

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Joana Graeff Martins

Uma abordagem acerca da causa contratual

MESTRADO EM DIREITO CIVIL

SÃO PAULO
2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Joana Graeff Martins

Uma abordagem acerca da causa contratual

MESTRADO EM DIREITO CIVIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Renan Lotufo.

SÃO PAULO
2008

Banca Examinadora

Dedicatória

Aos meus pais, Luiz Antonio e Eliana, aos meus irmãos, Ana Soledade e Antonio, e ao meu querido Oscar, com carinho.

Agradecimentos

Meus agradecimentos ao Professor Renan Lotufo pelo incentivo, segurança e tranquilidade conferidos à orientação deste trabalho.

Aos colegas das disciplinas do Mestrado, em especial a Márcia Aparício, Susete Gomes Barné, Camilo Amadio Guerrero, Felipe Raminelli Leonardi, Maritza Mendes de Andrade e Alexandre Laizo Clápis.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo o estudo da teoria da causa à luz de um direito privado funcionalizado pelos princípios constitucionais.

Primeiro, analisar-se-á a origem da causa, sua evolução, suas características (que ainda hoje provocam profunda divergência terminológica e conceitual), buscando evidenciá-la como verdadeiro requisito dos negócios jurídicos bilaterais.

Analisar-se-ão também a interpretação e a aplicação da teoria da causa e suas diferentes concepções, para que se logre demonstrar o importante papel da causa e a influência que exerce nos negócios.

Em seguida, por meio do exame acurado das lições de autores nacionais e estrangeiros, buscar-se-á demonstrar que a causa atua como instrumento de funcionalização da autonomia privada também no direito brasileiro, embora não consagrada expressamente no ordenamento jurídico.

Por fim, considerando-se que os particulares contratantes devem buscar interesses dignos de tutela pelo ordenamento jurídico, iluminado inteiramente pelos princípios constitucionais, assim como deve o negócio jurídico privilegiar os efeitos efetivamente perseguidos pelos contratantes, constatar-se-á que a causa é o instituto jurídico que permite identificar se o negócio realiza ou não o projeto constitucional.

Palavras-chave: Princípios constitucionais – Autonomia privada – Negócio jurídico – Contrato – Causa – Requisito.

ABSTRACT

The present paper intends to study the theory of the cause from a standpoint of the private law being focused by the constitutional principles.

First, the origin of the cause, the cause's evolution and its characteristics (that still today to cause deep divergence in regard of terminology and concept) will be analyzed trying to evidence that the cause is truly a requirement of the legal acts.

This paper will also analyze the interpretation and application of the theory of the cause and its different conceptions, so that it can be demonstrated the important role played by the cause and its influence in the theory of contracts and, consequently, in legal transactions.

After, by means of a deeply investigation of national and foreign legal scholars' lessons it will seek to demonstrate that the cause acts as an instrument of functionalization of the private autonomy also in the Brazilian legal system, even though it is not expressly contemplated in its rules of law.

Finally, considering that the particular contractors must search worthy interests contemplated by the legal system, entirely illuminated by the constitutional principles, as well as the legal transactions must privilege the effects pursued by the contractors, this paper will evidence that the cause is the legal institute that allows to identify if a legal transaction carries through or not the constitutional project.

Keywords: Constitutional principles – Private autonomy – Legal act – Agreement – Cause – Requirement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. A CAUSA. HISTÓRICO. ORIGEM DO CONCEITO DE CAUSA.....	13
1.1. A causa no direito romano.....	13
1.2. A causa no direito medieval	17
1.3. A causa no século XVII.....	19
1.4. A causa no século XVIII	22
1.5. A causa no século XIX	23
2. DIVERGÊNCIA TERMINOLÓGICA E CONCEITUAL.....	25
2.1. Considerações gerais	25
2.2. Divergência no direito estrangeiro	27
2.3. Divergência no direito nacional.....	32
2.3.1. Causa eficiente (causa efficiens)	33
2.3.2. Causa-motivo (causa impulsiva)	34
2.3.3. Causa justa-causa.....	35
2.3.4. Causa de atribuição patrimonial	35
2.3.5. Causa material	36
2.3.6. Causa formal.....	36
2.3.7. Causa razoável.....	37
2.3.8. Causa suficiente.....	38
2.3.9. Causa natural	38
2.3.10. Causa civil	39
2.3.11. Causa pressuposta.....	39
2.3.12. Causa final	40
2.4. <i>Vexata quaestio</i>	41
3. NOÇÃO DE CAUSA	44
4. CAUSA DE OBRIGAÇÃO E CAUSA DE NEGÓCIO	47
4.1. <i>Consideration</i>	51
5. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA CONTRATUAL	54

5.1. A causa como finalidade subjetiva e a causa como finalidade objetiva.....	58
5.1.1. Concepção subjetiva.....	59
5.1.2. Concepção objetiva.....	61
5.1.3. Concepção objetiva-subjetiva.....	64
5.2. Negócios causais e abstratos.....	66
5.2.1 Abstração absoluta e relativa.....	69
5.2.2 Falsa abstração: abstração instrumental e processual.....	71
6. TEORIA ANTICAUSALISTA.....	72
7. A CAUSA COMO JUSTIFICAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA.....	78
7.1. Função social, boa-fé objetiva e causa.....	84
7.1.1. Causa e função social.....	85
7.1.2. Causa e boa-fé objetiva.....	87
7.2 A causa como requisito dos negócios causais.....	91
8. INFLUÊNCIA DA CAUSA: NEGÓCIOS ATÍPICOS OU INOMINADOS, NEGÓCIOS MISTOS, COLIGADOS OU CONEXOS E NEGÓCIOS INDIRETOS.....	95
9. CONCLUSÕES.....	101
10. REFERÊNCIAS.....	104

INTRODUÇÃO

O presente estudo surge da perplexidade quanto às inúmeras definições e diferentes tratamentos dados à natureza jurídica da causa contratual pelas doutrinas estrangeira e brasileira, propondo-se, portanto, a trazer à tona elementos para reflexão acerca da causa e da teoria da causa contratual e a sugerir os caminhos que mais pareçam afinados com o sistema jurídico brasileiro. Evidentemente não se pretende solucionar o entrave elegendo definição e enquadramento únicos, ou sustentando-se tese nova e conclusiva. Quer-se, de modo singelo, oferecer alguns elementos para o estudo e discussão contínua do tema, talvez apenas um pouco mais aclarado pela sistematização proposta.

Os quatro primeiros capítulos pretendem situar o problema da causa, demonstrando-se o porquê de ter-se tornado, com o passar dos tempos e atualmente, um dos temas de trato mais árduo da teoria dos contratos.

O primeiro capítulo revela que, embora o Direito Romano não tenha sistematizado a teoria da causa de modo a considerar a causa parte integrante do negócio jurídico, suas raízes estavam, sim, presentes já no Direito Romano arcaico. O gradual amadurecimento da idéia da causa contratual ocorreu no campo das *condictiones* romanas. Nada obstante, por não se valer de um sentido técnico bem definido, o Direito Romano não serve a clarear as inúmeras dúvidas enfrentadas pelos estudiosos e operadores do Direito.

O direito medieval, por sua vez, é o primeiro a cogitar especificamente da causa das obrigações, com os glosadores. Dado momento histórico revela que os juristas aprofundam o estudo das dicotomias *causa naturalis x causa civilis*, causa impulsiva x causa final, o que permite, ao menos, um delineamento mais sistemático do instituto.

Os séculos XVII e XVIII serviram, por um lado, especialmente com Domat e Pothier, para que a teoria da causa fosse efetivamente criada e sistematizada e, por outro, para expor de modo flagrante as enormes divergências doutrinárias. Tais momentos históricos acirram a dicotomia causa da obrigação x causa do contrato e não oferecem subsídios para se chegar a uma concepção e função adequadas à causa contratual. O século XIX, ao contrário, oferece mais elementos para isso, com a normatização do *Code*.

O segundo capítulo demonstra que a causa é tema tormentoso em qualquer de seus âmbitos de estudo, seja quando enfrentada como elemento normativo, seja como requisito (mesmo não normativado) de validade de obrigações ou de contratos, seja qual for a concepção de que desejar se valer o intérprete. E isso em qualquer dos ordenamentos jurídicos mundiais. Por tal razão, após oferecer classificação dos diversos sentidos de causa no ordenamento jurídico brasileiro, o terceiro capítulo opta pela abordagem da causa final, seja em seu aspecto típico (considerada a função econômico-social abstrata), seja em seu aspecto subjetivo-objetivo (considerada a finalidade própria e concreta de cada determinado ajuste contratual).

O quarto capítulo visa a delinear mais minuciosamente a causa contratual, precisando-se qual abordagem pretende-se realizar neste estudo, diferenciando-a de institutos correlatos, como a causa das obrigações e a *consideration*, para que não se incorra em imprecisão conceitual.

Lançadas as bases da teoria da causa, buscará o presente estudo perquirir acerca de uma concepção unitária da causa final, abstrata e concreta, e acerca de seu papel de requisito para formação do vínculo contratual, verdadeiro mecanismo de proteção às partes contratuais, assegurando-lhes a correção de situações não adequadas às funções social e jurídica. Para tanto, far-se-á incursão pelas concepções objetiva e subjetiva da causa para, ao final,

evidenciar-se que a posição objetiva-subjetiva é a que merece acolhida no sistema jurídico atual, por ser a que reconhece a causa como fim comum, integrado ao negócio jurídico, que tem por função a concretização dos efeitos jurídicos pretendidos pelos contratantes e recepcionados pelo ordenamento jurídico.

O escopo derradeiro deste estudo, ilustrado em seus capítulos finais, é confirmar que a teoria da causa, tal como a teoria contratual, de uma maneira geral, também deve ser relida à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da justiça social. Sob este ângulo, de um Direito Privado que deve praticar e implementar o projeto constitucional, é que se constata servir a causa de mecanismo idôneo e bastante para aferir-se se a função social e jurídica e os interesses práticos extraídos do negócio jurídico *in concreto* foram atendidos e respeitados.

Salienta-se que o tema de pesquisa eleito faz fronteira com diversos outros institutos jurídicos, que ora deixam de ser profundamente investigados em razão da opção por um maior rigor científico e, portanto, menor afastamento do objeto da investigação.

1. A CAUSA. HISTÓRICO. ORIGEM DO CONCEITO DE CAUSA

1.1. A causa no direito romano

Os autores pesquisados¹ referem que a doutrina acerca da causa como elemento do negócio jurídico é estranha à experiência romana. Afirmam que os atos jurídicos negociais eram válidos, para os romanos, se correspondessem ao modelo negocial formal ou substancial por meio do qual se admitia que uma obrigação podia ser assumida ou um bem podia ser alienado².

Na sensibilidade jurídica romana, segundo identificado na doutrina estudada, não se podia admitir que o ato formal, do qual surgia a obrigação, encontrasse um obstáculo por ser insuficiente ou inexistente a razão substancial que gerou o compromisso da obrigação ou a execução da prestação. Os remédios existentes não diziam respeito à validade do ato, mas à possibilidade de suspensão do adimplemento ou à prerrogativa de recuperação do que houvesse sido indevidamente prestado. A finalidade parecia estar voltada à asseguuração daquilo que as partes efetivamente desejaram por meio do negócio e à busca de evitar-se um resultado contrário ao sentido de honestidade, arraigado no direito de outrora.

¹ Entre eles, BIANCA, C. Massimo. *Il Contratto*. Milano: Dott. Giuffré, 1987, p. 420.

² Interessantes as ponderações de Jacques GHESTIN acerca da identificação da causa no Direito Romano. Ele afirma que: “On sait que le droit romain n’a jamais conceptualisé la notion de contrat. Lês Romains avaient une conception formaliste, concrète, objective, des contrats. (...) Néanmoins, en principe la validité des conventions est subordonnée à la réalisation d’une formalité, qui peut être l’énoncé des paroles solennelles, la remise d’une chose ou l’inscription dans un registre. Dans le droit romain le mot cause a plusieurs significations (...) Le droit romain prend essentiellement en considération la cause efficiente (au sens de cause génératrice). La cause est entendue comme l’acte nécessaire pour que l’obligation prenne naissance, c’est-à-dire l’exécution de la formalité prescrite (verba, litterae, variae causaram figurae) qui, au moins à l’origine, se suffisait à elle-même. (...) On trouve ainsi en droit romain des applications de la cause qui se rattachent, soit à l’absence de contrepartie, soit au défaut de remise de la chose dans l’emprunt, contrat réel, soit au but immoral et illicite, soit enfin à la qualification du contrat. Néanmoins cette notion ne joue qu’un rôle secondaire. Le droit romain ne présente aucune construction d’ensemble de la cause, ne serait-ce que parce les jurisconsultes sont alors des casuistes” (GHESTIN, Jacques. *Cause de L’engagement et Validité du Contrat*. Paris: Ed. LGDJ., 2006, p. 10) (grifei).

Os romanos, portanto, não se perguntavam se o ato tinha uma causa, mas sim se ele próprio era uma causa suscetível de proteção jurídica, ou se dele decorriam efeitos jurídicos. Assim, contrato e causa se encontravam no mesmíssimo plano.

Efetivamente, estudo mais acurado do tema confirma que, embora a teoria da causa não tenha recebido uma sistematização suficiente a considerá-la parte integrante do negócio jurídico, ao menos as raízes da teoria da causa do contrato estavam, sim, presentes já no Direito Romano arcaico³.

Judith Martins-Costa⁴ informa que,

em matéria de causa, o aludido “signo”, marca ou atestado da existência de um vínculo protegido pela ordem jurídica, é observado, entre os romanos, em perspectiva totalmente diversa daquela posteriormente oferecida pela canonística medieval e sistematizada, já na Idade Média, por Jean Domat. Ao referir os elementos gerais dos contratos, apenas propõem os romanos, como elementos comuns (a par das condições de validade especiais a cada tipo contratual), o *consentimento* das partes, sua *capacidade* e a existência de *objeto lícito*. Empregam, todavia, o vocábulo causa, tratando de obrigações, em diversas acepções, seja como a própria fonte da obrigação civil (de onde os contratos e os delitos são causas civis das obrigações), seja como a qualificação das formalidades que devem agregar-se às convenções para o aperfeiçoamento de certos contratos (exemplificativamente, as palavras nos contratos *verba*, a escrita nos contratos *litteris*, a tradição da coisa nos contratos *re*).

Judith Martins-Costa recorda, ainda, que, em se tratando da *traditio*, operação não solene para os romanos, bastava a entrega e a vontade recíproca de transferir a propriedade para que ocorresse a efetiva tradição. Neste caso, o acordo de vontades funcionava como elemento essencial, adquirindo importância inexistente na *mancipatio* e na *iure cessio*⁵. É

³ O presente estudo efetivamente constata, com Luciano de Camargo Penteado, que, ainda que os romanos não tenham elaborado uma doutrina geral da causa, “usaram esse conceito para solucionar melhor alguns casos de direito privado” (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. Campinas: Millenium, 2004, p. 13.

⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Ajuris*, 45/213-244, ano XVI, mar. 1989, p. 215.

⁵ Segundo MARTINS-COSTA, atos solenes e abstratos, sobre os quais o questionamento acerca da causa era despendido. Explica que, nestes casos, se o ato estivesse revestido da forma estabelecida, o promitente restaria vinculado, mesmo que a obrigação fosse sem causa, ou fundada em causa ilícita, ou sob coação, dolo ou erro.

nesta hipótese da *traditio* que, segundo Martins-Costa, passa-se a mencionar a necessidade de justa causa, ainda que isso não seja explicitado nos textos romanos de modo uniforme.

Por fim, a autora⁶ em estudo afirma que a causa surge também de outra vertente, da teoria das *condictiones*,

construção pretoriana que visava obstar as conseqüências negativas do formalismo, evitando que aquele que havia transmitido a propriedade, ou que estivesse obrigado sem causa, tivesse de executar sua promessa ou restasse privado do direito de ter restituída sua prestação. Com efeito, a rigidez do formalismo (e a iniquidade que tantas vezes acarretava) foi paulatinamente sendo afastada por construção pretoriana. Aí se enfileiram a exceção de dolo, a qual, argüida, permitia ao obrigado sem causa, ou por causa ilícita, opô-la ao devedor, e, assim, paralisar a ação e as já aludidas *condictiones*. Estas se referiam à possibilidade de exigir-se *certa res* ou *certa pecunia* na *datio*. E através de ação, dita *condictio liberationes*, o devedor poderia demandar, ele mesmo, sua liberação, adiantando-se à eventual iniciativa do devedor.

Clóvis do Couto e Silva⁷ confirma que, no Direito Romano, o conceito de causa aparece relacionado com a *condictio* e com a *traditio*. Afirma que, “com referências aos demais atos, como a ‘mancipatio’ e a ‘iure in cessio’ – aliás abstratos, segundo a terminologia moderna – apesar de evidenciarem a nítida separação entre o plano do direito das obrigações e o direito das coisas, a idéia de causa permanece na sombra”.

É Luciano de Camargo Penteado⁸ que examina, de modo minucioso, a teoria da causa na história do pensamento jurídico, afirmando que o Direito Romano arcaico foi o primeiro a amadurecer, na prática judicial, a idéia de causa do contrato. Ele assume que, à época, a idéia de causa não estava amadurecida no campo obrigacional, já que se estava diante de um período caracterizado por uma mentalidade predominantemente formal, com rigidez excessiva de “tipos contratuais”, o que significava “um número bastante limitado de acordos dignos da

⁶ MARTINS-COSTA, 1989, p. 217.

⁷ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 45.

⁸ PENTEADO, 2004, p. 29.

tutela jurídica, o que proporciona um direito estrito no tocante à possibilidade de escolha de categorias”⁹. De qualquer forma, reitera o quanto lecionado por Judith Martins-Costa e Clóvis do Couto e Silva, em passagem esclarecedora, que merece ser transcrita:

A teoria da causa será, ao longo da história de Roma, como também de outros sistemas de direito, um *temperamento* a uma teoria do direito excessivamente rigorosa quanto ao cumprimento de declarações, apesar de mudanças nas circunstâncias e de qualidades especiais do contrato ou da prestação. Ela permite, por outro lado, evitar um excesso de formalismo à hora de qualificar as espécies concretas ou os efeitos dela decorrentes. Exerce, de modo semelhante ao que já se tem observado com relação à boa-fé, uma função pretoriana e por vezes “dulcificadora”, ao mesmo tempo em que propicia uma tutela mais efetiva da parte que realizou a sua prestação, com certa abstração da vontade individual da outra parte ou da alegação de um vício de forma.

O autor ora mencionado também confirma que a teoria das *condictiones* é um dos campos em que se dá o gradual amadurecimento da idéia de causa, visando a evitar o enriquecimento sem causa, como também aquele que se dá por uma causa injusta. Entretanto, prenuncia que foi esta teoria a responsável pelo início das confusões acerca do tema.

Luis Diez-Picazo¹⁰, após descrever alguns significados da causa nos textos romanos, também conclui que o Direito Romano não se valeu da idéia de causa com um sentido técnico definido. Ao contrário, identifica uma absoluta falta de fixação, uma total carência de significado técnico e uma radical equivocidade do termo. Afirma: “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 ad causam*)”. Sustenta, portanto, que não se pode

⁹ PENTEADO, 2004, p. 10.

¹⁰ DIEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Primero. 5. ed. (Capítulo IX. La Causa del Contrato). Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 220.

encontrar um sentido unitário nas fontes romanas, mas apenas na elaboração levada a cabo pela doutrina posterior. É isso mesmo que o presente estudo logrou constatar.

1.2. A causa no direito medieval

Segundo Antônio Junqueira de Azevedo¹¹, a causa das obrigações tornou-se pela primeira vez objeto de cogitação pelos juristas na Idade Média¹², com os glosadores. Eles se questionavam quanto à razão pela qual determinados atos obrigavam, alguns necessitando de determinadas palavras e outros prescindindo delas, contentando-se com o consenso. Junqueira de Azevedo explica que os juristas constataram que havia atos que obrigavam porque, antes dele ou com ele, alguém deu ou fez algo para outrem, que deve, pois, retribuir. Assim, em tal hipótese, era a própria natureza das coisas que criava obrigação. Daí que os juristas referiam-se à causa natural (*causa naturalis*).

Os mesmos juristas da Idade Média identificavam, entretanto, que havia um segundo tipo de ato que também gerava obrigação, ato este que era convencional e não natural, porque decorria de imposição de convenções e, portanto, da lei civil (*causa civilis*).

Seguramente tal conceito gerava e gera dúvida e vacilação quanto à qualificação sobre se certos negócios têm causa natural ou civil, já que a causa natural pode transmutar-se em

¹¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo: [s. n.], 1986, p. 121-129.

¹² Luciano de Camargo Penteado confirma tal orientação: “A teoria jurídica da causa deve seu surgimento à Jurisprudência medieval. Concebida como uma teoria, ao menos pretensamente unitária, só nessa época é que aparece. Tanto no direito contratual como no direito das condições, ela não é de forma alguma construção do direito romano, mas sim uma generalização de regras específicas das fontes justinianéias levadas a cabo em período histórico posterior. A origem da teoria da causa repousa, em última instância, no trabalho de harmonização de passagens desconexas do *Corpus Iuris* empreendido a partir da escola dos glosadores. Esse processo se dá em consonância com o trabalho de concordância que domina o panorama da ciência medieval. O jurista medieval, no entanto, não chegou a construir propriamente uma teoria – segundo Chévrier seria somente um *systeme des actes causés* – já que é evidente nos textos, inclusive nos que aqui se seguem, a falta de unidade em sua concepção, a ausência de uma doutrina orgânica” (PENTEADO, 2004, p. 23-24).

causa civil. Esse momento histórico é bastante bem explicado pelo autor ora estudado¹³, cujas palavras merecem transcrição:

Às vezes, convém lembrar – a convenção social vai sendo formada lentamente na história de um povo; de início havia mesmo a troca de um objeto, como uma peça de metal ou uma moeda, por outro; depois, esse objeto vai tomando o caráter de “signo”. Ele *representa* a causa natural; torna-se, quando já não há causa natural, uma causa civil.

Os juristas dessa época passam a defender que, quando à causa civil não corresponder uma causa natural, poderá o obrigado se eximir da obrigação por meio de exceção, passando a última a provocar verdadeira ineficácia superveniente do negócio com causa civil. A causa natural, neste caso, assume o papel de “causa da atribuição patrimonial”, seja *credendi*, seja *solvendi*, seja *donandi*. Para Junqueira de Azevedo¹⁴, tal sentido adquire mais força, inclusive, com maior generalidade, como “causa de atribuição de direitos” patrimoniais e não-patrimoniais, quando da ocorrência do aparecimento do consensualismo, que faz com que se dispense a identificação de causa no aparecimento das obrigações. A falta de causa fica exclusivamente como condição de resolução das obrigações¹⁵.

Também a evolução dos contratos consensuais, especialmente o de compra e venda, é apontada por Junqueira de Azevedo como fator de assunção do significado de causa como atribuição patrimonial (ou, como prefere, “causa de atribuição de direitos”, não apenas patrimoniais). O mais comum dos contratos passou a admitir resolução por inadimplemento e *exceptio non adimpleti contractus*, alterando-se o que ocorria no Direito Romano. Nas

¹³ AZEVEDO, 1986, p. 123.

¹⁴ AZEVEDO, 1986, p. 124.

¹⁵ O autor mencionado explica que nos próprios contratos reais inominados, a necessidade de uma *causa naturalis*, para que surgisse a obrigação, foi sendo considerada despicienda; afinal, a palavra dada, independentemente do cumprimento inicial por uma das partes, já deveria fazer surgir obrigação judicialmente exigível. Bastaria, do ponto de vista da equidade, a verificação da existência da causa no momento da eficácia; no direito canônico, alias, o *pactus nudus* gera ação (AZEVEDO, 1986, p. 126).

palavras do autor ora mencionado: “Em conseqüência, também na compra-e-venda e em todos os contratos consensuais, a falta de causa tornou-se apta a influenciar a eficácia”¹⁶.

O que se constata das leituras acerca desse momento histórico é, resumidamente, uma investigação aprofundada das dicotomias *causa naturalis* x *causa civilis*, causa impulsiva x causa final¹⁷, o que acaba por permitir o delineamento mais sistemático, de um modo geral, acerca da causa.

1.3. A causa no século XVII

No final do século XVII, Jean Domat (1625-1696) lançava as primeiras bases de uma teoria da causa¹⁸.

É Domat que, no Direito Intermediário, provoca grande mudança no tema em discussão (podendo-se afirmar que ele sistematiza uma doutrina até então inexistente). Segundo Ghestin¹⁹, “Domat fait de la cause une condition de validité de la convention et même son fondement exclusif”.

Diez-Picazo²⁰ elucida que Domat é um dos mais ilustres representantes da escola de Direito Natural racionalista, tanto que foi chamado, pela jurisprudência, de “restaurador da razão”. Diz-se que seus predecessores haviam se contentado com interpretar, glosar e comentar os textos e as leis romanas, porém sem se distanciar do *Corpus Iuris Civilis*, nem buscar um sistema novo e racional para o Direito Civil. Domat, ao contrário, trata de colocar as leis civis em uma ordem natural. “Es, pues, el racionalismo cartesiano aplicado a la Ciencia

¹⁶ AZEVEDO, 1986, p. 126.

¹⁷ Quanto às classificações de causa aqui mencionadas, vide Capítulo 2.

¹⁸ DOMAT, Jean. *Le lois civiles dans leur ordre naturel*. Paris: Nyon Aine, 1745.

¹⁹ GHESTIN, 2006, p. 19.

²⁰ DIEZ-PICAZO, 1996, p. 221.

del Derecho lo que constituye la novedad metodológica que Domat aporta y, de paso, lo que subvierte el problema de la causa en el Derecho Civil”²¹.

Domat chega à conclusão de que a existência de uma causa é um requisito essencial de toda obrigação, até tal ponto que afirma: *nulla obligatio sine causa*. Apesar da confusão provocada pelo importante jurista – ao deixar de distinguir conceitualmente a obrigação do negócio jurídico bilateral²², – é ele que acaba por permitir que a causa ingresse na teoria geral do contrato, deixando de situar-se apenas fundamentalmente no terreno das atribuições patrimoniais.

Domat observava que, exceto nas doações puras, o compromisso de uma parte significava o fundamento da do outro. Mesmo quando um dos contratantes se obrigava, nos chamados contratos unilaterais, a obrigação era precedida do ato do outro, consistente na entrega de uma coisa. A causa seria o fundamento da obrigação no sentido de que sempre que alguém se obriga o vínculo se funda em algo oriundo do credor da obrigação²³. Por isso, afirmava que a obrigação encontrava sua causa na outra e que seria nula se fosse despida de causa. Nos contratos em que uma só das partes parece obrigada, mas que foi precedido de entrega, esta seria a causa da obrigação de restituir; nas doações e nos demais contratos em que há apenas uma obrigação, a causa seria um motivo justo e razoável, que acabaria identificando-se com um “espírito de liberalidade”.

Domat parece ter compreendido mal o Direito Romano, visto que se vale dele para amparar sua construção doutrinária, sem que logre êxito²⁴, segundo importantes autores estudados.

²¹ DIEZ-PICAZO, 1996, p. 221.

²² DIEZ-PICAZO anota que a doutrina posterior tampouco terá facilidade para distinguir a causa da obrigação e a causa do contrato, seguindo cometendo série de confusões neste aspecto.

²³ É famosa a frase de Domat: “L’engagement de l’un est le fondement de celui de l’autre”.

²⁴ Talvez por isso é que Antonio Junqueira afirme que ele apenas sistematizou o estudo, sem ter sido efetivamente o criador do conceito de causa.

Jean Dabin²⁵ faz estudo aprofundado dos textos romanos em que Domat pretendeu amparar sua teoria, para concluir que Domat não considerou as diferenças existentes em matéria contratual entre o Direito moderno e o Romano. Domat, para Dabin, não soube ponderar o contexto e significação histórica dos textos romanos que pretendeu utilizar-se, tratando os contratos inominados do Direito Romano como se fossem equivalentes aos contratos sinalagmáticos do Direito moderno. Isto é o que Dabin chama da “verdadera clave del problema”²⁶ da teoria da causa, de Domat, que este pretendia aplicável aos contratos onerosos.

Conforme acima mencionado, em relação à causa nas doações e nos contratos em que somente uma das partes faz ou dá, Domat indica que “la obligación del que dona, encuentra su fundamento en algún motivo razonable y justo (...) y este motivo, dice, hace las veces de causa”²⁷. Para Dabin, tal explicação é um lamentável fracasso e revela uma vez mais a crença de Domat de que estava amparado pelos escritos romanos. Domat não pôde justificar como que a ausência de um motivo qualquer geraria falta de causa e, portanto, invalidade da obrigação²⁸.

Diez-Picazo²⁹ sintetiza com precisão as críticas tecidas pela doutrina a Domat. Para ele, Domat não criou um conceito unitário de causa, mas sim três conceitos inteiramente distintos: (i) a prestação e contraprestação nos contratos sinalagmáticos, (ii) a entrega nos contratos reais (em relação à obrigação de restituir) e (iii) o motivo justo e razoável nas doações e nos demais contratos com obrigações unilaterais.

²⁵ DABIN, Jean. *La teoría de la causa*. 2. ed. Tradução espanhola de Francisco de Pelsmaeker. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1929, p. 33.

²⁶ DABIN, 1929, p. 40.

²⁷ DABIN, 1929, p. 43.

²⁸ Jean Dabin resume os equívocos de Domat do seguinte modo: “os textos romanos empregam a palavra *causa*, ora no sentido de motivo, ora no de intenção desinteressada. A *causa* assinalada por eles carece, pois, de toda significação estrita; nós encontramos, ademais, no mesmo Domat, distintos significados dessa palavra quando enumera os motivos que fazem as vezes de causa” (tradução livre) (DABIN, 1929, p. 48).

²⁹ DIEZ-PICAZO, 1996, p. 222.

Domat ignora, portanto, contratos que refogem à classificação que propõe e somente contempla contratos constitutivos de relações obrigatórias, deixando de oferecer tratamento aos contratos modificativos e extintivos. Nada obstante, merece reconhecimento porque se debruçou sobre o estudo do tema e o sistematizou pela primeira vez, chamando à atenção dos estudiosos da época e dos atuais.

1.4. A causa no século XVIII

Segundo Darcy Bessone³⁰, a doutrina de Domat recebeu, algum tempo depois, já no século XVIII, poderoso estímulo, partindo da alta autoridade de Robert Josef Pothier (1699-1772), que afirmava que todo o ajuste deve ter uma causa honesta. Para ele, nos contratos onerosos, a causa do compromisso que contrai uma das partes está no que a outra parte lhe dê ou se obrigue a lhe dar, ou no risco que assume. Nos contratos benéficos, a liberalidade que uma das partes quer exercer para com a outra é causa suficiente do compromisso para com ela. Quando um compromisso não tem causa, ou quando a causa pela qual foi contraído é falsa, é nulo o compromisso e nulo o contrato que o contém.

Apesar de a idéia de causa estar, no momento histórico ora abordado, completamente vinculada à teoria geral do contrato, Pothier não identifica a causa como um elemento integrante do contrato, nem tampouco um pressuposto ou requisito do mesmo. Ele não menciona a causa como integrante dos *essentialia negotii*.

³⁰ BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 99.

De qualquer modo, como observa Diez-Picazo³¹, a classificação de Pothier é mais lógica do que a de Domat.

Ya no se yuxtaponen tres subtipos diversos de contratos (sinalagmático, real, gratuito), sino que la tipificación se realiza con base en la dualidad de lo oneroso y lo gratuito, que es, en sí misma, enteramente lógica. Desaparecen de la tipificación los contratos reales, cuya causa se determinará en cada caso, con arreglo a su carácter oneroso o gratuito.

Ambos, Domat e Pothier, foram fundamentais na formulação da teoria da causa na França e somente por isso já merecem referência e estudo. Ademais, é pela sistematização proposta por eles que se começa a perquirir sobre determinado “espírito de liberdade” na causa. Como se verá, isso se revela de salutar importância para compreensão da causa nos dias de hoje.

1.5. A causa no século XIX

Ainda que indiretamente, foram as construções doutrinárias de Domat e Pothier que permitiram que a causa se tornasse elemento normativo e passasse a constituir norma jurídica do Código Civil francês³².

Conforme o art. 1.108 do *Code Civil*, a causa, elemento de validade das obrigações convencionais, tem finalidade subjetiva, porque abarca a idéia de “fim abstrato, imediato, presumido pela lei ou revelado pela própria natureza do ato (elemento), específico e invariável, sempre idêntico nos contratos de mesma natureza (fim), que o contratante tivesse

³¹ DIEZ-PICAZO, 1996, p. 224.

³² O artigo 1.108 do Código Civil francês estabelece que quatro condições são essenciais para a validade da convenção: (i) o consentimento da parte que se obriga, (ii) sua capacidade de contratar, (iii) um objeto certo, que integre *la matiere de l'engagement* e (iv) uma causa lícita na obrigação. Após, nos arts. 1.131 a 1.133, o Código volta a tratar do tema para definir a obrigação sem causa, ou constituída sob falsa causa, e a causa ilícita.

em vista ao obrigar-se”³³. Esta é a matriz da teoria da causa, contemplada como requisito de validade.

Não obstante, o Código Civil francês não define o que se entende ou deve entender-se por causa; confunde a idéia de causa do contrato e causa da obrigação – por um lado, considera a causa como requisito do contrato, e, por outro, confirma a presença do requisito se a causa da obrigação for lícita – e faz parecer, por fim, que a normatização visou apenas à condenação dos contratos ilícitos ou imorais.

Jacques Ghestin³⁴ aponta que, para a doutrina clássica do século XIX, “dans les contrats synallagmatiques la cause de l’obligation de chacune des parties c’est l’obligation de l’autre; dans les contrats réels, c’est la prestation effectuée à titre de prêt, de dépôt ou de gage; enfin, dans les donations, c’est l’intention libérale”. Esta definição, segundo o autor mencionado, se inspira em Domat, mas confere à intenção um caráter bem mais geral e abstrato. Segundo Ghestin, a causa, para a doutrina clássica francesa do século XIX, é definida de modo objetivo e abstrato, não autorizando controle acerca dos motivos do consentimento.

Neste momento, as divergências doutrinárias já são bastante acirradas. Mesmo entre os franceses há os que se limitam a investigar a causa da obrigação e não a causa do contrato. Entre os primeiros, a maioria defende a tendência subjetiva, havendo ainda os defensores da concepção objetiva. É também na França que despontam os anticausalistas, dada a enorme dificuldade de compreensão da noção de causa à luz do *Code*. A divergência não é menor no Brasil, como revela o capítulo seguinte.

³³ REZZONICO. *Estúdio de las Obligaciones en el Derecho Civil* Buenos Aires, 1957, apud CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.], p. 71.

³⁴ GHESTIN, 2006, p. 22.

2. DIVERGÊNCIA TERMINOLÓGICA E CONCEITUAL

2.1. Considerações gerais

A palavra “causa” é um termo equívoco³⁵. E assim é porque expressa mais de um conceito. O termo é utilizado – apenas para exemplificar com os que vêm à tona de modo imediato – com o significado de lide, de demanda, de razão, de motivo, de pressuposto, de requisito e de elemento, sendo difícil ao intérprete precisar seu sentido sem que outras circunstâncias lhe sejam alcançadas. A multiplicidade de significados, por si só, demonstra a dificuldade do tema do presente estudo.

A equivocidade da palavra não é uma exceção, mas uma constante na terminologia jurídica. Basta que se pense na ambigüidade da própria palavra “direito” e em inúmeras outras tão importantes à ciência jurídica, tais como “sucessão”, “responsabilidade”, “obrigação”, “prescrição”, entre tantas as conhecidas. Entretanto, o termo em análise requer apurada atenção, dada a profunda divergência conceitual e doutrinária identificada e já delineada no capítulo precedente.

Não é ilógico pensar que todas as coisas tenham sua causa e até mesmo mais de uma. O importante, entretanto, é justamente entender seus limites terminológicos para um assunto que encontra tamanha diversidade conceitual. E nem é de se estranhar a dificuldade agravada

³⁵ALPA, Guido; BESSONE, Mario e ROPPO. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napoli: Jovene, 1982, p. 3-81 e 376 a 384, afirmam que, “na literatura jurídica, o conceito de causa constitui matéria de grave contraste de opiniões e de perplexidade sobre a possibilidade de atribuir-se um significado útil a um termo que continua a parecer perigosamente indeterminado, equívoco e polivalente – quase destinado a permanecer muito vago e misterioso”. Tradução livre.

que enfrentam os juristas brasileiros pelo fato de nossos códigos civis deixarem de definir expressa e explicitamente a causa do contrato³⁶. Assim, quando os mesmos afirmam, em geral, que o objeto do contrato é o que deve ser entregue e a causa é o porquê da entrega – o que corriqueiramente se lê nos manuais – estão a aludir, em verdade, à causa das obrigações contratuais, e não ao fato que gera tais obrigações, o contrato. Entretanto, em se tratando de causa de contrato, nenhuma premissa pode ser reputada certa e fácil. O contexto é por demais intrincado.

Com o passar dos anos, aos poucos, os diversos sentidos jurídicos para a “causa” assumem as mais diversas feições, como examinado no capítulo precedente.

Adiante-se apenas que são muitos os autores³⁷ que hoje defendem que a causa consiste nos efeitos finais e concretos do programa pactuado pelas partes e tem como função a intenção prática típica³⁸. Seria ela a razão determinante do negócio, que não é um fim em si mesmo, mas que tem por finalidade determinados fins concretos. Tal concepção será analisada nos capítulos seguintes.

Para que se logre precisar as demais nuances do problema aqui enfrentado, além de se identificarem as inúmeras classificações e terminologias atribuídas à *causa*, é importante, neste passo, advertir que a tradição histórica e a experiência moderna demonstram que causa é uma fórmula utilizada para solucionar problemas diversos e distintos entre si. A visão pouco

³⁶ Conforme bem aponta BESSONE, 1997, p. 98-106, o ordenamento jurídico brasileiro de 1916 referia a causa, sem atribuí-la o caráter dos ordenamentos francês e italiano. O art. 90 do antigo Código Civil fazia referência à causa, *in verbis*: “Só vicia o ato a falsa causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição”. O art. 140 do atual Código Civil, sem mencionar expressamente a causa, assim estabelece: “O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante”. Há referência expressa à causa pelo art. 145 do Código Civil, *in verbis*: “São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa”, bem como pelos arts. 884 a 886 do atual diploma, que regulam o instituto do enriquecimento sem causa.

³⁷ Apenas referidos por Bianca são: G. B. Ferri, Bessone, Nuzzo e Di Majo.

³⁸ BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*: tomo 1. Coimbra: Coimbra, 1969, p. 358. O autor afirma: “Esta vontade final, dirigida à causa como seu escopo, é a determinação causal normal do querer, a intenção prática típica”. Por isso que Betti define a causa como *a função econômico-social que caracteriza o tipo do negócio, e que, neste sentido, é típica*.

clara da relação – e da distinção – entre o ato de autonomia privada e o controle da lei tem deflagrado dificuldades ainda maiores. Em particular, a teoria do negócio jurídico, no intuito de elaborar princípios rigorosos, acreditou que o meio de (i) tornar a promessa vinculante, (ii) exercer controle sobre a licitude da forma de circulação das riquezas e (iii) definir os interesses privados constantes de um contrato poderia ser apenas um. Dessa forma, crêem Guido Alpa e Mario Bessone³⁹, a dogmática teve uma pretensão impossível.

Sugere-se, portanto, que, para uma análise acurada do tema em discussão, deve-se ter em mente o quanto pontuado por Paolo Franceschetti⁴⁰, que afirma:

Il tema della causa è uno dei più ispidi e insidiosi di tutti il diritto civile, affascinante e misterioso. Pervaso di “fatale malia”, diceva il Bonfante; “vago e misterioso” per Ferrara; “rigogliosa fonte di equivoci” sosteneva il Pugliatti; una formula magica, secondo la definizione di Alpa. C’è chi, quando lo sfiora, evita di affrontare il problema limitandosi a dire che esso è insoluto e complesso; e chi, dopo approfondite analisi, ha stabilito che la causa non è un concetto autonomo, e, dunque, non sarebbe neanche un requisito del contratto. *Prevalgono però, coloro che, all’opposto, giudicano la causa un concetto tra i pilastri fondamentali dell’ordinamento giuridico, in quanto è un punto di passaggio obbligato per chi voglia indagare il rapporto esistente tra l’autonomia privata e l’ordinamento giuridico.* (grifei)

É guiada por esta crença, de que a causa é efetivamente um dos pilares fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, que se dá continuidade a este estudo.

2.2. Divergência no direito estrangeiro

O inconveniente da tradição dogmática prejudicou gravemente, segundo Guido Alpa e Mario Bessone, o esforço de se construir uma teoria jurídica do contrato (e da relação

³⁹ ALPA, Guido; BESSONE, Mario e ROPPO, Enzo, 1982, p. 4. Para esses autores, não existe uma fórmula que possa indicar critérios de valoração úteis a solucionar cada um dos problemas apontados pela teoria do negócio jurídico. Quanto mais rigoroso e resumido for o conceito de causa, menos operativa será.

⁴⁰ *La causa del contratto*. Extraído de <<http://www.aspirantiuditori.it/causa.html>>, acesso em 03 de fev. 2008.

obrigatória) articulada e útil, como se faz necessária. Tais autores lecionam que, na *França*, as normas que incluem a causa lícita da obrigação entre os requisitos de validade do contrato, embora tenham se afastado de princípios cuja tradição remontava ao Direito Romano e que perduraram até Pothier, há tempo deixaram de constituir um problema de interpretação. No Código Civil francês, a *causa* é causa das obrigações⁴¹. Em uma codificação informada pelo princípio jusnatural de que o consenso produz efeitos reais, o efeito imediato do consenso continua a ser o nascimento da obrigação, e não meramente a transferência do direito. Nesse contexto, chama-se causa ao escopo que move o sujeito a obrigar-se. Assim, em cada contrato de prestações correspectivas, o termo *causa*, para os franceses, indica o interesse de cada contratante de obter a prestação do outro. Na medida em que tal valoração de interesses acaba por se focar nos motivos individuais, a jurisprudência e a doutrina francesas acabam por vincular a teoria da causa aos aspectos psicológicos dos contratantes (embora os franceses diverjam, alguns sustentando que a causa já está objetivada também na França).

Na *Alemanha*, onde o debate teórico acerca do conceito da causa é assaz atual, as normas do BGB não indicam a causa como requisito do negócio e solucionam o problema da falta de uma adequada razão justificadora das atribuições patrimoniais por meio da aplicação de outras singulares disposições legais.

As experiências francesa e alemã remanescem, portanto, estranhas ao tão tormentoso processo de “objetivação” do conceito da causa, ao menos àquele vivido pela experiência italiana.

Na *Itália*, para alguns críticos, a elaboração do conceito de causa denuncia “o esforço de construção de um edifício que, apoiando-se em vetusto e sólido fundamento, não consegue

⁴¹ Arts. 1.108 e 1.131 a 1.133 do *Code Civil*.

assumir sequer contornos claros, em que pese a maestria dos arquitetos e excelente qualidade dos materiais”⁴².

Sob a égide do antigo Código Civil italiano, o conceito de causa parecia indecifrável aos autores, quase que uma “elucubração metafísica”, segundo apontam Guido Alpa e Mario Bessone. Atualmente, o ordenamento italiano considera a causa como requisito do negócio, sancionando a ilicitude e a falta de causa com a nulidade do ato. Tal disposição, que se constitui em expressão da lei, especificada no art. 1.343⁴³ do Código Civil italiano, indica, para Guido Alpa e Mário Bessone, que a autonomia privada recebe a proteção da lei quando busca interesses voltados ao interesse público do reconhecimento do contrato. Assim, por um lado, a sanção evidencia os limites que o ordenamento impõe à liberdade da iniciativa privada e, por outro, visa a estabelecer o controle da conformidade das iniciativas contratuais individuais a um papel socialmente útil – o chamado “controle da oportunidade social”.

O quadro mais recente da doutrina italiana denuncia um debate ainda bastante vivo. Basta constatar que ganham reforço e afloram teses anticausalistas⁴⁴, as que privilegiam a ótica psicológica da causa, as que valorizam a função do contrato e o ponto de vista subjetivo do escopo buscado pelas partes singulares, as que analisam o contrato sob o ângulo de suas obrigações, e outras, mais incertas, que pretendem reconstruir inteiramente a teoria do negócio.

Segundo referem Guido Alpa e Mario Bessone, a história de cada ordenamento ensina que o valor vinculante da obrigação contratual não se explica com o puro e simples fato do

⁴² GIORGIANNI, Michele. Causa (dir. priv.), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 557 ss., apud ALPA, Guido; BESSONE, Mario e ROPPO, Enzo, 1982, p. 4. Tradução livre.

⁴³ “Art. 1343. Causa illecita. La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all’ordine pubblico o al buon costume (prel. 1, 1418, 1972). Art. 1344. Contratto in frode alla legge. Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l’applicazione di una norma imperativa. Art. 1345 Motivo illecito. Il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe (788, 14182).”

⁴⁴ Verificar, neste estudo, capítulo específico sobre a teoria anticausalista.

consenso, mas depende de avaliar-se se existe uma causa suficiente ou razoável e justa. Em outras palavras, é necessário identificar uma série de circunstâncias a integrar a razão justificadora do contrato. Nesse sentido, o dogma da vontade, como fonte exclusiva do vínculo contratual, não mais encontra amparo nos dados da experiência.

Ainda Guido Alpa e Mario Bessone apontam que a literatura jurídica vem oferecendo significativas contribuições para a mudança do enfoque de análise do tema. Do problema tradicionalmente enfrentado sob o prisma da “falta de causa” ou da “falsidade da causa”, que tinha como foco a definição da causa voltada à realização do escopo buscado por cada um dos contratantes, desloca-se a análise para que seja privilegiada a definição de causa como o mecanismo idôneo a realizar este mesmo escopo.

O progressivo debate teórico acabou por substituir a discussão em torno dos conceitos de “função do negócio” e “escopo das partes” para outros de cunho essencialmente objetivos (a experiência italiana contribuiu para isso, em especial em razão de ter o Código de 1942 abarcado princípios objetivadores da definição da causa), que, ainda um pouco mais tarde, evoluíram para a noção de função econômico-social do ato, tão bem construída e explicada por Emilio Betti⁴⁵, que será abordada nos capítulos seguintes deste estudo.

Assim, uma política de direito dirigida a conservar o papel da autonomia privada não pôde ir contra a tendência de um diverso conceito de causa, inspirado em Betti, cuja concepção indica que “o estado admite ou permite a troca privada de bens ou serviços tipicamente econômicos (a mencionada iniciativa privada), em vista da utilidade social que tal comércio representa, como meio à produção e à distribuição de bens, visando o bem-estar social”⁴⁶.

⁴⁵ BETTI, 1969, p. 350.

⁴⁶ GORLA. *Il Contratto*, I. Milano, 1954, apud ALPA, Guido; BESSONE, Mario e ROPPO, Enzo, 1982, p. 10.

Entretanto, ver-se-á que, para Guido Alpa e Mario Bessone, a teoria da função econômico-social de Betti se constitui na “cristalização de posições místico-paternalistas (...), próprias não apenas da ideologia nacional-coletiva, mas também do jusnaturalismo católico”⁴⁷. Com isso querem criticar que se possa identificar um interesse social objetivo e socialmente controlável para cada espécie contratual, definida pelo legislador ou por meio do reenvio à concepção dominante na consciência social, como pretendeu Betti.

Os autores estudados defendem que o desenvolvimento do direito continental, visto sob uma perspectiva histórica, demonstra que o debate continuado sobre o conceito da causa vai além do problema de controle da compatibilidade entre o contrato singular e a diretiva econômico-social do ordenamento, pretendido por Betti. O surgimento de novas teorias conduz à necessidade de serem identificados critérios úteis, próprios à seleção dos interesses merecedores de tutela⁴⁸, antes e fora da concepção de Betti⁴⁹.

Além disso, mesmo diante do reconhecimento da problemática, não se pode permitir que a falta de unidade na conceituação da causa, especialmente deflagrada nos tempos antigos⁵⁰, conduza à impossibilidade absoluta de identificação de configuração unitária ou, o que se revela ainda pior, à negação de sua existência⁵¹. Resta, isto sim, continuar na busca da

⁴⁷ G. B. FERRI. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano, 1968, 124, nota 142, apud ALPA, Guido; BESSONE, Mario e ROPPO, Enzo, 1982, p. 10.

⁴⁸ Paolo Franceschetti aponta a mais recente interpretação para a causa no direito italiano. Afirma ele: “Il fulcro della valutazione causale – sia per il contratto tipico che per quello atipico – sta nella meritevolezza dell’interesse; – tale valutazione deve essere effettuata dal giudice, alla luce delle norme e dei principi fondamentali dell’ordinamento giuridico; in primo luogo le norme imperative, i principi di ordine pubblico e buon costume, i principi costituzionali e le direttive della comunità europea” (*La causa del contratto*. Extraído de <<http://www.aspirantiuditori.it/causa.html>>, acesso em 03 de fev. 2008).

⁴⁹ Rodrigo Cogo faz síntese acerca desta orientação, com a qual compartilhamos, *in verbis*: “A causa entendida como função econômico-social não é suficiente para outorgar a proteção desejável aos interesses concretos da contratação que integraram o seu conteúdo, pois ela só retrata a razão justificativa abstrata e constante para cada tipo negocial. Isto traz o perigo de se sustentar que todos aqueles interesses que não estão contemplados na função econômica e social não são dignos de tutela porque deveriam ser entendidos como motivos e, por isso, irrelevantes” (COGO, Rodrigo Barreto. *A Frustração do Fim do Contrato*. 2005. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da USP. São Paulo).

⁵⁰ Como elucidado neste capítulo e no anterior.

⁵¹ Ver referência, neste estudo, à teoria anticausalista.

identificação de uma ou mais de uma concepção para a causa, ao menos daquelas que melhor se prestem à teoria dos contratos.

2.3. Divergência no direito nacional

Segundo Antônio Junqueira de Azevedo⁵², “causa pode ser causa-fato jurídico (causa eficiente ou *causa efficiens*); causa-motivo (*causa impulsiva*), se motivo psicológico, e causa-justa-causa, se motivo objetivo; causa da juridicidade (*civilis ou naturalis*); causa da atribuição patrimonial (ou da atribuição de direitos); e causa do negócio (*causa finalis* com três concepções diferentes)”.

Luciano de Camargo Penteado⁵³ também se propõe a investigar os conceitos atribuídos à palavra causa, valendo-se das quatro causas defendidas por Aristóteles (material, formal, eficiente e final)⁵⁴ e das expressões contemporâneas: causa razoável, causa suficiente, causa natural e causa final.

Passa-se, portanto, à análise de cada uma delas.

⁵² AZEVEDO, 1986, p. 128. O autor ressalva, entretanto, que a “aplicação das quatro causas aristotélico-tomistas (causa formal, material, eficiente e formal) não pode ser transposta para esses vários significados de causa, porque, como se depreende da exposição, ora se está falando de causa da obrigação, ora de causa do negócio. No intuito, porém, de ‘enquadrar’ o negócio jurídico nas categorias causais escolásticas, podemos dizer que suas quatro causas são: a causa formal é o reconhecimento social do caráter vinculante da declaração; a causa material, a declaração; a causa eficiente, o declarante; e a causa final, o fim último”.

⁵³ PENTEADO, 2004, p. 64.

⁵⁴ Quanto a estas, MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 159, citando Federico de Castro y Bravo, 1985, faz esclarecimento bastante sintético: *Causa eficiente* seria aquilo pelo que se fez algo (*id a quo aliquid fit*). É esta causa que explica a interdependência das prestações recíprocas nos contratos bilaterais e o princípio da *exceptio non adimpleti contractus*. *Causa final* seria aquilo pelo que se faz algo (*id propter quod aliquid fit*) é o propósito, o objetivo dos contraentes, o *motivum finale vel impulsivum* e se distingue do motivo individual da “causa impulsiva”. *Causa formal* seria aquilo em virtude do qual algo é o que é (*id quo eus est quod est*) (*aliquid*). É o que explica a eficácia constitutiva da lei. *Causa material* seria aquilo de que algo está feito (*id ex quo aliquid fit*) e que determina a variedade dos objetos do contrato.

2.3.1. *Causa eficiente* (causa efficiens)

Torquato Castro⁵⁵ é bastante didático ao explicar a *causa eficiente*. Diz ele:

O fato jurídico – o fato abrangido pela hipótese de direito, seja dentro da lei ou dentro das decisões jurisprudenciais – não se comporta como *objeto* do direito, mas em seu significado para a vida da coexistência humana, como a *razão* que fundamenta a solução jurídica. Por isso se diz que o fato é *causa*. Uma causalidade indelével do direito ou da solução jurídica, que será outra, se outro o fato-causa. A idéia de *causa*, própria dos fenômenos naturais, não revela à inteireza a significação do fato jurídico. Ela não consiste, no direito, em produzir mecanicamente algo, de uma nova espécie, fora de si. A significação, ou o valor do fato jurídico, já no fato reside, a justificar a solução. Vale o fato não por *existir*, mas por *significar*. A significação do fato vem de que ele, como um *ponto situado* no problema oferecido, vale para o *ethos* do agir humano. (...) Não vale só a circunstância de o fato *estar ali*, mas a de ser o fato *situado*; e assim, de situar-se como chave ou razão mesma do que se procura adequar. A ordem jurídica resulta da *posição situada* de fatos, pessoas e coisas exteriores.

Note-se que a causa eficiente tem origem já no Esboço de Teixeira de Freitas, e pode-se afirmar que decorre da dedução lógica de que todo o fato que produz efeitos jurídicos é causa. O Esboço estabelecia que todos os direitos não existem *a priori*, são sempre oriundos de um fato. Para Junqueira de Azevedo⁵⁶, “com este significado a palavra é usada na expressão ‘fontes das obrigações’; por exemplo, no texto atribuído a Gaio, e suspeito de interpolação, que afirma que as obrigações surgem dos contratos, dos delitos e de ‘várias figuras de causas’”.

Luciano Penteado aponta que a vontade é a primeira causa eficiente que transparece no Direito Civil. E vale-se de ensinamento do Rosa Maria de Andrade Nery⁵⁷, que esclarece: “(P)ode-se afirmar que a idéia de autonomia da vontade liga-se à vontade real ou psicológica

⁵⁵ CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legítimo do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 23-41.

⁵⁶ AZEVEDO, 1986, p. 121.

⁵⁷ *Noções Preliminares de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 115, apud PENTEADO, 2004, p. 74.

dos sujeitos no exercício pleno da liberdade própria de sua dignidade humana, que é a liberdade de agir, ou seja, a raiz ou *a causa* de efeitos jurídicos” (grifei).

Compartilha-se da noção de que a causa eficiente é a vontade, vontade de obrigar-se no caso concreto⁵⁸, vontade dirigida a atingir-se o *status* de titular de direitos e obrigações, com as restrições impostas pelo vínculo obrigacional. Por isso, ela não desperta maior interesse nesse estudo, por sua pouca pertinência à investigação que se pretende.

2.3.2. *Causa-motivo (causa impulsiva)*

À causa-motivo, também conhecida por causa impulsiva, estariam associados os motivos ocasionais e ocultos que levam à realização do negócio, à prática de um ato. É a causa vista sob concepção eminentemente subjetiva.

A causa impulsiva efetivamente não possui importância para os fins do presente estudo, haja vista que consiste na razão psicológica do contratante para desejar aquele bem da vida específico, por meio do vínculo obrigacional. A intenção do agente que visa a um resultado, porque de ordem íntima, meramente subjetiva, ainda que revelada, não é relevante para o estudo da causa sob a óptica jurídica. Motivos não apreciáveis, aliás, são irrelevantes para o Direito.

⁵⁸ Segundo Jacques Ghestin, a causa eficiente é “*fait générateur de l’obligation*”, (Traité de Droit Civil, Paris, 1986, 2º volume, p. 524).

2.3.3. *Causa justa-causa*

A causa-justa-causa (causa como motivo objetivo), por sua vez, é aquela identificada nos artigos do Código Civil de 1916, quando empregava as expressões “justo motivo” e “justa causa”. É também tratada, atualmente, como “motivo objetivo”, como uma segunda espécie de motivo, que não o psicológico.

Segundo Junqueira de Azevedo⁵⁹, os três significados até agora explicitados “são empregados até hoje e não oferecem dificuldade de entendimento”.

2.3.4. *Causa de atribuição patrimonial*

Em relação à causa de atribuição patrimonial, Junqueira de Azevedo propõe que se denomine “causa de atribuição de direitos” justamente para abarcar também os negócios não patrimoniais. Informa que as mais importantes são a causa *credendi*, a causa *solvendi* e a causa *donandi*. Segundo o mencionado autor⁶⁰, “sempre que há um deslocamento patrimonial de A para B, deve-se procurar a causa, que justifica essa atribuição. Na maioria das vezes, essa justificação será: B tornou-se credor de A, porque A, por seu lado, quis se tornar credor de B (causa *credendi*, na compra-e-venda, por exemplo); B recebeu algo, porque já era credor de A e A está pagando (causa *solvendi*, na dação em pagamento, por exemplo); B tornou-se credor porque A quis doar (causa *donandi*, na doação, por exemplo)”. Assim, um ato é dito causal ou abstrato, conforme a falta desta causa de atribuição patrimonial tenha, ou não, influência na sua eficácia.

⁵⁹ AZEVEDO, 1986, p. 121.

⁶⁰ AZEVEDO, 1986, p. 124.

2.3.5. *Causa material*

A causa material, segundo Luciano Penteadó⁶¹, “como dado que integra a própria estrutura dos negócios jurídicos em geral”, seria um elemento do que procede e que dá sustento para o ato concreto do contrato. “Há toda uma estratégia para a contratação, mesmo quando o contrato se exaure num ato simples como o depósito de uma moeda em máquina que fornece produto. Existem realidades das quais o contrato essencialmente depende para se formar. Sem elas, não há contrato e, daí, seu aspecto causal”⁶². Para ele, portanto, a causa material sustenta deveres pré e pós-eficácia contratuais.

2.3.6. *Causa formal*

A causa formal, por sua vez, seria a “explicitação do ato humano segundo regras disciplinadoras do seu modo de socialmente se manifestar. Conforme o ato de que se trate, a maior exigência de forma causará eficácia mais forte ou menos forte”⁶³. Ela é “elemento de especificação justamente porque vai dando um perfil característico aos entes sobre os quais atua”⁶⁴.

Luciano Penteadó explica que a presunção *iuris tantum* nada mais é do que a garantia de que a causa formal atue como a material, sob risco de permitir uma injustiça. A forma tem

⁶¹ PENTEADO, 2004, p. 69.

⁶² PENTEADO, 2004, p. 64.

⁶³ PENTEADO, 2004, p. 70.

⁶⁴ PENTEDO, 2004, p. 71.

um efeito que é a presunção. Provada a inverdade material do fato, elide-se a presunção. Para ele, os dois co-princípios (causa formal e material) devem andar unidos.

Também por esta linha de raciocínio é que se pode compreender a função das já estudadas *condictiones*, do Direito Romano, que nada mais eram do que corretivos ao excesso de confiança na causa formal. Luciano Penteadó⁶⁵ bem explica, neste ponto, que, “nas hipóteses de adimplemento para fim ilícito ou frustrado, a alegação do dever contratual (efeito da causa formal ato jurídico perfeito) deve ser afastada para ver que a forma não é tudo, deve se ver também os conteúdos para recuperar o que se deu por causa inexistente ou frustrada”.

2.3.7. Causa razoável

A causa razoável (também chamada de justa e, portanto, com significado assemelhado àquela abordada no item 2.3.3 acima) é tratada pela doutrina como a razão determinante do sentido jurídico de um vínculo. É o motivo que permite ao contrato criar obrigações recíprocas entre as partes como justificativa econômica, ética e política. Para Luciano Penteadó, a causa razoável envolve sim uma pesquisa sobre a intenção de contrair um vínculo jurídico, sem se reduzir a este aspecto meramente subjetivo. Diz mencionado autor⁶⁶, quanto à causa razoável: “Os seus apelos são também objetivos, relacionados à necessidade de manter uma proporção entre perdas e ganhos no relacionamento contratual, porque a reciprocidade é fundamental tanto para entender essa fonte de obrigação como para solucionar adequadamente eventuais conflitos dela originados”.

⁶⁵ PENTEADO, 2004, p. 72.

⁶⁶ PENTEADO, 2004, p. 84-85.

2.3.8. Causa suficiente

A causa suficiente é tratada pela doutrina como um dado adicional à causa razoável, dado esse identificado em contrato ou obrigação existente, que introduz na relação entre as obrigações das partes uma proporcionalidade ou um elemento que pode alterar o tipo contratual. Ela pressupõe a presença da causa razoável, e refere-se, segundo Luciano Penteadó⁶⁷, “à maneira como, concretamente, encontra-se composta a relação entre os termos que dependem um do outro”. Nos contratos bilaterais, seria “a exata coordenação entre as prestações devidas e o grau de dependência entre elas. Será causa suficiente a identificação perfeita do nexó vinculativo entre prestação e contraprestação”.

2.3.9. Causa natural

A causa natural é a que decorre do próprio modo de ser das coisas e dos acontecimentos, sem qualquer intervenção do homem. É a causa lógica. “Há atos que obrigam porque, antes dele ou com ele, alguém deu ou fez algo para outrem, que deve, pois, retribuir; a própria natureza das coisas cria essa obrigação. Se A, num contrato real, como o comodato ou o depósito, entregou algo a B, a obrigação de restituição da coisa surge *ex natura rerum*. Qual é, pois, a causa dessa obrigação? É a causa natural”⁶⁸.

⁶⁷ PENTEADO, 2004, p. 246.

⁶⁸ AZEVEDO, 1986, p. 122.

2.3.10. *Causa civil*

A causa civil é a causa “inventada”, “elaborada pela racionalidade humana e que passa a ser obrigatória pelo fato de começar a ser socialmente usada como vinculante”⁶⁹. Para Luciano Penteadado, causas civis, em geral, são as formalidades, não as formas simples, mas as que variam de época para época, a *stipulatio*, a *insinuatio*, a escritura pública e outras, derivadas de um acordo ou de uma lei que as tornam vinculantes. Quanto a essas, Luciano Penteadado conclui afirmando que ambas são ordinariamente elementos de existência do contrato, embora possam assumir outros papéis diversos.

2.3.11. *Causa pressuposta*

A causa pressuposta, defendida por Junqueira de Azevedo, seria a razão que justifica o negócio jurídico e que é anterior a ele próprio, não necessariamente em ordem cronológica. Assim, todos os contratos reais (o mútuo, o depósito e o comodato), por pressuporem logicamente a entrega da coisa; a confissão de dívida, a novação, a delegação e a dação em pagamento, por pressuporem dívidas já existentes; a fiança, que supõe o débito do afiançado, a transação, que supõe a lide ajuizada ou por ajuizar; possuem causa pressuposta visto que, “em todos esses casos, o *porquê* do negócio encontra sua resposta em fato logicamente anterior ao negócio; este fato é, pois, a sua causa”⁷⁰.

Tal classificação somente consta desta referência doutrinária. Não se logrou identificar outro autor que a mencionasse.

⁶⁹ PENTEADO, 2004, p. 88.

⁷⁰ Ver AZEVEDO, 2002, p. 148.

2.3.12. *Causa final*

Quanto à causa final, Junqueira de Azevedo⁷¹, leciona que

abre-se, porém, aqui, uma dissensão teórica entre três posições, as duas primeiras predominantes entre autores franceses e a última, adotada pelo ordenamento jurídico italiano. Entre os franceses, há, de um lado, os partidários da causa subjetiva (mais, ou menos, hábeis, em distinguir causa, de motivo; a causa seria o motivo próximo e determinante) e, de outro, os partidários da causa que se poderia dizer subjetivo-objetiva. Para estes, a causa é o fim que os declarantes pretendem (portanto, partem da mesma caracterização dos anteriores); todavia, este fim é também objetivo, porque, no contrato, por exemplo, é o fim comum, e não, o de cada contratante. A causa, nessas condições, está integrada no negócio (*Capitant*); ela se revela no próprio negócio. 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, ela é, com propriedade, *causa do negócio*, ou do contrato, e não, causa da obrigação, ou da atribuição patrimonial, ou da atribuição do direito (...).

No significado de causa final, há, porém, ainda, uma duplicidade. Se se adota a concepção de *Capitant*, ou outra próxima, em que a causa é o fim que resulta objetivamente do negócio, a causa do negócio é a “*causa concreta*”, o fim de cada negócio individualizado. Se se adota a concepção de causa-função, trata-se da “*causa abstrata*”, causa típica. Ora, por uma questão de clareza, é preferível deixar a expressão causa final reservada a somente um desses significados, de preferência o último, em que a palavra “causa” está mais generalizada e onde é de mais fácil substituição. No outro significado, a causa concreta é, na verdade, o “*fim do negócio jurídico*”. Esta é a melhor expressão⁷².

Luciano Penteadó⁷³ afirma que o agir da vontade é finalístico e que a causa final, portanto, “tem de ser, para garantia de controle do espaço privado de autonomia pela ética, a reciprocidade obrigacional, a dependência das prestações, esse vínculo imanente que ata as prestações (...) A causa final é também, para cada contratante, a sua atividade, o comportamento que leva ao adimplemento, que é também desejado”. Ele defende que o

⁷¹ AZEVEDO, 1986, p. 127.

⁷² AZEVEDO, 1986, p. 128.

⁷³ PENTEADO, 2004, p. 78-79.

caráter sinalagmático do contrato abrange não só equivalência econômica das prestações, mas justamente esta reciprocidade jurídica.

No presente estudo, compartilha-se da orientação de Junqueira de Azevedo e se entende que o significado mais importante que se deve atribuir à causa é o de causa final, em sua subdivisão típica e concreta. Esses significados, entendidos como instrumentos a serem utilizados pelo operador do direito para identificar as normas aplicáveis ao caso concreto com vistas a uma qualificação funcionalizada⁷⁴, é que justificam, no sistema jurídico brasileiro, a preservação e valorização da causa contratual.

2.4. *Vexata quaestio*

É Custódio da Piedade Ubaldino Miranda⁷⁵ que sintetiza o que chama de verdadeira *vexata quaestio*: uma definição precisa acerca da causa. Para ele, os diversos sentidos diferentes da causa foram admitidos ao longo de sua evolução histórica, alguns se referindo apenas à obrigação de uma das partes contratantes, e não propriamente ao negócio jurídico como um todo. Por isso, defende que apenas dois dos sentidos da causa, acima qualificados, possuem importância no direito contemporâneo: o da causa eficiente e o da causa final. Ele defende, ainda, que talvez somente a causa final possua efetiva relevância no direito atual, encarada em seus aspectos objetivo e subjetivo (posição da qual se compartilha).

Jacques Ghestin⁷⁶, em estudo muito recente, afirma que a noção de causa exprime, de modo complementar, “la cause efficiente: justification de l’engagement *et* la cause finale:

⁷⁴ A expressão é de KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: Grupos de Contratos, Redes Contratuais e Contratos Coligados*. Rio de Janeiro, 2006, p. 80-81.

⁷⁵ MIRANDA, 1991, p. 155.

⁷⁶ GHESTIN, 2006, p. 68 e ss.

intérêt de celui qui s'engage". Segundo ele, a causa eficiente é a justificação necessária do reconhecimento, pelo direito positivo francês, da força obrigatória de um acordo de vontades. Para ele, admitir a necessidade de uma causa eficiente não é obstáculo à admissão da necessidade de uma causa final, assim entendida como um determinado interesse próprio, que faz com que cada uma das partes decida por se vincular. Este interesse é justamente o porquê do compromisso, a sua explicação. Ghestin esclarece que tais noções complementares possuem a vantagem de traduzir a finalidade essencial da causa do compromisso. Possuem valor teórico, explicativo e pedagógico incontestável. Ao mesmo tempo, considera-as inadequadas, por serem insuficientemente precisas, fatores de insegurança jurídica para uma utilização prática da causa na sua dupla função de controle da sua própria existência e de sua licitude. Por isso, ele defende que, perante o direito positivo francês, existem apenas duas definições que merecem acolhida: "*la cause contrepartie convenue*" e "*la cause motif déterminant*". A primeira serve à análise da existência da causa nos contratos a título oneroso. A segunda serve ao controle da licitude da causa em todas as espécies contratuais e à análise da falta da causa nos contratos a título gratuito. Após analisar o histórico da noção de causa⁷⁷, o autor dedica sua recente obra à defesa destas duas concepções, adequadas ao sistema positivo e jurisprudencial francês.

Ao longo do presente estudo, ver-se-á que a concepção de causa final⁷⁸ é a que permite a acertada análise dos requisitos para a gênese do contrato, levando-se em consideração a função econômico-social abstrata (típica), mas especialmente a finalidade própria e concreta de cada determinado ajuste contratual (subjetivo-objetivo), os reais

⁷⁷ Mencionado autor defende a locução "*cause de l'engagement*" ao argumento de que ela permite a distinção mais adequada entre causa de obrigação (dita objetiva e abstrata, sempre a mesma para cada tipo contratual) e causa do contrato (dita subjetiva e concreta). Para ele, a expressão evidencia mais adequadamente que a causa deve ser apreciada segundo a união dos vínculos, do verdadeiro acordo de vontades (seria a evidência de que cada parte contratual busca seus próprios fins, que resultam no contrato). Para melhor compreensão vide GHESTIN, 2006, p. 1 a 10.

⁷⁸ Que, no presente estudo, identificamos com a "*cause motif déterminant*" ou com a "*cause de l'engagement*", conforme defendidas por GHESTIN.

interesses das partes contratantes, a finalidade integrante do conteúdo. É ela, portanto, que oferece mecanismo prático a contribuir com o movimento de funcionalização dos direitos subjetivos, assim entendido como a exigência que o ordenamento jurídico brasileiro inegavelmente faz para que os direitos sejam exercidos de acordo com os limites impostos pela finalidade prático-social, de origem constitucional.

Finalmente, é ela, a causa final, que possibilita a identificação da frustração do fim do contrato e sua conseqüente resolução ou rescisão, aspecto já sinalizado por Junqueira de Azevedo⁷⁹ e muito bem elucidado por Rodrigo Barreto Cogo⁸⁰.

⁷⁹ AZEVEDO, 1986, p. 224 e 225.

⁸⁰ COGO, 2005, p. 269.

3. NOÇÃO DE CAUSA

A concepção da causa advém em muito das diferentes conotações do seu termo, que, como já elucidado, é oriundo da Filosofia. Aristóteles o sistematizou e referiu as quatro diferentes concepções, hoje reconhecidamente clássicas e já mencionadas no capítulo precedente: causa como motivo abstrato (causa impulsiva ou eficiente), causa material, causa formal e causa final. A doutrina francesa, segundo refere Judith Martins-Costa⁸¹, valeu-se da causa final para sistematizar o tratamento normativo da teoria da causa e provocou que tal orientação fosse seguida por diversas outras legislações, que efetivamente contemplam “a idéia de causa no campo obrigacional vinculada à idéia de finalidade, de objetivo perseguido, do porquê da obrigação assumida”.

Diante disso, Judith Martins-Costa sugere que se afaste da análise da teoria da causa, proposta pelo sistema francês, e se fixe a idéia de “objetivo perseguido por quem se obriga”⁸². Mais que isso. A autora sustenta ser necessário que se estude com apurada crítica os autores que se valem da normatização e doutrina francesas para interpretar o sistema brasileiro. Causa, no sistema francês, segundo Judith Martins-Costa⁸³, é “noção que está adiante, é o objetivo (*le but*) perseguido por quem se obriga. É conceito não preenchido pela lei, mas posto na lei como elemento de validade das convenções (art. 1.108), dizendo respeito às obrigações e não aos contratos. Se inexistente causa, ou se a causa é ilícita, tem-se a nulidade do ato jurídico”.

⁸¹ MARTINS-COSTA, 1989, p. 219.

⁸² Para mencionada autora, valendo-se da doutrina de Boris Starck, a causa eficiente é aquela que conduz a um efeito ou aquela que explica a gênese de um fenômeno de forma a se buscar os fatos que conduziram à sua realização.

⁸³ MARTINS-COSTA, 1989, p. 220.

Pontes de Miranda⁸⁴ esclarece as circunstâncias do sistema brasileiro, diversas daquela da *cause* francesa. Para ele, “causa é a função que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de negócio, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia”, do que resulta que “a causa fixa, na vida jurídica, o ato e se refere à atribuição”.

Judith Martins-Costa aponta que, nesta acepção, a causa, no sistema brasileiro, não seria elemento de validade da obrigação ou do contrato, mas estaria localizada no plano da existência, porque ela é que propiciaria a distinção entre atos jurídicos abstratos e atos jurídicos causais. Não é esta, entretanto, como já sinalizado, a acepção de causa que maior importância revela à teoria da causa contratual.

A autora ora referida, entretanto, não deixa de mencionar que outros autores brasileiros identificam a causa como integrante do plano da validade, em decorrência de interpretação dos antigos arts. 81, 82 e 90 do Código Civil de 1916. Neste passo, transcreve Torquato Castro, Gilberto de Ulhoa Canto, Agostinho Alvim, Serpa Lopes, Paulo Barbosa de Campos Filho e Clóvis do Couto e Silva, para demonstrar que não há, mais uma vez, compreensão uníssona acerca do tema causa.

Judith Martins-Costa⁸⁵ conclui, de qualquer modo, que o tema “hoje em dia se vem mostrando cada vez mais vinculado à já referida necessidade de segurança nas transações jurídicas, operada mediante a maior tutela judicial. Com efeito, no pertinente à teoria da causa, ou às diversas teorias da causa, ressalta a importância que se vem atribuindo ao controle do Poder Judiciário sobre os atos jurídicos de índole obrigacional e a incidência em elevado grau da noção de ordem pública como limite à autonomia privada”.

⁸⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, tomo III. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 100.

⁸⁵ MARTINS-COSTA, 1989, p. 223.

É esta mesma a lição de Diez-Picazo⁸⁶, que afirma que

o problema central da causa, tal como nós entendemos, é o problema de um controle social – ou, se preferir: um controle pelo ordenamento jurídico – da autonomia privada. As partes não se obrigam, não se vinculam, não estabelecem entre elas uma regulamentação ou uma organização de seus interesses só porque querem fazê-lo livres e espontaneamente. É preciso que, ao fazê-lo, dêem causa a interesses que o ordenamento considera como legítimos e que os resultados que buscam também o sejam, do ponto de vista do ordenamento. Por isso, a função que o nosso Direito atribui à causa é de valoração do negócio ou contrato.

O autor espanhol em estudo leciona que a valoração mencionada pode ser de duas ordens: primeiro, no que se refere ao tipo negocial eleito pelas partes, típico ou atípico⁸⁷; segundo, a valoração de cada negócio específico, atendendo-se ao resultado que com ele se busca ou a que se haja proposto aqueles que emitem as declarações negociais. Essa segunda valoração consiste na busca da causa concreta⁸⁸, que é, segundo o autor em estudo, o propósito empírico ou prático que as partes visam a alcançar e o resultado social que pretendem obter. Para ele, algumas doutrinas rigidamente objetivistas ignoram que quando as finalidades se incorporam ao contrato, passando a formar parte dele, formam a mencionada *causa concreta* e precisam ser valoradas.

Diez-Picazo sintetiza o que se quer evidenciar por meio deste estudo. É a causa final, em suas duas concepções, típica e concreta, que merece ser considerada. Tome-se a primeira como a causa abstrata, e a segunda, ainda mais importante, como o interesse, o resultado prático e concreto que se extrai do negócio jurídico.

⁸⁶ DIEZ-PICAZO, 1996, p. 237-238.

⁸⁷ Aqui se identifica a causa final abstrata.

⁸⁸ A causa final concreta.

4. CAUSA DE OBRIGAÇÃO E CAUSA DE NEGÓCIO

Depara-se, na doutrina nacional e estrangeira, com divergências significativas acerca da diferenciação da causa de obrigações e causa de negócios. Já se viu que tal dificuldade encontra explicação na origem da teoria da causa, especialmente no modo como codificada no *Code Civil* francês.

Jean Dabin⁸⁹ afirma que somente as obrigações derivadas de contratos devem ter uma causa. Para ele, as obrigações quase-contratuais, delituais, quase-delituais e legais não possuem a influência da teoria da causa e, por isso, antes de se proceder à análise da presença da causa e definir no que ela consiste, deve-se avaliar se a obrigação em pauta possui origem contratual. Ele afirma que essa era também a opinião de Domat, ao exigir que se identificasse, primeiramente, a origem de determinada obrigação, o contrato concreto e específico do qual foi gerada, para que somente após se pudesse identificar sua causa. Para ele, a obrigação deve ser oriunda de um contrato determinado, e não abstratamente considerada. A *obligatio*, a que se referia Domat, era a obrigação contratual.

As críticas de Dabin merecem, contudo, a devida ponderação, considerando-se que foi reconhecido anticausalista, negando a utilidade da causa como elemento ou requisito autônomo do negócio jurídico.

Diez-Picazo⁹⁰ informa que a causa da obrigação responde à pergunta: *cur debetur*, isto é, “por que se deve?” (*causa debendi, causa obligationis*), enquanto a causa do contrato responde à pergunta: *cur contraxit*, isto é, “por que se contratou?”, “por qual razão se

⁸⁹ DABIN, 1929, p. 21.

⁹⁰ DIEZ-PICAZO, 1996, p. 233.

celebrou o contrato?” (*causa contractus, causa negotii*). Para ele, *causa debendi* é o fundamento jurídico da existência de uma dívida, assim entendida como dever jurídico de realizar uma prestação (é o que justifica o dever de prestação). É, portanto, o fato constitutivo da obrigação, a sua fonte. Está-se obrigado porque se celebrou, de modo válido e eficaz, um contrato, ou porque se realizou uma conduta social típica, ou porque se editou um ato administrativo ou judicial ou, finalmente, porque ocorreu uma determinada hipótese normativa obrigacional. Assim, para o autor, causa de obrigação é coincidente com fonte de obrigação, como haviam previsto Pothier e os demais autores clássicos, e não se confunde, portanto, com a causa contratual.

Betti⁹¹, transcrito por Custódio Miranda⁹², tem passagem esclarecedora acerca do dilema, em que enfatiza que se considere de modo apartado a causa da obrigação e a causa do negócio e que não se queira identificar uma com outra. Diz ele:

só uma visão atomística que destrói a unidade do negócio e considera este sob o ponto de vista unilateral de cada uma das partes, pode conseguir ver a causa na contraprestação, por exemplo, a causa da “obrigação” do vendedor no preço e inversamente, a do comprador na coisa ou na correspondente obrigação de prestar a coisa. Quem tem esse modo de ver não repara no absurdo lógico que é conceber aquilo que passa de um simples “elemento de um todo”, como sendo a razão justificativa de um outro elemento do mesmo todo, em vez de reconhecer a mútua interdependência e a comum subordinação de um elemento à totalidade e à unidade funcional do todo de que fazem parte: somente essa unidade pode constituir a razão justificativa daquilo que se procura.

É bem verdade que, nesta última linha de pensamento, Betti trata de defender a concepção objetivista da causa, sustentada por ele e por outros autores italianos de renome

⁹¹ BETTI, 1969, p. 349.

⁹² MIRANDA, 1991, p. 156.

(Ruggiero, Coviello etc.). Nada obstante, autores brasileiros seguem a linha interpretativa de Betti, como o faz Torquato Castro⁹³.

Torquato Castro rejeita a idéia de causa da obrigação e assegura que “este 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”.

Luciano Penteadó⁹⁴ elucida o tratamento dado ao tema na doutrina nacional e revela que os autores habitualmente identificam o conceito de causa da obrigação, mas consideram que esta se confunde com o próprio objeto do ato⁹⁵. Para tais autores, o tema somente tem importância no estudo acerca das obrigações com abstração de causa, como referentes a determinados títulos de crédito. Afirma Luciano Penteadó que a mencionada doutrina nacional “raramente detecta a relevância conceitual da categoria da causa do contrato como algo autônomo”, o que autor parece lastimar. Ele defende que, “independentemente da questão legal, a categoria da causa é fundamental para a análise de lides contratuais (...). A falta de uma doutrina clara sobre o assunto, e não outras questões adjacentes, é que dificulta a aplicação da idéia”⁹⁶.

Ele está com a razão. Junqueira de Azevedo⁹⁷ também enfatiza que “deixando de lado a concepção subjetiva, em que a causa é motivo, e, hoje, aliás, pouco aceita, percebe-se que,

⁹³ CASTRO, Torquato. *A causa do contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966, p. 10.

⁹⁴ PENTEADO, Luciano de Camargo. Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros. *Revista de Direito Privado*, 2004, n. 20/235.

⁹⁵ É válido examinar as posições dos autores nacionais, transcritas e comentadas por Luciano de Camargo Penteadó, na obra citada na nota anterior, p. 241 e ss.

⁹⁶ PENTEADO, 2004, p. 242.

⁹⁷ AZEVEDO, 1986, p. 127.

já na concepção subjetiva-objetiva, se a causa é o fim do próprio negócio⁹⁸, ela é, com propriedade, causa do negócio, ou do contrato, e não, causa da obrigação, ou da atribuição patrimonial, ou da atribuição do direito”.

Efetivamente, há que se distinguir a causa de atribuição patrimonial, ou de direitos, da causa do negócio jurídico.

Segundo Custódio da Piedade Ubaldino Miranda⁹⁹,

atribuição patrimonial é todo o benefício suscetível de avaliação pecuniária, obtido por alguém, qualquer que seja a sua natureza: aquisição ou consolidação (pela extinção do ônus que o gravava) de um direito, liberação de obrigações etc. Ora, a atribuição patrimonial deve ter uma causa justificativa. Quando não houver causa, haverá um enriquecimento sem causa, vedado pelo direito (cf. Galvão Telles, 1962:250) (...) Mas também neste sentido não se pode falar de causa do negócio jurídico; causa de atribuição patrimonial é o mesmo que causa da obrigação. À obrigação de uma das partes corresponde, nos contratos bilaterais, comutativos, a obrigação de outra; é a contrapartida de uma das obrigações. À prestação corresponde sempre uma contraprestação nesse tipo de contratos. Pode, por isso, falar-se, nesses casos, de causa, mas referida à obrigação e não propriamente ao negócio jurídico.

De todas as lições doutrinárias identificadas, nacionais e internacionais, é Michele Giorgianni¹⁰⁰ que espanca dúvidas e oferece solução da qual se compartilha inteiramente, dada sua adequada aplicação ao sistema jurídico brasileiro. O autor sustenta que não é possível falar-se em *função* da prestação *em si e per se*, e tanto menos de *causa* de prestação: o ordenamento italiano valora a prestação apenas em seus aspectos de licitude e possibilidade (conforme o art. 1.346 de seu Código Civil). A singular prestação receberá a *função* e a *causa* do contrato em que estiver inserida, causa esta que é sempre unitária¹⁰¹.

⁹⁸ Junqueira está a se referir à *causa final* concreta, com sentido de fim comum pretendido pelos declarantes.

⁹⁹ MIRANDA, 1991, p. 156.

¹⁰⁰ GIORGIANNI, Michele. *La Causa del Negozio Giuridico*. Milano: Ed. Giuffrè, 1974, p. 48.

¹⁰¹ Refere o autor, p. 49: “Quando, adunque, la prestazione se inserisce in un contratto, o in genere in un negozio, che abbia una propria ‘funzione’, il problema della ‘causa’ di questo si confonde con quello della sua ‘funzione’,

A variedade de prestações, portanto, não incide sobre a unidade da causa e nem a transmuda, tampouco gera ato abstrato ou causas contratuais variáveis. A causa há de ser a do contrato¹⁰².

O esclarecimento do mencionado autor italiano é valioso para que se busque a definição que interessa ao presente estudo: a identificação da causa do negócio jurídico.

4.1. *Consideration*

Segundo Luciano Penteadó¹⁰³, a *consideration* é “uma espécie de selo de juricidade dos acordos contratuais, ao mesmo tempo em que as prestações são *consideration* umas em relação às outras”¹⁰⁴.

Fábio Siebeneichler de Andrade¹⁰⁵ leciona que foi por meio da *assumpsit*, a partir do século XVI, que se desenvolveu, no sistema da Common Law, a doutrina da *consideration*. A partir dessa época, o destinatário que tivesse fornecido uma *consideration* (no sentido de

nel senso che il giudizio effettuato dall’ordinamento sulla rispondenza della combinazione di prestazioni ad ‘interessi meritevoli di tutela’, soddisfa contemporaneamente la esigenza di ‘giustificazione’ (*ratio*) della combinazione stessa. D’altro canto è bene sottolineare che, per le ragioni sopra spiegate, ormai il rilievo della ‘causa’ si manifesta esclusivamente nel momento della nascita del negozio e non accompagna il suo successivo svolgimento”.

¹⁰² Importante mencionar que o autor afirma, às p. 52 e 53, que a prestação pode ter uma *causa* específica, que não se confunde com uma função, mas com o escopo indicado pela parte que vai a executar. Para ele, este escopo possui sim variação objetiva – a efetiva existência da obrigação de adimplir – e variação subjetiva – que consiste no intuito de adimplir. Sustenta, entretanto, que esta análise só tem razão de ser quando se estuda a prestação estruturalmente isolada, oportunidade em que se fala de falta de causa da prestação. A solução, aqui, não é de nulidade, mas está na repetição do indébito. *Por isso, ele conclui que a falta de causa do negócio jurídico coincide com a falta de uma função idônea a justificar a autonomia privada, ou seja, um problema de limites de autonomia privada (que nada tem a ver com a análise da causa da prestação).*

¹⁰³ PENTEADO, 2004, p. 58.

¹⁰⁴ Pelos norte-americanos, a *consideration* foi definida, pela Exchequer Chamber, em 1875, do seguinte modo: “A valuable consideration in the sense of the law may consist either in some right, interest, profit or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility given, suffered or undertaken by the other. Courts will not ask whether the thing which forms the consideration does in fact benefit the promisee or a third party, or is of any substantial value to anyone. It is enough that something is promised, done, forborne or suffered by the party to whom the promise is made as consideration for the promise made to him (Anson’s Prin. of Con. 63) (Hamer v. Sidway (57 Hun, 229), decided on April 14, 1891, Court of Appeals of New York).

¹⁰⁵ DE ANDRADE, Fábio Siebeneichler. Causa e consideration. *Ajuris* 53/276-284, ano XVIII, nov. 1991, p. 281.

prestação) poder-se-ia valer de uma *assumpsit* para obter a satisfação do contrato. No século XIX, a *consideration* passou a ser vista eminentemente como preço de negócio, e a operação de troca – dita *bargain* – estava na base da noção de contrato. Ele aponta, contudo, que esta noção utilitarista vem perdendo aplicação, ampliando-se a noção atual da *consideration*, mais vasta que a de outrora.

Classicamente, a *consideration* estava sempre atrelada à idéia de promessa ou de atribuição patrimonial, devendo provir do destinatário da promessa, ser provocada por uma promessa, ou por um pedido seu. Hoje, flexibiliza-se o conceito de *consideration* e passa-se a exigir que ela seja adequada, que seu valor tenha determinada relevância, para que valha como promessa. Segundo Luciano Penteadó¹⁰⁶, “também se passou a incluir como *consideration* obrigações morais e a idéia de fidelidade à palavra dada”.

Fato é que a doutrina da *consideration* não se confunde com a teoria da causa, não se identificando equivalência entre elas¹⁰⁷. Inclusive a origem é diversa, considerando-se a dificuldade de se precisar quando especificamente a *consideration* teria nascido, já que as instituições da *Common Law*, conforme apontado por Fábio de Andrade, foram surgindo pouco a pouco, com as soluções judiciais.

Luciano Penteadó considera que a *consideration* permite compreender o papel da teoria da causa no nosso sistema, o que talvez reste mais evidente ao se analisar as suas significativas diferenças. A teoria da causa confere caráter de obrigatoriedade a um maior número de relações contratuais, enquanto a doutrina da *consideration* é bastante mais restrita. Talvez por isso que seu conceito venha sofrendo sérias críticas, insuficiente que é para disciplinar e regular uma gama de situações.

¹⁰⁶ PENTEADO, 2004, p. 58.

¹⁰⁷ Segundo Giovanni Criscuoli, *apud* PENTEADO, 2004, p. 57, “a causa tende a ser única e, em geral, abstrata, a *consideration* acaba por confundir-se com a reciprocidade e ser mais concreta”.

Segundo Fábio de Andrade¹⁰⁸, modernamente, considera-se que tanto a causa quanto a *consideration* surgiram com uma finalidade específica, a de limitar a teoria da autonomia da vontade. Aí estaria a similaridade entre elas. Entretanto, a noção de *consideration* “foi mais o produto da reflexão de juristas de um sistema de Direito essencialmente comercial, preocupados em escapar do direito medieval formalista e de ampliar seu direito dos contratos. A idéia de *assumpsit* forneceu meios de controlá-la”.

A referência à *consideration*, no presente estudo, serve apenas para que se espanquem eventuais confusões que a doutrina promove e para que se constate que o instituto do sistema estrangeiro não está, de qualquer forma, atrelado à idéia de causa como importa seja concebida no sistema brasileiro. Como se verá, causa, segundo a concepção que o presente estudo pretende defender (a concepção de causa final concreta), há de ser considerada a finalidade que integra o conteúdo do contrato, representada pelo interesse, pelo resultado prático ou pela função que se extrai do negócio, preferencialmente relevante e conhecida por ambos contratantes ou, se não, identificada segundo um juízo de boa-fé. Em nada se confunde, portanto, com a idéia unilateral de *consideration*, que mais serve como evidência da promessa de cumprimento da palavra dada.

¹⁰⁸ Apesar de esse mesmo autor apontar que a causa originou-se do Direito Material, a *consideration*, do Direito Processual, sendo a causa bem mais ampla do que a *consideration*. Ademais, esclarece o mencionado autor, a *consideration* permaneceu intocada à influência do Direito Romano.

5. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA CONTRATUAL

Giovanni Ettore Nanni, na sua obra *Enriquecimento sem causa*¹⁰⁹, salienta a importância da corrente que defende a relevância e aplicação da teoria da causa, denominada *causalista*, também representada, no Brasil, por Torquato Castro. Castro¹¹⁰ afirma que, “para o direito brasileiro, todos os contratos são causais” e a ausência de causa implica a nulidade do contrato, ou seja, sem ela o contrato não produz efeitos jurídicos.

Em que pese a precisão do quanto lecionado por Torquato Castro, são confusos os ensinamentos doutrinários nacionais acerca do tema, mesmo entre aqueles que se filiam à corrente causalista¹¹¹.

Darcy Bessone¹¹² afirma que a causa do contrato é o motivo que leva o sujeito a integrar-se no contexto da relação contratual. É a causa do contrato, portanto, para referido autor, de ordem subjetiva, atuando no ânimo do contratante, conduzindo-o à manifestação da vontade, ao consentimento, sendo anterior e exterior à convenção. Diante disso, a causa do contrato não seria seu requisito, mas seu pressuposto, que Bessone qualifica como uma utilidade social – e não individual – que atenda à ordem pública e aos bons costumes. Para ele, esta utilidade deve ser a finalidade dos contratantes.

¹⁰⁹ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 255.

¹¹⁰ Da causa no contrato. Tese de Concurso. Recife: Jornal do Commercio, 1947, p. 58-59 *apud* NANNI, 2004, p. 255.

¹¹¹ Carlos Henrique Barroso ensina que, “em relação à *causa* (ou ao *motivo*, para alguns), opera-se uma divergência sobre sua caracterização como elemento essencial à validade do negócio jurídico. De acordo com a teoria denominada como *causalista*, a *causa* é parte integrante da vontade do agente, não podendo ser dispensada para apuração da validade do negócio. Por seu turno, na linha da teoria conhecida como *anticausalista*, a *causa* não mostra qualquer importância de conteúdo para a validade do negócio jurídico” (O falso motivo como vício do negócio jurídico no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 804, p. 79).

¹¹² BESSONE, 1997, p. 102.

Não se pode compactuar da lição de Darcy Bessone, haja vista que, de rigor doutrinário, a causa que se afigura importante à teoria contratual, aferida na gênese da relação contratual, não gera problema no âmbito da existência, mas no plano da validade. Não há que se falar em causa como acontecimento que ocorre no mundo da natureza, efeito naturalístico que se dá por relação de causa e efeito, mas sim, no sentido de justificação da autonomia privada¹¹³, cujos efeitos igualmente estejam conformados a este ordenamento (*a causa final típica*). Pode-se, ainda, falar em causa como a finalidade que integra concretamente o conteúdo do contrato, representada pelo interesse, o resultado prático ou a função que se extrai do negócio, preferencialmente relevante e conhecida por ambos contratantes ou, se não, identificada segundo um juízo de boa-fé (*a causa final concreta*). O negócio despidido de *causa final* será nulo e sofrerá efeitos no plano da validade.

Entretanto, Darcy Bessone não está sozinho. Paulo Barbosa de Campos Filho¹¹⁴ também sustenta a não inclusão da causa como condição de validade, afirmando que estão com a razão “os que entendem não comportar nosso Código inteligência que faça da causa

¹¹³ De modo sintético, a autonomia privada é a potestade de ajustar um acordo negocial adequado ao sistema jurídico. *Luigi Ferri* afirma que a autonomia privada não é apenas nem principalmente liberdade e suas manifestações não são mero exercício de um direito subjetivo. Para ele, a autonomia privada é, antes de tudo, poder de disposição (limitado a uma esfera dentro da qual se pode obrar livremente), e os negócios jurídicos, manifestações de poder. Ele esclarece, ainda, que os limites da atividade privada autônoma têm sempre caráter negativo, por não haver predeterminação legal de um fim. Para ele, o requisito da causa do negócio não se traduz em um limite finalista ou funcional da autonomia privada, visto que esta é limitada de modo externo. Ele afirma que os limites positivos em matéria de autonomia privada, quando existem, se referem a um ato determinado (ou a atos determinados) de exercício da autonomia privada e não a esta, que segue caracterizada por sua intolerância em relação a estes tipos de limites (*La Autonomia Privada*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1969, p. 350-360). Não obstante, as conclusões de Ana Prata revelam como ocorreu, na história, o fenômeno da funcionalização dos negócios jurídicos e uma verdadeira mudança conceitual da autonomia privada. Ela afirma que as limitações à autonomia privada colocavam-se como um elemento externo, alheio ao conceito de autonomia e de negócio. Entretanto, “à verificação do não preenchimento automático e acessório da satisfação do interesse geral através do puro exercício da autonomia privada – e até da freqüente inaptidão do negócio, mesmo para salvaguardar em casos concretos a justiça na composição intersubjetiva dos interesses - sucedeu, pois, a idéia de que a funcionalização do negócio tem de ser encarada não numa perspectiva global e alheia à configuração do conceito, mas integrada na própria estrutura conceitual”. Por isso, afirma a autora, “a jericidade do ato ou da relação afere-se pela dignidade do interesse em causa, e o juízo sob essa dignidade é um juízo normativo informado por critérios supraindividuais. Autonomia privada e negócio jurídico são hoje, como sempre, meio e instrumento de composição jurídica de interesses de natureza essencialmente privada, mas, diferentemente do que antes acontecia, não são um meio e um instrumento deixados na exclusiva disponibilidade das partes. Ao Estado incumbem deveres que ele há de prosseguir (também) através deste meio e deste instrumento” (*A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 23).

¹¹⁴ CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, p. 68.

condição de validade do ato e por isso se limitam a rediscutir o problema em termos de direito a construir”. Em realidade, Paulo Barbosa é defensor da teoria anticausalista, entendendo coincidirem as definições de causa e de objeto. Tal entendimento não merece acolhida, portanto, ao menos diante da abordagem que se pretende neste estudo.

No aspecto dos planos em que a causa deve ser aferida, parece-nos coerente a lição de Antônio Junqueira de Azevedo¹¹⁵. Ao afirmar que predomina, atualmente, o que se chama de sentido objetivo da causa, isto é, a função prático-social (para os que vêem causa também nos negócios de direito de família) ou econômico-social (para os autores que somente levam em conta a causa nos negócios patrimoniais)¹¹⁶, reporta-se à causa como fator, nunca como pressuposto. Afirma o autor:

Diz-se também, especialmente nos países causalistas, que a causa, entendida, pois, como “função”, é “elemento constitutivo” do negócio. Ora, isso envolve a insuperável contradição de colocar a função como fazendo parte do negócio, quando jamais a função de um pode ser, ao mesmo tempo, elemento constitutivo dele. A conclusão, portanto, (...) de que são coisas diferentes, o elemento constitutivo típico e a função prático-social do negócio, se impõe à mente com toda a evidência; o primeiro é o que venho chamando de *elemento categorial inderrogável* e a segunda é, realmente, a causa (observamos, entretanto, que a expressão “função”, aplicada à causa, se adapta muito melhor aos casos de causa final, que aos de causa pressuposta). (...) A falta da causa nos negócios causais em geral acarreta, conforme se trate de causa pressuposta¹¹⁷ ou de causa final, ou nulidade ou ineficácia. (...) No direito brasileiro, procura-se ignorar a noção de causa, que, entretanto, acaba surgindo, quando se distinguem os negócios causais dos abstratos, ou quando o próprio legislador se refere à “justa causa”, para a realização de certos negócios, ou, ainda, quando a jurisprudência, em certos casos de falta de causa, nos quais é impossível o recurso à falta de objeto ou a alguma regra específica, “lembra” da noção não acolhida a fim de obter soluções equânimes.

¹¹⁵ AZEVEDO, 2002, p. 153.

¹¹⁶ A classificação é de Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, apud AZEVEDO, 2002, p. 153.

¹¹⁷ No presente estudo, a causa pressuposta é tratada como a causa típica ou abstrata.

O mesmo autor comenta¹¹⁸: “A causa, no nosso direito, não está na lei, mas está, porque é inevitável, no ordenamento como um todo. (...) Nosso Código, embora não a tenha expressamente incluído entre os requisitos essenciais dos atos jurídicos, nem por isso a teria dispensado (...)”.

Da análise dos autores nacionais constata-se que a causa não está efetivamente entre os pressupostos do ato jurídico em nosso sistema. E não é tampouco pressuposto de formação do contrato. Não se pode negar, entretanto, que, atuando no plano da validade do negócio jurídico, consiste ela em requisito para formação do vínculo contratual, verdadeiro mecanismo de proteção às partes contratuais, assegurando-lhes a correção de situações não adequadas às funções prático-social, econômico-social, conforme Antonio Junqueira, ou simplesmente às funções social e jurídica, sustentada por alguns autores.

Nas palavras de Luiz Roldão de Freitas Gomes¹¹⁹, “sua invocação é útil para a correção de situações iníquas a que pode levar a isolada aplicação de um preceito, sem consideração às razões, objetivas, determinantes do ato, diante de sua função social e jurídica”.

Na doutrina estrangeira, o cenário não é menos intrincado. Os franceses encaram a idéia de causa sob o ângulo da validade, em virtude dos próprios termos do art. 1.108, 1.131 e 1.132 do *Code Civil*¹²⁰. Assim também se dá para os italianos, para os quais a falta de causa

¹¹⁸ AZEVEDO, 2002, p. 181.

¹¹⁹ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Curso de Direito Civil: Contrato*. Rio de Janeiro 2002. Renovar, p. 93-97.

¹²⁰ Os franceses também enfrentam significativas divergências a respeito da teoria da causa. Segundo DABIN, 1929, p. 6, apenas exemplificativamente já se pode identificar a controvérsia acerca do tema. “Los autores, sin embargo, tienen en general otro concepto de la causa, que es el deducido del sentido usual de la palabra: La autonomía de la voluntad, ha dicho BUFNOIR, no es suficiente para que ésta se vincule por sí sola, pues la ley quiere conocer el *por qué* se obliga apreciando, al mismo tiempo, su finalidad. La teoría de la causa, escribe SALEILLES, pone un límite al principio de la libertad ilimitada, en el sentido de que tratándose de un acto por el que alguno se obliga, siempre será lícito ao juez, em virtud de los poderes que la ley le confiere (art. 1.131), indagar el *fin directo* a que esta obligación tiende y que, según la ley misma, entra forzosamente en el contenido del acto. Es la causa, pues, el móvil determinante (DUBREUIL), la consideración (COLIN), la representación anticipada de un fin, para cuya consecuencia habremos de emplear los medios pertinentes (RAY) ¡Y como se extasían ante la verdad y la sencillez de esta noción! (...) *El esfuerzo resulta estéril, puesto que de lo que aquí se*

conduz à invalidade. Na doutrina alemã, no entanto, a idéia de causa é antes vista como influenciando a eficácia do negócio jurídico, o que decorre justamente da concepção atribuída à causa. O BGB, entretanto, não se refere à causa.

Diante das divergências apontadas, ainda se revela necessário perquirir acerca de uma concepção unitária da causa final, abstrata e concreta, e acerca de seu papel no sistema jurídico brasileiro e na teoria contratual, para que dela se possa extrair a melhor função na interpretação e qualificação de contratos.

5.1. A causa como finalidade subjetiva e a causa como finalidade objetiva

Segundo Massimo Bianca¹²¹, duas teorias informam a natureza jurídica da causa: a concepção objetiva e a concepção subjetiva. A primeira, que engloba a concepção objetiva clássica (segundo ela, a causa estaria nas obrigações ou atribuições contratuais) e a teoria da função; e a segunda, pela qual a causa seria o escopo que faz com que as partes assumam as obrigações, ou seja, a razão pela qual as partes se comprometem, a motivação do consenso decorrente do conteúdo da representação psíquica das partes.

O mencionado autor entende que a diferença estabelecida pelas duas doutrinas é mais aparente do que real. Para ele, a causa como motivo último e determinante da parte acaba recaindo normalmente na mesma entidade indicada como fundamento objetivo do negócio, quando exteriorizada.

trata precisamente es de conocer y fijar al mismo tiempo cuáles sean los medios, fin y móvil que se presentan con ese carácter de necesidad y cuál el círculo de aplicación de la teoría; es decir, concretamente, qué debemos entender por causa de la obligación en Derecho francés” (grifei). Não obstante a oportunidade de tais críticas, sabe-se que Dabin foi reconhecido anticausalista, razão pela qual merecem ser vistas com parcimônia.

¹²¹ BIANCA, 1987, p. 421-422.

É esta efetivamente a conclusão do presente estudo no que se refere às duas linhas teóricas supostamente antagônicas. Assim não são. A causa final, em suas concepções típica (ou abstrata) e concreta, só pode ser identificada segundo uma óptica conjugada, objetiva-subjetiva. Há que se conciliar a função prático-social com os concretos interesses das partes, revelados ou extraídos do ajuste contratual.

5.1.1. *Concepção subjetiva*

São CAPITANT e PLANIOL-RIPERT que, segundo DIEZ-PICAZO¹²², consagram a causa como o motivo determinante da obrigação. JUNQUEIRA DE AZEVEDO¹²³ esclarece as diferentes concepções dos dois autores: “RIPERT, por exemplo, defende o sentido subjetivo da palavra, justamente porque tem em vista a ‘causa ilícita’ (na expressão ‘causa ilícita’, a nosso ver, a acepção da palavra ‘causa’ é outra; ela significa, aí, de fato, o motivo, subjetivo, determinante). CAPITANT sustenta posição eclética, que tende para o subjetivismo, de vez que, se ‘causa’, na linguagem jurídica, é sinônimo de fim (*but*)”, a idéia de fim está, para esse autor, intimamente ligada à *vontade* de quem se obriga. Chega a dizer: “ainsi la cause est, comme le consentement, d’ordre psychologique, mais elle établit un rapport entre la volonté et un fait extérieur, étranger à celle-ci, que le débiteur a en vue, et, par là, elle n’est pas purement subjective; elle prend un caractère objectif”. A concepção de CAPITANT seria o que se denomina *causa-motivo* ou *causa impulsiva*, “temperada” por elementos objetivos.

Os subjetivistas defendem, de um modo geral, que os motivos, assim entendidos como os interesses que as partes tendem a satisfazer mediante o contrato, devam ser considerados a

¹²² DIEZ-PICAZO, 1996, p. 229.

¹²³ AZEVEDO, 2002, p. 173.

“causa” do contrato. Via de regra, os motivos são associados a uma finalidade externa ao conteúdo do contrato, finalidade essa que não pode incidir sobre os direitos e as obrigações das partes sem que esteja adequada à necessidade de certeza de que as regras contratuais se revestem.

Tradicionalmente, a irrelevância dos motivos é explicada por serem considerados impulsos psíquicos que não se traduzem em atos de vontade negocial¹²⁴. Se duas partes concluem um contrato por motivo ilícito, ainda que comum, mas que não se revela e que não afeta verdadeiramente o programa contratual, não se pode considerar que tal concepção de causa tenha qualquer relevância à interpretação de tal negócio.

Dada a irrelevância dos motivos ou impulsos de ordem psicológica, os subjetivistas procuram afastar-se deles, entendendo que a causa se confundiria com o fim almejado pelas partes contratantes, que, por ser subjetivo, é externalizado e passa a compor o conteúdo do negócio¹²⁵.

A crítica doutrinária, que se afigura acertada, é de que o campo das motivações da vontade é demasiadamente amplo e, por isso, irrelevante do ponto de vista jurídico. Além disso, se se pretender identificar o motivo determinante “como o motivo abstrato e geral

¹²⁴ É o quanto leciona Washington de Barros Monteiro, *Das Modalidades de Obrigações*, São Paulo, 1959, p. 35/36, *apud* NERY JR., Nelson e Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, nota 41 ao art. 104 do CC, p. 245: “Na linguagem jurídica, porém, a causa não se confunde com motivo. Este é subjetivo, íntimo, psicológico, flexível e mutável de indivíduo para indivíduo. Tome-se o exemplo da compra e venda, sugerido por *Capitant*: um vende porque precisa de dinheiro, porque quer especular, ou porque a coisa não lhe interessa mais; outro compra, porque deseja fazer uma especulação, porque precisa da coisa, ou porque quer oferecê-la a um parente. Esse móvel, que determina o agente, assim variável e contingente, não constitui a causa da obrigação. Como diz Andréa Torrente, são motivos individuais, que a parte nem sequer precisa comunicar à pessoa com a qual contrata. Permanecem na esfera psíquica e escapam à cognição do outro contratante. A causa, ao inverso, é objetiva, externa, rígida, inalterável em todos os atos jurídicos da mesma natureza. No citado exemplo da compra e venda, a causa que leva o vendedor a alienar se resume no seu propósito de receber o preço, enquanto para o comprador, a causa vem a ser o desejo de obter o objeto alienado. *Por outras palavras, o motivo constitui a causa impulsiva, a causa, a causa final*” (grifei).

¹²⁵ Conforme Luiz Renato Ferreira da Silva, *A noção de sinalagma nas relações contratuais e paracontratuais (uma análise à luz da teoria da causa)*. 2001. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, p. 4-5 e 83.

conforme a natureza do contrato”¹²⁶, como defendem determinados autores subjetivistas, estar-se-á verdadeiramente perante a teoria objetiva, ainda que vista sob apenas um de seus ângulos.

5.1.2. *Concepção objetiva*

A direção objetiva é a que está generalizada entre os civilistas italianos¹²⁷ e encontrou em Betti a sua mais moderna e adequada expressão. Betti¹²⁸ afirma que deve ser superada a visão unilateral e atomista que identifica a causa com elementos singulares do negócio e lhe concede uma dogmática inadequada. Para Betti, a idéia jurídica de causa deve ser iluminada pela idéia hegeliana da razão (*Grund*), contemplando o negócio inteiro. A razão do negócio, por sua vez, é sua função econômico-social. O negócio, como ato de exercício da autonomia privada, é um fenômeno social. O que se deve buscar é, portanto, a função típica deste fenômeno, que é o que o Direito valora e tutela até o ponto de elevá-lo à categoria de fenômeno jurídico percebido por seus autores.

Para o autor italiano, a causa, razão ou justificação objetiva do negócio, está na sua função. Quem promete, dispõe, renuncia ou aceita visa sempre a alcançar uma das finalidades práticas típicas que regem a circulação de bens e a prestação dos serviços na vida de relação: obter um equivalente, trocar, dar crédito, encerrar um litígio.

¹²⁶ Como pretendeu explicar Planiol, segundo DIEZ-PICAZO, 1996, p. 229.

¹²⁷ Já em 1908, BONFANTE, Pietro (Il Contratto e la Causa del Contratto. *Rivista di Diritto Commerciale*, 6: 115, 1908, p. 123) afirmava: “La causa adunque, che è un antecedente storico rispetto alla volontà, non dipende punto dalla volontà (...) Non è il motivo per cui la parte agisce, ma il motivo, se si vuole, per cui la legge riconosce la sanzione giuridica, cioè l’essenza obbiettiva della relazione tra le parti, il negozio”.

¹²⁸ Apud DIEZ-PICAZO, 1996, p. 228.

Betti¹²⁹ defende que é unilateral e restrito o

ponto de vista da lei, do objecto ou dos sujeitos, que levou à elaboração de uma noção de causa ‘objectiva’, ou ‘subjectiva’, respectivamente. Na verdade, ao passo que o interesse individual na conclusão do negócio, visa, naturalmente, um escopo de carácter variável e contingente, que não é, por si, suficiente para justificar a tutela jurídica do negócio, inversamente, o interesse social por essa tutela, tal como se deduz da função económico-social da autonomia privada, reflectida no tipo de negócio abstractamente considerado, não basta para explicar a efectiva celebração do negócio no caso singular, sem um interesse concreto que a determine em cada caso. Isto cria a necessidade de considerar a causa do negócio sob os vários aspectos (...).

Para Betti¹³⁰, perspectiva unilateral é a de quem identifica a causa com o elemento subjetivo do negócio, quer com o próprio consenso, nos contratos, quer com a vontade e seus motivos, nos negócios unilaterais. Igualmente errônea é, para ele, a perspectiva de quem identifica a causa com outros elementos singulares do negócio, tais como o objeto. Constatamos, pois, que é fácil chegar à conclusão de que “a causa ou razão do negócio se identifica com a *função económico-social* de todo o negócio, considerado despojado de tutela jurídica, na síntese de seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional, em que se manifesta a autonomia privada. A causa é, em resumo, a função de interesse social da autonomia privada”¹³¹.

Assim, a escola objetivista, com Betti e Cariota-Ferrara, e, entre nós, Torquato Castro, embora não tenha uma unidade interpretativa do que seja a causa (ou não encontre unidade quanto às diferentes concepções de causa final), sustenta que a investigação da causa nada tem a ver com a motivação subjetiva do ato, mas se identifica basicamente com o fim económico e social do negócio jurídico.

¹²⁹ BETTI, 1969, p. 340.

¹³⁰ BETTI, 1969, p. 349.

¹³¹ BETTI, 1969, p. 350.

Massimo Bianca¹³² sustenta que a doutrina italiana, ao definir a causa como a função sócio-econômica do negócio, não se adapta nem à concepção subjetiva, nem à objetiva. A causa seria, como acima mencionado, a razão prática do contrato decorrente da mencionada função sócio-econômica, ou seja, o interesse que a operação contratual é dirigida a satisfazer. A sua falta comportará, de regra, a nulidade do ato, visto que a causa típica, ainda abstrata, é fator essencial de validade do contrato, isto é, fundamento da relevância jurídica do negócio jurídico bilateral.

Outros autores, mais generalistas, criticam Betti por valer-se exclusivamente, em sua definição, de elementos extrajurídicos, tornando irrelevantes elementos como a vontade e a forma. Por isso, Pugliatti¹³³ preferiu definir a causa como função jurídica (e não econômico-social) do negócio, caracterizada pela síntese de seus efeitos (jurídicos) essenciais.

Diez-Picazo¹³⁴ leciona que a teoria objetiva é hoje criticada, sobretudo porque não explica de que modo um negócio típico, dotado de uma função econômico-social também típica, pode, por vezes, ser afetado pelo propósito ou pela intenção específica perseguida pelas partes¹³⁵. Por outro lado, afirma que não se deveria confundir a função econômico-social com a causa, chegando a afirmar o quanto segue:

La función económico-social no actúa como causa. Lo único que puede ser, se piensa, causa del negocio es el intento o la voluntad de las partes de obtener esta función económico-social. Esto explica también que el intento práctico de las partes tenga en muchas ocasiones relevancia jurídica del intento práctico, del resultado empírico perseguido, no pueda encauzarse a través de la idea de causa, entendida con arreglo a una concepción objetivista. Se hace, pues, necesario valorar las motivaciones, sobre todo las motivaciones comunes a ambas as partes; y esta valoración solo encontra su adecuado cauce a través de la figura de la causa. Es la causa la que permite tildar de nulo a un negocio inmoral o ilícito.

¹³² BIANCA, 1987, p. 444.

¹³³ PUGLIATTI, Salvatore. *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 109 apud KONDER, 2006, p. 36.

¹³⁴ DIEZ-PICAZO, 1996, p. 228.

¹³⁵ Deixando de contemplar, portanto, a chamada *causa final concreta*.

Inegavelmente, Diez-Picazo apenas está apenas procurando objetivar a concepção subjetiva de causa.

O que os autores, incluídos Betti e Diez-Picazo, parecem não admitir é que ambas as concepções de causa são existentes e merecem tutela, devendo reconhecer-se tanto a *causa final típica ou abstrata* como a *causa final concreta*.

5.1.3. Concepção objetiva-subjetiva

O pensamento moderno não mais se preocupa tanto, como outrora, em estabelecer a diferenciação entre as correntes objetiva e subjetiva, mas procura compatibilizá-las na busca de conceito e natureza adequados.

Maria Celina Bodin de Moraes¹³⁶ anota que o legislador brasileiro de 1916 andou bem ao afastar-se da concepção subjetivista francesa de causa, que visou, exclusivamente, a determinar o fundamento da obrigação contratual, a razão (interna) pela qual ela é contraída. Diz ela que, “considerando a vontade dos contratantes como o elemento principal do contrato, a causa constituía, apenas, fator de reconhecimento, no plano jurídico, daqueles efeitos desejados pelas partes”.

A autora mencionada aponta que o Código Civil de 2002 trouxe novos subsídios para o estudo da causa, por vincular a liberdade contratual à função social do contrato. Além disso, como modo de evidenciar que a vontade que se mantém interiorizada pouco importa para o

¹³⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 21, p. 95-119, 2005, p. 103.

negócio, a autora refere o artigo 138¹³⁷ do Código Civil em vigor, que, conceituando o erro capaz de ensejar a anulação do negócio, passou a expressamente exigir que, além de substancial, trate-se de erro perceptível. Para ela, é evidente que “a opção do novo Código sacrifica claramente o valor da ‘vontade interna’ do declarante”.

Maria Celina afirma que o sentido objetivo de causa já era predominante no Brasil¹³⁸, sob forte influência da teoria da causa tal como formulada no sistema italiano por Betti, sendo a causa tratada como função econômico-social ou como função prático-social. Não obstante, como é pretensão deste estudo, ela sugere que se interprete o novo ordenamento civil de modo a renovar-se o antigo conceito de causa.

Assim, não quer parecer que haja necessidade de definir-se categoricamente que a razão está com a teoria objetiva ou subjetiva, mas, ao contrário, é forçoso reconhecer que é a adequação de ambas que oferece a melhor qualificação à causa.

É necessário que se considere a função prático-social, a causa típica do negócio (a denominada *causa final abstracta*). Ao mesmo tempo, ainda que os motivos usualmente não façam parte do programa contratual e que sejam, por isso, irrelevantes, deverão ser valorizados quando forem abarcados pelo ordenamento jurídico e assumirem relevância no contexto da economia contratual, inseridos explicitamente e conhecidos pelos contratantes, ou quando razoavelmente se possa afirmar que deveriam ter sido conhecidos e considerados por

¹³⁷ Art. 138. “São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”.

¹³⁸ Segundo GOMES, 2002, p. 95, alguns *objetivistas* indicam repercussões do conceito de causa que defendem no art. 461 do Código Civil atual (então art. 1.121), que autoriza a anulação do contrato aleatório sob fundamento de que a parte não ignorava o desaparecimento da álea, na exceção de contrato não cumprido (art. 1.092, art. 476 do novo Código), na estrutura da repetição do indébito (arts. 964 e segs. – arts. 876 e segs. do novo Código Civil). KONDER, 2006, p. 43, esclarece que, com a promulgação do novo Código Civil, duas novidades deram fôlego ao debate acerca da relevância da causa: o art. 166, III, que adicionou ao rol das causas de nulidade a ilicitude do “motivo determinante”, e o art. 421, que afirma que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. O autor pondera que ambos dispositivos possuem natureza jurídica não exatamente dirigida à consagração da causa no sistema jurídico brasileiro, mas permitem explicitar alguns de seus efeitos.

todos, de acordo com um juízo de boa-fé¹³⁹ (integrado ao negócio, portanto, tacitamente). Nesses casos, a causa contratual será a razão prática do ajuste, a denominada *causa final concreta*¹⁴⁰.

Este trabalho fica, portanto, com a posição subjetivo-objetiva¹⁴¹, da causa como fim comum, integrado ao negócio, causa essa que tem por função a concretização dos efeitos jurídicos pretendidos pelos contratantes. Não se olvide, neste ponto, que tais efeitos serão somente aqueles recepcionados pelo ordenamento jurídico, efeitos que a autonomia privada se incumbem de delimitar.

5.2. Negócios causais e abstratos

Como referido nos capítulos precedentes, Judith Martins-Costa¹⁴² faz apanhado esclarecedor acerca da doutrina brasileira que trata da causa, afirmando que Clóvis Beviláqua deixou de acolhê-la em nosso ordenamento porque, à época, agitavam os meios jurídicos as obras dos anticausalistas Ernst, Laurent e Planiol. Judith menciona que Beviláqua considerou o requisito da causa como um “equivoco” do direito francês¹⁴³.

Para Pontes de Miranda¹⁴⁴, citado por Judith Martins-Costa, “a concepção de ‘causa’ de Beviláqua difere, todavia, daquela encontrada no sistema francês e vincula-se ao axioma de que *não existe atribuição sem causa*. O ato de disposição é, em princípio, causal, e, ‘de regra, toda a promessa de dívida tem causa, fundamento jurídico, fundamento determinante’”.

¹³⁹ Não se olvide que a boa-fé objetiva é princípio informador necessário a todo e qualquer programa contratual.

¹⁴⁰ Conforme definições aclaradas no Capítulo 2 deste estudo.

¹⁴¹ Também referida pela recente doutrina italiana como a teoria do “escopo prático”.

¹⁴² MARTINS-COSTA, 1989, p. 231 e ss.

¹⁴³ Veja-se, neste estudo, capítulo específico sobre a teoria anticausalista.

¹⁴⁴ *Tratado de Direito Privado*, XXIV, p. 371, apud MARTINS-COSTA, 1989, p. 232.

Para mencionada autora¹⁴⁵, o Direito Brasileiro teria adotado sistema misto. Afirma ela que,

em princípio, os atos de disposição são causais, mas ocorre uma “separação relativa” dos planos da relação obrigacional, de sorte que “a declaração de vontade que dá conteúdo ao negócio dispositivo pode ser considerada como co-declarada no negócio jurídico antecedente”, considerando-se a vontade de adimplir o prometido “naturalmente inserida” na vontade de criar obrigações. Além do mais, nosso sistema está “pontilhado de negócios jurídicos abstratos” sem que se fale em “falta de causa” como ausência de um elemento de validade do negócio jurídico. Por isso, ao contrário do sistema francês, admite-se que todos os atos têm causa, mas “não se tem que baixar à investigação da causa”. Diversamente, como se considera que a causa não tem existência independente do ato, examina-se o “querer que se emitiu, nas circunstâncias em que foi emitido”.

Antonio Junqueira de Azevedo¹⁴⁶ afirma que “a discussão sobre a causa (...) pode encontrar sua solução se admitirmos que há, em todo negócio jurídico, examinado no plano da existência, além de elementos gerais (comuns a todo e qualquer negócio jurídico) e de elementos particulares (individualizadores de cada negócio efetivamente realizado), elementos categoriais, isto é, elementos próprios de cada categoria de negócio”¹⁴⁷. A causa não se confunde com o elemento categorial e, portanto, tal e qual a vontade, não faz parte da existência do negócio. Todavia, por meio da referência que, em certos negócios (ditos negócios causais), esse elemento categorial a ela faz, ou como fato pressuposto¹⁴⁸ ou como fim a atingir¹⁴⁹, poderá a falta de causa agir sobre a validade ou sobre a eficácia do negócio.

Para Junqueira de Azevedo, nos negócios abstratos, o denominado elemento categorial inderrogável é a forma, enquanto nos negócios causais, o elemento categorial

¹⁴⁵ MARTINS-COSTA, 1989, p. 233.

¹⁴⁶ AZEVEDO, 2002, p. VI.

¹⁴⁷ Para ele, são elementos categoriais inderrogáveis as circunstâncias negociais (que caracterizam a essência de todo e qualquer negócio), a forma e o objeto.

¹⁴⁸ O que ele denomina de causa pressuposta.

¹⁴⁹ O que ele denomina causa final.

inderrogável é o objeto. Os negócios abstratos, portanto, têm forma típica¹⁵⁰. Existem, são válidos e produzem efeitos independentemente de causa, caracterizando-se apenas pela forma. Ainda que possuam causa, esta é juridicamente irrelevante para sua validade ou eficácia.

De fato, os negócios abstratos não podem ser livremente criados pelas partes, não são inominados, sob pena de se tangenciar as normas cogentes dos negócios causais e gerar-se graves riscos à ordem jurídica. A autonomia privada não alberga contratos abstratos atípicos, exigindo como requisito de pactuação a existência de causa contratual.

Nos negócios causais, por sua vez, o denominado elemento categorial inderrogável consiste no objeto típico. Junqueira¹⁵¹ explica que, “no conteúdo (objeto) dos negócios causais, 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; esses caracteres não se identificam com todo o objeto, mas fazem *parte dele*”.

Junqueira afirma que nenhuma confusão é possível entre o elemento categorial inderrogável próprio dos negócios abstratos (a forma típica) e a causa. O mesmo, porém, não ocorre com o elemento categorial inderrogável objetivo (o objeto típico), especialmente o que se refere à causa final, visto que, de ambos (elemento categorial e causa), se diz que servem para fixar o tipo de negócio. Entretanto, a diferenciação é feita, por mencionado autor, da seguinte forma:

a causa é um fato externo ao negócio, mas que o justifica do ponto de vista social e jurídico, enquanto o elemento categorial objetivo é justamente a *referência*, que se faz a esse fato, no próprio conteúdo do negócio. Por outras palavras, o elemento inderrogável objetivo faz parte, isto é, é integrante da estrutura do negócio, e a causa, não. O elemento categorial objetivo consiste numa referência à causa, a qual está, porém, fora do

¹⁵⁰ FOIGNET, René e DUPONT, Emile. *Le droit romain des obligations* 5. ed. Paris: Libr. Arthur Rousseau, 1945, p. 23, apud JUNQUEIRA, 2002, p. 141 chega a afirmar que “o contrato abstrato não é, falando com propriedade, um contrato; é, antes, uma forma contratual geral, servindo para tornar obrigatórias as mais diversas convenções, não obrigatórias por si mesmas”.

¹⁵¹ JUNQUEIRA, 2002, p. 145.

negócio (ela está, logicamente, ou antes ou depois, mas não no negócio; ela é extrínseca à sua constituição).

E Junqueira conclui, com o que diz ser importantíssima consequência: é o elemento categorial, e não a causa, que fixa o tipo e o regime jurídico a que o negócio obedece¹⁵².

Note-se, entretanto, que Junqueira refere-se à *causa final* com significado de causa-função, causa abstrata, mas não se pode descurar do significado de *causa final* como fim comum pretendido pelos declarantes, também denominado *causa final concreta*.

5.2.1 Abstração absoluta e relativa

No Direito Brasileiro, só se pode cogitar de negócios relativamente abstratos¹⁵³, justamente porque a falta de causa sempre terá determinada relevância entre as partes.

É sabido que o pagamento dos títulos de crédito, nominativos ou ao portador, quando ainda não circulados além do primeiro beneficiário, poderá ser impedido, o que revela que a autonomia da cambial não é absoluta e sua causa pode ser discutida¹⁵⁴. Mesmo a fiança, tratada pela doutrina nacional como abstrata, possui causa, que é justamente o débito

¹⁵² O autor explica que a alteração da função prático-social do negócio ou econômico-social (funções estas que são geralmente identificadas pela doutrina com a causa, em seu sentido objetivo), pode gerar a “tipicização” de novos negócios, tal como ocorreu com a alienação fiduciária em garantia, gerada pela alteração da função da compra-e-venda. A função influi, portanto, na *ratio juris* da norma, mas não cria novo tipo e nem tampouco define o regime jurídico de cada negócio.

¹⁵³ Conforme JUNQUEIRA, 2002, p. 143.

¹⁵⁴ Esta circunstância não é diferente no Direito espanhol. DIEZ-PICAZO, 1996, p. 240, esclarece: “Se ha querido encontrar algún rastro de abstracción en nuestro Derecho positivo en el régimen jurídico de algunos títulos valores (v.gr.: letras de cambio). Sin embargo, tampoco la conclusión parece exacta, pues lo único que hay es una limitación de la facultad de oponer excepciones derivadas de la situación subyacente frente a los terceros adquirentes de buena fe del título valor”.

anteriormente existente entre credor e devedor e não a relação fiador-devedor afiançado¹⁵⁵. E, ainda, o sistema brasileiro de aquisição imobiliária, pretensamente abstrato, é de causalidade meramente relativa, já que admite questionamentos quanto ao ato de traslado dominal¹⁵⁶.

O negócio abstrato constitui-se em uma tentativa de tornar o efeito jurídico independente das possíveis vicissitudes, anomalias ou irregularidades que o *iter* contratual possa sofrer. Visa-se a que os efeitos jurídicos ocorram independentemente e apesar dessas vicissitudes, anomalias e irregularidades e a que o destinatário ou beneficiário dos efeitos jurídicos não se veja afetado por elas. Como é sabido, o sistema jurídico brasileiro não funciona completamente desse modo, ao permitir que tais eventos irregulares atinjam ao menos uma contraparte.

Para que se pudesse cogitar de abstração absoluta, o contrato “abstrato” deveria desligar-se absolutamente da sua causa, sendo válido e eficaz independentemente da relação subjacente. Assim, poder-se-ia pensar que teria o condão de facilitar o tráfego jurídico e a economia mercantil. Nada obstante, não foi esta a opção nacional.

Na doutrina estrangeira, Bianca classifica a abstração¹⁵⁷ em substancial – absoluta ou relativa – e processual, a qual exprime simplesmente o ônus da prova da causa do negócio. Para mencionado autor, a abstração substancial se distingue em absoluta ou relativa conforme a falta de causa seja irrelevante ou dê lugar a uma ação que vise a obstar a conseqüência danosa do negócio. Para ele, a regra causal não se aplica sempre com o mesmo rigor, podendo ceder a determinadas exigências da vida das relações.

¹⁵⁵ “Na melhor das hipóteses”, afirma Junqueira, “o que se pode dizer é que a relação entre o fiador e o devedor afiançado, do ponto de vista do negócio fiança, é apenas o motivo de o primeiro se obrigar para com o credor: o motivo, porém, enquanto motivo, é irrelevante para a existência, a validade ou a eficácia do negócio”.

¹⁵⁶ COUTO E SILVA, 1976, p. 56 e 69.

¹⁵⁷ A que denomina como “aquela geral desvinculação do negócio do requisito de causa” (BIANCA, 1987, p. 441).

É assim mesmo que ocorre no sistema brasileiro: é de se admitir que todos os negócios tenham causa, mas nem todos requerem sua investigação.

5.2.2 Falsa abstração: abstração instrumental e processual

Ainda que a doutrina em geral se refira a negócios causais ou abstratos conforme deles constem, ou não, a menção ao negócio subjacente que lhe deu causa ou a razão da celebração do negócio, não é este o critério definidor da qualificação da abstração ou da causalidade. Como afirma Junqueira de Azevedo, “a falta do convênio causal representa apenas *abstração instrumental*”. Isso quer dizer que um determinado negócio jurídico não adquire a natureza de abstrato apenas porque sua causa não é expressamente declinada pelas partes¹⁵⁸.

Os contratos têm causa sempre. A abstração não está no fato de que o contrato não expressa sua causa – isso seria abstração meramente formal ou processual, como dizem os civilistas italianos.

A distinção a que se quer referir está baseada na vinculação entre a existência da causa e a validade do contrato. Se a causa for pressuposto da validade do contrato, estar-se-á diante de negócio causal. Se a causa final (típica ou abstrata e concreta) não existe ou é ilícita, o contrato é nulo e, por conseguinte, não se pode reclamar o quanto acordado e se pode repetir o que tiver sido dado em virtude do contrato.

¹⁵⁸ O Código Civil espanhol possui norma de seguinte dicção: “Art. 1277. Aunque la causa no se expresa en el contrato se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario”. Também não se pode considerar que o sistema espanhol possua contratos abstratos, haja vista que, segundo tal norma, o devedor demandado é livre para opor a falta de causa ou a ilicitude desta, suportando apenas a carga da prova, neste caso. O Código Civil argentino, por sua vez, possui norma muito semelhante: “Art. 500. Aunque la causa no esté expresada en la obligación, se presume que existe, mientras el deudor no pruebe lo contrario”.

6. TEORIA ANTICAUSALISTA

Neste passo do estudo, conforme já mencionado em passagens anteriores, é importante que se faça breve digressão acerca da corrente anticausalista.

Segundo José Luiz de los Mozos¹⁵⁹, quando Domat, no século XVII, referiu-se à causa das obrigações, não estava muito longe de tratar todos os contratos (sinalagmáticos) como se fossem inominados, ainda que, com toda segurança, essa não fosse sua intenção, visto que se limitou a fazer uma classificação dos contratos segundo sua ordem natural, importando a classificação romana.

Ocorre que o conceito moderno de contrato, na constante evolução do direito comum, foi produzido em virtude de uma generalização dos contratos nominados ou consensuais, constituindo-se em uma “categoria geral”, consagrada pelas codificações de primeira geração. Como consequência desse positivismo legalista, é que surgiu o processo que pode ser chamado de “desvirtuamento doutrinário da teoria da causa”, que fez aflorar a defesa anticausalista por toda parte.

Esta corrente defende que a causa (i) não passa do próprio consenso, especialmente quando identificada como representação intelectual da contraprestação ou como intenção de liberalidade (a já bastante mencionada *causa-motivo*) ou (ii) nada mais é do que o próprio objeto. Além disso, sustenta que a idéia da causa como função do negócio, em vista da qual este assume relevância jurídica, leva a identificar a causa como o próprio ato de autonomia privada, visto em seu particular aspecto.

¹⁵⁹ DE LOS MOZOS, José Luis. La regulación del contrato y el problema de la causa. *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, Porto Rico, v. 61, p. 12.

Assim, não existiria, para tais autores¹⁶⁰, a causa como concepção autônoma.

A doutrina anticausalista encontrou suporte no fato de que determinados ordenamentos, tal qual o germânico¹⁶¹, o suíço, o austríaco, o português, o belga e o brasileiro, não contêm, de modo expresso, a causa entre os elementos constitutivos do contrato.

No Brasil, Clóvis Bevilácqua “é reconhecido anticausalista, asseverando que a causa dos contratos não é considerada pelo Código Civil brasileiro, indicando, inclusive, que esse requisito aparenta ter ingressado por equívoco no Código Civil francês. E mais, Bevilácqua firma posição no sentido da inutilidade de tal requisito: ‘É ociosa essa cláusula e somente própria para gerar confusões, em um assunto, jurídica e psicologicamente claro’”¹⁶².

Carlos Konder¹⁶³ sintetiza as razões pelas quais tal teoria ganhou força no sistema brasileiro. O autor esclarece que as posições de Planiol e Giorgi efetivamente exerceram grande influência sobre Clóvis Bevilácqua na elaboração do anteprojeto. Os argumentos dos autores estrangeiros, aliados à ausência de regulamentação no BGB, levaram a que o anteprojeto não incluísse a causa entre os requisitos de validade do negócio jurídico e que as posteriores emendas propostas para incluí-la fossem rejeitadas. Konder esclarece o contexto:

É importante ressaltar que tais argumentos repeliam a causa especialmente em sua concepção subjetiva francesa, que prevalecia à época. Sua influência

¹⁶⁰ Os expoentes da teoria são Laurent, Huc, Baudry – Lacantinerie, Planiol, Demogue, Dabin, Giorgio, Windscheid e, no Brasil, Carvalho de Mendonça e Clóvis Bevilácqua.

¹⁶¹ Segundo leciona BIANCA, 1987, p. 424, a doutrina alemã não ignora, evidentemente, a noção de causa, a qual tem relevância na distinção geral entre contratos dispositivos e contratos obrigatórios. Os primeiros têm causa na relação subjacente, mas são relativamente abstratos porque se aperfeiçoam sem necessitar dela (ainda que a falta da causa possa dar lugar a uma pretensão obrigatória de ressarcimento). Os segundos são causais, porque a eles interessa o escopo que visam a realizar e por qual razão. Parte da doutrina alemã, portanto, conclui que a causa se confunde com o próprio conteúdo do contrato, em razão do qual se justifica o seu reconhecimento jurídico.

¹⁶² É curioso notar o quanto mencionado por MIRANDA, 1991, p. 158. Segundo ele, Clóvis Bevilácqua, ao responder a Amaro Cavalcanti, em sessão da Comissão Especial de 13.11.1901, acerca do porquê da exclusão da causa como elemento do negócio jurídico, afirmou que a noção havia entrado no Código de Napoleão em virtude de verdadeiro “*quiproquó filológico*”.

¹⁶³ KONDER, 2006, p. 38 e 39.

no ordenamento brasileiro ocorreu principalmente no período anterior à difusão da já analisada concepção objetiva da causa, originária da doutrina italiana. Embora boa parte da doutrina nacional tenha aplaudido a omissão da causa do Código de 1916, houve vozes dissonantes, que criticaram a postura do codificador. Mas mesmo entre estas correntes críticas, prevaleceu o entendimento de que, embora a inclusão da causa entre os requisitos de validade do negócio fosse uma idéia louvável, uma vez que o Código não a implementou, não cabia invocar a causa no ordenamento brasileiro, salvo a título de *lege ferenda*. Esta foi a posição de Paulo Barbosa de Campos Filho, posto um admirador do instituto, reconheceu que diante da omissão do Código Civil (de 1916) aos juristas pátrios só caberia buscar um alargamento do conceito de objeto, e assim tentar suprir algumas das deficiências geradas pelo anticausalismo.

Giovani Nanni¹⁶⁴ recorda que Serpa Lopes também é adepto da corrente anticausalista, quando afirma que a idéia de causa “representa uma inutilidade”. E outros autores brasileiros, recorrentemente utilizados nas lições universitárias, rechaçam a teoria sob o mesmo argumento de Paulo de Campos Filho, de que está identificada com o objeto, com ele confundindo-se¹⁶⁵.

Custódio da Piedade Ubaldino Miranda¹⁶⁶ manifesta dúvidas quanto à efetiva distinção da causa e do objeto, afirmando que não visualiza com clareza de que modo ela ocorreria. Sustenta que “a causa, no sentido objetivo, tal como ficou definida, será também um pressuposto do negócio, referida, todavia, não à estrutura do negócio, como o objeto, mas à sua função, à função econômico-social que ele desempenha como instrumento da autonomia privada, da vida em relação. Assim sendo, o objeto e a causa são dois aspectos de uma mesma realidade (o negócio jurídico), dois modos ou duas perspectivas diferentes de encará-la; dizendo de outro modo, o negócio jurídico tanto pode ser olhado de modo estático (o objeto),

¹⁶⁴ NANNI, 2004, p. 256.

¹⁶⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 439, apud PENTEADO, 2004, p. 240: “Para nós, a causa é aquele motivo que tem relevância jurídica. Confunde-se com o objeto do negócio. Não podemos elevar qualquer motivo como elemento essencial do negócio jurídico e, conseqüentemente, do contrato. Nosso Código Civil de 1916, acompanhado pelo novo estatuto, afastando-se da problemática sobre o tema da causa, que gera tantas dificuldades de ordem prática, entendeu que a noção de objeto substituiu perfeitamente a noção de causa”.

¹⁶⁶ MIRANDA, 1991, p. 158 e 159.

quando referido à sua estrutura, como de modo dinâmico (a causa), quando referido à sua função”. De qualquer forma, questiona o referido autor: “Será isto suficiente para se justificar a autonomia da causa, como pressuposto do negócio jurídico, em relação ao objeto?”

Da lição acima transcrita, vê-se que Ubaldino acaba por identificar, sim, distinção entre os conceitos, inclusive porque desconsidera a função como elemento integrante do negócio e reconhece que o negócio merece interpretação dinâmica¹⁶⁷.

Antônio Junqueira de Azevedo¹⁶⁸, com sua clareza habitual, oferece síntese da razão pela qual o anticausalismo, sustentado por Marcel Planiol, obteve relativa adesão doutrinária. Esclarece que a dificuldade de se fixar o conceito e o papel jurídico da causa é que conduziu a essa posição radical e, para ele, sem “consistência lógica”. Segundo Junqueira, Planiol atribui a Ernest, professor da Universidade de Liège, a primeira apresentação da tese anticausalista, seguido por Laurent, Huc, Baudry-Lacantinerie, Barde, Cornil e Giorgio Giorgi. Em relação ao posicionamento de Clóvis Beviláqua, Junqueira afirma que não é verdade que o art. 1.108 tenha entrado no *Code* por um equívoco. Conclui sustentando que, “hoje, pode-se dizer que o anticausalismo está em franco declínio”¹⁶⁹.

Fato é que, embora somente alguns códigos latinos mantenham a exigência da causa como requisito para a validade do contrato, não se pode olvidar que aqueles considerados “não causalistas” também a admitem, de maneira indireta, ao se referirem à causa como atribuição patrimonial (da obrigação), especialmente porque reconhecem a ação de enriquecimento sem causa.

¹⁶⁷ Ainda que não chegue a defender uma análise funcional do negócio em detrimento da análise meramente estrutural.

¹⁶⁸ AZEVEDO, 2002, p. 173.

¹⁶⁹ AZEVEDO, 2002, p. 173.

Clóvis do Couto e Silva¹⁷⁰ estabeleceu a ligação: “A acolhida, pelo direito pátrio, da figura do enriquecimento sem causa, expressa com vigor, a necessidade de que em toda modificação de direitos exista uma causa, sem o que nenhuma pretensão teria o empobrecido”.

No direito brasileiro, Pontes de Miranda¹⁷¹, a despeito do silêncio do Código de 1916, defendia que a causa permanecia como um requisito de validade dos negócios, afirmando que:

O Código Civil fala em objeto (art. 82) e não fala em causa. A extirpação é inoperante, porque todo o seu sistema é fundado na causa (...) Se fôssemos guiar-nos pela nota de Clóvis Beviláqua (Código Civil Comentado, I, 359), todos os negócios jurídicos, em que a causa não foi consignada, seriam abstratos. Nem o povo do imperativo categórico, os juristas alemães, chegaram a tais extremos. Interessante é que chegou a tal conclusão por influência das notas de M. Planiol, sobre a teoria da causa e em vaga informação sobre o Código Civil alemão. No fundo, o mesmo ato ditatorial com que o projetador pretendeu eliminar condições ilícitas que não fossem consignadas na lei (art. 115). Algo de equivalente ao grito do professor de obstetrícia que se dirigisse às internadas: “Todos os recém-nascidos nasçam sem pernas”. Mas não nascem em milhões.

Pontes de Miranda estava certo. Diante de todas as evidências mencionadas, e da preocupação histórica com o elemento *causa* e seus efeitos, é extremado e simplista compartilhar de tão radical posicionamento como o defendido pelos anticausalistas. Melhor compreender que não mais se está na época do “positivismo legalista” apontado por Los Mozos, mas sim em período em que o Direito merece uma visão conjuntural harmonizadora: deve-se harmonizar a teoria dos contratos (e do Direito Civil) com os princípios constitucionais da livre iniciativa, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da justiça social. Feito isso, poder-se-á entender que também a causa e sua concepção estão adequadas ao que hoje se denomina por Direito Civil Constitucional,

¹⁷⁰ FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 66-67, apud NANNI, 2004, p. 259.

¹⁷¹ MIRANDA, 1954, p. 100.

devendo também ser enfocada como um instrumento para a aplicação concreta de princípios constitucionais.

É isso que defende Nelson Konder¹⁷², ao afirmar que a

inexistência de uma consagração expressa da causa entre os requisitos de validade do negócio jurídico não significa que o nosso direito seja refratário à funcionalização da autonomia privada e, de maneira mais abrangente, dos institutos de direito civil. Como foi exposto, tal funcionalização decorre da própria supremacia da ordem constitucional sobre a legislação hierarquicamente inferior. Portanto, mesmo sem menção à causa no Código Civil – e independentemente da teoria adotada para sua conceituação –, o perfil funcional dos negócios deve ser objeto de avaliação do intérprete para a avaliação do merecimento de tutela por parte do ordenamento e para sua interpretação e qualificação.

É esta também a conclusão de Maria Celina Bodin de Moraes¹⁷³, ao afirmar que, “diante do Código Civil de 2002, especificamente em seu art. 421 – que consagra a função social como essencial a todo e qualquer contrato – a posição anticausalista se torna ainda mais inadequada”.

¹⁷² KONDER, 2006, p. 42.

¹⁷³ BODIN DE MORAES, 2005, p. 97.

7. A CAUSA COMO JUSTIFICAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA

O clássico princípio da autonomia da vontade deu lugar ao que hoje se denomina autonomia privada¹⁷⁴. Com a evolução histórica dos fatos e, por conseqüência, do pensamento jurídico, deixou-se de considerar o contrato como uma mera manifestação de vontade, como se o contrato existisse apenas porque houve vontade¹⁷⁵.

A autonomia privada é que passou a oferecer o suporte de fato sobre o qual incidirão as normas jurídicas,

atribuindo-lhes os efeitos que lhes são próprios, não mais de acordo com a vontade, mas de acordo com os fins a que se propõe a ordem estatal. A ordem jurídica recebe o ato individual e garante a realização de seus fins – garante-lhe a eficácia – não para satisfazer a qualquer propósito, mas apenas àqueles que o sistema escolheu e protege no interesse comum. (...) Em vez de considerar-se a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, o contrato deve ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, onde encontra a sua razão de ser e de onde extrai a sua força – pois o contrato pressupõe a ordem estatal para lhe dar eficácia¹⁷⁶.

Tal mudança ocorre em um contexto em que os institutos e soluções jurídicas passam a ser desenvolvidos em busca da justiça nos contratos, da equidade, da função social que ele desempenha. A lei estabelece proteção à parte mais fraca, visando ao equilíbrio contratual. Valoriza-se a boa-fé e seus deveres instrumentais enriquecedores do vínculo contratual, tais como a diligência, o sigilo e a lealdade.

¹⁷⁴ Para esclarecimento quanto à origem da expressão, ver nota de rodapé n. 113.

¹⁷⁵ A respeito, ver Giovanni Ettore Nanni, *A evolução do Direito Civil Obrigacional: a concepção do Direito Civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada*. Direito Civil Constitucional: caderno 2. 5. tir. São Paulo: Juruá 2004, p. 155-225.

¹⁷⁶ O ensinamento é de AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, vol. 775, ano 2000, p. 19.

O contexto é adequadamente ilustrado por Antônio Junqueira de Azevedo¹⁷⁷:

Hoje, diante do toque de recolher do Estado intervencionista, o jurista com sensibilidade intelectual percebe que está havendo uma acomodação das camadas fundamentais do direito contratual – algo semelhante ao ajustamento das placas tectônicas. Estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos três princípios que gravitam em volta da autonomia da vontade e, se admitido como princípio, ao da ordem pública, somam-se outros três – os anteriores não devem ser considerados abolidos pelos novos tempos mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios. Quais são esses *novos princípios*? A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato.

A autonomia da vontade, por sua vez, é igualmente “transformada” neste cenário narrado por Antônio Junqueira, e a ela passa-se a reservar, segundo ensina Claudio Luiz Bueno de Godoy¹⁷⁸,

como que um campo residual na formação dos negócios jurídicos, resultado da apriorística incidência das regras constitucionais e legais que, depois, deixam um espaço reservado à atuação da vontade do sujeito jurídico. (...) a autonomia privada se revela por uma concedida reserva às partes para gerirem seus próprios interesses, longe da intervenção estatal, vale dizer, “significa o reconhecimento de um espaço de livre manifestação de um poder ordenante que não tem que prestar contas à entidade que o reconhece, a não ser as que respeitem à estrita observância dos seus limites de atuação”.

Essa contextualização se faz necessária para que se possa compreender a causa contratual final, abstrata e concreta, como o critério de controle do mérito do ato de autonomia privada, ou seja, a razão pela qual o ordenamento reconhece relevância jurídica ao contrato.

¹⁷⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e 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. *Revista dos Tribunais*, v. 750 (abr./1998), p. 115-116.

¹⁷⁸ GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 18.

A majoritária doutrina nacional conclui que a função econômico-social do contrato (ou prático-social dos negócios jurídicos, como preferem alguns doutrinadores) é uma exigência do ordenamento, ou seja, a autonomia privada já vem conformada a tal exigência. A causa final é, portanto, de grande importância, na dogmática e na política legislativa, para boa compreensão de cada instituto e de cada tipo específico de negócio¹⁷⁹.

Essa idéia, parcialmente desenvolvida pelos italianos, talvez por encontrarem amparo textual no seu Código Civil, tem em Betti¹⁸⁰ seu maior precursor, que revela que o contrato deve realizar um interesse que seja útil segundo uma ótica social. Nesse sentido, a causa é definida pelos italianos como a *função do interesse social da autonomia privada*.

Massimo Bianca esclarece que a causa funcionaria como meio de controle de utilidade social do contrato, segundo uma “concepção ideológica”. O autor esclarece que, ao se abandonar a referência à causa final típica como aquela abstrata função do negócio (que necessariamente existe, mas apenas nos contratos típicos), deve-se reconhecer na causa a razão concreta do contrato – a causa final concreta¹⁸¹.

A “concepção ideológica”, mencionada por Bianca, na visão deste estudo, não passa da necessidade de definição e de interpretação dos institutos jurídicos segundo os novos princípios que incidiram na autonomia da vontade e geraram a autonomia privada, referidos acima por Ruy Rosado de Aguiar e Antônio Junqueira. A causa não se mantém alheia a esse novo cenário, como não poderia deixar de ser, e passa efetivamente a significar o controle da utilidade social do contrato, servindo à interpretação e qualificação funcionalizadas.

¹⁷⁹ É a conclusão de AZEVEDO, 1986, p. 128.

¹⁸⁰ BETTI, 1969, p. 350. Para ele: “A causa ou razão do negócio se identifica com a *função econômico-social* de todo o negócio, considerado despojado da tutela jurídica, na *síntese* dos seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional, em que se manifesta a autonomia privada. A causa é, em resumo, a função de interesse social da autonomia privada”.

¹⁸¹ Bianca pondera que o atual “problema” da causa, que se coloca ao lado do princípio causal tradicional, segundo o qual causa é qualquer razão, objetiva ou subjetiva, pela qual as partes contraem acordo, é o de saber se ela pode efetivamente ser instrumento de controle substancial do contrato. Ao final, parece responder afirmativamente à sua indagação, como demonstra o presente estudo.

Os interesses perseguidos pelas partes devem ser justificadores do contrato conforme uma apreciação objetiva, o que foi contemplado pelo Código Civil italiano ao proclamar a autonomia contratual. As partes podem celebrar contratos, mesmo atípicos, dirigidos a realizar interesses merecedores de tutela segundo o ordenamento jurídico¹⁸². Entretanto, inegavelmente não é qualquer interesse que é merecedor de tutela segundo os ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. A causa não pode reputar-se merecedora de tutela quando o interesse perseguido não for adequado às exigências da comunidade social segundo os parâmetros constitucionais, e calcada, pois, na função social.

Admitindo-se, como já Betti¹⁸³ o fez, ainda que sob o amparo da argumentação de que toda causa necessariamente é típica (mesmo que a tipicidade, para mencionado autor, pudesse ser encontrada na consciência social de determinada época), que a tutela jurídica da autonomia privada necessita de campo bastante maior do que outrora, reconhece-se que a função econômico-social de controle do contrato, da qual a causa é imbuída, deve garantir relevância ao programa contratual *in concreto*, quando merecedor de proteção pelo sistema jurídico.

Saliente-se, entretanto, que hoje não mais se pode admitir que os princípios constitucionais conformadores da autonomia privada sejam limitados ou restringidos em nome de uma adequação econômico-social meramente típica. A causa não estará presente somente nas hipóteses “típicas” ou “catalogadas”, mas em todos os negócios jurídicos, como requisito de validade¹⁸⁴.

¹⁸² Vide art. 1.322 do Código Civil italiano.

¹⁸³ BETTI, 1969, p. 372-374. O autor chega a defender uma tipicidade que tenha por função limitar e orientar a autonomia privada de modo bastante elástico, remetendo às valorações econômicas ou éticas da consciência social, a que chamou de tipicidade social.

¹⁸⁴ Paolo Franceschetti explica com maestria a atual definição que merece a causa contratual: “La causa del contratto è la *giustificazione di esso nei confronti dell’ordinamento giuridico*; causa, quindi, = giustificazione giuridica. Al di là di questo generico significato, però (che in parte coincide con quanto afferma il resto della dottrina), non si può andare. *Stabilire in quali casi ricorra una valida e lecita causa per obbligarsi è compito che*

Espera-se que as decisões judiciais averiguem o respeito ao sistema jurídico em que exercida a autonomia privada e exerçam o efetivo método de controle a que a causa serve, por meio da investigação da economia daquele sinalagma contratual específico (causa final concreta), indagando-se acerca da real dimensão da operação comercial, segundo critérios rigorosamente objetivos.

O exercício de tal controle necessita levar em consideração interesses, deduzidos de modo implícito e explícito no programa contratual, mesmo que estranhos à função econômico-social típica do contrato (a causa final abstrata ou típica), mas que constituem parte integrante da concreta razão justificadora do negócio. Por isso, Pietro Perlingieri¹⁸⁵ prefere referir-se à função econômico-individual, justamente para evitar a identificação entre causa e tipo, definindo a causa como “o valor e a capacidade que as próprias partes deram à operação na sua globalidade, isto é, o valor individual que uma determinada operação negocial, considerada em sua concreta manifestação, assume para as partes”.

A causa como função prática do contrato é o interesse concretamente perseguido na relação contratual singular, é o significado prático da operação em relação a todas as suas finalidades.

É, portanto, a causa final concreta do contrato que servirá para o seu processo de qualificação funcionalizada, isto é, para a sua valoração jurídica segundo critérios distintivos

deve svolgersi ricostruendo l'ordinamento giuridico nel suo complesso, specialmente alla luce dell'ordinamento costituzionale e delle direttive comunitarie. In altre parole, verificare l'esistenza e la validità della causa spetta all'interprete, e quindi al giudice. Il fulcro della valutazione causale (sia nei contratti tipici che nei contratti atipici) è la meritevolezza dell'interesse perseguito dai contraenti, giudizio che l'articolo 1322 prescrive espressamente per i solo contratti atipici, ma che è necessariamente richiesto anche per i contratti tipici” (La causa del contratto. Extraído de <<http://www.aspirantiuditori.it/causa.html>>, acesso em 03 de fev. 2008 (grifei)).

¹⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2000, p. 370 *apud* KONDER, 2006, p. 37 (tradução livre de Carlos Konder).

da matéria contratual, visando ao seu enquadramento em uma dada categoria jurídica e uma adequada interpretação¹⁸⁶.

Michele Giorgianni¹⁸⁷ oferece importantes elementos para interpretar-se que a causa contratual merece qualificação bastante mais ampla do que a reiteradamente oferecida pela doutrina jurídica, devendo servir, atualmente, como mecanismo de indagação acerca das razões e dos limites da autonomia privada na escolha, pelas partes, dos *tipos* negociais ou na opção pela celebração de negócios atípicos.

Afirma o autor: “A noi sembra che – anche ponendosi da un punto di vista di sottoposizione della volontà negoziale alla volontà della legge – alla ‘causa’ del negozio può essere assegnato il compito non sappiamo se più modesto o più essenziale, di giustificare di fronte all’ordinamento i movimenti dei beni da un individuo all’altro”.

Interpreta-se, portanto, que a justa causa “é o ponto de encontro da vontade individual com o ordenamento”¹⁸⁸. É a “vestimenta que recobre a nua manifestação de vontade, permitindo sua aparição no mundo do direito”¹⁸⁹.

Com maestria, Guido Alpa, Mario Bessone e Enzo Roppo¹⁹⁰ concluem:

¹⁸⁶ É Pietro Perlingieri que aproxima desse modo os conceitos de atividade interpretativa e processo de qualificação funcionalizada. Explica ele: “Encontra-se mais de um motivo favorável à superação da separação entre interpretação e qualificação (...). Interpretação e qualificação não são entidades ontológicas estanques, dois momentos que têm objetos diversos, mas são expressões e aspectos de um mesmo processo cognitivo que nele encontra o seu unitário modo de atuação. O objeto da interpretação não é vontade psíquica, nem o regulamento socialmente relevante, mas é o contrato como realidade social e jurídica ao mesmo tempo. O contrato não deve ser somente interpretado, mas também qualificado à luz dos princípios do ordenamento. *O problema está na individuação da função prático-jurídica de cada ato visto singularmente*. A qualificação e a interpretação fazem parte de um procedimento unitário orientado a reconstruir aquilo que aconteceu em uma perspectiva dinâmica, voltado não ao passado, mas à fase de atuação” (*Perfis do Direito Civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 102 (grifei)).

¹⁸⁷ GIORGIANNI, 1974, p. 66-71.

¹⁸⁸ GIORGIANNI, 1974, p. 67. Tradução livre.

O autor acrescenta que somente uma transposição elitista pode fazer pensar que a causa se identifica com tipo negocial e que este se pode considerar legítimo somente quando recaia no modesto terreno de uma catalogação dos contratos (a título oneroso, a título gratuito, aleatórios, de garantia etc.).

¹⁸⁹ GIORGIANNI, 1974, p. 71. Tradução livre.

¹⁹⁰ ALPA, Guido; BESSONE, Mario e ROPPO, Enzo, 1982, p. 44.

Assim, de um lado, a causa é vista hoje como a objetiva e típica função econômico-social do negócio, a que foi outorgada o papel de controlar se a iniciativa contratual vai contra princípios políticos, econômicos e sociais do ordenamento, sancionando a ilicitude; de outro, como a razão justificadora do contrato, obviamente mais ampla e articulada, com a tarefa de reassumir e atribuir relevância a todos os interesses (ou a todos os escopos práticos perseguidos pelos contratantes) que sejam necessários a garantir a execução do regramento pactuado, *se este for coerente ao programa da autonomia privada*. (grifei)

Por tudo isso, pondera Paolo Franceschetti¹⁹¹,

in ogni ordinamento giuridico per l'interprete sussiste sempre il seguente problema: a quali condizioni un certo accordo, una certa promessa, o una certa prestazione, sono valide e giuridicamente tutelate dall'ordinamento? *Indagare il problema della causa, quindi, significa indagare le ragioni e i limiti dell'autonomia privata nel nostro ordinamento. Individuare quali negozi giuridici sono riconosciuti e tutelati dalla legge, a quali condizioni ed entro che limiti* (grifei).

7.1. Função social, boa-fé objetiva e causa

Segundo Claudio Luiz Bueno de Godoy¹⁹², a função social do contrato “hoje integra seu conceito, o conceito mesmo de autonomia privada. Ou, se se quer falar em limite, a função social do contrato é um limite interno, constante, e de vertente também positiva, promocional de valores básicos do ordenamento”.

A função social do contrato exige que o ato de vontade seja socialmente útil e sirva à promoção de valores constitucionais fundamentais. Por isso, consiste em função não apenas

¹⁹¹ FRANCESCETTI, Paolo. La causa del contratto. Extraído de <<http://www.aspirantiuditori.it/causa.html>>, acesso em 03 de fev. 2008.

¹⁹² GODOY, 2004, p. 110 e ss. e 190.

negativa e limitativa, mas de mecanismo de verdadeira promoção da eficácia do Estado Social¹⁹³.

A função social é cláusula geral prevista no art. 421 do Código Civil brasileiro, que também se ilumina pela cláusula geral da boa-fé objetiva¹⁹⁴, conforme lição de Ruy Rosado de Aguiar¹⁹⁵:

São dois os lados, ambos iluminados pela boa-fé: externamente, o contrato assume uma função social e é visto como um fator submetido aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa etc., que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual; internamente, o contrato aparece como o vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização dos seus fins e a plena satisfação das expectativas dos participantes do negócio.

Inegavelmente, a causa e as duas cláusulas gerais ora mencionadas possuem necessária inter-relação, porém, há que se estabelecer determinadas distinções.

7.1.1. Causa e função social

É bem verdade que muitos autores defenderam, por um significativo período de tempo, que o movimento mesmo de funcionalização do direito conduziria à identidade entre o

¹⁹³ GODOY, 2004, p. 115 e 116, afirma, ainda: “Deve, há de se reconhecer, voltar-se à promoção dos valores básicos do ordenamento, o que, no Brasil, resta claro da disposição do art. 170, logo no *caput*, da Constituição Federal, que estabelece, como princípios fundamentais da ordem econômica – de que o Contrato é fundamental instrumento, conforme atrás examinado, no Capítulo I –, a dignidade da pessoa humana e a justiça social, já antes, nos arts. 1º, III e IV, bem assim no art. 3º, I, consagrados como princípios e objetivos fundamentais da República (princípios da dignidade e do solidarismo). E sem que, nesse passo, porque os objetivos perseguidos são o solidarismo e a dignidade humana, se possa separar uma função que seja social, de integração social, de outra individual, que seja de garantir condições de desenvolvimento pessoal dos indivíduos. (...) Eis aí o contorno primeiro, genérico e básico da função social do contrato. *Sua relevância está, antes de tudo, na promoção daqueles objetivos do Estado Social, na eficácia dos valores básicos do ordenamento, repita-se, o que, em nossa Constituição, constitui preceito expresso (...)*” (grifei).

¹⁹⁴ Ver apontamentos do capítulo seguinte. Sobre o tema boa-fé objetiva, recomenda-se especialmente a obra de Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

¹⁹⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 14, abril-junho de 1995, p. 22.

conceito de causa e de função social, já que aquela seria “a função econômica e social de cada típico ajuste”¹⁹⁶. Nada obstante, a causa não consiste na própria função social.

A doutrina atual mais abalizada reconhece que a causa deve estar calcada na função social e atendê-la¹⁹⁷, sem, entretanto, que com ela se confunda. Isso porque a causa não mais se identifica exclusivamente com a função econômica e social de cada típico ajuste, como pretendia Betti¹⁹⁸, mas deve também corresponder aos interesses práticos extraídos do negócio jurídico *in concreto*, à finalidade integrante daquele ajuste contratual específico.

Tais interesses práticos (e, portanto, a causa final real ou concreta) não se reputarão merecedores de tutela quando não forem adequados às exigências da comunidade, segundo os parâmetros constitucionais¹⁹⁹ (e, portanto, segundo a função social).

O contrato, como principal instrumento da ordem econômica, deve guiar-se pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e de justiça social, em respeito às disposições dos arts. 1º, III e IV, 3º, I, e 170, *caput*, da Constituição Federal Brasileira. Assim, deve ser instrumento de eficácia dos valores básicos do ordenamento jurídico. Por isso que se afirma que deve ser verdadeiramente “funcionalizado”.

¹⁹⁶ GODOY, 2004, p. 112-113.

¹⁹⁷ Ademais, como explica MARTINS-COSTA, 1999, p. 457, “diferentemente do que ocorria no passado, o contrato, instrumento por excelência da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação da riqueza, não é mais perspectivado desde uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade. Justamente porque traduz relação obrigacional – relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade – e porque se caracteriza como o principal instrumento jurídico de relações econômicas, considera-se que o contrato, qualquer que seja, de direito público ou privado, é informado pela função social que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico, função esta, ensina Miguel Reale, que “é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica”.

¹⁹⁸ Como já elucidado anteriormente, Betti sustentou que a causa do contrato devia atender a uma exigência de sociabilidade determinada pela função ordenadora do direito e que, por isso, a cada tipo contratual genérico deve corresponder um interesse socialmente valorável, prévia e abstratamente, a configurar verdadeira tipicidade de causa, antes social que jurídica, conteúdo, afinal, da função econômico-social dos ajustes. O sentido era o de não deixar às partes a entabulação de negócios que só atendessem a seus caprichos, a interesses meramente individuais que, a um só tempo, não fossem também socialmente apreciáveis (BETTI, 1969, p. 373 e 374).

¹⁹⁹ A ponderação é de BIANCA, C. Massimo. *Il contratto*. Milano: Dott. Giuffrè, 1987, Capítulo VII – *La causa*, mas merece plena aplicação ao sistema jurídico brasileiro.

Este aspecto é aclarado pela lição de Cláudio Luiz Bueno de Godoy²⁰⁰, ao afirmar:

Argumenta-se, atualmente, que a identificação da causa dos contratos com sua função econômica e social correspondia a um modelo de ordenamento de que era pressuposto o dogma do fechamento do sistema em categorias formais, como a do negócio jurídico, excessivamente abstratas e a que estranha a preocupação de proteção à confiança e às justas expectativas que houvessem influído no conteúdo do contrato, portanto sendo hoje de se falar não em causa abstrata, típica, do contrato, mas em causa real ou concreta, identificando-se essa causa com uma função individual do ajuste, que privilegie o interesse prático a satisfazer as expectativas supostas naquele negócio de transferência de riquezas (...). Tudo, é certo, sem que se abra mão do papel de controle que a função social do ajuste deve exercer sobre sua regularidade (...). Com base na lição de Betti, por muito tempo causa e função social e econômica de uma dada espécie, de uma categoria contratual, foram consideradas um só conceito, de modo então que causa passou a significar a própria função social e econômica vislumbrada, em abstrato, em dado tipo de contrato, embora, é certo, hoje se procure delinear uma causa concreta, real, identificada com uma função individual de um específico contrato, isto é, sua razão prática, determinante do concreto interesse a satisfazer e considerados todos os motivos objetivados no ajuste, expressa ou tacitamente, parte integrante dos interesses a serem atingidos. Mas, de resto, e aí o ponto, *sem que essa causa prática, real, concreta, uma vez caracterizando, particularmente, certo ajuste, sua razão de ser, deixe de prestar-se ao controle do atendimento de sua função social, de sua abusividade ou não (...)* (grifei).

7.1.2. Causa e boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva significa modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico segundo o qual cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade²⁰¹. “Traduz-se no dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança da outra parte, alcançando todos os

²⁰⁰ GOGOY, 2004, p. 112.

²⁰¹ Conforme definição de Judith Martins-Costa, O Direito Privado como um ‘Sistema em Construção’ – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, *Revista dos Tribunais*, v. 753, julho de 1998, p. 42, referindo-se à expressão de Ernesto Wayar, *Derecho Civil – Obligaciones*, t. I, p. 19.

participantes da relação jurídica, não importando o ponto de vista psicológico de uma das partes, servindo como norte e padrão de conduta a ser seguido.”²⁰²

Nelson Nery Júnior²⁰³ afirma que, diferentemente da boa-fé subjetiva, que atua muito mais como fonte de interpretação da manifestação da vontade unilateral ou negocial, a boa-fé objetiva é fonte de direito e de obrigações, isto é, fonte jurígena, assim como a lei e outras fontes.

Para mencionado autor²⁰⁴, a boa-fé objetiva decorre da função social do contrato, de modo que tudo o que se disser sobre a boa-fé objetiva poderá ser considerado como integrante, também, da cláusula geral da função social do contrato. Segundo esse mesmo autor²⁰⁵, a natureza jurídica das cláusulas gerais é de norma jurídica, que produz efeitos jurídicos, geradores de direitos e de obrigações. Para tanto, têm função instrumentalizadora, devendo o juiz servir-se de sua enunciação abstrata para dizer, na situação concreta que se lhe apresenta, o que seria dar função social àquele determinado contrato que está sob sua análise.

Ruy Rosado de Aguiar²⁰⁶ é novamente esclarecedor ao afirmar que a boa-fé (objetiva) tem função integradora da obrigação, atuando como fonte de direitos e obrigações ao lado do acordo de vontades, além de servir para a interpretação das cláusulas convencionadas.

De fato, a cláusula geral de boa-fé implica a criação de uma norma para o caso concreto, de acordo com os dados objetivos que ele mesmo apresenta, atendendo à realidade social e econômica em que o contrato opera, ainda que isso o leve para fora do círculo da vontade.

²⁰² Conforme LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral* (arts. 1 a 232). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 315.

²⁰³ NERY JR., Nelson. *Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais. O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

²⁰⁴ NERY JR., 2003, p. 447.

²⁰⁵ NERY JR., 2003, p. 445.

²⁰⁶ AGUIAR JÚNIOR, 1995, p. 25.

Das inúmeras classificações e diferentes funções que a doutrina oferece à boa-fé objetiva²⁰⁷, convém que se eleja a classificação de Judith Martins-Costa²⁰⁸, dada sua clareza. A autora nomeia três funções à boa-fé objetiva: (i) a de cânone hermenêutico-integrativo, (ii) a de criadora de deveres jurídicos e (iii) a de limite ao exercício de direitos subjetivos.

A primeira função visa a delimitar e especificar o conteúdo do contrato. Esclarece Judith:

Isso ocorre na medida em que os elementos de regulação e os conteúdos normativos constituídos pelos contratos – os quais infletem e são infletidos pela relação contratual – são perceptíveis não apenas a partir do esclarecimento das declarações dos contratantes, mas, fundamentalmente, da *interpretação da regulação objetiva criada com o contrato*, o que significa, em última análise, que as situações não pensadas nem manifestadas pelas partes no momento da conclusão, não estando reguladas integralmente pelas declarações consideradas em particular, só podem ser inferidas do módulo contratual considerado “como regulação vigente quando do sentido total da regulação”²⁰⁹.

Isso significa que o juiz deverá garantir que aquela determinada regulação objetiva, dotada de um específico sentido, não “atinga finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista de seu escopo econômico-social, seria lícito esperar”²¹⁰.

Quanto à segunda função, a boa-fé cria deveres jurídicos (denominados laterais, instrumentais ou acessórios de conduta, deveres de proteção ou de tutela) que visam a integrar o conteúdo contratual, otimizando-o, independentemente do que foi regulado pela vontade das partes. São eles, exemplificativamente, deveres de cuidados, de aviso e esclarecimento, de informação, de prestação de contas, de colaboração e cooperação etc.

²⁰⁷ Dentre elas: (i) a de determinar o comportamento devido; (ii) a de indicar o limite ao exercício de direitos subjetivos; (iii) a de ser fonte autônoma de direitos, deveres e pretensões às partes contratantes, os quais passam a integrar a relação obrigacional em seu dinâmico processar-se, compondo-a como uma totalidade concreta (esta terceira função é citada por COUTO E SILVA, 1976, p. 108); (iv) corretiva e (v) esclarecedora.

²⁰⁸ MARTINS-COSTA, 1999, p. 427-472.

²⁰⁹ MARTINS-COSTA, 1999, p. 431-432.

²¹⁰ MARTINS-COSTA, 1999, p. 432.

Por fim, “apresenta-se a boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida”²¹¹.

Como se vê, a boa-fé, especialmente ao oferecer subsídios à interpretação integrativa do negócio jurídico e à integração negocial, exerce papel fundamental para definição e delimitação da causa final concreta, mas com a causa não se confunde.

Luciano Penteadó²¹² é elucidativo ao diferenciar a causa da boa-fé objetiva:

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

A boa-fé objetiva pode e deve funcionar, portanto, como um instrumento útil para avaliar se, de acordo com um padrão de conduta leal e honesto, determinada finalidade integrou o conteúdo do contrato, ou seja, se foi conhecida e relevante – ou deveria ter sido – por ambas as partes.

Esta interpretação é consentânea com a de outro autor nacional, que define a causa como o principal instrumento de funcionalização do contrato. É Carlos Nelson Konder²¹³, com muita clareza, quem afirma:

nos ordenamentos que a prevêm expressamente – como Itália, Espanha e França – a causa desempenha o relevante papel de controle da autonomia

²¹¹ MARTINS-COSTA, 1999, p. 457.

²¹² PENTEADO, 2004, p. 69.

²¹³ KONDER, 2006, p. 33 e 34.

privada e, desse modo, de constitucionalização do contrato. Ao se exigir a licitude da causa do negócio, permite-se uma interferência maior na atividade negocial de maneira a exigir sua compatibilidade com os preceitos constitucionais. A causa também funciona como parâmetro de equilíbrio entre as partes e desempenha um papel extremamente relevante no processo de interpretação-qualificação do contrato.

Mesmo no sistema brasileiro, que não a contempla normativamente, a causa é instrumento de controle da autonomia privada e de funcionalização do contrato, embora, como se disse, não se confunda com a própria função social e nem tampouco com a boa-fé objetiva.

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes²¹⁴ confirmam que, à estrutura da relação jurídica, deve ser associada a função que cada relação jurídica é chamada a desempenhar, de acordo com os interesses veiculados pelas respectivas situações jurídicas subjetivas, interpretadas e, quando for o caso, integradas pela boa-fé objetiva. Para mencionados autores, somente o *elemento funcional* permitirá a exata compreensão e interpretação da relação jurídica, com todos os desdobramentos relativos aos deveres, direitos e interesses mercedores de tutela nela compreendidos.

7.2 A causa como requisito²¹⁵ dos negócios causais

Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery²¹⁶ consideram que “o negócio jurídico existe quando é *causado*. Existe quando, potencialmente, tem aptidão para produzir os efeitos decorrentes de sua função jurídica, delineada segundo a sua essência”. Segundo mencionados

²¹⁴ BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo e BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 209.

²¹⁵ O presente estudo destina-se a avaliar a natureza e as características da causa quando da gênese do ajuste contratual. Se o negócio jurídico perder sua função prático-social (sua causa final) porque teve sua finalidade frustrada após sua gênese, terá como consequência natural a ineficácia, tema que não é objeto deste estudo. Neste aspecto, ver a dissertação de COGO, 2005.

²¹⁶ NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, 2006, nota 4 ao art. 104 do CC, p. 240.

autores, “compõem o negócio jurídico, constituindo-se em elementos necessários à sua existência: a) o *agente* (qualidade de ser sujeito de direito); b) a *vontade*; c) a *causa*; d) o *ato ou negócio em si mesmo*”.

Referidos autores afirmam que:

Se ele existe (negócio jurídico, contrato), pergunta-se sobre de que é composto seu núcleo, ou seja, do que ele é constituído, como ele é “a partir de dentro”. Para essa compreensão é necessário observar que “a causa é essencial para a existência de um negócio jurídico de tipo causal; que ela determina a qualificação do negócio; e por fim que a composição do negócio tem por elemento do seu *núcleo* a causa” (Penteado, *Doação*, p. 7). A causa é elemento essencial do negócio jurídico. É a *causa finalis* de que falava Aristóteles, sendo, também, elemento formal do ato (Carnelutti, *Teoria*, § 135). “A causa é elemento mínimo necessário para a existência do fato jurídico”; “a causa está no núcleo do suporte fático”; “a causa é um (ou mais) dos elementos completantes, ou o elemento completante, sem o qual não há o fato jurídico concreto”. A causa concreta está “no plano da existência do negócio jurídico” (Penteado, *Doação*, p. 9/10). É nesse sentido que se diz que o negócio é causado e é nesse sentido que o termo apresenta a maior dificuldade de compreensão: “(...) o CC já não menciona a causa como elemento do negócio jurídico. Mas isso não faz estancar o debate. Porque embora não haja as referências legais anteriores, muitos dos problemas subsistem. Não há como fugir das questões provocadas pelos negócios abstratos, pelo enriquecimento sem causa, pela base do negócio, e assim por diante” (Ascensão, *Teoria-Relações jurídicas*, n. 74, p. 153 (...)).²¹⁷

Antonio Junqueira de Azevedo²¹⁸ contesta tal interpretação, sustentado que não se pode confundir função com elemento constitutivo ou requisito de existência do negócio. Para ele, a função não faz parte do negócio porque dele não pode ser, ao mesmo tempo, elemento constitutivo²¹⁹. Como esclarecido anteriormente, o elemento constitutivo típico é o objeto,

²¹⁷ NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, 2006, nota 27 ao art. 104 do CC, p. 243.

²¹⁸ AZEVEDO, 2002, p. 154.

²¹⁹ Também segundo Luciano de Camargo Penteado, “a causa está no núcleo do suporte fático. Não é elemento cerne, que serve a diferenciar as diferentes espécies de fato jurídico (fato jurídico em sentido estrito, ato-fato jurídico, ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico, sejam lícitos ou ilícitos). A causa é um (ou mais) dos elementos completantes, ou o elemento completante, sem o qual não há o fato jurídico como categoria típica especial. Ocorre que, com frequência, não se tem consciência dessa identidade. Classificam-se os elementos complementares sem nomeá-los como causa do negócio jurídico. Acredita-se que, em matéria contratual, causa é elemento categorial inderrogável do tipo ou elemento configurador do atípico. (...) A causa concreta deve considerar-se, como se vê, no plano da existência do negócio jurídico” (PENTEADO, 2004, p. XXII e XXIII).

denominado por Junqueira como elemento categorial inderrogável. Segundo Junqueira, ele é que é apto a definir o tipo e regime jurídico do negócio, mas não sua função.

Nada obstante, não se compartilha das posições dos mencionados autores.

A causa, adequadamente referida pela melhor doutrina como a função prático-social do negócio, quando ausente em negócios causais, gerará nulidade. Isso porque é o juízo de adequação entre a causa final típica ou abstrata e a causa final concreta que permite ao intérprete identificar as normas aplicáveis ao caso concreto, visando à qualificação funcionalizada do negócio. Conforme explica Nelson Carlos Konder:

A ênfase na função perseguida pelo contrato permite a avaliação do grau de afinidade com o tipo em abstrato levando em conta a finalidade justificadora daquelas normas típicas e assim viabiliza de maneira mais eficaz um fundamental julgamento: se o exercício de autonomia privada que deu origem ao negócio ocorreu atendendo às finalidades constitucionalmente protegidas e é, portanto, merecedor de tutela.

Diferentemente, portanto, do que afirmam Nelson Nery, Rosa Maria Nery e Antonio Junqueira de Azevedo, se um determinado negócio servir, em sua gênese, a uma finalidade (considerada sob seus aspectos abstratos e concretos) anti-social, porque guiada por interesses não compatíveis com o sistema jurídico em vigor, especialmente com os preceitos constitucionais²²⁰, será nulo por falta de causa.

Note-se que o art. 112 do Código Civil Brasileiro, ao exigir que os negócios jurídicos sejam interpretados conforme a boa-fé (objetiva) e os usos do lugar de sua celebração, provoca verdadeira alteração na autonomia privada, fazendo com que a causa de cada ajuste

²²⁰ Como bem informa NANNI, 2004, p. 178: “A apreciação do direito civil deixa de ser apenas baseada na codificação civil, mas recebe direta influência da ordem constitucional, sempre com os olhos voltados na salvaguarda da pessoa humana. Ocorre então uma alteração no modelo de observação, posto que passa pelo indeclinável respeito à dignidade da pessoa humana, como limitação à iniciativa das partes”.

contratual tenha de estar contagiada por aquela boa-fé para que tal ajuste seja considerado válido e juridicamente tutelado pelo ordenamento jurídico²²¹.

Como se vê, a causa legítima e valora os interesses que se pretende albergar em um contrato. Se tais interesses, abstratos e concretos, não forem lícitos e/ou adequados ao sistema jurídico, permeado que é pelos princípios constitucionais, a causa deixa de estar presente, gerando a invalidade do negócio jurídico pela ausência de um de seus requisitos.

²²¹ Renan Lotufo esclarece que, “no âmbito do Direito contemporâneo, há um elemento que deve sempre estar presente: a boa-fé. A boa-fé há que reger o mundo do negócio jurídico. Portanto, desde o início da formação da vontade, é necessário que a boa-fé esteja presente, que se mantenha na seqüência, ou seja, mesmo depois de emitidas a declaração e a recepção, e permaneça até depois da execução do próprio negócio” (LOTUFO, 2004, p. 284).

8. INFLUÊNCIA DA CAUSA: NEGÓCIOS ATÍPICOS OU INOMINADOS, NEGÓCIOS MISTOS, COLIGADOS OU CONEXOS E NEGÓCIOS INDIRETOS

A classificação dos contratos quanto à causa, em negócios típicos ou nominados, atípicos ou inominados e mistos, é de Mario Júlio de Almeida Costa²²². José de Abreu²²³ os classifica em causais ou materiais, em típicos e atípicos, estes subdivididos em atípicos *stricto sensu* e mistos.

A classificação em contratos nominados e inominados não oferece maior importância visto que, no direito moderno, todos os contratos são devidamente tutelados pela lei e sujeitos aos remédios judiciais, muito especialmente depois da previsão expressa do Código Civil atual, em seu art. 425²²⁴. Os contratos inominados, ainda que não possuam previsão específica pelo legislador e sejam baseados na liberdade de pactuação, submetem-se às normas gerais ou às reguladoras de figuras contratuais típicas semelhantes, conforme for a sua causa.

Os *contratos mistos*, por sua vez, são os considerados resultantes de “combinações de dois ou mais tipos de contratos, ou de inserção de cláusulas que desfigurem um dos tipos simples”²²⁵. Segundo Darcy Bessone, “o interesse da distinção está na escolha das normas aplicáveis. Quando não seja possível harmonizar as regras reguladoras dos tipos combinados, deve-se atender à finalidade essencial da operação ou, quando a infração for de determinada cláusula que se possa isolar das demais, merecerá observância a disposição disciplinadora do contrato simples de que tenha sido extraída”.

²²² *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

²²³ Apud LOTUFO, 2004, p. 275.

²²⁴ “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

²²⁵ BESSONE, 1997, p. 86.

Os contratos inominados e mistos, portanto, são aqueles que não são reconduzíveis a um modelo legal previamente determinado e exaustivo, que trazem uma situação de atipicidade *lato sensu*. Nestes, identifica-se que a causa contratual “é decisiva para seu julgamento”²²⁶, aspecto este já prenunciado por Bessone na passagem anteriormente transcrita.

O contrato misto, segundo Honório Monteiro²²⁷, “não se caracteriza pela função econômica de um ou de outro dos contratos combinados: caracteriza-se por uma nova causa, que é a resultante da aliança harmônica das funções peculiares associadas dos contratos associados. Nenhuma das prestações que se fundem exaure a expressão objetiva da causa ou função econômica do contrato misto, o qual tem causa mista, produto da combinação das duas ou mais prestações e das respectivas causas”.

Quanto mais a criatividade humana se desenvolve, e mais figuras negociais surgem, resta mais evidente a necessidade de se recorrer a soluções diversas, que muitas vezes integram o sistema jurídico, sem necessariamente integrarem expressamente seu complexo normativo. É o que ocorre com a causa que, presente em todas as relações contratuais, permite que se identifique a função (causa final abstrata) ou o fim objetivo (causa final concreta) mais adequado de determinado negócio.

É a causa, pois, que define a existência de um entrosamento e coordenação – verdadeira coligação – entre dois ou mais contratos individuais e associados, suficientes a caracterizá-los e serem interpretados como mistos ou, ao menos, como contratos requalificados juridicamente²²⁸.

²²⁶ A terminologia e afirmação são de PENTEADO, 2004, p. 237.

²²⁷ Contrato Misto, *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1937, p. 538, apud PENTEADO, 2004, p. 249.

²²⁸ Vide decisão proferida no RE 79.562, 1ª Turma, rel. Min. Rodrigues de Alckmin, j. 10.02.1976 (RTJ 77/884-891).

Nesses casos, pode haver uma nova causa, que não é oriunda de cada contrato individual, mas da relação coordenada – o nexó entre as prestações dadas ou prometidas que fundam o dever de contraprestar – estabelecida entre eles, ou pode haver uma dependência de causas, que conduza à valoração daquela que é principal e daquela que é acessória.

Mesmo reconhecendo-se que, em geral, aplica-se a cada contrato individual as normas do seu tipo, tais normas deixam de ser incidentes, quando se chocam com o resultado que buscam assegurar. É a causa, portanto, que permite identificar, em casos como tais, a necessidade da aplicação de um regime jurídico próprio ao contrato misto.

É isso mesmo que informa Michele Giorgianni²²⁹, ao afirmar que o problema dos contratos mistos soluciona-se com base no reconhecimento da coexistência de prestações e na análise da disciplina própria de cada uma delas no quadro da *causa* do contrato, causa esta que só pode ser unitária.

Os contratos indiretos, por sua vez, também necessitam da causa para que o intérprete possa identificar sua adequada função e seu enquadramento jurídico. Nesses tipos contratuais, “as partes recorrem a um negócio típico (nominado) como meio de obterem um resultado ulterior que não é típico do negócio adotado, mas de um outro negócio típico, ou ainda, mais freqüentemente, um escopo simplesmente atípico”²³⁰. O escopo prático ou econômico, nestes casos, também denominado “fim ulterior”, pode ser típico, próprio de outro negócio jurídico que não o eleito pelas partes, ou mesmo atípico. Exemplos habituais são a compra e venda

²²⁹ GORGIANNI, 1974, p. 49. Ao analisar especificamente o *negotium mixtum cum donatione*, o autor esclarece que a questão que o envolve diz respeito verdadeiramente à sua qualificação causal, que índice intimamente sobre a razão das prestações que dá substância ao contrato.

²³⁰ A lição é de MIRANDA, 1991, p. 163.

com pacto de retrovenda, cujo fim ulterior é a garantia hipotecária, e os negócios fiduciários em geral, em que o fim perseguido pelas partes também não é típico do negócio adotado²³¹.

Igualmente, no que diz respeito aos *contratos conexos ou coligados*, aqueles diversos negócios jurídicos ligados entre si por um fim econômico comum, a interpretação de cada um deles vai exigir a consideração dos demais, sendo que a melhor forma de qualificá-los será identificar uma função também coligada, uma finalidade única, que não poderia ser atingida pelos contratos individuais. Novamente, a causa é o elemento unificador da coligação contratual.

O que importa, em tais situações, é identificar qual a função prático-social almejada pelas partes por meio do negócio, ou negócios, escolhidos. Se se constata que se está diante de verdadeiro negócio meio (como é o negócio de compra e venda, quando estipulado pacto de retrovenda), está-se diante de negócio indireto, cuja causa considera-se desvirtuada²³². Se se constata que os efeitos almejados por um contrato individual não são lógicos e cronologicamente decorrentes apenas daquele negócio, há que se perquirir o resultado final buscado pela integração das diversas operações contratuais celebradas.

Após proceder à análise sistemática de recentes julgados dos Tribunais Superiores brasileiros, Luciano Penteadó²³³ sugere quatro hipóteses de aplicação da causa contratual visando a solução de conflitos em contratos da espécie aqui investigada. Para o mencionado autor, existe uma relação de homologia entre a causa concreta, a sua qualificação, o modelo jurídico (típico ou não) e o conseqüente regramento jurídico a ser aplicado. Diz ele:

²³¹ MIRANDA, 1991, p. 164, menciona que, nestes casos, há um “excesso do meio em relação ao escopo”, que é a limitação da relação jurídica “real” por um pacto de efeitos meramente obrigacionais, o que dá margem a que o fiduciário possa abusar de sua posição.

²³² A compra e venda deixa de produzir seus efeitos típicos e passa a funcionar como mero negócio meio para os efeitos almejados: de garantia.

²³³ PENTEADO, 2004, p. 264.

a) em situações de necessidade de prestações de contratos diversos, unificadas pelo fim, a causa permite ver a dependência funcional entre as mesmas a permitir um tratamento unitário, como se de um contrato só se tratasse, com causa diversa, em papel expansivo que leva à transubstanciação; b) em situações de contratos atípicos, pode-se utilizar a idéia de causa contratual para buscar sempre um equilíbrio jurídico entre as posições das diferentes partes, quer em sentido estritamente comutativo, quando as mesmas estão em assimetria de poder fático, quer em sentido redistributivo, quando as mesmas estão em assimetria de poder fático (quer este diga respeito ao plano informacional, econômico ou técnico); c) há casos em que certas prestações são postas ao lado do contrato típico, mas adquirem tamanho grau de dependência com relação a este que se pode falar de um efeito envolvente da causa, a trazer a prestação para dentro do negócio e, na hipótese de frustração do contrato, permitir a indenização pelo cumprimento da prestação supostamente de caráter meramente lateral. Tal efeito envolvente também se verifica em hipóteses nas quais ao contrato subjaz outro, muitas vezes inviável tecnicamente ou operacionalmente por certo tempo, mas em relação ao qual há dependência. O inadimplemento deste contrato oculto pode acarretar desfazimento ou resolução do contrato aparente segundo o grau de dependência causal entre ambos; d) Por fim, a reestruturação de prestações típicas de certos contratos pela prática econômica pode afetar a causa concreta e permitir, assim, a re-qualificação da espécie, conseqüentemente, alterando-se o regime jurídico decorrente.

As quatro hipóteses sugeridas por Luciano Penteadó podem ser unificadas em uma única interpretação, que é bem apontada por Carlos Konder²³⁴ ao tratar dos contratos conexos, aqueles que são estabelecidos por diferentes negócios jurídicos ligados entre si, mas que serve igualmente como solução para interpretação e qualificação de negócios mistos e indiretos:

Em todos os casos de conexão contratual é possível vislumbrar a chamada vinculação funcional, isto é, para além da função individual desempenhada por cada um dos negócios, é possível visualizar uma função ulterior, alcançável apenas por meio dos diversos contratos (...) Esta função ulterior, esta finalidade global, é que impõe ao aplicador não se restringir ao exame singularizado dos contratos, mas ser capaz de enxergar o todo, perceber o regulamento de interesses em sua totalidade plurinegocial. É ela que pode viabilizar que um negócio aparentemente perfeito possa sofrer as conseqüências das vicissitudes de outro negócio – aparentemente independente. É ela que pode autorizar que alguém que não tenha sido parte de um contrato possa interpelar seu devedor nos termos daquele contrato por ser parte de um outro contrato. Em razão disso, a função ulterior do conjunto dos negócios é determinante na qualificação de cada negócio (...)

²³⁴ KONDER, 2006, p. 183.

A função ulterior é justamente a causa, com os delineamentos esclarecidos neste trabalho. De fato, “o processo de qualificação dos contratos, de maneira geral, perde seu aspecto subsuntivo para, acompanhando as transformações operadas no âmbito da interpretação, trocar o mero exame dos elementos estruturais essenciais pela atenção à função perseguida por meio do regulamento de interesses. Essa transição, nos ordenamentos causalistas, se opera principalmente por meio da causa do contrato”²³⁵.

²³⁵ KONDER, 2006, p. 183.

9. CONCLUSÕES

A fim de sintetizar o quanto exposto no presente estudo, importante relacionar as seguintes conclusões fundamentais:

Desde o Direito Romano e mesmo com o evoluir da história, encontrar um conceito para a “causa” nunca foi tarefa simples. As importantes contribuições, no sécs. XVII e XVIII, de J. Domat e Pothier, não lograram êxito na elucidação efetiva do tema.

As variadas classificações jurídicas para a causa, tais como a *causa eficiente*, a *causa-motivo*, a *causa justa-causa*, a *causa de atribuição patrimonial*, a *causa formal* e a *causa material*, possuem relevância porque servem ao estudo de determinados institutos jurídicos. Para a teoria do negócio jurídico, entretanto, é a causa final, em suas concepções abstrata e concreta, que merece análise acurada.

Emilio Betti contribuiu significativamente para o estudo da “causa” dos negócios jurídicos ao afirmar que ela seria identificada como um interesse social objetivo e controlável para cada tipo contratual, ou seja, seria “a função de interesse social da autonomia privada”, necessariamente típica.

São igualmente os italianos que iniciam o contundente questionamento à concepção de Betti, clamando por critérios úteis e deixando de admitir a exigência da tipicidade (mesmo aquela “dominante na consciência social”, como pretendeu Betti).

Os autores brasileiros divergem quanto à qualificação da causa como pressuposto ou elemento do contrato, confundindo os planos da existência e da validade, bastante guiados

pela omissão dos Códigos Civis brasileiros. Para nós, a causa não há que ser aferida no plano da validade, visto que não se dá por relação de causa e efeito (do mundo do *ser*), como se fato naturalístico, mas no plano da validade: sua presença é requisito de formação da relação contratual e sua ausência gera nulidade.

É extremado e simplista compartilhar do posicionamento dos *anticausalistas*. Necessário compreender que se vive um período histórico em que o direito merece uma visão conjuntural harmonizadora. Harmonização da teoria dos contratos (e do direito civil) com os princípios constitucionais da livre iniciativa, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da justiça social. A causa, com sua concepção objetiva-subjetiva, está no nosso ordenamento como um todo, ainda que não esteja na lei, e deve estar adequada ao denominado Direito Civil Constitucional, devendo ser enfocada como um instrumento para a aplicação concreta de princípios constitucionais.

Não se afigura necessário definir categoricamente que a razão está com a teoria objetiva ou subjetiva, mas, ao contrário, é forçoso reconhecer que é a adequação de ambas que oferece a melhor qualificação à causa. Fica-se, portanto, com a posição objetiva-subjetiva, da causa como a função prático-social, a causa típica do negócio (a denominada causa final abstrata) e, ao mesmo tempo, a causa como fim comum, integrado no negócio, explícita ou implicitamente (segundo um juízo de boa-fé objetiva), causa esta que deve medir a concretização dos efeitos jurídicos conformados ao sistema constitucional e legal vigente. Afinal, somente a análise funcional dos negócios é que permitirá suas adequadas interpretação e qualificação.

A tutela jurídica da autonomia privada necessita de campo bastante maior do que outrora. Deve-se admitir que a função de controle da utilidade social do contrato, de que imbuída a causa, serve a garantir relevância ao programa contratual *in concreto*, quando

merecedor de proteção pelo sistema jurídico. Serve, portanto, à interpretação e qualificação funcionalizadas.

A doutrina estabelece diferenciação ao classificar os negócios em causais e abstratos, mas converge no sentido de que, mesmo no caso dos últimos, a causa tem relevância, devendo sempre ser idônea a produzir os efeitos próprios daquele programa contratual estabelecido pelas partes contratantes, adequado ao sistema constitucional em vigor e respeitador dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da justiça social.

No que se refere aos contratos conexos, mistos e indiretos, a causa ganha especial importância, porque é justamente a vinculação funcional ulterior (a também chamada “finalidade global”), a análise dos diversos negócios segundo os interesses plurinegociais, que permite a interpretação e qualificação adequadas de cada negócio.

10. REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775 (maio/2000), p. 18-31.

_____. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, abril-junho 1995, p.22.

ALBANESE, Antonio. *Il Pagamento Dell'Indebito*. Milão: CEDAM, 2004.

_____. *Ingiustizia del Profitto e Arricchimento Senza Causa*. Verona: CEDAM, 2005.

ALPA, Guido. *Causa e contratto, profili attuali*. In: VACCA, Letizia (org.). *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1997.

_____; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napoli: Jovene Editore, 1982.

_____; BESSONE, Mario. *Causa e Consideration*. Quaderni di diritto comparato. Padova: Cedam, 1984.

AMARA, Manuel de la; DIEZ-PICAZO, Luis. *Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin causa*. 1. ed. Madrid: Ed. Editorial Civitas, S.A., 1991.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Causa e consideration. *Ajuris* 53/276-284, ano XVIII, nov. 1991.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. São Paulo: [s.n.], 1986.

_____. Princípios do novo direito contratual e 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. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750 (abr./1998), p. 113-120.

_____. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva (...). *Revista Forense*, 351:275, 2000.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Contrato de distribuição – Causa final dos contratos de trato sucessivo – Resilição unilateral e seu momento de eficácia – Interpretação contratual – Negócio *per relationem* e preço determinável – Conceito de “compra” de contrato e abuso de direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 93, v. 826 (ago./2004), p. 119-136.

BARROSO, Carlos Henrique. O falso motivo como vício do negócio jurídico no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 804 (out./2002), p. 72-81.

BDINE, Hamid Charaf Júnior. *Cessão da Posição Contratual*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. tomo 1. Coimbra: Coimbra, 1969.

BIANCA, C. Massimo. *Il contratto*. Milano: Dott. Giuffré, 1987.

BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Contornos atuais da Teoria dos Contratos*. São Paulo: RT, 1993.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, n. 21, p. 95-119, 2005.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo e BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BONFANTE, Pietro. Il Contratto e la Causa del Contratto. *Rivista di Diritto Commerciale*, 6: 115, 1908.

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

CAPITANT, Henry. *De la causa de las obligaciones*. Tradução espanhola de Eugenio Tarragato Contreras. Madrid: Góngora. s.d.

CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia del Diritto*. Padova: Cedam, 1990.

CASTRO Y BRAVO, Federico de. *Negocio Juridico*. Madrid: INEJ, 1971.

CASTRO, Torquato. *A causa do contrato*. Recife: Imprensa Universitária, 1966.

_____. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. Causalidade Jurídica no Direito Romano. O título na linguagem jurídica dos romanos. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 27, p. 7.

CHAABAN, Rana. *La Caducité Des Actes Juridiques. Étude de Droit Civil*. Paris: LGDJ, 2006.

CHATEAUBRIAND FILHO, Hindemburgo. *Negócio de Acertamento: Uma Abordagem Histórico-Dogmática*. vol. 2. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CIPRIANI, Nicola. *Tratatto di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato: Il Comodato*. IV, 18. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

COGO, Rodrigo Barreto. *A Frustração do Fim do Contrato*. 2005. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da USP. São Paulo.

COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

CRISCUOLI, Giovanni. Causa e consideration o della loro incomunicanilitá. *Causa e consideration* (Cuaderni di diritto comparato a cura di Guido Alpa e Mario Bessone). Padova: CEDAM, 1984.

DABIN, Jean. *La teoría de la causa*. 2. ed. Tradução espanhola de Francisco De Pelsmaeker. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1929.

DE LOS MOZOS, Jose Luiz. La renovación del concepto de causa del negocio en Emilio Betti y su recepción en la doctrina española. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7, 1978, p. 421.

_____. La regulación del contrato y el problema de la causa. *Revista del Colégio de Abogados de Puerto Rico*, Porto Rico, v. 61 (abr./jun. 2000), p. 7-21.

DEVOTO, Luigi. *Le Imputabilitá e le Sue Forme nel Diritto Civile*. Milão: Giuffrè, 1964.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. vol. primero. 5. ed. (Capítulo IX. La Causa del Contrato). Madrid: Editorial Civitas, 1996.

DOMAT, Jean. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Paris: Nyon Aine, 1745.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria Geral do Direito Civil*. vol. II. 2. ed. Lisboa: Lex.

FERRANTI, Ione. *Causa e Tipo Nel Contratto a Favore di Terzo*. Milano. Milão: Giuffrè, 2005.

FERRI, Giovanni B., ANGELICI, Carlo. *Studi Sull'autonomia dei Privati*. 9. ed. Torino: Utet, 1997.

FERRI, Luigi. *La Autonomia Privada*. Trad. espanhola. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1969.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. O Direito Privado Brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. *Teoria da Causa no Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

FRANCESCHETTI, Paolo. *La causa del contratto*. Extraído de <<http://www.aspirantiuditori.it/causa.html>>, acesso em 03 de fev. 2008.

GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil*. 2º vol. Paris, 1986.

_____. *Cause de L'engagement et Validité du Contrat*. Paris: LGDJ, 2006.

GIORGIANNI, Michele. *La Causa del Negozio Giuridico*. Milano: Giuffrè, 1974.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Curso de Direito Civil: Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos conexos: grupos y redes de contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: Grupos de Contratos, Redes Contratuais e Contratos Coligados*. Rio de Janeiro, 2006.

LÓPEZ, Aituro Barcia. *La Causa ilícita en las obligaciones y en los actos jurídicos*. Argentina: Abeledo-Perrot, 1966.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1 a 232)*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. (coord.). *Direito Civil Constitucional – Cadernos I*. São Paulo: editora Max Limonad, 1999.

_____. (coord.). *Direito Civil Constitucional – Cadernos II*. Curitiba: editora Juruá, 2001.

_____. (coord.). *Direito Civil Constitucional – Cadernos III*. São Paulo: editora Malheiros, 2002.

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

_____. O Direito Privado como um ‘Sistema em Construção’ – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 753, julho de 1998.

_____. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. Milano: Dott. A. Giuffré, 1972.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. São Paulo: Atlas, 1991.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. tomo III. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora. 1999.

_____. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 1982.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. A evolução do Direito Civil Obrigacional: a concepção do Direito Civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. *Direito Civil Constitucional: caderno 2*. 5. tir. São Paulo: Juruá, 2004.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JR., Nelson. Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais. *O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OBERTO, Giacomo. *Le Cause in Materia di Obbligazioni*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2001.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. Campinas: Millenium, 2004.

_____. Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros. *Revista de Direito Privado*, n. 20/235, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2000.

_____. *Autonomia Negoziabile e Autonomia Contrattuale*. 2 ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2000.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

PUGLIATTI, Salvatore. *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. Diritto Civile: Metodo – Teoria – Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951.

REALE, Miguel e REALE Jr., Miguel. *Questões Atuais de Direito*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2000.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Editora Almedina. 1988.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. *O Contrato Futuro*. São Paulo: Cultura, 2000.

SICCHIERO, Gianluca. *Autonomia Contrattuale e Diritto Privato Europeo*. Milão: CEDAM, 2005.

SILVA, Luiz Renato Ferreira da. *A noção de sinalagma nas relações contratuais e paracontratuais (uma análise à luz da teoria da causa)*. 2001. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo.

SIRENA, Pietro (coord.). *Il Diritto Europeo Dei Contratti D'Impresa. (Autonomia negoziabile dei privati e regolazione del mercato)*. Milano: Giuffrè, 2006.

TRAVERSO, Maria Clementina. *Le Cause di Giustificazione Nella Disciplina dei Fatti Illeciti*. Padova: CEDAM, 2001.

VACCA, Letizia (org.). *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1997.