: EJE, 1952. t. I, p. 381-384; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 165-166.

⁴³⁵ Confira-se CIOFFI, Carmine B. N. *Classe, concetto e tipo nel percorso per l'individuazione del diritto applicabile ai contratti atipici*. Torino: Giappichelli, 2008. p. 7.

Fosse a causa que tipificasse os contratos, não se haveria de conceber contratos atípicos, ou inominados, uma vez que não se há de falar em contrato sem causa. E, como todo contrato tem causa, segundo essa lógica equivocada, necessariamente todo contrato teria de ser típico.

De todo modo, como já se mencionou, é de menor relevância a tipologia, uma vez que mesmo aqueles esquemas causais sem previsão legal ou regulação específica encontram amparo no ordenamento jurídico, e serão regidos por todo o regime legal aplicado aos contratos em geral.

Como se viu, autonomia privada, tipo contratual e causa do contrato, não obstante se trate de institutos distintos, inevitavelmente se inter-relacionam quando analisados sob a perspectiva da liberdade negocial privada frente ao ordenamento jurídico.⁴³⁶

3.2 Análise funcional do contrato e sua causa

Norberto Bobbio⁴³⁷ afirma, com relativa segurança, que, posteriormente à guinada kelseniana, “la teoria del diritto abbia ubbitto assai più a suggestioni strutturalistiche che non a suggestioni funzionalistiche”; em outras palavras, a partir de Kelsen o estudo da teoria geral do direito se dedicou muito mais a investigar “como o direito é feito” do que propriamente “para que serve o direito”.⁴³⁸

Hans Kelsen separa a análise *funcional* da *estrutural* e fixa esta segunda como base teórica para a sua *Teoria Pura do Direito*, na qual se vê obrigado a compreender o direito positivo em sua essência mediante a análise dos elementos estruturais do universo jurídico.

Não obstante a peculiar lógica de Kelsen, a questão funcional não lhe é algo totalmente estranho, perceptível quando na mesma obra aborda o problema da eficácia da norma jurídica com implicação no mecanismo da sua validade, passagem em que reconhece que tal relação é “um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista”, uma vez que essa questão constitui um caso de relação entre “o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural”.⁴³⁹

⁴³⁶ Confirma-se FERRI, Giovanni Battista. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1966. p. 3; CIOFFI, Carmine B. N. *Classe, concetto e tipo nel percorso per l'individuazione del diritto applicabile ai contratti atipici*. Torino: Giappichelli, 2008. p. 7.

⁴³⁷ BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Bari: Laterza, 2007. p. 48.

⁴³⁸ As expressões são de Piero Perlingieri, para quem “é de máxima importância identificar a estrutura e a função do fato jurídico. Preliminarmente, pode-se dizer que estrutura e função respondem a duas indagações que se põem em torno ao fato. O *como é?* evidencia a estrutura, o *para que serve?* evidencia a função” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 94).

⁴³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 235-236.

Para Kelsen, a questão da eficácia está ligada à observação e à aplicação da norma, que perde sua eficácia quando cai em desuso, deixando de ser observada ou aplicada. Daqui também se pode extrair o papel da *função social* da norma jurídica para o autor. Anos mais tarde, na obra intitulada *Teoria geral da norma*, Kelsen dedica capítulo inteiro à *função* da norma jurídica.⁴⁴⁰

Bobbio⁴⁴¹ observa que, mesmo com dedicação voltada à elaboração de uma teoria pura do direito, Kelsen não deixou de se preocupar – ainda que marginalmente – com o aspecto funcional do direito, que, do ponto de vista funcional, é para ele “una tecnica specifica dell’organizzazione sociale”, cuja especificidade consiste no uso de meios coercitivos para induzir o grupo social a fazer ou a deixar de fazer algo: o direito é um “ordinamento coattivo”, que se distingue das demais teorias funcionais por expressar uma concepção meramente instrumental, ou seja, o direito não é um *fim*, mas um *meio*; e como *meio* tem por função permitir a consecução daqueles fins que não podem ser atingidos por outras formas de controle social.

Depois de individualizar a categoria de direito *promocional*, Norberto Bobbio⁴⁴² conclui que, do ponto de vista funcional, o direito não pode mais ser identificado como mera forma de controle social, visto que sua função não se restringe a estabelecer o controle comportamental dos indivíduos por meio das sanções negativas, mas também a direcionar tais comportamentos para objetivos certos previamente estabelecidos, por meio das sanções positivas e incentivos. Assim, concebe o direito – do ponto de vista funcional – como forma de controle e de *direção* social.

Esse *direcionamento social* é destacado também por Niklas Luhmann, para quem as funções primárias do Direito consistem justamente em *direcionar condutas* e *assegurar expectativas*: “Como estrutura, ele [o Direito] é indispensável, por possibilitar uma estabilização de expectativas nas interações. Ele funciona como um mecanismo que neutraliza a contingência das ações individuais, permitindo que cada ser humano possa esperar, com um mínimo de garantia, o comportamento do outro e vice-versa”.⁴⁴³

Nos negócios jurídicos em geral, e precisamente nos contratos, o direito necessariamente intervém como estrutura capaz de conferir às partes um mínimo de garantia, a fim de que tenham relativa certeza de que aquilo que foi pactuado entre elas prevalecerá no futuro. Essa necessidade se impõe não somente pela possibilidade de se alterarem as opiniões

⁴⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria generale delle norme*. Tradução Mirella Torre. Torino: Einaudi, 1979. p. 156-166.

⁴⁴¹ BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Bari: Laterza, 2007. p. 51.

⁴⁴² BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Bari: Laterza, 2007. p. 69-70.

⁴⁴³ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980. p. 1-5.

e desejos das partes, mas também em razão de contingências externas que sujeitam o negócio às variações imprevisíveis no tempo.⁴⁴⁴

São as *normas*, segundo Luhmann,⁴⁴⁵ que garantem as expectativas contra as desilusões. Elas não têm o poder de evitar as desilusões, mas podem garantir as expectativas na medida em que, apesar dos fatos contrários ao que se esperava, permitem que a parte prejudicada mantenha seu ponto de vista: “normas, nesses termos, são expectativas de comportamento, garantidas de modo contrafático”. E o contrato, no sentido de norma entre as partes, tem justamente esta função.

A análise funcional do contrato, portanto, deve considerar os elementos extrínsecos à sua estrutura que atuam na estabilização da relação jurídica, para proteger as legítimas expectativas das partes – o que constitui um interesse social.⁴⁴⁶ É nesse contexto que se fala em *confiança*⁴⁴⁷ e em *dever de coerência*, que consiste “em manter-se a palavra dada ou o comportamento manifestado, agindo segundo os fins do contrato, e corresponder à expectativa legitimamente criada pelos próprios atos, assim impedindo surpresas desleais, visto que a contradição, a instabilidade comportamental, a inconstância afetam um vínculo que o ordenamento jurídico pretende dotar de estabilidade”.⁴⁴⁸

⁴⁴⁴ Para Piero Perlingieri, “o ato e o negócio jurídico exprimem um programa, um regulamento de interesses a ser traduzido em efeitos, isto é, em situações subjetivas. Identificar a função significa considerar seja a composição inicial dos interesses, seja a composição final. A realidade preexistente ao fato – considerada juridicamente – já é um tecido de situações subjetivas: sobre estas o fato incide com a sua força inovadora, modificando, extinguindo ou criando novas situações. A análise funcional do fato é completa quando, além do ponto de chegada (determinação das situações subjetivas programadas no ato: eficácia), leva-se em consideração também, e preliminarmente, o ponto de partida (o estado inicial dos interesses consolidados nas situações subjetivas preexistentes ao fato). Condições iniciais dos interesses e resultado a atingir (efeitos a produzir) são inseparáveis. A função do fato se realiza de modo diverso conforme a situação preexistente: se ela muda, muda também o percurso (o regulamento de interesses) a ser seguido para alcançar o resultado” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 643).

⁴⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980. p. 1-5.

⁴⁴⁶ “É fora de dúvida, porém, que a proteção dispensada aos que contratam confiantes numa declaração de vontade aparentemente consciente concorre para a estabilidade das relações jurídicas, que constitui, obviamente, interesse social” (GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 16-17).

⁴⁴⁷ “A confiança, tal como é juridicamente protegida, não inflete sobre o desejo recôndito (os ‘motivos’), mas atua sobre condutas, ações e omissões significativas na interação social. Sua força é, ademais, escalonada conforme os setores do mundo jurídico sobre os quais inflete. No Direito dos Contratos está o seu campo privilegiado. Aí a inconstância, a contradição, a incoerência, a frivolidade, não são tolerados para além das hipóteses rigidamente demarcadas pela lei. Por isso, o contrato há de ser o terreno da constância, pois existe, funcionalmente, para regular o amanhã do que se quer hoje” (MARTINS-COSTA, Judith. Os dilemas da incoerência. In: CASTRO NEVES, José Roberto (org.). *Ele, Shakespeare, visto por nós, advogados*. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2017. p. 158).

⁴⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 254.

É da análise funcional que se extraem, por exemplo, as funções social e econômica do contrato, além da função negocial, esta relacionada à Teoria da Confiança, ao dever de coerência e boa-fé objetiva, cuja fragmentação conduz à proibição do *venire contra factum proprium* e *tu quoque*, que também se destinam, em última análise, a preservar a causa do contrato.⁴⁴⁹

3.2.1 Funções social e econômica do contrato

A sobreposição do culto à liberdade sem freios a alguns valores humanos – tão fundamentais quanto a própria liberdade – passou a clamar alguma intervenção estatal nos conceitos valorativos de liberdade e igualdade, sobre os quais repousava a força obrigatória dos contratos, modificando significativamente a concepção de autonomia privada, que passa a ser observada também sob o prisma dos efeitos que irradia no organismo social, e não somente sob ótica particular e individualista dos interesses dos contratantes.⁴⁵⁰

Essa constatação de que liberdade e igualdade, sob o ponto de vista econômico, não representavam valores equivalentes motivou o legislador a intervir em busca de resgatar o equilíbrio rompido pela desigualdade de fato.⁴⁵¹

A desigualdade de fato, ou desigualdade substancial, poderia acarretar iniquidade a uma das partes quando aplicado de forma estrita aquilo que foi contratado; e, em vez de o contrato se prestar a instrumento apto para conferir relativa garantia – de que o pacto de hoje prevalecerá no futuro –, ele se transforma em instrumento de desordem social.⁴⁵²

Daí a necessária intervenção estatal, que, substituindo uma igualdade jurídica e formal por uma igualdade real, cumpre um papel moderador para, com a distribuição de justiça, restabelecer o equilíbrio entre as partes.⁴⁵³ Jossierand⁴⁵⁴ criticava essa limitação estatal à

⁴⁴⁹ *Venire contra factum proprium* e *tu quoque* têm espectro amplo, pois aplicam-se também a situações extracontratuais, como nos procedimentos em geral, em que é vedado às partes se comportarem de forma contraditória e/ou incoerente. Para efeitos deste estudo, entretanto, interessa a abordagem dessas expressões no âmbito da teoria geral do contrato.

⁴⁵⁰ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. A função social como instrumento de equilíbrio contratual no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, v. 72, p. 17-47, dez. 2016. p. 30.

⁴⁵¹ “O problema surgiu com a mera constatação de que o obreiro não está em condições de igualdade com o seu patrão e que, portanto, não pode discutir cláusulas que lhe são impostas, nem pleitear a inclusão de outras mais favoráveis.” Confira-se em SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato*. São Paulo: Método, 2004. p. 116.

⁴⁵² Confira-se STIGLITZ, Rubén S. *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*. Buenos Aires: Depalma, 1992. p. 39.

⁴⁵³ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos*. Buenos Aires: Ediar, 1981. p. 283.

⁴⁵⁴ JOSSERAND, Louis. *Derecho civil: teorías generales del derecho y de los derechos*. Las personas. Tradução de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1950. t. I, v. I, p. 133-134.

liberdade de contratar, por considerar perigoso instrumento que confere ao julgador “poder enorme e quase sem limites” justamente para, em nome de interesses sociais, desequilibrar as prestações e contraprestações livremente estabelecidas pelas partes.

Assim é que o Estado se volta a programas solidaristas, torneando um denominado *direito social* que subordina o contrato, enquanto importante instrumento de desenvolvimento da ordem econômica, à observância de valores básicos assegurados pelo ordenamento jurídico.

Com essa ingerência maior do Estado sobre os contratos, muito se falou em *decadência do contrato*, *crise do contrato* e até *morte do contrato*, termo este muito propagado por Grant Gilmore.⁴⁵⁵ Evidente que são manifestações exageradas, pois o contrato simplesmente se remodelou para se adaptar aos preceitos de cooperação, deveres laterais, boa-fé, função social etc., introduzidos pelos ordenamentos jurídicos ao longo do século XX.⁴⁵⁶

No Brasil essas modificações legislativas se evidenciam em diversas disposições constitucionais, tais como a que garante a todos existência digna conforme os ditames da justiça social (Constituição Federal, artigo 170, *caput*), a dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, artigo 1º, III), o valor social da livre iniciativa (Constituição Federal, artigo 1º, IV), a igualdade substancial (Constituição Federal, artigo 3º, III) e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Constituição Federal, artigo 3º, I).⁴⁵⁷

Impôs-se então, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, a harmonização do Código Civil então vigente com tais disposições constitucionais como um todo orgânico,⁴⁵⁸ substituindo-se o individualismo que marcava o direito civil clássico pelos objetivos fincados na Carta Magna, de construir uma sociedade mais livre, justa e solidária.⁴⁵⁹

⁴⁵⁵ GILMORE, Grant. *The death of contract*. Edited and with a foreword by Ronald K. L. Collins. 2. ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995. Confira-se comentário à teoria de Grant Gilmore em ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 706-718.

⁴⁵⁶ RODOVALHO, Thiago. O dever de renegociar no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 1 (2015), n. 6, p. 1608.

⁴⁵⁷ Confira-se GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 131; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 12. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. nota 16 ao artigo 421, p. 963; NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos (coord.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003. p. 427; TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III, p. 149.

⁴⁵⁸ Trata-se do “fenômeno da *constitucionalização do direito civil* ou *direito civil constitucional*, quando a *interpretação do direito privado* passou a ser feita também à luz dos *princípios constitucionais* (dignidade da pessoa humana, v.g.)” CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago. Breves Notas introdutórias aos princípios, cláusulas gerais e os institutos de direito privado. In: RIBEIRO, Ana Cecília Rosário et al. *Os princípios e os institutos de direito civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 3.

⁴⁵⁹ Confira-se NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 139.

Tais objetivos orientaram também o Código Civil de 2002, “projetado tomando por base três princípios que serviram de diretrizes para a Comissão elaboradora e que também se consubstanciam como importantes elementos de interpretação e aplicação da lei. São os princípios da socialidade, da eticidade e da operabilidade.”⁴⁶⁰

Emilio Betti, como já se observou⁴⁶¹, identificava a causa do contrato com a função econômica e social de cada típico ajuste, por considerá-la, antes de uma noção jurídica, uma noção social. Assim, a causa do contrato deveria atender a uma função ordenadora do direito, que exigia a correspondência de cada tipo contratual a um interesse socialmente tutelável, sendo tolhido às partes entabular negócios que atendessem a interesses de relevância meramente individuais e que não fossem, ao mesmo tempo, socialmente apreciáveis.

Não obstante a concepção objetiva de Betti tenha sido superada na Itália, em especial com releitura da causa do contrato que se fez ante a queda do sistema político-econômico que vigorava ao tempo do Código italiano de 1942,⁴⁶² no Brasil parte da doutrina resgatou aquela noção bettiana de causa do contrato com o advento do Código Civil de 2002, que em seu artigo 421 explicitou que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.⁴⁶³

Depois de sintetizar os principais aspectos da causa do contrato com o fim de justificar sua lógica, necessidade e utilidade, Maria Celina Bodin de Moraes⁴⁶⁴ conclui que é como elemento de restrição da autonomia privada, “como a função propriamente social do negócio”, que a causa do contrato tende a se consolidar “como a mais apurada interpretação de alguns dispositivos do Código de 2002, em particular, a melhor compreensão do teor do art. 421”.

Parece não haver dúvidas de que o Código Civil de 2002 põe em relevância o que se denomina *funcionalização* das estruturas jurídicas, tema que ao tempo do Código de 1916 ocupava espaço de nenhuma significância na doutrina nacional, que se debruçava mais sobre

⁴⁶⁰ NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 298.

⁴⁶¹ Confira-se 1.3.1 *Emilio Betti e a doutrina italiana*.

⁴⁶² Confira-se 2. *Causa do contrato no Direito atual*.

⁴⁶³ “O CC 421 é dispositivo pioneiro nos sistemas de direito privado ocidentais. Não há nenhum outro código civil que tenha adotado a cláusula geral de função social dos contratos como limitadora e fundadora da liberdade de contratar” (NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. I, t. I, p. 561).

⁴⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 315.

os aspectos estruturais dos contratos e restringia sua preocupação em basicamente classificá-los.⁴⁶⁵

É justamente associada a essa denominada *funcionalização* das estruturas jurídicas que se situa a função social do contrato, sobre cujo conteúdo e alcance não há unanimidade doutrinária. Dentre tantas, destacam-se ao menos três principais correntes.

Uma delas concebe a função social do contrato como orientação de política legislativa sem eficácia em si mesma, mas espalhada em diversas situações normativas, que por meio de institutos jurídicos próprios autorizam ou justificam soluções que atendem à função social, por exemplo, a onerosidade excessiva, a lesão e a conversão do negócio jurídico.⁴⁶⁶ Como afirma Humberto Theodoro Júnior,⁴⁶⁷ “a lei prevê a função social do contrato mas não a disciplina sistemática ou especificamente. Cabe à doutrina e à jurisprudência pesquisar sua presença difusa dentro do ordenamento jurídico e, sobretudo, dentro dos princípios informativos da ordem econômica e social traçada pela Constituição”. O mesmo já não se observa em relação à regulamentação da função social da propriedade, em que normas precisas estabelecem quando essa função é atendida e quando não é cumprida.⁴⁶⁸

Outra corrente concebe a função social do contrato como reforço à proteção dos contratantes em face de terceiros, impondo a estes um dever de colaboração com os contratantes e respeito às situações jurídicas constituídas das quais tenham conhecimento prévio, relativizando-se o princípio da relatividade dos contratos, que passa a ser interpretado à luz de sua função social. Para Teresa Negreiros,⁴⁶⁹ “à luz da nova principiologia contratual, a função social e o abuso de direito constituem fundamento para a responsabilização do terceiro que, ciente da existência de relação contratual anterior, não obstante contrata com o devedor obrigação incompatível com o cumprimento da primeira obrigação assumida por este”.

⁴⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III, p. 150; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 290-291.

⁴⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III, p. 146-147.

⁴⁶⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 93.

⁴⁶⁸ Artigo 182, § 2º, da Constituição Federal: A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor; Artigo 186 da Constituição Federal: A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

⁴⁶⁹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 249.

No mesmo sentido, Marcelo Benacchio,⁴⁷⁰ depois de diferenciar as hipóteses de responsabilização contratual e extracontratual de terceiros, conclui que, “lesando, o terceiro, o próprio *vinculum iuris*, por força de sua cumplicidade no inadimplemento, ou indução, e planejamento com o devedor para isso, ter-se-á por sua a responsabilidade contratual e solidária com o devedor inadimplente, cabendo à vítima, o credor, além de demonstrar a existência do contrato, seu descumprimento e o dano, a prova do ato doloso do terceiro”.

Essa responsabilização contratual do terceiro⁴⁷¹ com fundamento na função social do contrato, entretanto, não é pacífica na doutrina. Para alguns autores,⁴⁷² com os quais comungamos, o princípio da relatividade – que se situa na base da distinção entre os direitos pessoais e os direitos reais – não permite que um terceiro que eventualmente colabore com o devedor na violação de uma relação jurídica obrigacional seja também contratualmente responsável perante o credor pelas consequências decorrentes dessa colaboração.

Em que pesem os entendimentos em contrário, estender a terceiros que não contrataram responsabilidade contratual direta pelo incumprimento da obrigação do devedor parece extrapolar o alcance do que se deva compreender por função social do contrato.⁴⁷³ Portanto, o reconhecimento da função social do contrato não permite afirmar que terceiros passarão a ser partes da relação contratual, mas sim que terceiros não poderão se comportar como se o contrato simplesmente não existisse.⁴⁷⁴

⁴⁷⁰ BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil contratual*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 134.

⁴⁷¹ Na realidade a responsabilização contratual do terceiro é defendida pela doutrina que amplia o conceito de *parte* para envolver nele todos aqueles que, embora não participem da relação jurídica, sujeitam-se aos efeitos obrigatórios do contrato. Confira-se BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil contratual*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

⁴⁷² Nesse sentido, Mário Júlio de Almeida Costa, para quem “apenas indirectamente, através do património do devedor, poderá o credor aproveitar da indemnização de um terceiro que impediu ou embaraçou o cumprimento da obrigação” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2018. p. 92). Confira-se, no mesmo sentido, VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 12. reimpr. da 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. II, p. 62-63.

⁴⁷³ Para Gustavo Tepedino, é o princípio da boa-fé objetiva que protege o crédito em face de terceiros, e não o da função social do contrato: “O esmorecimento do princípio da relatividade indica, como observado no texto, a imposição aos contratantes de deveres extracontratuais, socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente. Não deve significar, todavia, uma ampliação da proteção dos próprios contratantes, o que amesquinhará a função social do contrato, tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, posto legítimos, já se encontram suficientemente tutelados pelo contrato. De outra parte, o princípio da boa-fé objetiva, informado pela solidariedade constitucional, por não se limitar ao domínio do contrato, alcança todos os titulares de situações jurídicas subjetivas patrimoniais, vinculando-os ao respeito de posições contratuais, suas ou de terceiros. Por isso mesmo, fundamenta-se na boa-fé objetiva a proteção do crédito em face de terceiros, não já no princípio da função social” (TEPEDINO, Gustavo. *Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula to the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II. p. 251, nota 14).

⁴⁷⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 142; NANNI, Giovanni Ettore. Contratos coligados. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 241.

Tal responsabilidade está relacionada à função social do exercício de direitos subjetivos – e não função social do contrato –, que impõe limitações para coibir o abuso de direito.⁴⁷⁵ Ela decorre do exercício de direitos subjetivos que, não obstante possam até estar em conformidade com a letra da lei, desviam-se de sua função social e de modo sistemático contrariam todo o ordenamento jurídico, razão pela qual devem ser rechaçados.⁴⁷⁶

Por fim, a terceira corrente concebe a função social do contrato como princípio⁴⁷⁷ que impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, outros interesses extracontratuais socialmente relevantes, relacionados direta ou indiretamente com o contrato, e que por ele possam ser atingidos.⁴⁷⁸

Assim, afirma-se que o interesse das partes é tutelado se, e enquanto estiver de conformidade não apenas com os interesses dos tutelados, mas também com os interesses da coletividade.⁴⁷⁹ Mas no que consiste precisamente estar em conformidade com os interesses da

⁴⁷⁵ Em síntese, o abuso de direito está previsto no artigo 187 do Código Civil e caracteriza-se pela ultrapassagem de certos limites no exercício de um direito legítimo, independentemente da análise da conduta do agente. Confira-se NANNI, Giovanni Ettore. Abuso do direito. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 752.

⁴⁷⁶ Confira-se, nesse sentido, RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 173.

⁴⁷⁷ Sem querer retornar à discussão acerca da distinção entre princípio e cláusula geral (*confira-se 3.1 Natureza da causa do contrato*), Claudio Luiz Bueno de Godoy conclui que a função social do contrato é cláusula geral e também um princípio: “Nesse sentido, então, pode-se perfeitamente dizer que a função social do contrato seja, ao mesmo tempo, tal como redigida no novo Código Civil, uma cláusula geral – do tipo restritivo (no caso da liberdade contratual) e regulativo (integrando o próprio conceito de contrato), como observa Judith Martins-Costa, especificamente a respeito da função social, valendo-se a propósito, da tipologia das cláusulas gerais elaborada por Menezes Cordeiro – e também um princípio. Isso porque, repita-se, enquanto forma legislativa impregnada de deliberada fluidez, a presente cláusula geral reenvia o juiz a um princípio haurido do próprio ordenamento, como antes analisado” (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 125). No mesmo sentido, Mairan Gonçalves Maia Júnior: “Com efeito, o Código Civil de 2002 reconhece a função social do contrato como princípio e cláusula geral, portanto, como meio de tornar operáveis soluções equitativas e concretas (art. 421); bem como limite ético jurídico ao livre exercício da autonomia privada, como estipula o art. 187, que dispõe sobre o abuso de direito; e como preceito de ordem pública, de obrigatória observância das partes, ou seja, como critério apto a aferir a validade ou não de convenções particulares, a teor do art. 2.035, parágrafo único” (MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A função social como instrumento de equilíbrio contratual no Código de Defesa do Consumidor*. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, v. 72, p. 17-47. dez. 2016. p. 30-31).

⁴⁷⁸ “Extraí-se daí a definição da função social do contrato, entendida como o dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio ambiente, às relações de trabalho” (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II. p. 19-20).

⁴⁷⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 121. Confira-se também Rosa Maria de Andrade Nery, para quem “O princípio da autonomia privada, que rege a obrigatoriedade dos contratos, a autorregulação dos interesses privados e a autonomia para o exercício dos poderes dominiais, portanto, continua sendo o inspirador principal da técnica jurídica de direito privado, que inspira e norteia a liberdade de contratar e de vivenciar situações jurídicas como principal fenômeno jurígeno de criação de direitos e de obrigações. Mas a técnica jurídica do direito privado não privilegia, como antes, o individualismo; ao contrário, a socialidade, impressa no novo sistema

coletividade? Evidente que a função social do contrato se cumpre quando observados, além dos interesses dos contratantes, também os interesses dos consumidores, da livre concorrência, do meio ambiente, das relações de trabalho, dentre outros.

Como afirma Nelson Nery Junior,⁴⁸⁰ “o contrato não pode mais ser visto como um negócio de interesse apenas para as partes, porque interessa a toda a sociedade, na medida em que os *standards* contratuais são paradigmáticos para outras situações assemelhadas”.

No entanto, o fato de o contrato se prestar a assegurar expectativas, como estrutura capaz de conferir às partes relativa garantia de que aquilo que foi pactuado entre elas prevalecerá no futuro, constitui por si um interesse socialmente relevante que merece ser tutelado. Como se viu, a mera estabilização das relações jurídicas, com vistas a proteger as legítimas expectativas dos contratantes, faz com que o contrato cumpra uma função social.⁴⁸¹

Em coerência com essa função social de conferir estabilidade jurídica às relações contratuais é que a Lei n. 13.873/19 acrescentou o parágrafo único ao artigo 421 do Código Civil, para deixar mais evidente que, “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

A nova disposição legal não representa, evidentemente, um retrocesso àquela velha teoria jurídica cunhada na ideologia liberal e sustentada por alguns dogmas que pregavam a absoluta liberdade e igualdade formal, mas que muitas vezes conduziam a um desequilíbrio de forças entre os contratantes.⁴⁸²

O que se busca é justamente reforçar a necessária estabilidade jurídica, reafirmando que as expectativas dos contratantes, tanto na fase pré-contratual quando na fase de execução e cumprimento do contrato, estejam asseguradas pelo ordenamento jurídico. Tanto o é que, mesmo nos contratos empresariais – em que a intervenção mínima estatal era mais bem aceita antes da alteração legislativa –, para os quais o artigo 421-A do Código Civil estabelece

do direito civil brasileiro, inspira o intérprete do direito, também, para a correta funcionalidade da autonomia privada” (NERY, Rosa Maria de Andrade. É possível a convivência do princípio da autonomia privada com o da lealdade, dito da boa-fé objetiva? *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, v. 73, p. 17-29, jan. 2017. p. 19)

⁴⁸⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos (coord.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003. p. 427.

⁴⁸¹ Isso porque não existe direito subjetivo que se concentre unicamente no interesse privado, na medida em que todo direito subjetivo só pode ser concebido porque existe um direito objetivo – este sim de interesse público. Confira-se PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 20-21.

⁴⁸² Confira-se 3.1.3 *Causa do contrato e autonomia privada*. Como se viu, “o contrato foi o instrumento jurídico pelo qual, sob a aparência da mais completa legalidade, fundada na liberdade e na igualdade, os poderosos puderam levar ao máximo, a exploração sobre os fracos com o aparecimento da proletarização das massas. Realmente, a igualdade era meramente formal, permitindo, e, mesmo, causando, a desigualdade econômica” (FARIA, Anacleto de Oliveira. *Instituições de direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 359-360).

presunção relativa de paridade entre as partes, é admitida prova em contrário que justifique o afastamento dessa presunção e permita a revisão e eventual reequilíbrio, de forma excepcional.⁴⁸³

Somente com essa desejável estabilidade é que os contratos também atendem à sua função econômica, outro prisma de análise possível de ser observado entre os elementos funcionais do contrato.⁴⁸⁴

Como afirma Gerson Luiz Carlos Branco,⁴⁸⁵ “o *interesse* somente adquire a adjetivação *social* se o contrato for observado sob o ponto de vista macroeconômico e normativo, inserido no sistema de direito privado, pois, sob o ponto de vista singular, a consequência direta da função social dos contratos é a proteção de interesse econômico particular de um dos contratantes”.

Sob o aspecto econômico, o contrato é reconhecido meio *facilitador*⁴⁸⁶ da circulação de bens e serviços, de riquezas em sentido mais amplo, e se define como a formalização jurídica da operação econômica,⁴⁸⁷ ou, em outras palavras, “a veste jurídico-formal de operações econômicas”.⁴⁸⁸

⁴⁸³ Confira-se, em sentido contrário, Vera Maria Jacob de Fradera, para quem essa parte da nova redação do artigo 421 causa estranheza, uma vez que “a lei maior autoriza o juiz a intervir durante a vida do contrato, embora esteja quase ausente no seu início e na sua conclusão. Essa redação dominada por termos vagos e imprecisos denota descuido da boa técnica legislativa e do direito como um todo, além de acarretar insegurança jurídica” (FRADERA, Vera Maria Jacob de. Art. 7º: liberdade contratual e função social do contrato: art. 421 do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Octavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coord.). *Comentários à lei da liberdade econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 302-303).

⁴⁸⁴ “Vale observar que a função socioeconômica do contrato é diretamente vinculada ao princípio norteador do Código Civil de 2002 da socialidade acima analisado. Não se trata, portanto, de aplicação do princípio constitucional da solidariedade, mas da função social do contrato, sendo um destes critérios, o interesse econômico na geração e circulação de riquezas” (REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Autonomia privada e a análise econômica do contrato*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 150-151).

⁴⁸⁵ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 268.

⁴⁸⁶ “Por outras palavras, dir-se-á que, na visão mais ampla que é consentida pelo prisma econômico, o contrato é essencialmente um *facilitador* da circulação de titularidades e valores e de modos de governo conjunto (ou ‘governança’) de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses. (...) Esse *facilitador* permitirá, nuns casos, a circulação de bens e serviços em direcção àqueles que revelem maior necessidade e capacidade de obtê-los; permitirá noutros casos, atenta à liberdade de não contratar, a fruição de bens e serviços pelos seus titulares, livre de interferências externas” (ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 18).

⁴⁸⁷ “Os contratos, como ensina Roppo, fornecem a disciplina jurídica da operação econômica realizada pelos contratantes, e essa disciplina zela para que o valor econômico correspondente à prestação e à contraprestação seja equivalente ou correspondente” (MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. A função social como instrumento de equilíbrio contratual no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, v. 72, p. 17-47, dez. 2016. p. 25-26).

⁴⁸⁸ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 11.

Analisado sob o prisma da função econômica – ou socioeconômica –, o contrato é instrumento de *maximização* de bem-estar entre as partes, na medida em que representa instrumento por meio do qual os contratantes aceitam um critério objetivo de regulação de seus interesses, em geral contrapostos e complementares,⁴⁸⁹ mesmo quando um contratante tem pouco conhecimento acerca da fiabilidade do outro.⁴⁹⁰ Nessa medida, as disposições negociais espelhadas no contrato se aproximam do paradigma abstrato das regras de um jogo.⁴⁹¹

Para que cumpra essa função, o núcleo jurídico do contrato delineado pelas partes deve revelar suas preferências autênticas, pois “um contrato que veicula preferências distorcidas e impede a satisfação das preferências autênticas é decerto um factor de ineficiência, bloqueando uma maximização efectiva dos interesses conjuntos que convergem no contrato; mas é também, e aproximadamente pelas mesmas razões, um contrato injusto”.⁴⁹²

Essa equação econômica que se formaliza no contrato conforme as preferências autênticas das partes deve atender, ainda, à boa-fé objetiva e a todos os seus deveres anexos, acessórios ou laterais,⁴⁹³ que, uma vez presentes, via de regra não pode ser alterada no processo de interpretação realizado pela atividade jurisdicional, sob pena de contrariar a função negocial do contrato e causar efeito reverso – qual seja, frustrar as legítimas expectativas⁴⁹⁴ das partes,

⁴⁸⁹ Fala-se em interesses negociais *em geral* contrapostos, pois há contratos em que os interesses são comuns e convergentes, como se verifica no contrato sociedade, por exemplo.

⁴⁹⁰ “Nesta visão, o contrato em direito privado, em especial o contrato de consumo, serve para remediar a desconfiança básica entre pessoas, funcionando, assim, como instrumento social de alocação de riscos, para alcançar a maior segurança possível entre os envolvidos e viabilizar a realização dos objetivos almejados pelas partes fortes e fracas” (MARQUES, Claudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. *In*: MARQUES, Claudia Lima (org.) *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 39).

⁴⁹¹ Confira-se ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 45-51.

⁴⁹² ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 331.

⁴⁹³ São considerados deveres anexos, acessórios ou laterais, por exemplo, os deveres de lealdade, cooperação, transparência, sigilo, entre outros. “Estes deveres resultam do princípio da boa-fé e têm por função assegurar a realização do dever de prestação principal, em termos que permitam tutelar o interesse do credor, mas também evitar que a realização da prestação possa provocar danos para as partes” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. I, p. 119). São, portanto deveres “que não integram direta nem secundariamente a prestação principal, mas são todavia essenciais ao concreto processamento da relação obrigacional, ou seja, à exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa” (NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. *In*: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 301-302). Distinguem-se dos deveres principais ou secundários basicamente em dois aspectos: *i*. possibilidade de surgirem antes ou independentemente de se haver constituído a relação obrigacional da qual decorre o dever de prestação; *ii*. possibilidade de terem como titular ativo pessoas estranhas à relação que deu origem ao dever de prestação. E, ainda, não dão ensejo à medida judicial para compelir ao seu cumprimento – como ocorre com o dever de prestação –, mas tão somente a eventual indenização, invalidação, resolução do contrato ou outra sanção similar, conforme o caso. Confira-se VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. I, p. 126-127.

⁴⁹⁴ “A conformação da responsabilidade do declarante com as legítimas expectativas do declaratório deve orientar a ação do julgador no ato de conferir a correta tutela judicial do contrato, pois é por meio da manutenção das

gerar instabilidade e insegurança jurídicas.⁴⁹⁵ E é justamente com essa função negocial que a causa do contrato se identifica.

3.2.2 Função negocial e causa do contrato

Da análise funcional do contrato extrai-se também sua função negocial, inusitadamente pouco versada por nossa doutrina. Por função negocial se compreende objetivamente aquilo que as partes pretenderam realizar com a operação contratual entabulada, ou seja, os efeitos práticos decorrentes do encontro de vontades, que se manifestam desde a formação do contrato, estendem-se durante sua execução e mantêm relevância também na fase pós-contratual. Essa função negocial é a causa do contrato.

Identifica-se com a “razão do contrato”, com o “para que se presta o contrato”, e não tem nenhuma ligação com os motivos subjetivos. A causa do contrato – ou função negocial – é única para ambas as partes, enquanto os motivos são distintos para cada contratante, e via de regra são absolutamente irrelevantes para a operação contratual.

Em um contrato de compra e venda, por exemplo, pouco importa a razão pela qual um contratante pretende comprar e o outro pretende vender. Nada importa ao comprador o que o vendedor fará com o dinheiro que receber, tampouco importa ao vendedor o destino que o comprador dará ao objeto adquirido. No entanto, a função negocial, ou seja, a causa do contrato, é única e objetiva para ambos os contratantes: pelo contrato de compra e venda, ambos pretenderam a transferência do bem do patrimônio de um ao outro, mediante o pagamento do preço e de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Em algumas situações essa função negocial pode se confundir com a função econômica do contrato. Nos contratos empresariais, por exemplo, em que o resultado econômico para as partes é a resposta mais relevante para o “para que contratar?”, a causa do contrato pode se confundir com a função econômica; mas essa não é a regra geral para os contratos de natureza civil: não obstante muitos possam ter relevante conteúdo econômico, a função negocial é ainda mais importante, seja por se tratar de bem ou obrigação infungível, seja por se tratar de contrato

expectativas que o Direito deve se concretizar” (PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. *Contratos: tutela judicial e novos modelos decisórios*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 152).

⁴⁹⁵ Confira-se GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos: a eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 231-239; LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Ativismo judicial disfuncional nos contratos*. São Paulo: IASP, 2018. p. 289-295; GOMES, Susete. *Paradigmas para a interpretação dos contratos complexos*. São Paulo: IASP, 2018, p. 279-282; MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 367-382.

sem expressão econômica relevante,⁴⁹⁶ seja por qualquer outra razão que distancie das reais expectativas dos contratantes o relevo econômico do contrato.

Na compra e venda de um imóvel, por exemplo, não obstante a operação contratual tenha relevante expressão econômica, a causa do contrato representa mais que a mera operação financeira de escambo de preço por coisa. A causa do contrato é mais que a função puramente econômica, pois incorpora, além do elemento patrimonial, as premissas fixadas⁴⁹⁷ e as expectativas que a operação contratual gerou para ambas as partes. Fosse puramente econômica a relevância da operação contratual, não se haveria de falar em preferência do credor para exigir o cumprimento *in natura* da obrigação do devedor, pois sob o ponto de vista econômico tudo se resolveria em perdas e danos.⁴⁹⁸

E mesmo quando há identidade de tipo⁴⁹⁹ a causa do contrato pode ser distinta. A causa do contrato de compra e venda de um imóvel para fins de investimento pode ser diferente da causa do contrato de compra e venda de um imóvel para fins de moradia, justamente porque a função negocial dos contratos pode ser distinta, uma vez que as expectativas comuns das partes também podem ser diferentes em relação aos efeitos práticos decorrentes de cada um dos contratos; e nessa hipótese a tutela jurídica de cada caso deve observar as diferentes causas dos contratos.

Neste último exemplo, repita-se, não se há de confundir a causa de cada contrato com a motivação ou as razões de foro íntimo das partes: comprar para moradia ou comprar para investimento. Além das razões de foro íntimo – que, não obstante sejam distintas, pouco importam para a causa do contrato –, as expectativas comuns das partes asseguradas em cada

⁴⁹⁶ Fala-se em *contrato sem expressão econômica relevante* porque se parte da premissa de que todo contrato tem natureza patrimonial, com todo o respeito aos entendimentos em sentido contrário (confira-se DUARTE, Nestor. Revisão dos contratos com finalidades diversas segundo o ramo do direito a que pertencem. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 75, p. 287-293, jan.-jun. 2012. p. 288). Nas palavras de Roppo, “onde não há operação econômica, não pode haver também contrato” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 11).

⁴⁹⁷ Integra a causa do contrato, por exemplo, a motivação íntima quando expressamente declarada como condição, hipótese que, se não implementada, subsidia fundamentos para a teoria da frustração do contrato. Cite-se, como exemplo, alguém que tenha alugado imóvel para temporada em estação de esqui, com o propósito declarado de praticar o esporte, mas se machuca pouco antes do início da locação. Frustração do contrato é, pois, a perda do sentido e da razão de ser da prestação, quando ela deixa de ser útil, ou seja, quando não se presta mais a satisfazer o interesse do credor, seja porque o fim pretendido não pode ser alcançado, seja porque o fim pretendido foi alcançado por outros meios. Cf. ITURRASPE, Jorge Mosset. *La frustración del contrato*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1991. p. 70. Sobre o tema, ainda, confira-se RAY, Jose Domingo; ESCALADA, Federico Videla. *La frustración del contrato y la teoría de la causa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985. Na doutrina nacional, confira-se COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

⁴⁹⁸ Código Civil, artigo 475: A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

⁴⁹⁹ Confira-se 3.1.4 *Causa do contrato e tipo contratual*.

contrato também são distintas. Estas sim, objetivamente identificadas em cada caso concreto, é que têm relevância para a causa do contrato.

Afirmar que ambos os contratos têm a mesma causa porque na compra e venda a causa do contrato é sempre a troca da coisa pelo preço⁵⁰⁰ em verdade significa afirmar que todo contrato de compra e venda tem a mesma função econômica; o que é diferente, como se demonstrou, de afirmar que ambos os contratos têm a mesma causa, ou a mesma função negocial.

Importante esclarecer que por expectativas das partes se consideram somente aquelas que tenham sido objeto das vontades declaradas, compreendidas tais declarações tanto como o “texto” do contrato propriamente dito quanto como o “contexto” do contrato, ou seja, as circunstâncias em que as declarações de vontade se expressaram.⁵⁰¹ As expectativas não declaradas efetivamente não ingressam no universo jurídico e, via de regra,⁵⁰² são de nenhuma relevância para o direito.⁵⁰³

⁵⁰⁰ Confira-se Francesco Galgano: “Altro è la causa del contratto, altri ne sono i motivi. La prima è la sua funzione oggettiva; ed è unica per entrambi i contraenti, sempre la stessa per i contratti di quel determinato tipo (causa della vendita è sempre lo scambio di cosa con prezzo, sia che si venda una nave o una scatola di fiammiferi)” (GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto civile e commerciale: Il negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 104).

⁵⁰¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 118.

⁵⁰² Excepciona-se a hipótese de reserva mental, verificada quando o declarante se reserva mentalmente não querer aquilo que se encontra declarado com o propósito de enganar o declaratário, ou terceiros. Na reserva mental verifica-se, portanto, uma divergência entre a vontade real (reservada) e a vontade declarada, que pode ser intencional ou não. Confira-se NERY JÚNIOR, Nelson. *Vícios do ato jurídico e reserva mental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 16-18. Em sentido contrário, Antônio Junqueira de Azevedo entende que, “no direito civil, não se admite, porém, a influência de reserva mental na validade do ato jurídico” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1986. p. 167).

⁵⁰³ “O objeto da interpretação não é a vontade interior, que o figurante teria podido manifestar, mas sim a manifestação de vontade, no que ela revela da vontade verdadeira do manifestante. É preciso que o *querido* esteja na manifestação; o que não foi manifestado não entra no mundo jurídico; o simples propósito, que se não manifestou, não pode servir para a interpretação” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 3, p. 424). Essa declaração de vontade, entretanto, pode ser *expressa*, *tácita* ou simplesmente pelo *silêncio*, conforme o artigo 111 do Código Civil. A manifestação pelo silêncio constitui um terceiro gênero, visto que a forma tácita supõe a existência de atos concludentes praticados pelo declarante, enquanto no silêncio o negócio jurídico se conclui justamente pela ausência de atos. Confira-se MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 38, p. 89. No mesmo sentido, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 546-547; TUTIKIAN, Priscila David Sansone. Silêncio como declaração negocial na formação dos contratos: sob a perspectiva dos modelos hermenêuticos de Miguel Reale. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 158; Serpa Lopes, em conhecida monografia publicada ainda na vigência do Código Civil de 1916. já afirmava “que toda a questão do silêncio se reduz a encarar-la na sua aptidão como forma de manifestação de vontade” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *O silêncio como manifestação da vontade*. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1961. p. 149).

O próprio artigo 112 do Código Civil⁵⁰⁴ não deixa dúvidas de que o objeto de interpretação é vontade declarada. Ocorre que, como destaca Nestor Duarte,⁵⁰⁵ “nem sempre, porém, o que foi declarado é suficiente para exprimir fielmente a vontade”.

A inclusão da expressão “nelas consubstanciadas” à redação do revogado artigo 85 do Código Civil de 1916⁵⁰⁶ ao que parece teve por escopo justamente acentuar a relevância do elemento objetivo na interpretação das declarações de vontade.⁵⁰⁷

E aqui salienta-se o aspecto prático deste trabalho, que busca situar a causa do contrato como imprescindível elemento para sua compreensão e interpretação.⁵⁰⁸ Interpretar o contrato nada mais é que procurar o alcance e o significado das normas instituídas pelas próprias partes na persecução do escopo negocial comum.⁵⁰⁹

A interpretação dos contratos – e dos negócios jurídicos em geral – enfrenta o histórico dilema entre o sentido subjetivo da vontade do contratante e o sentido objetivo da declaração.⁵¹⁰

Não é o caso a esta altura de imersão maior em cada uma das teorias – teoria da vontade e teoria da declaração –, mas é possível afirmar que “buscar a intenção das partes consubstanciadas em suas declarações” significa reconhecer que a literalidade do texto é um claro limite imposto pela lei ao intérprete; mas quando o sentido literal flagrantemente se

⁵⁰⁴ Artigo 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

⁵⁰⁵ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de *et al.* In: PELUSO, Antonio Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 12. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2018. nota ao art. 112, p. 89.

⁵⁰⁶ Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.

⁵⁰⁷ NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 197; no mesmo sentido, TUTIKIAN, Priscila David Sansone. Silêncio como declaração negocial na formação dos contratos: sob a perspectiva dos modelos hermenêuticos de Miguel Reale. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 148.

⁵⁰⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1986. p. 129.

⁵⁰⁹ Confirma-se SCHREIBER, Anderson *et al.* *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 73-74.

⁵¹⁰ Em síntese, a Teoria da Vontade (*Willenstheorie*) – que teve como teóricos Savigny e Windscheid, além de Puchta, Zitelmann e Thibaut – procura investigar a real vontade das partes, baseada na premissa de que os negócios jurídicos se constituem de dois elementos, quais sejam, vontade interna e declaração da vontade, sendo a declaração da vontade um processo de revelação da vontade interna. Já a Teoria da Declaração (*Erklärungstheorie*) – cuja concepção se atribui a Liebe e a formulação completa a Bulow – milita pelo predomínio da vontade declarada sobre a vontade interna, ou seja, vale o que foi declarado, independentemente de haver correspondência entre a declaração e a vontade interna. Na primeira teoria, a predominância da vontade dos declarantes desponta como dogma absoluto, enquanto na segunda prevalece a vontade – mesmo que fictícia – que se infere da declaração. Confirma-se GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 10-14; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *O silêncio como manifestação da vontade*. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1961. p. 148-149; NERY JÚNIOR, Nelson. *Vícios do ato jurídico e reserva mental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 8-11. Confirma-se também em AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 87-102, análise comparativa das codificações civis francesa e alemã no que diz respeito à suposta adoção de cada uma das teorias, com a conclusão de que, na realidade, nenhuma delas é integralmente adotada ou desprezada por cada um dos sistemas jurídicos.

desprende da intenção das partes⁵¹¹ e frustra as expectativas que o contrato buscou assegurar, é preciso ir além na investigação da intenção comum⁵¹² dos contratantes, ou seja, naquilo que as partes efetivamente pretenderam ou quais expectativas comuns o contrato tinha por escopo assegurar.

Surge assim uma terceira teoria, de posição intermediária, conhecida na doutrina italiana como teoria do *affidamento*,⁵¹³ incorporada ao Direito brasileiro pelo Código Civil de 2002.⁵¹⁴ Trata-se da teoria da confiança, uma variação atenuada da teoria da declaração, segundo a qual, “havendo divergência entre a vontade e a declaração, deve esta prevalecer sobre aquela porque, via de regra, o declarante deve responder pela *confiança* que o declaratório nele depositou ao contratar”.⁵¹⁵

Quando o artigo 112 do Código Civil prescreve que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada”, não está fazendo referência ao elemento subjetivo de cada contratante que motivou a declaração de vontade, mas sim à intenção comum das partes consubstanciada nas declarações de vontade.

É justamente nesse contexto que a causa do contrato ganha relevo, pois somente perquirindo a função negocial do contrato é que o intérprete poderá compreendê-lo em sua

⁵¹¹ Quando a declaração se desprende da intenção das partes de forma intencional, ou seja, quando a vontade interna e a declaração estão conscientemente em oposição, com vistas a produzir efeitos diversos daquele ostensivamente indicado e com o objetivo de prejudicar terceiros, tem-se a *simulação*. Nas palavras de Francisco Ferrara, “é a declaração dum conteúdo de vontade não real, emitida conscientemente e por acôrdo entre as partes, para produzir, com o fim de enganar, a aparência dum negócio jurídico que não existe ou é diferente daquele que se realizou” (FERRARA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Tradução de A. Bossa. São Paulo: Saraiva, [s.d.]. p. 65). Não obstante a nulidade dos contratos não seja objeto de investigação neste estudo, na *simulação* é justamente o desvio da causa do contrato que caracteriza a ausência de correspondência entre o ato simulado e o ato praticado.

⁵¹² Jean Domat já afirmava que “cada parte deve explicar com clareza e sinceridade o que promete e o que pretende. Assim é que a convenção se explica ou se interpreta conforme a intenção comum das partes” (*Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Livro I, t. I, sec. II, n. 8). Não é de hoje, portanto, que “a intenção comum das partes é o postulado normativo de toda interpretação contratual” (NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunae contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 444).

⁵¹³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *O silêncio como manifestação da vontade*. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1961. p. 149.

⁵¹⁴ “Essa é hoje a Teoria que embasa o Direito brasileiro. Ao modificar o teor do art. 85 do Código Civil de 1916 e introduzir no art. 112, que lhe corresponde, a expressão ‘intenção nelas consubstanciada’ (referindo-se às declarações de vontade negocial) o Código de 2002 não acolheu nem a Teoria da Vontade nem a Teoria da Declaração, mas a Teoria da Confiança que decorre de um amoldamento conferido à Teoria da Declaração” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 251, nota 149, e p. 547).

⁵¹⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. *Vícios do ato jurídico e reserva mental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 11. “A tutela da confiança constitui um princípio fundamental de concretização da boa-fé objetiva” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil: introdução, fontes do direito, interpretação da lei, aplicação da lei no tempo, doutrina geral*. 4. ed. ref. e atual. Coimbra: Almedina, 2017. v. I, p. 975).

plenitude. Ao ultrapassar os limites da literalidade do texto – quando necessário⁵¹⁶ –, o intérprete deve caminhar em busca da função negocial do contrato, e para isso precisa atribuir ao texto, ou às manifestações de vontade declaradas, seus reais significados dentro das circunstâncias concretas do caso.⁵¹⁷

Assim como os ideais cristalizados na Escola da Livre Investigação do Direito⁵¹⁸ – que, em contraposição aos signatários da Escola da Exegese, superou o método tradicional de interpretação para buscar na lei uma vontade não declarada pelo legislador –, interpretar o contrato conforme a intenção comum das partes consubstanciada em suas declarações é ir além de atribuir aos textos e vontades declaradas seus verdadeiros significados, conforme as circunstâncias concretas do caso.

Depois de destacar o papel da autonomia da vontade, François Gèny⁵¹⁹ conclui que, na ausência de formulações nítidas, a vontade das partes deverá ser procurada no fim essencial da operação, que se esclarecerá pelas circunstâncias morais, econômicas, psicológicas e sociais do caso concreto.

Portanto, em busca da causa do contrato, a interpretação deve levar em consideração todas essas circunstâncias⁵²⁰ e ainda as expectativas comuns das partes declaradas nos

⁵¹⁶ De acordo com o *princípio da fixação genética*, deve-se “dar primeira atenção à textualidade, à letra, ao sentido literal, que é decisivo se se trata de *certa verba* (termos exatos e precisos)” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 3, p. 418-419); no mesmo sentido, CESAR, José Augusto. *Ensaio sobre os actos jurídicos*. Campinas: Casa Genoud, 1913. p. 122.

⁵¹⁷ “Mas, antes de mais nada, devemos ter presente que, mesmo quando a declaração de vontade consiste em palavras, as palavras não têm nunca um sentido fixo; pelo contrário, o seu significado depende sempre das *circunstâncias do caso* e muda com estas” (DANZ, Erich. *A interpretação dos negócios jurídicos*. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia. Editores, 1941. p. 60).

⁵¹⁸ Em síntese, as críticas da Escola da Livre Investigação do Direito se resumem a dois pontos específicos em relação ao que denomina “métodos tradicionais de interpretação”: *i.* o fato de que toda solução jurídica se relaciona direta ou indiretamente à literalidade da lei; *ii.* a circunstância de que os ideais interpretativos preconizados por esses métodos se regem por uma lógica simplista, dedutivista e por conceitos abstratos que, pretensamente, põem-se aprioristicamente ao intérprete e ao próprio legislador. Confira-se MAGALHÃES, Vinícius de Mattos. O construtivismo de François Gèny e a metódica estruturante de Friedrich Müller: há um paralelismo possível entre a Escola da Livre Investigação Científica e a Teoria Estruturante do Direito? *Themis – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, v. 8, n. 2, p. 15-26, 2010. François Gèny, seu maior representante, defendia que a lei positiva não continha em si solução para todos os casos concretos, razão pela qual era preciso recorrer a fontes suplementares do direito e à livre investigação – esta como último recurso e que não se confunde com manifestação subjetiva dos valores do intérprete, mas como um imprescindível trabalho científico para alcançar a solução do caso concreto com base na observação dos fatos sociais, sempre limitada, entretanto, pelas leis. Confira-se GÈNY, François. *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*. Paris: LGDJ, 1910. t. I e II.

⁵¹⁹ “Seul, l’examen de ces circonstances permettra de discerner, par voie de présomption, l’intention obscure des contractants” (GÈNY, François. *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*. Paris: LGDJ, 1910. t. II, p. 155).

⁵²⁰ “Desde o início do contrato deve ficar claro – e as provas dos autos devem revelar tais detalhes, caso a interferência jurisdicional se imponha –, como as partes se movimentaram, em que ambiente o negócio foi celebrado, em que condições de fato e de que forma foram delineadas as cláusulas do contrato, sobre se elas colocaram – ou poderiam colocar – uma das partes em vantagem sobre a outra, principalmente, se o contato prevê execução diferida no tempo” (NERY, Rosa Maria de Andrade. É possível a convivência do princípio da

momentos anteriores à contratação, como também as condutas que os contratantes assumiram no cumprimento de suas respectivas obrigações contratuais; e mesmo posteriormente à celebração do contrato, enquanto houver irradiação de seus efeitos.⁵²¹

É neste ponto que a interpretação pela causa do contrato se aproxima da Teoria da Confiança – também denominada teoria do crédito social⁵²² –, segundo a qual “a declaração de vontade é eficaz, ainda quando não corresponda à vontade interna do declarante, se o destinatário não souber, ou não puder saber, que não corresponde à vontade”.⁵²³

Causa do contrato e confiança, entretanto, são coisas distintas. Como já se afirmou, parte-se da premissa de que todo contrato tem uma causa, pela simples razão de que ninguém contrata simplesmente por contratar, sem a pretensão de obter daquela operação negocial algum efeito prático. Ninguém contrata sem a pretensão de que alguma expectativa seja assegurada pelo contrato.⁵²⁴

No entanto, as operações contratuais têm eficácia independentemente da confiança dos contratantes, pois os contratos geram efeitos mesmo que entre as partes possa porventura haver desconfiança. Por isso, como bem afirma Carneiro da Frada,⁵²⁵ “se fosse de dizer que a confiança constituía a *causa* da eficácia negocial, teria de concluir-se que, onde essa confiança se não gerasse por qualquer razão, aquela eficácia também não se daria”.

Assim, não obstante confiança e causa do contrato sejam coisas distintas, a interpretação do contrato pela causa necessariamente esbarra na Teoria da Confiança, na medida em que as expectativas comuns das partes asseguradas pelo contrato podem ter maior ou menor gradação

autonomia privada com o da lealdade, dito da boa-fé objetiva? *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, v. 73, p. 17-29, jan. 2017. p. 23).

⁵²¹ “E como o juiz, para a interpretação, deve ter em conta não só os acordos expressos anteriores à celebração do negócio jurídico, – mas também os diferentes sucessos e factos ocorridos antes da celebração para fixar, tendo-os presentes, o sentido da declaração de vontade litigiosa, da mesma forma terá também que proceder com as aclarações das palavras, ou os actos posteriores à celebração do negócio jurídico” (DANZ, Erich. *A interpretação dos negócios jurídicos*. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia. Editores, 1941. p. 93).

⁵²² Também denominada teoria do crédito social, uma vez que a confiança do destinatário se determinou segundo o momento social do negócio, graças ao qual adquiriu relevo jurídico suficiente para precluir a indagação sobre a vontade que estaria por trás da declaração. Confira-se SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli: Jovene, 1954. p. 130.

⁵²³ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 16.

⁵²⁴ Lembre-se que não é o contrato que garante a concreção das expectativas; ele simplesmente se presta a assegurar expectativas, como estrutura capaz de conferir às partes relativa garantia de que aquilo que foi pactuado entre elas prevalecerá no futuro.

⁵²⁵ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 67.

conforme a confiança estabelecida entre os contratantes, que uma vez frustrada pode dar ensejo à reparação.⁵²⁶

Abram-se parêntesis aqui para distinguir também *confiança* de *boa-fé*, que não se confundem, apesar da origem comum que têm na ideia de *fides* do Direito Romano.⁵²⁷ Assumindo como verdadeira a assertiva de Niklas Luhmann, para quem as funções primárias do Direito consistem justamente em *direcionar condutas e assegurar expectativas*,⁵²⁸ a boa-fé desempenharia uma função de direcionamento comportamental, ordenando as condutas humanas dentro de parâmetros sociais éticos, enquanto à confiança se destinaria a função de assegurar as legítimas e fundadas expectativas.⁵²⁹

E é da Teoria da Confiança que decorre o *dever de coerência*, ou seja, o dever de cada contratante se abster de adotar comportamentos contraditórios no âmbito da relação contratual: *nemo potest venire contra factum proprium*.⁵³⁰

Trata-se de expressão que tem origem canônica e exprime reprovação social e moral ao comportamento contraditório, ou seja, à postura jurídica de um sujeito que contradiz um comportamento jurídico anteriormente assumido por ele próprio. Ambos os comportamentos diferidos no tempo são lícitos se analisados isoladamente, mas há uma incoerência comportamental, na medida em que a segunda postura contraria a anterior.⁵³¹

Esse dever de coerência, a proibição do comportamento contraditório, somente se impõe quando a contradição dos próprios atos possa violar expectativas despertadas pela contraparte e lhe causar prejuízos, pois somente se há de falar em *dever de coerência* quando o *venire contra factum proprium* atentar contra a confiança, uma vez que há casos em que o dever de

⁵²⁶ Como conclui Carneiro da Frada, o reconhecimento da responsabilidade civil pela confiança exprime, em sua essência, a “indeclinável exigência do Direito segundo a qual aquele que origina a confiança de outrem e a frustra deve responder, ao menos em certas circunstâncias, pelos danos causados” (FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 901). Tal responsabilidade pode ser contratual ou aquiliana, conforme o caso.

⁵²⁷ Confira-se MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 53-54.

⁵²⁸ Confira-se 3.2 *Análise funcional do contrato e sua causa*.

⁵²⁹ Confira-se MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 292. No mesmo sentido, JOBIM, Marcio Felix. *Confiança e contradição: a proibição do comportamento contraditório no direito privado*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2015. p. 143-144.

⁵³⁰ “A expressão *venire contra factum proprium* consubstancia o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento, há quebra da regra da boa-fé porque se volta contra as expectativas criadas – em todos, mas especialmente na parte contrária.” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme a boa-fé objetiva. Impossibilidade de venire contra factum proprium e de utilização de dois pesos e duas medidas (tu quoque). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do “programa contratual” estabelecido*. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 167.

⁵³¹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 742 e seguintes.

coerência de um dos contratantes não integra as expectativas do outro, hipótese em que não se haverá de falar em frustração da confiança.⁵³²

Da mesma forma a duplicidade de comportamento traduzida no *tu quoque*, ou seja, aquela célebre frase de Júlio César expressa na doutrina alemã de Larenz e Teubner, que significa “até você, que agiu desse modo, vem exigir de mim um comportamento diferente?”.⁵³³

Essa duplicidade de comportamento também pode afetar a causa do contrato, na medida em que a função negocial da operação contratual se desvirtua daquela formada com o encontro das declarações de vontade dos contratantes.

Exemplo do Código Civil que pode ser invocado para ilustrar a vedação a essa duplicidade de comportamento está expresso no artigo 476, que em outras palavras veda que nos contratos bilaterais uma parte exija o implemento da obrigação da outra antes de cumprir a sua.⁵³⁴ Esse fundamento legal, em última análise, confere proteção à causa do contrato, na medida em que assegura que a função negocial do contrato se efetivará sem “inversão de ordens”, tal como cunhada pelos contratantes conforme as circunstâncias do caso concreto.

A consideração de todos esses elementos – boa-fé, confiança, dever de coerência e vedação à duplicidade de comportamentos – é relevante para a interpretação do contrato, mas isoladamente não é determinante para a compreensão da operação negocial em sua plenitude.

Tais elementos, que de certa forma derivam da boa-fé objetiva e convergem para conjuntamente definir o que se entende por “comportamento conforme a boa-fé objetiva”,⁵³⁵ são na realidade meios – entre outros que integram as circunstâncias do caso concreto – para o conhecimento da verdadeira função negocial, ou seja, para a revelação da causa do contrato, esta sim imprescindível de ser bem compreendida para que seja preservada pelo intérprete na prestação da adequada tutela contratual.

⁵³² Confirma-se SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 63.

⁵³³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme a boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do “programa contratual” estabelecido. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 169.

⁵³⁴ “Nos contratos bilaterais sinalagmáticos, ambos os contratantes têm o dever de cumprir, recíproca e concomitantemente, as prestações por eles assumidas. Nenhum deles pode exigir, isoladamente, que o outro cumpra a prestação, sem a contrapartida. Só quem cumpre a sua parte na avença pode exigir o cumprimento da parte do outro” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 12. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. nota 5 ao artigo 476. p. 1037).

⁵³⁵ “A inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indissociável da vida de relação, sem o qual ela mesma seria inviável” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 239).

Por fim, com as conclusões que se puderam extrair das premissas estabelecidas ao longo do trabalho, parece perder sentido a acalorada discussão doutrinária em torno da recepção, ou não recepção, da causa do contrato por um ou outro ordenamento jurídico.

Na condição de elemento que se extrai da análise funcional do contrato, tem-se que a causa deste está presente e tem relevância na teoria geral do contrato em qualquer sistema jurídico, uma vez que por função negocial – ou causa do contrato – se compreende precisamente aquilo que as partes objetivamente pretenderam realizar com a operação contratual entabulada e os efeitos práticos almejados com o encontro das manifestações de vontade.

CONCLUSÕES

Em razão do dissenso doutrinário em estabelecer o conceito de *causa* – e mais precisamente o de *causa do contrato* –, não houve como defini-la sem percorrer, mesmo que brevemente, a sua evolução histórica.

Apesar de o Direito Romano não ter sistematizado uma *teoria da causa*, e a despeito de não haver unanimidade em relação à sua origem e significado, parece não haver dúvidas de que a noção que se tem hoje de *causa* é decorrência da evolução de suas concepções cunhadas no Direito Romano.

No período medieval houve inegável contribuição dos glosadores e dos pós-glosadores, mas as bases das modernas teorias sobre a *causa* surgiram posteriormente, com a jurisprudência francesa, que sistematizou de modo mais claro e transparente o direito positivo então existente, com a introdução do racionalismo cartesiano na ciência do direito.

Não obstante tenha sido construída paulatinamente ao longo dos séculos, a *teoria da causa* foi sistematizada pela primeira vez por Jean Domat, que concluiu ser requisito essencial de toda obrigação a existência de uma *causa*.

Para Domat, o que importava era a *causa da obrigação*, apesar de não ser muito clara em sua doutrina a distinção conceitual entre obrigação e contrato, que aparentemente lhe parecem ideias sinônimas; graças a essa confusão conceitual, a noção de causa, até então aplicada fundamentalmente às questões patrimoniais, introduz-se na teoria geral dos contratos.

Pothier dá seguimento à investigação da *causa* e estabelece relevante distinção entre *causa do contrato* e *causa da obrigação*. Equipara a noção de causa à ideia de fonte da obrigação, ou de *causa eficiente*, como geradora da obrigação; e como algo distinto da causa da obrigação se refere à causa do contrato, não como elemento integrante, nem como pressuposto ou requisito essencial ao contrato, mas como elemento que acarreta a nulidade do contrato quando padece de vício.

O Código Civil francês de 1804 positivou a causa na redação dos artigos 1.108 e 1.131 a 1.133, mas deixou a encargo da doutrina e da jurisprudência estabelecerem seu conceito e extensão. Além de não definir um conceito, o *Code Civil* tornou a confundir as ideias de causa do contrato e causa da obrigação, na medida em que considerava a causa uma condição essencial de validade do contrato, condição esta que se concretizava quando presente “uma causa lícita da obrigação”.

Na Itália, o Código Civil de 1865 essencialmente replicou o Código Civil francês no que se refere à causa, nos artigos 1.104 e 1.119 a 1.123, enquanto o Código Civil alemão de 1900, afastando-se das doutrinas de Domat e Pothier, nem sequer mencionou a causa no âmbito da teoria do negócio jurídico e na teoria geral dos contratos, situando-a no campo dos negócios jurídicos de atribuição patrimonial.

Principalmente a partir da codificação nos Direitos francês e alemão espalharam-se para outros países duas concepções distintas em relação ao problema da causa: a dos *anticausalistas*, que consideram a causa algo irrelevante ou até mesmo inútil na teoria geral dos contratos; e a dos *causalistas*, que a consideram requisito do contrato.

Dentre os *causalistas*, destacaram-se pelo menos duas principais orientações distintas: a concepção *subjetiva* compreende a causa como finalidade do contrato, como a intenção das partes ou o propósito específico da convenção por elas estabelecida – distinguindo essa intenção dos motivos íntimos; enquanto a concepção *objetiva* considera a causa requisito de validade não somente dos contratos, mas do negócio jurídico em geral, conceituando-a como a “razão econômico-jurídica”, o “fim prático” ou a “função econômico-social” do negócio jurídico.

Foi nessa concepção objetiva que a causa passou a ser versada por juristas de grande envergadura e encontrou sua maior expressão na doutrina de Emilio Betti. Incorporada ao Código Civil italiano de 1942, consagrou-se a causa em sentido unitário como requisito dos contratos, como mecanismo de controle, na medida em que os poderes da autonomia privada não deveriam ser exercidos em contraposição à função social a que se destinavam.

Com a queda do sistema político-econômico que vigorava ao tempo do Código Civil italiano de 1942 e a recuperação de valores como a liberdade e a democracia, resgatados com a Constituição da república, fez-se necessária uma releitura da concepção de *causa*.

Afastando-se da dicotomia instalada entre as teorias subjetiva e objetiva, a doutrina converge para os conceitos de *causa em concreto* e *causa em abstrato*; aquela consiste na função econômico-social típica, abstratamente prevista no ordenamento jurídico, enquanto esta se identifica com o interesse concretamente perseguido pelo contrato – e não o interesse das partes do contrato –, a ser regulado pelo ordenamento jurídico.

O fato de a causa ter sido deliberadamente afastada da nossa codificação civil de 1916 despertou pouco interesse na doutrina nacional sobre o tema, mas não evitou que por aqui também houvesse espaço para divergências entre causalistas e anticausalistas. No entanto, com o advento do Código Civil de 2002 reacendeu o interesse em torno da causa, com as redações atribuídas aos artigos 421 e 2.035, parágrafo único, que consagraram a função social como elemento de todo e qualquer contrato.

Partindo-se do pressuposto de existirem ao menos duas formas essenciais de analisar determinado conceito ou instituto jurídico, quais sejam, por seu aspecto *estrutural* (por meio dos elementos estáticos componentes do instituto que se busca definir) ou por seu perfil *funcional* (pelos elementos dinâmicos por meio dos quais se busca a finalidade do instituto), conclui-se que a *causa do contrato* não compõe seus elementos estruturais, mas trata-se de elemento que se extrai da análise funcional do contrato – portanto extrínseco a ele –, *que justifica e regula a autonomia privada*.

A causa do contrato é compreendida, portanto, como elemento prático-funcional extrínseco e indissociável do contrato, que liga e subordina a autonomia privada – não enquanto *querer*, mas enquanto *para o que se quer* – à tutela legal prevista em abstrato.

Conclui-se, com isso, que perdem todo o sentido as discussões doutrinárias travadas entre causalistas e anticausalistas, uma vez que, na condição de elemento que se extrai da análise funcional do contrato, a causa do contrato está presente e tem relevância na teoria geral do contrato em qualquer sistema jurídico.

Em razão disso, a exclusão da causa como requisito de validade dos contratos no Direito positivado francês em absolutamente nada interferiu na teoria da causa do contrato, tal como compreendida neste estudo, pois, enquanto função, simplesmente ela deixou de figurar entre os elementos *estruturais* do contrato para situar-se, acertadamente, entre seus elementos *funcionais*.

Definida a *causa do contrato* como seu elemento funcional, evidencia-se a distinção que se havia feito da *causa da obrigação*, e busca-se esclarecer as confusões que muitas vezes a doutrina fez e faz entre a *causa do contrato* e a *causa de atribuição patrimonial*, a *causa do contrato* e o *objeto* ou *conteúdo do contrato*, e a *causa do contrato* e o *tipo contratual*.

Causa de atribuição patrimonial não se confunde com a *causa do contrato*, pois trata-se da situação jurídica que justifica ou autoriza o deslocamento patrimonial de uma parte a outra, de conformidade com o ordenamento jurídico.

Causa do contrato e *objeto do contrato* também não se confundem, pois este constitui os bens ou obrigações sobre os quais o contrato dispõe; e as disposições, o regulamento sobre tais bens e obrigações, formam o *conteúdo* do contrato.

E com o *tipo contratual* também a *causa do contrato* não se confunde, pois aquele é a identificação atribuída pela lei a determinados negócios jurídicos, cuja disciplina também é regulamentada.

O fato de a *causa do contrato* ser delineada pelas partes no âmbito da autonomia privada não a confunde também com os *motivos* ou finalidades das partes, tal como concebia a superada

doutrina francesa. Isso porque a vontade declarada no âmbito da autonomia privada e a intenção particular das partes se desvinculam do contrato e adquirem objetivação comum para estabelecer a extensão e os efeitos práticos da relação negocial e, com isso, forjar a *causa do contrato*.

Da análise funcional do contrato identificam-se, então, a sua função social, econômica e negocial, esta última correspondente à *causa do contrato*, que deve ser perquirida pelo intérprete para prestação da correta tutela contratual.

Quando o artigo 112 do Código Civil estabelece que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada”, não está fazendo referência ao elemento subjetivo de cada contratante que motivou a declaração de vontade, mas sim à intenção comum das partes consubstanciada nas declarações de vontade, ou seja, à causa do contrato, àquilo que as partes objetivamente pretenderam com a operação contratual.

Para perquirir a *causa do contrato* e compreendê-la em sua plenitude por vezes é necessário que o intérprete ultrapasse os limites da literalidade do texto ou das manifestações de vontade declaradas, a fim de atingir seus reais significados dentro das circunstâncias concretas do caso.

Deve-se então interpretar o contrato conforme a intenção comum das partes consubstanciada em suas declarações, dentro das circunstâncias morais, econômicas, psicológicas e sociais do caso, interpretando a vontade comum das partes conforme o fim essencial por elas pretendido na operação negocial em concreto.

É justamente para preservar e compreender a causa do contrato – ou sua função negocial – que tem relevância a interpretação do contrato conforme a boa-fé, a confiança, o dever de coerência e a vedação à duplicidade de comportamentos das partes.

Todos esses elementos, que convergem para definir o que se entende por “comportamento conforme a boa-fé objetiva”, são na realidade meios – entre outros que integram as circunstâncias do caso concreto – para o conhecimento da *causa do contrato*, esta sim imprescindível de ser bem compreendida para que seja preservada pelo intérprete na prestação da adequada tutela contratual.

REFERÊNCIAS

- ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ALEXY, Robert. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette (org.). *Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile e commerciale: il contratto in generale: fonti, teorie, metodi*. Milano: Giuffrè, 2014.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. Do enriquecimento sem causa. *RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 259, p. 3-36, maio 1957.
- AMARAL, Francisco. Introdução à teoria geral da relação jurídica. In: DIAS, Adahyl Lourenço *et al.* (col.). *Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- AMARAL, Luiz Fernando. *Contrato e teoria do adimplemento substancial*. Indaiatuba: Foco, 2019.
- AMERICANO, Jorge. *Ensaio sobre o enriquecimento sem causa*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1933.
- ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1983. v. II.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. v. III.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. v. II.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário*. 3. ed. Belém: Cejup, 1988.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1986.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Contrato de distribuição: causa final dos contratos de trato sucessivo... *RT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 93, v. 826, p. 119-136, ago. 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *In: Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme a boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do “programa contratual” estabelecido. *In: Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARASSI, Lodovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1948. v. II.

BARBERO, Domenico. *Sistema del derecho privado*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967. v. I.

BARCELLONA, Mario. *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*. Vicenza: Cedam, 2015.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; BARDE, L. *Trattato di diritto civile: riscontri al codice civile italiano, note esplicative e appendice originali a cura di P. Bonfante, G. Pacchioni e A. Sraffa*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, [s.d.]. v. I – Delle obbligazioni.

BECHARA, Guilherme Fontes. *A causa dos contratos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil contratual*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BENEMOND, Fernanda Henneberg. *Contratos “built to suit”*. Coimbra: Almedina, 2013.

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*: seconda ristampa corretta della seconda edizione. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1955.

BETTI, Emilio. Causa del negozio giuridico. *In: Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957. v. III.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 12. ed. atual. por Achilles Beviláqua e Isaias Beviláqua. São Paulo: Paulo de Azevedo, 1959. v. 1.

BIANCA, Cesare Massimo. *Derecho civil: el contrato*. Tradução de Fernando Hinestrosa y Édgar Cortés. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. v. III.

BIONDI, Biondo. *Il diritto romano*. Bologna: Licino Cappelli Editore, 1957.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Bari: Laterza, 2007.

BONFANTE, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. Tradução de Luis Bacci y Andres Larrosa. Madrid: Reus, [s.d.].

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos. *In: MARTINS-COSTA, Judith. Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. 13. ed. Paris: Dalloz, 2018.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago. Breves notas aos princípios, cláusulas gerais e os institutos de direito privado. *In: RIBEIRO, Ana Cecília Rosário et al. Os princípios e os institutos de direito civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.].

CAPITANT, Henri Lucien. *De la causa de las obligaciones*. Tradução de Eugenio Tarragato y Contreras. Madrid: Góngora, [s.d.].

CARRARA, Giovanni. *La formazione dei contratti*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1915.

CARRESI, Franco. *Trattato di diritto civile e commerciale: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1987. v. XXI, t. I.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e do Brasil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966.

CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985.

CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Reimpresión. Madrid: Civitas, 2016.

CESAR, José Augusto. *Ensaio sobre os actos jurídicos*. Campinas: Casa Genoud, 1913.

CHANTEPIE, Gaël; LATINA, Mathias. *La réforme du droit des obligations*. Paris: Dalloz, 2016.

CIOFFI, Carmine B. N. *Classe, concetto e tipo nel percorso per l'individuazione del diritto applicabile ai contratti atipici*. Torino: Giappichelli, 2008.

COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil: introdução, fontes do direito, interpretação da lei, aplicação da lei no tempo, doutrina geral*. 4. ed. ref. e atual. Coimbra: Almedina, 2017. v. I.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de direito civil: parte geral, negócio jurídico*. 4. ed. ref. e atual. Coimbra: Almedina, 2017. v. II.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2018.

COSTEA, Luis Martin-Ballesteros y. *La manifiesta intención de obligarse y el derecho nuevo*. Madrid: Montecorvo, 1963.

DABIN, Jean. *La teoría de la causa*. Tradução de Francisco de Pelsmaeker. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

DANZ, Erich. *A interpretação dos negócios jurídicos*. Tradução de Fernando de Miranda. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia. Editores, 1941.

DE CABARRUS, Charlotte. Présentation de la réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations. In: PIGNARRE, Geneviève (coord.). *Le droit des obligations d'un siècle à l'autre: dialogues autour de la réforme du titre III du livre III du Code civil*. Paris: Institut Universitaire Varenne/LGDJ, 2016.

DELFINI, Francesco. *Autonomia privata e contratto: tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2019.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 6. ed. Madrid: Civitas, 2007. v. I.

DOMAT, Jean. *Las leyes civiles en su orden natural*. Tradução de Felio Vilarrubias y José Sardá. 1. ed. colombiana tirada da 2. ed. de 1844. Bogotá: ABC/Arkhe, 2015. t. I.

DUARTE, Nestor. Revisão dos contratos com finalidades diversas segundo o ramo do direito a que pertencem. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 75, p. 287-293, jan.-jun. 2012.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 11. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Tradução de Blas Perez Gonzales e Jose Alguer. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1966. t. II, parte II.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Systema do direito civil brasileiro: introdução e parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917. v. I.

FARIA, Anacleto de Oliveira. *Instituições de direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

FERRARA, Francisco. *A simulação dos negócios jurídicos*. Tradução de A. Bossa. São Paulo: Saraiva, [s.d.].

FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Collana: Ristampe della Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino, 47. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

FERRI, Giovanni Battista. *Il negozio giuridico*. 2. ed. Milano: Cedam, 2004.

FERRI, Giovanni Battista. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1966.

FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Tradução de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001.

FERRIANI, Adriano. *Responsabilidade patrimonial e mínimo existencial: elementos de ponderação*. São Paulo: IASP, 2017.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Art. 7º: liberdade contratual e função social do contrato: art. 421 do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JUNIOR, Octavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (coord.). *Comentários à lei da liberdade econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983. t. 1.

GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. 17. ed. Milano: Cedam, 2018.

GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto civile e commerciale: il negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 2002.

GÈNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*. Paris: LGDJ, 1910. t. I e II.

GHESTIN, Jacques. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: LGDJ, 2006.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2016.

GILMORE, Grant. *The death of contract*. Edited and with a foreword by Ronald K. L. Collins. 2. ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995.

GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. 7. ed. Firenze: Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli, 1907. v. III.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de *et al.*; PELUSO, Antonio Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 12. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2018.

GOMES, Daniel Cardoso. *Contratos "built to suit": novas perspectivas em face da Lei n. 12.744/2012*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOMES, Susete. *Paradigmas para a interpretação dos contratos complexos*. São Paulo: IASP, 2018.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Contratos "built to suit": aspectos controvertidos decorrentes de uma nova modalidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

- GORLA, Gino. *El contrato: problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico*. Tradução de José Ferrandis Vilella. Barcelona: Bosch, 1959. t. I – exposición general.
- GRAMSTRUP, Erik Frederico. Evolução histórica do direito privado: sistemas jurídicos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GROSSO, Giuseppe. *Il sistema romano dei contratti*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1963.
- GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos: a eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais*. São Paulo: Almedina, 2016.
- HEINEMANN, Fritz. *A filosofia no século XX*. Tradução de Alexandre Fradique Morujão. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014.
- IRTI, Natalino. *Introduzione allo studio del diritto privato*. 14. reimpr. Padova: Cedam, 2016.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. *La frustración del contrato*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1991.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos*. Buenos Aires: Ediar, 1981.
- JOBIM, Marcio Felix. *Confiança e contradição: a proibição do comportamento contraditório no direito privado*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2015.
- JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- JOSSERAND, Louis. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*. Paris: Dalloz, 1928.
- JOSSERAND, Louis. *Derecho civil: teorías generales del derecho y de los derechos. Las personas*. Tradução de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1950. t. I, v. I.
- JULIENNE, Maxime. *Le régime général des obligations après la réforme*. Paris: LGDJ, 2017.
- KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Tradução de António Ulisses Cortês. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2015.
- KELSEN, Hans. *Teoria generale delle norme*. Tradução de Mirella Torre. Torino: Einaudi, 1979.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LAFAILLE, Hector *et al.* *La causa de las obligaciones en el Código Civil y en la reforma*. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1940.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Tratado de derecho civil alemán. Tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

LAURENT, François. *Principles de droit civil français*. 3. ed. Paris: Librairie A. Amaresoq, Ainé, 1878. t. 15.

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Ativismo judicial disfuncional nos contratos*. São Paulo: IASP, 2018.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. I.

LEME, Lino de Moraes. *Do erro de direito em matéria civil*. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunaes, 1936.

LENZI, Raffaele. *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela: l'adempimento dedotto in condizione*. Milano: Giuffrè, 1996.

LOMONACO, Giovanni. *Nozioni di diritto civile italiano*. 3. ed. Napoli: Cav. Nicola Jovene & C. Editori, 1911.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *O silêncio como manifestação da vontade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. I.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

MAGALHÃES, Vinícius de Mattos. O construtivismo de François Gèny e a metódica estruturante de Friedrich Müller: há um paralelismo possível entre a Escola da Livre Investigação Científica e a Teoria Estruturante do Direito? *Themis – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, v. 8, n. 2, p. 15-26, 2010.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. A função social como instrumento de equilíbrio contratual no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, v. 72, p. 17-47, dez. 2016.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Pagamento indevido e enriquecimento sem causa. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 93, p. 115-132, 1º jan. 1998.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, Claudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. In: MARQUES, Claudia Lima (org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTIN-CORDOVA, Tomas de Zumalacarregui. *Causa y abstracción causal en el derecho civil español*. Tesis doctoral. Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios, 1977.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, ano 16, n. 45, p. 213-244, mar. 1989.

MARTINS-COSTA, Judith. Os dilemas da incoerência. In: CASTRO NEVES, José Roberto (org.). *Ele, Shakespeare, visto por nós, advogados*. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2017.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de direito commercial brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934. v. 6, parte I.

MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tradução de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo e M. Volterra [da obra *Dottrina generale del contratto*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1948]. Buenos Aires: EJEJA, 1952. t. I.

MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 3.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 38.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Notas sobre a promessa de doação. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Walter. *Sociedade civil estrita*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

NANNI, Giovanni Ettore. Contratos coligados. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2010.

NANNI, Giovanni Ettore. Abuso do direito. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY, Ana Rita Figueiredo. *A causa do contrato administrativo: análise do conteúdo contratual como parâmetro de aplicação do princípio da eficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY, Rosa Maria de Andrade. É possível a convivência do princípio da autonomia privada com o da lealdade, dito da boa-fé objetiva? *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, v. 73, p. 17-29, jan. 2017.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. I, t. I.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. I, t. II.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; FRANCIULLI NETTO, Domingos (coord.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Vícios do ato jurídico e reserva mental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 12. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. *Lacunas contratuais e interpretação: história, conceito e método*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OERTMANN, Paul. *Introducción al derecho civil*. Tradução de Luis Sancho Seral. Barcelona-Buenos Aires: Labor, 1933.

PAES, Pedro. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual: uma nova teoria do contrato*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. A nova tipologia contratual no direito civil brasileiro. In: DIAS, Adahyl Lourenço *et al.* (col.). *Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. I.

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. *Contratos: tutela judicial e novos modelos decisórios*. Curitiba: Juruá, 2018.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. 8. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual*. 1982. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1986.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *Lições de história do direito romano I: síntese geral*. Lisboa: AAFDL, 2017.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 5. ed. Paris: LGDJ, 1909. t. II.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Jorge. *Tratado práctico de derecho civil frances*. Tradução de Mario Diaz Cruz com colaboração de Eduardo Le Riverend Brusone. Habana: Cultural S.A., 1946. t. VI – Las obligaciones.

POMPEU, Renata Guimarães. *Autonomia privada na relação contratual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

POSENATO, Naiara; NALIN, Paulo (org.). *Código Europeu dos Contratos: projeto preliminar – livro primeiro*. Curitiba: Juruá, 2009.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Atalaya, 1947.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2017.

PUGLIATTI, Salvatore. *I fatti giuridici: revisione e aggiornamento di Angelo Falzea*. Milano: Giuffrè, 1996.

RAMOS, Erasmo Marcos. A influência do *Bürgerliches Gesetzbuch* alemão na Parte Geral do novo Código Civil português. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, p. 75-98, 1998.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RAY, Jose Domingo; ESCALADA, Federico Videla. *La frustración del contrato y la teoría de la causa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. *Autonomia privada e a análise econômica do contrato*. São Paulo: Almedina, 2017.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva & Cia., 1937.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*. Tradução de Delia García Daireaux. Supervisão de Jorge Joaquin Llambias. Buenos Aires: La Ley, 1988. t. IV – Las obligaciones, 1ª parte.

RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RODOVALHO, Thiago. O dever de renegociar no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 1 (2015), n. 6, p. 1597-1638.

- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. I.
- ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: Cedam, 2008.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.
- SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. *A boa-fé objetiva na relação contratual*. Barueri: Manole, 2004.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. Napoli: Jovene, 1954.
- SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato*. São Paulo: Método, 2004.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. v. II.
- SAVATIER, René. *La théorie des obligations en droit privé économique*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1979.
- SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SCHREIBER, Anderson *et al.* *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- SCIALOJA, Vittorio. *Dizionario pratico del diritto privato*. Milano: Vallardi, [s.d.]. v. I.
- SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Tradução de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ejea, 1954.
- SEGNI, Mario. *Autonomia privata e valutazione legale tipica*. Padova: Cedam, 1972.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A teoria da causa no direito privado. *In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2014.
- SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. *In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SILVA, Juliana Pedreira da. *Contratos sem negócio jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2013.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54. p. 65-98, abr.-jun. 2013.

STERN, Jacques. *La codificación: una controversia programática basada en obras de Thibaut y Savigny*. Madrid: Aguilar, 1970.

STIGLITZ, Rubén S. *Autonomía de la voluntad y revisión del contrato*. Buenos Aires: Depalma, 1992.

STOLFI, Giuseppe. *Teoría del negocio jurídico*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1965.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

TEPEDINO, Gustavo. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledge of the sellers*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TIMBAL, Pierre-Clément. *Les obligations contractuelles dans le droit français des XIII^e et XIV^e siècles d’après la jurisprudence du parlement*. Paris: Centre National de la Recherche Scientifique, 1973. t. I.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. In: OLIVEIRA, Carlos-Josaphat Pinto de, OP (coord.). *Suma Teológica: teologia, Deus, trindade*. São Paulo: Loyola, 2016. v. 1: parte I: questões 1-43.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. In: OLIVEIRA, Carlos-Josaphat Pinto de, OP (coord.). *Suma teológica: a criação, o anjo, o homem*. São Paulo: Loyola, 2017. v. 2: parte I: questões 44-119.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 20. ed. Padova: Cedam, 1974.

TUTIKIAN, Priscila David Sansone. Silêncio como declaração negocial na formação dos contratos: sob a perspectiva dos modelos hermenêuticos de Miguel Reale. In: MARTINS-COSTA, Judith (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. I.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 12. reimpr. da 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. II.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2001.

VICENTE, Dário Moura. *Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2001.

VON TUHR, Andreas. *Derecho civil: teoría general del derecho civil alemán*. Tradução de Tito Rivà. Buenos Aires: Depalma, 1948. v. III.1.

WELLER, Marc-Philippe. La cause dans le projet d'Ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations de 2015. In: SHULZE, Reiner; WICKER, Guillaume; MÄSHC, Gerald; MAZEAUD, Denis (coord.). *Le réforme du droit des obligations em France: 5e. journées franco-allemandes*. Paris: Société de Législation Comparée, 2015.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2015.