

De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato

Eduardo Nunes de SOUZA*

[...] *mais d'avoir d'autres yeux, de voir l'univers avec les yeux d'un autre, de cent autres, de voir les cent univers que chacun d'eux voit, que chacun d'eux est [...]*

– Marcel PROUST, *À la recherche du temps perdu*

RESUMO: Este estudo se dedica a identificar as principais aplicações da causa dos contratos no direito civil contemporâneo. Para tanto, inicia-se a investigação a partir de um breve relato dos principais conceitos já atribuídos à causa contratual nas tradições francesa e italiana. Em seguida, partindo-se do pressuposto de que, em suas muitas acepções, a causa sempre corresponde ao perfil funcional do contrato, busca-se identificar suas mais relevantes aplicações, tanto no campo da invalidade contratual quanto no que tange às possíveis vicissitudes supervenientes do contrato. Nesse sentido, propõe-se que, no direito brasileiro, o espaço mais relevante de aplicação da causa, para além de sua grande importância em matéria de qualificação, é o de orientar a disciplina jurídica e os remédios aplicáveis às vicissitudes do momento dinâmico do contrato. Ao final, busca-se estabelecer um paralelo entre as aplicações da causa e dos princípios contratuais, identificando-se quais consequências usualmente atribuídas a estes últimos (particularmente, à boa-fé objetiva) poderiam ser compreendidas como simples decorrências da análise funcional dos contratos.

PALAVRAS-CHAVE: Causa do contrato; análise funcional; invalidade contratual; vicissitudes supervenientes do contrato.

SUMÁRIO: 1. À guisa de introdução: a causa do contrato como uma postura hermenêutica; – 2. A causa do contrato em perspectiva: contexto do debate e o problema conceitual; – 3. Causa, invalidade e vicissitudes supervenientes do contrato: mapeando os espaços para uma aplicação contemporânea da função negocial; – 4. Causa e princípios contratuais: ampliando a compreensão do momento dinâmico do contrato; – 5. Uma última reflexão: causa e distanásia contratual; – Referências bibliográficas.

TITLE: *Back to the Contractual Cause: Applications of the Legal Act's Function in the Fields of Invalidity and Supervening Vicissitudes of the Contract*

ABSTRACT: *This study is dedicated to identifying the main applications of the so-called cause of contracts in contemporary civil law. To this end, the investigation departs from a brief account of the main concepts attributed to the contractual cause in the French and Italian traditions. Then, starting from the assumption that, in its many meanings, the cause always corresponds to the functional profile of the contract, this study seeks to identify its most relevant applications, both in the field of contractual invalidity and in relation to the possible supervening vicissitudes of the contract. For that purpose, the article proposes that, in Brazilian law, the most relevant space for the application of the case, besides its great importance in the matter of contractual qualification, is to guide the legal discipline and the remedies applicable to the vicissitudes of the dynamic moment of the contract. In the end, this study seeks to establish a parallel between the applications of the cause and the contractual principles, identifying which consequences usually attributed to the latter (particularly the objective good faith) could be understood as simple consequences of the functional analysis of contracts.*

* Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. O autor agradece ao Diego Bellot de Oliveira (bolsista do Programa PIBIC-UERJ), por seu relevante esforço de pesquisa, ao Matheus Mendes de Moura pela valiosa interlocução e revisão cuidadosa deste trabalho, bem como ao Prof. Rodrigo da Guia Silva pelos anos de reflexão conjunta sobre o tema e pela indispensável leitura crítica dos originais.

KEYWORDS: Contractual cause; functional analysis; contractual invalidity; supervening vicissitudes of the contract.

CONTENTS: 1. In lieu of an introduction: the cause of the contract as a hermeneutic stance; – 2. Perspectives on the cause of the contract: context of the debate and the conceptual problem; – 3. Cause, invalidity and vicissitudes of the contract: mapping the spaces for a contemporary application of the business function; – 4. Cause and contractual principles: broadening the understanding of the dynamic moment of the contract; – 5. One last reflection: cause and contractual dysthanasia; – References.

TITRE: De retour à la cause des contrats: applications de la fonction de l'acte juridique aux domaines de l'invalidité contractuelle e des vicissitudes du contrat

RESUME: Cette étude se consacre à l'identification des principales applications de la cause des contrats en droit civil contemporain. À cette fin, l'enquête commence par un bref exposé des principaux concepts déjà attribués à la cause contractuelle dans les traditions française et italienne. Ensuite, partant de l'hypothèse que, dans ses nombreux sens, la cause correspond toujours au profil fonctionnel du contrat, l'article cherche à identifier ses applications les plus pertinentes, soit dans le domaine de l'invalidité contractuelle, soit dans celui des éventuelles vicissitudes du contrat. En ce sens, l'étude propose qu'en droit brésilien, l'espace le plus pertinent pour l'application de la cause, outre sa grande importance en matière de qualification contractuelle, est celui de guider la discipline juridique et les remédies applicables aux vicissitudes du moment dynamique du contrat. À la fin, l'article cherche à établir un parallèle entre les applications de la cause et les principes contractuels, en identifiant quelles conséquences généralement attribuées à ceux-ci (en particulier la bonne foi objective) pourraient être comprises comme de simples conséquences de l'analyse fonctionnelle des contrats.

MOTS-CLES: Cause des contrats; analyse fonctionnelle; invalidité contractuelle; vicissitudes du contrat.

SOMMAIRE: 1. En guise d'introduction: la cause du contrat en tant que position herméneutique; – 2. La cause du contrat en perspective: contexte du débat et problème conceptuel; – 3. Cause, invalidité et vicissitudes du contrat: une cartographie des espaces pour une application contemporaine de la fonction du contrat; – 4. Cause et principes contractuels: pour élargir la compréhension du moment dynamique du contrat; – 5. Une dernière réflexion: cause et la dysthanasia contractuelle; – Références.

TITOLO: Ritorno alla causa dei contratti: applicazioni della funzione dei negozi giuridici nei campi de l'invalidità contrattuale e delle sopravvenienze del contratto

RIASSUNTO: Questo studio è dedicato all'identificazione delle principali applicazioni della causa dei contratti nel diritto civile contemporaneo. A tal fine, l'inchiesta inizia da un breve resoconto dei principali concetti già attribuiti alla causa contrattuale nelle tradizioni francese e italiana. Poi, partendo dal presupposto che, nei suoi molteplici significati, la causa corrisponda sempre al profilo funzionale del contratto, il saggio cerca di identificare le sue applicazioni più rilevanti, sia nel campo dell'invalidità contrattuale sia in relazione alle possibili sopravvenienze del contratto. Quindi, si propone che, nel diritto brasiliano, lo spazio più rilevante per l'applicazione della causa, oltre alla sua grande importanza in materia di qualificazione, sia quello di guidare la disciplina giuridica ed i rimedi applicabili alle vicissitudini del momento dinamico del contratto. Alla fine, il lavoro cerca di stabilire un parallelo tra l'applicazione della causa e i principi contrattuali, identificando quali conseguenze solitamente attribuite a quest'ultimi (in particolare la buona fede oggettiva) potrebbero essere intese come semplici conseguenze dell'analisi funzionale dei contratti.

PAROLE CHIAVE: Causa dei contratti; analisi funzionale; invalidità dei contratti; sopravvenienze del contratto.

SOMMARIO: 1. A titolo introduttivo: la causa del contratto come posizione ermeneutica; – 2. La causa del contratto in prospettiva: contesto del dibattito e problema concettuale; – 3. Causa, invalidità e vicissitudini del contratto: mappatura degli spazi per un'applicazione contemporanea della funzione negoziale; – 4. Causa e principi contrattuali: ampliando la comprensione del momento dinamico del contratto; – 5. Un'ultima riflessione: causa e distansia contrattuale; – Bibliografia.

1. À guisa de introdução: a causa do contrato como uma postura hermenêutica

Cerca de sete anos após as pesquisas que resultaram no artigo “Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo”, o qual viria a ser publicado pela prestigiosa *Revista de Direito Privado*,¹ ulteriores reflexões conduziram a uma série de novos desenvolvimentos possíveis para o tema. À época daquele primeiro estudo, a preocupação central da investigação cingiu-se essencialmente ao problema (*rectius*, à multiplicidade) conceitual da causa. Com efeito, em uma primeira incursão na matéria, a tormentosa delimitação da figura parecia ser uma barreira intransponível e acabou atraindo para si quase todas as atenções. Superada, porém, a perplexidade inicial quanto ao conceito (talvez inerente a qualquer instância de análise funcional do direito, e não exclusivamente ao tema da causa), e tendo-se, então, concluído que a causa, em suas múltiplas acepções, corresponde sempre a um ou alguns dos atributos de ordem funcional (isto é, não estrutural) do negócio,² tornou-se paulatinamente mais clara uma discussão ainda mais desafiadora e muito mais premente, a saber, as potencialidades de aplicação da perspectiva causalista no direito brasileiro.³

Com efeito, como se sustentou naquela oportunidade, a causa parece tornar-se mais compreensível quando percebida como uma certa forma de olhar do intérprete para o contrato, vale dizer, como uma particular *postura hermenêutica*. Trata-se, na verdade, da predisposição do observador a analisar o negócio prioritariamente pelo seu perfil funcional, ou seja, com especial atenção aos seus aspectos de ordem não estrutural.⁴ Como se sabe, estrutura e função associam-se, na ciência do direito, a dois momentos históricos distintos do positivismo jurídico. Este, em sua formulação mais tradicional, lançava seus alicerces em uma visão predominantemente estrutural ou formal.⁵ Não poderia ser diferente: a função de

¹ SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, vol. 54. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2013.

² A sinonímia entre causa e função do negócio é afirmada pela mais autorizada doutrina. Cf., por todos, Salvatore PUGLIATTI, segundo o qual: “[...] a causa do negócio é a sua função jurídica fixada pela síntese dos seus efeitos (jurídicos) essenciais” (Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. *Diritto civile: metodo-teoria-pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 119. Trad. livre). Ulterior desenvolvimento dessa afirmação será feito no item 2, *infra*.

³ Como pondera Mario BARCELLONA, substitui-se paulatinamente a busca de um “conceito-substância”, de tradição aristotélica, pelo estudo de um “conceito-função” da causa, mais usual no “pensamento científico contemporâneo” (*Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*. Padova: CEDAM, 2015, p. 144).

⁴ Como se extrai da clássica lição de Norberto BOBBIO, existem, ao menos duas formas fundamentais de se analisar determinado conceito no âmbito das ciências sociais: pelo perfil estrutural (vale dizer, pela descrição dos elementos componentes do objeto de estudo) ou pelo funcional (isto é, indagando-se, para além do retrato estático da estrutura, qual finalidade ou interesse configura a dinâmica eficácia da noção sob análise) (*Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 53).

⁵ A Teoria Pura do Direito, como idealizada por Hans KELSEN, rejeitava a noção de que o Direito seria essencialmente moral, não por negar importância à legitimidade moral da norma jurídica, mas justamente por acreditar que semelhante aproximação, no campo teórico, conduziria a uma permanente legitimação acrítica da ordem estatal (*Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 78).

uma categoria jurídica perpassa os interesses e valores vinculados a ela;⁶ o positivismo nos moldes kelsenianos, por sua vez, ambicionava precisamente desvincular-se de juízos valorativos.⁷ A juridicidade, nessa concepção, decorria da conformidade estrutural ao sistema (em larga medida, do respeito à letra da lei).⁸ A transição do Estado liberal para o *Estado do bem-estar social*, por outro lado, ensejou uma drástica mudança, ao exigir uma intervenção estatal mais intensa sobre a atividade particular, que perduraria mesmo no posterior cenário do chamado neoliberalismo.⁹ Logo se constatou que a escolha por uma visão predominantemente funcional do direito vincula-se intimamente a uma maior intervenção (do Estado e, em particular, do julgador) sobre a autonomia privada.

No Brasil, à semelhança do que ocorrera, décadas antes, em outros países do sistema continental, a garantia de direitos sociais (promotores de uma igualdade substancial e não meramente formal, como aquela associada às liberdades civis clássicas) exigiu a intensificação de uma atuação estatal positiva.¹⁰ No plano legislativo, observou-se a paulatina edição de leis especiais protetoras de minorias e, em um segundo momento, uma revolução mais ampla, voltada a implementar a tutela prioritária da pessoa humana determinada pela Constituição de 1988.¹¹ Trata-se, é claro, de um processo que ocorreu difusamente em diversos setores, em diferentes países e momentos históricos, e que hoje, analisado em retrospecto, costuma ser associado a fatores de muitas ordens: ora à mudança de modelo político-econômico de Estado, ora a inovações da técnica legislativa, ora à admissão da normatividade das Constituições e à natureza dos direitos fundamentais (por exemplo, na evolução dos chamados direitos de primeira geração para os direitos sociais), ora, ainda, a alterações do próprio modelo hermenêutico prevalecente na doutrina.¹²

⁶ Assim se extrai, por exemplo, da obra de Pietro PERLINGIERI: “Na identificação da função dever-se-á considerar os princípios e valores do ordenamento que a cada vez permitem proceder à valoração do fato. Ao valorar o fato, o jurista identifica a função, isto é, constrói a síntese global dos interesses sobre os quais o fato incide” (*O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 642).

⁷ Sublinha Norberto BOBBIO que, para Kelsen, a análise funcional e estrutural estavam declaradamente separadas e, mais do que isso, que essa separação é a base teórica sobre a qual o autor fundava a exclusão da primeira em favor da segunda. A análise funcional seria, assim, confiada aos sociólogos e, talvez, aos filósofos (Em direção a uma teoria funcionalista do direito, cit., pp. 53-54).

⁸ “Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão somente – conhecer e descrever” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 78).

⁹ Para uma análise jurídica e econômica desse processo, cf. NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁰ Como ressalta Jorge Reis NOVAIS, “a colocação da ordem econômica e social à disposição da atividade conformadora do Estado democraticamente constituído só pode ser entendida, justificada e determinada em função da promoção das esferas individuais e da criação das condições objetivas da sua realização” (*Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 211).

¹¹ Sobre a experiência brasileira, cf. TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 4.

¹² Por exemplo, a transição da jurisprudência dos conceitos para a dos interesses parece ilustrar bem esse processo – ainda em um momento histórico anterior à transição de modelos de Estado acima mencionada.

No que concerne à hermenêutica jurídica, a análise exclusivamente estrutural dos institutos (vinculada a um controle excepcional, dito externo, da autonomia privada) foi aos poucos precedida¹³ pela perspectiva funcional (atenta aos interesses envolvidos nesses mesmos institutos e aos valores que o constituinte e, em sua esteira, o legislador ordinário começavam a aportar para o interior do sistema). Em matéria contratual, essa mudança demandou inserir o contrato, como era então compreendido (estrutura formal, ato pontual na linha temporal da relação jurídica) em um contexto maior, que permitisse apreender a real dinâmica entre as partes. Quais efeitos o contrato se destina a produzir? Qual estado ideal de coisas as partes acordaram obter? Que interesses esse acordo tem a finalidade de tutelar? De que modo a eventual relação prévia entre as partes, as tratativas e demais comportamentos pré-contratuais e os próprios termos da avença permitem identificar esses efeitos pretendidos e interesses tutelados? De que modo o inteiro programa contratual,¹⁴ esse somatório de efeitos e interesses, coaduna-se (ou não) com os valores do ordenamento?

Apenas formulando perguntas dessa ordem é possível ao intérprete aferir a juridicidade do contrato no plano valorativo, indo além da simples aferição de possíveis vícios estruturais do ato.¹⁵ E é exatamente esse olhar funcional que permite identificar, em cada contrato, a sua causa – ou melhor, talvez seja possível dizer, ainda que por metonímia: é essa postura do intérprete que corresponde à causa do contrato. Não por acaso, a noção de causa recebeu da doutrina conceitos tão diversos. Com efeito, a função negocial abarca, por definição, fatores muito distintos – interesses, efeitos, valores, finalidades, escopo, programa etc.¹⁶ A depender do propósito da investigação, o intérprete buscará um ou algum desses fatores e não os demais

¹³ A análise funcional, registre-se, não exclui a estrutural, ponto de partida natural (e inevitável) do raciocínio do intérprete. Assim já se teve oportunidade de afirmar, por exemplo, a respeito do papel contemporâneo do raciocínio subsuntivo (cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2014, item 2). A função, porém, pode condicionar a estrutura, gozando, assim, não de exclusividade, mas de prioridade valorativa. A respeito, cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 642; e, no direito brasileiro, KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 32.

¹⁴ No que diz respeito ao termo “programa contratual”, trata-se de noção usualmente associada ao conteúdo do contrato (BARCELLONA, Mario. *Della causa*, cit., p. 146); o termo “conteúdo”, porém, é muitas vezes associado à causa contratual (como ocorreu, por exemplo, na recente reforma da lei francesa – cf. item 2, *infra*).

¹⁵ Nesse sentido, destaca Carlos Nelson KONDER que, “no exame de um fato jurídico deve-se privilegiar o perfil funcional – os efeitos buscados, o fim almejado – em detrimento do perfil meramente estrutural, pois aquele é o mais adequado para individuar os interesses que as partes buscam realizar” (*Contratos conexos*, cit., p. 32).

¹⁶ Sobre a relação entre os perfis funcional e do interesse, aduz PERLINGIERI: “A revalorização do interesse nos institutos e nas situações subjetivas constitui a perspectiva mais natural para rever criticamente a excessiva consideração reservada ao perfil estrutural [...]. É relevante a propósito a contribuição de quem, formado na prevalência da substância sobre a forma, elabora um método de pesquisa orientado a privilegiar o interesse respeito à vontade, o perfil objetivo e funcional respeito àquele subjetivo e descritivo, a função socioeconômica respeito à estrutura” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 118-119). No que tange à associação entre função e efeito, esclarece o autor, com base no pensamento pugliattiano: “identificar a função não é o mesmo que descrever os efeitos do fato, interligando-os desordenadamente entre si, mas sim apreender o seu significado normativo. Este significado, reconstruído pela aplicação das regras e princípios, se exprime em situações subjetivas, isto é, em efeitos do fato [...]: a função é justamente a síntese dos efeitos ‘essenciais’ do fato” (*Ibid.*, pp. 642-643). As noções de finalidade ou escopo mostram-se mais próximas, no próprio léxico, a uma das acepções de função, ao passo que o termo “programa contratual”, como se afirmou mais acima, tem sido cada vez mais usualmente associado à causa.

– mas, em todo caso, estará sempre procedendo a uma análise funcional. Estará sempre, em outros termos, buscando a causa do contrato, que assumirá, em cada nova investigação, contornos ligeiramente distintos – todos unificados pelo olhar funcional.

O momento parece oportuno para revisitar o tema da causa justamente porque o cenário contemporâneo demanda reavivar a compreensão do intérprete sobre a análise funcional do direito e, em particular, sobre a função do contrato. Nos últimos anos, assiste-se a uma crescente desconfiança legislativa acerca da análise funcional¹⁷ – desconfiança que ignora largamente o fato de essa postura hermenêutica decorrer da própria fonte constitucional, de sua natureza predominantemente valorativa e do amplo reconhecimento de sua força normativa, de tal modo que a análise funcional não pode ser simplesmente afastada pelo legislador ordinário.¹⁸ Por outro lado, não se pode ignorar que esse fenômeno representa, em certa medida, uma reação ao fato de a doutrina e a jurisprudência terem por vezes estirado, nos últimos anos, o processo de funcionalização do contrato a limiares que não encontram real fundamento na axiologia e na lógica do sistema. Interessa, assim, antes de tudo, revisitar a própria distinção entre as noções de análise funcional e de funcionalização, já que, enquanto esta deve encontrar seus limites nos próprios valores do sistema, aquela deve ser sempre a mais ampla e irrestrita possível, como corolário do próprio reconhecimento desses valores.

De fato, em um momento avançado do processo acima descrito de migração da análise puramente estrutural do direito para uma perspectiva funcional, observou-se o fenômeno da assim denominada *funcionalização* dos institutos jurídicos. Trata-se, em síntese, de uma segunda postura hermenêutica, que não apenas reconhece que todo instituto jurídico deve ser analisado prioritariamente à luz de sua função (efeitos, interesses etc.), mas também que esta função deve ser compatível com os valores que justificam sua tutela jurídica pelo ordenamento. De fato, o reconhecimento de que existe uma função para as categorias jurídicas parece não apenas lógica, mas cronologicamente anterior ao reconhecimento de que essa função deva voltar-se a tais ou quais valores ou finalidades.¹⁹ Registra-se, desse

¹⁷ Exemplo eloquente pode ser colhido da redação conferida à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei n. 13.655/2018, que evidenciou, em seu art. 20, o temor legislativo sobre decisões fundadas em “valores jurídicos abstratos”. Embora a norma aparente ter sido editada, em grande parte, como resposta ao momento político do país (voltando-se prioritariamente a questões de direito público), sua inserção em uma lei tão abrangente, sem um cuidado redacional que especificasse seu escopo de aplicação, não deixa de ser sintomática.

¹⁸ Isso porque, em perspectiva civil-constitucional (e mesmo de acordo com os mais basilares ensinamentos da teoria geral do direito), não se admite a interpretação de norma hierarquicamente superior a partir de outra que lhe seja inferior, verdadeira subversão hermenêutica. A respeito, cf., por todos, TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição, cit., item 1.

¹⁹ Muitas categorias previstas tradicionalmente pelo direito civil já implicavam, por exemplo, o recurso a critérios funcionais (pense-se, ilustrativamente, na noção de fraude à lei ou nas classificações das benfeitorias). A transição da análise simplesmente funcional dos institutos para uma análise funcionalizada aos valores do ordenamento, porém, traduz um segundo raciocínio. Assim, por exemplo, parece vir ocorrendo na jurisprudência, nos casos em que se investiga se certo bem é essencial à dignidade de seu titular ao ponto de caracterizar um bem de família.

modo, o salto qualitativo realizado na transição entre a chamada jurisprudência dos interesses para a jurisprudência dos valores²⁰ – que, partindo da adoção da análise funcional foi além, ao sustentar que a própria existência desses institutos só se justifica *em função* da promoção dos princípios constitucionais.

A polissemia do termo “função” serviu, portanto, para insculpir na noção de “funcionalização” não apenas a necessidade de uma análise *funcional* (ou seja, não apenas estrutural) do direito, como também a tese de que a juridicidade de todos os atos e situações subjetivas somente se justifica *em função* de valores do ordenamento. E, neste ponto, o estudioso se depara com uma terceira ocorrência do termo “função”: em nossa ordem constitucional, tanta relevância foi conferida ao princípio da *função social* que, no processo de funcionalização dos institutos privatísticos aos valores do sistema, ele ganhou especial proeminência. Mais uma vez, a polissemia do termo “função” conduziu a uma progressiva associação de ideias: não apenas se deve realizar uma análise *funcional* (mais que estrutural) dos institutos, e não apenas tal análise deve ser *funcionalizada* aos valores constitucionais (ou seja, deve ocorrer em função de sua promoção), como, entre esses valores, a *função social* adquiriu enorme destaque (sendo, por vezes, o único expressamente mencionado pelo intérprete ao julgar o merecimento de tutela de interesses particulares).²¹

A ênfase na superação do individualismo em prol do solidarismo constitucional mostrava-se tão necessária que mais de uma vez se equiparou diretamente o perfil funcional das situações jurídicas subjetivas à sua relevância social, tudo sob a alcinha de funcionalização.²² A sobreposição dessas noções demanda uma revisão crítica, pois, como se afirmou, os limites e possibilidades de *funcionalização* dos contratos e das demais categorias do direito civil são colocados pelos próprios valores do ordenamento (inclusive, entre outros, o valor expresso pelo princípio da *função social*), mas, ainda quando a funcionalização não se justificar à luz do sistema (vale dizer, quando se concluir que certo instituto não deve se voltar especificamente à promoção de certo valor, ou que certo caminho hermenêutico não é o mais adequado para que certo instituto promova certo valor), a todo tempo se impõe ao intérprete uma *análise funcional*, não lhe sendo lícito pautar sua atividade apenas pelo prisma estrutural. Nesse

²⁰ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 119: “A jurisprudência dos valores constitui, sim, a natural continuação da jurisprudência dos interesses [...], enquanto idônea a realizar, melhor do que qualquer outra, a funcionalização das situações patrimoniais às existenciais”.

²¹ Sobre a noção de “merecimento de tutela” e um possível sentido estrito para ela, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., *passim*. O tema da função social será retomado no item 4, *infra*.

²² Ilustrativamente, ao tratar do perfil funcional das situações jurídicas, afirma Pietro PERLINGIERI, em uma mesma passagem, tratar-se de “um aspecto particularmente importante para a qualificação da situação, isto é, para a determinação da sua função no âmbito das relações sociojurídicas. O ordenamento vigente conforma a função de cada situação subjetiva em sentido social. O fenômeno pode ser mais ou menos relevante; por vezes, o é a ponto de transfigurar a situação subjetiva. Existem situações que ‘são’ funções sociais, outras que ‘têm’ função social” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 670-671).

cenário, buscar-se-á esclarecer, no presente estudo, em que consiste a análise funcional dos contratos, quais são algumas de suas possíveis aplicações e de que modo essas aplicações representam ou não a funcionalização do contrato à promoção de certos valores do sistema.

2. A causa do contrato em perspectiva: contexto do debate e o problema conceitual

Pode-se afirmar que a discussão atinente à noção moderna de causa contratual encontra suas raízes na França dos séculos XVII e XVIII,²³ tendo-se intensificado com o advento da primeira grande codificação. De fato, a redação original do *Code* incluía “uma causa lícita na obrigação” no rol de condições essenciais à validade dos contratos.²⁴ O codificador francês de 1804, nesta e em tantas outras matérias, inspirou-se nas lições de Joseph Pothier – que, por sua vez, limitou-se essencialmente a reproduzir, nesse tema, as ideias que seu antecessor, Jean Domat, expusera em sua obra *Les loix civiles dans leur ordre naturel*.²⁵ Em rigor, a preocupação do *Code Napoléon* parece ter sido a de resolver um problema que, à luz do direito brasileiro, foi razoavelmente bem solucionado pela simples cominação de nulidade ao contrato em decorrência da ilicitude do objeto ou do motivo determinante comum a ambas as partes.²⁶ A norma, porém, introduziu um debate insolúvel na doutrina, que não tardou a atribuir as mais variadas qualificações pessimistas ao tema da causa, diante da aparente impossibilidade de se apreender seu significado.²⁷

²³ Curiosamente, porém, Jean DOMAT, cujos estudos serviram de inspiração ao *Code*, indicava em notas de sua obra fontes romanas das quais considerava ser possível extrair seu conceito de causa (*Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Livre 1^{er}, Tit. I, Sect. I. Paris: 1697, pp. 65 e ss.), pelo que viria a ser muito criticado (cf. PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, tome II. Paris: LGDJ, 1907, p. 341).

²⁴ Dispunha o Código Civil francês em sua redação original: “Article 1.108. Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: le consentement de la partie qui s'oblige; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l'engagement; une cause licite dans l'obligation”.

²⁵ Esse histórico é traçado, entre outros, por PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, tome II, cit., p. 342: “Depois de Domat, a teoria da causa não mudou. Pothier, notadamente, nada mais fez do que reproduzir as ideias de seu antecessor. [...] Os artigos do *Code* foram inspirados por essas passagens de Pothier e remontam, assim, por seu intermédio, até Domat” (Trad. livre). No mesmo sentido, ressalta Jacques GHESTIN que a única diferença mais substancial no pensamento de Pothier em relação a Domat estava no reconhecimento da possibilidade de um erro quanto ao objeto do contrato (que seria distinto do erro quanto à causa), ao passo que Domat conferia à causa feições mais objetivas e a reputava o fundamento exclusivo da avença (*Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: LGDJ, 2006, pp. 19-20).

²⁶ Tal preocupação torna-se mais clara quando se leva em conta a redação original do art. 1.131 do *Code*: “L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet”. A respeito, PLANIOL apontava a desnecessidade da causa para lidar com todas essas hipóteses (*Traité élémentaire de droit civil*, tome II, cit., p. 345). Sobre a ausência de causa, aduzia que a nulidade daí decorrente apenas se aplicava “aos contratos sinalagmáticos: se a coisa vendida não existe, a obrigação do vendedor é nula por falta do objeto: aquela do comprador é nula por falta de causa, porque a obrigação do vendedor que a deveria ensejar não nasceu. Podemos chegar ao mesmo resultado sem fazer intervir a ideia de causa, pela simples natureza sinalagmática do contrato, que supõe prestações recíprocas”. E, sobre a causa ilícita: “Suponhamos que duas pessoas discutam sobre um crime que uma se põe a cometer, enquanto a outra lhe paga dinheiro para assim decidir. A operação é certamente nula em seu conjunto. Mas por quê? [...] Não temos nenhuma necessidade desse desvio para anular esta segunda obrigação, ela é nula, como a primeira, porque tem um objeto ilícito” (Trad. livre).

²⁷ Salvatore PUGLIATTI, por exemplo, afirma tratar-se da mais exuberante fonte de equívocos de toda a teoria do negócio jurídico (Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico, cit., p. 105). Michele GIORGIANNI, por sua vez, compara a causa a um edifício em constante reconstrução, mas que não consegue assumir um contorno claro (Causa del negozio giuridico (dir. priv.). *Enciclopedia del diritto*, vol. VI. Milano: Giuffrè, 1960, p. 547).

No âmbito da aludida matriz francesa, considerando que o *Code* aludia à “causa na obrigação” (e não “do contrato”), as primeiras formulações do conceito consistiram em um aglomerado de definições que variavam de um exemplo de obrigação para outro (por exemplo, conforme o débito decorresse de contrato sinalagmático, gratuito ou real).²⁸ De fato, como as obrigações podem originar-se de títulos com naturezas muito diversas, também eram várias as definições de causa, sem que fosse possível delas extrair uma *ratio* única. Como se percebe, a causa era aqui concebida como um tipo de causa eficiente, fonte necessária ao surgimento da obrigação (e, por isso, diferente em cada caso),²⁹ em uma acepção que não dista, na prática, da noção de “causa” como título justificador de uma transferência patrimonial (pense-se na expressão “enriquecimento sem causa”).³⁰ Embora haja autores que distingam as noções de causa eficiente e de causa-título justificador (elencando, ainda, muitos outros possíveis significados para a palavra),³¹ essa confusão inicial foi muito marcante na doutrina francesa.³² Assim, por exemplo, Pothier, ao exemplificar as hipóteses de ausência ou falsidade da causa, alude ao caso da obrigação de pagar dívida inexistente, e prevê como consequência uma *condictio sine causa*.³³ Tais inconsistências já eram conhecidas por Clóvis Beviláqua, que, na esteira das severas críticas desferidas pela própria doutrina francesa (notadamente, por Planiol)³⁴ à corrente causalista, não incluiu no projeto do Código Civil de 1916 qualquer referência à causa.³⁵

A expressa disposição do *Code* exigiu, porém, que a doutrina francesa insistisse em conferir ao termo alguma utilidade. Após a malograda tentativa de explicá-lo de modo fragmentado,

²⁸ Veja-se como POTHIER resumia a lição colhida da obra de Domat: “Todo compromisso deve ter uma causa honesta. Nos contratos interessados, a causa do compromisso que contrata uma das partes está naquilo que a outra parte lhe dê, se comprometa a lhe dar ou no risco pela qual se responsabilize. Nos contratos de beneficência, a generosidade que uma das partes quer exercer para com a outra é uma causa suficiente do compromisso [...]” (*Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2002, p. 59).

²⁹ O entendimento parece ter sofrido forte influência das fontes romanas, em que predominava esse sentido de “causa”. A respeito, cf. GHESTIN, Jacques. *Cause de l'engagement et validité du contrat*, cit., p. 11.

³⁰ A diferença, evidentemente, é a de que o contrato representa, em si mesmo, um título justificador de transferência patrimonial, ao passo que a causa da obrigação remetia a aspectos menores (tais como o consentimento ou o *animus donandi*). Em análise crítica daquela primeira acepção, cf. SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. São Paulo: RT, 2018, p. 175.

³¹ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. VII. Coimbra: Almedina, 2018, p. 613.

³² Como avalia Emmanuelle CHEVREAU, a causa romana era objetiva e pragmática: nunca foi elemento do contrato, nem se confundia com o consenso. Já a causa moderna decorreria de uma “interpretação errada, proposta por Jean Domat, das fontes romanas” (*La cause dans le contrat en droit français: une interprétation erronée des sources du droit romain*. *Revue des contrats*, vol. 2013/1. Paris: LGDJ, 2013).

³³ POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*, cit., p. 59.

³⁴ “Indicando aquilo que ele entendia por ‘causa’ para três categorias de contratos, Domat havia oferecido três regras diferentes para encontrar a causa, mas nenhuma fórmula única. Os autores modernos trabalharam muito para encontrar uma definição da causa que compreendesse as três fórmulas de Domat. Seus esforços foram vãos: [...] ao que é heterogêneo é impossível dar uma definição única” (PLANIO, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, tome II, cit., p. 343. Trad. livre).

³⁵ Na crítica de Clóvis BEVILÁQUA sobre a causa, “é ociosa essa cláusula e somente própria para gerar confusões, em um assunto, jurídica e psicologicamente, claro. [...] Merece que seja posta de lado essa argúcia” (*Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Rio, 1977, pp. 159-160).

desenvolveu-se nova formulação, eminentemente subjetiva, que o associava às *motivações* dos contratantes.³⁶ Embora tal conceito tenha tido o mérito de considerar elementos do caso concreto para a configuração da causa, permaneceu, por outro lado, excessivamente atrelado à vontade individual das partes.³⁷ Nessa ótica, a causa aproximar-se-ia, ora do próprio objeto do contrato,³⁸ ora do motivo determinante expresso,³⁹ ora, ainda, de recônditos motivos psicológicos (juridicamente indiferentes).⁴⁰ Com variações pontuais, essa concepção subjetiva prevaleceu no ordenamento francês até a recente reforma (da qual se tratará mais adiante) que suprimiu do *Code* as referências ao tema.

Também a doutrina italiana dedicou-se ao estudo do tema da causa, em particular por força de uma disposição do *Codice* de 1942. No caso italiano, o legislador, em lugar de cogitar da “causa da obrigação”, aludiu à “causa do contrato”, prevendo-a como um “requisito do contrato”. Embora o objetivo da norma fosse idêntico àquele verificado na França (a saber, a estipulação de uma hipótese de invalidade negocial), o Código italiano divergiu do francês ao dispor em momentos separados (respectivamente, nos arts. 1.343⁴¹ e 1.345⁴²) sobre a causa ilícita e o motivo ilícito, diferenciando, desse modo, causa e motivo.⁴³ Isso acarretou o

³⁶ Afirma Jean DABIN: “[...] depois de Domat e Pothier autores e práticos trataram de formular uma definição geral da causa, que fosse aplicável a toda classe de obrigações. Adotando um dos sentidos habituais da palavra [...], definiram esta como o motivo, o móbil da obrigação” (*La teoria de la causa*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 74. Trad. livre). No mesmo sentido, aduz Louis JOSSERAND que, na acepção adotada pela jurisprudência francesa, “a causa se identifica com os motivos extrínsecos ao ato [...]”; também é ela individual e varia ao infinito, não apenas seguindo as categorias de operações, mas também segundo a personalidade dos contratantes e de acordo com as espécies” (*Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*. Paris: Dalloz, 1928, p. 212. Trad. livre).

³⁷ Alegou-se, inclusive, que semelhante concepção subjetiva fazia reduzir o elemento causal ao simples consentimento (DABIN, Jean. *La teoria de la causa*, cit., p. 76).

³⁸ Tecnicamente, a causa (mesmo em sentido objetivo) não se confunde com o objeto pois, enquanto este pode ser identificado independentemente do seu destino, aquela “desempenha um papel coordenador de toda a operação econômica, exprime a tensão da vontade sobre um bem, o interesse que através do negócio se quer realizar” (KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 43. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set./2010, p. 44). No mesmo sentido: FERRI, Giovanni Battista. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 370; BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008, p. 263; AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 428. Isso não impede, porém, que as hipóteses de nulidade contratual que o direito francês costumava atribuir à causa ilícita possam ser substituídas pelas *fattispecie* que o direito pátrio credita à ilicitude do objeto (como se sustentará mais adiante).

³⁹ A respeito, Antônio Junqueira de AZEVEDO, embora afirme a distinção entre causa e motivo, também sustenta que a noção de causa ilícita corresponde, na verdade, a um motivo determinante ilícito (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 153).

⁴⁰ De fato, os motivos expressos passam a integrar a vontade comum negocial, ao passo que os motivos faltantes na declaração de vontade não podem afetar a validade negocial (PUGLIATTI, Salvatore. *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici. Diritto civile: metodo-teoria-pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, cit., p. 86). No mesmo sentido, AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 428.

⁴¹ “Art. 1.343. Causa illecita. La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all’ordine pubblico o al buon costume”.

⁴² “Art. 1.345. Motivo illecito. Il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe”.

⁴³ Como leciona Salvatore PUGLIATTI, com esse procedimento, deduz-se que, com “suficiente segurança”, adotou o legislador italiano de 1942, diferentemente do *Codice* de 1865, um conceito objetivo de causa (*Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, cit., p. 105).

desenvolvimento, na Itália, de uma inteira corrente de pensamento que, diversamente daquela desenvolvida na França, substituiu as considerações sobre motivos psicológicos ou outros aspectos subjetivos da finalidade negocial pela busca de uma unidade funcional objetiva do contrato – vale dizer, inerente ao próprio negócio, e não mais às partes individualmente consideradas.

Em termos gerais, o que caracteriza as definições mais notórias sobre a causa na doutrina italiana é justamente a compreensão de que, uma vez celebrado, o contrato passa a revelar uma síntese de interesses, um programa objetivamente perceptível por qualquer pessoa que tomar conhecimento dele e de suas circunstâncias – que se autonomiza, após o aperfeiçoamento do ato, da vontade individual das partes. Este foi o mérito das chamadas teorias objetivas da causa, em suas diversas manifestações: identificar na causa “a função objetiva, a razão justificadora ou a finalidade prática que o contrato persegue”.⁴⁴ A importância dessa mudança de perspectiva foi notável. De fato, os motivos subjetivos destacados pela doutrina francesa, por não se encontrarem insculpidos no próprio conteúdo negocial, não se sujeitam a um controle valorativo – são, por assim dizer, extrajurídicos, de tal modo que não é possível emitir um juízo de merecimento de tutela sobre eles.⁴⁵ Por outro lado, a utilidade crucial que se pretendia atribuir à causa, sobretudo naquela época, residia justamente em possibilitar um juízo de valor sobre os atos de autonomia privada (basta lembrar que as codificações francesa e italiana elegeram, ambas, a causa como índice de validade do contrato – e, portanto, como instrumento para seu controle valorativo).⁴⁶

Entre as teorias italianas sobre a causa, talvez a mais conhecida até hoje seja a definição de Emilio Betti, que encontrou na causa a *função econômico-social* do negócio jurídico, síntese de seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional.⁴⁷ O binômio “econômico-social”, de fato, remete a um importante aspecto funcional do negócio, fundamental para seu controle valorativo. Não por acaso, o codificador brasileiro de 2002 lançou mão da expressão “fim econômico ou social” ao elencar parâmetros para a aferição do abuso do direito no art. 187 do Código Civil. Contudo, assim como a noção de exercício

⁴⁴ KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato, cit., p. 43.

⁴⁵ A crítica é de Emilio BETTI: “[...] os motivos simplesmente individuais não são elementos constitutivos da causa. Precisamente por serem individuais, eles são essencialmente diversos e, com frequência, até contraditórios. Como tais, eles são imponderáveis e, diferindo nisso da causa, não comportam uma valoração social positiva, enquanto não passarem a fazer parte do conteúdo do negócio: continuam, portanto, a ser irrelevantes também para o direito” (*Teoria geral do negócio jurídico*, cit., p. 258).

⁴⁶ A respeito, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017, item 1.2.

⁴⁷ Merece destaque a definição formulada por Emilio BETTI: “[...] 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” (*Teoria geral do negócio jurídico*, cit., pp. 263-264).

disfuncional de um direito deve levar em conta outros aspectos funcionais da situação jurídica além do econômico-social, inclusive a função individual (vale dizer, o interesse que o titular, e não a coletividade, encontra nesse direito),⁴⁸ também a definição proposta por Betti para a causa não parecia abarcar a integralidade da noção.

Com efeito, a formulação bettiana, apesar de muito difundida, recebeu fortes críticas, uma vez que a fórmula “função econômico-social”, ao enfatizar os interesses coletivos, descuidava dos interesses individuais.⁴⁹ Como se verá mais adiante, esse problema foi diretamente endereçado pela doutrina que associou a causa à “função econômico-individual” do contrato. Mais ainda, criticou-se que o arcabouço teórico construído por Betti para esclarecer sua noção de causa equiparava essa figura ao conceito de tipo contratual,⁵⁰ uma abstração legal, ignorando eventuais efeitos concretamente produzidos por cada negócio individual, fundamentais para a análise funcional a que se presta a causa (em particular no ordenamento italiano, que a utiliza para o controle de validade dos negócios).⁵¹ De fato, a aproximação entre a causa bettiana e os elementos essenciais dos negócios típicos (concepção que remonta aos vetustos *essentialia negotii*)⁵² é destacada pelo próprio autor.⁵³ Conquanto atraente, sobretudo para fins de qualificação do negócio jurídico a partir da causa, tal sobreposição entre

⁴⁸ A respeito, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun./2012, pp. 68-74.

⁴⁹ De fato, como pondera Salvatore PUGLIATTI, esse tipo de procedimento confunde duas oposições de todo apartadas, a saber, subjetivo x objetivo e individual x típico. A noção pugliattiana, fundada na tipicidade legal ou social, abandonava o interesse individual em nome da objetivação da causa (Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico, cit., p. 113). Para um exame detalhado das críticas dirigidas à causa bettiana, cf. KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato, cit., p. 47.

⁵⁰ Pietro PERLINGIERI critica as teorias objetivas ou unitárias da causa justamente por ocasionarem essa aproximação: “tais reconstruções, nas suas manifestações mais difundidas, conduzem à identificação da causa com o tipo contratual, isto é, com o abstrato esquema regulamentar que abarca a operação posta em prática pelos privados” (*Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 1997, p. 369. Trad. livre).

⁵¹ Salvatore PUGLIATTI qualifica a ideia de um móbil abstrato, social ou típico um “absurdo psicológico e uma contradição lógica”, pois abstrato e típico é aquele conjunto de efeitos previsto pela norma, que as partes podem ou não escolher adotar, conforme motivos particulares que não se podem confundir com aquele resultado abstratamente previsto (Precisazioni in tema di negozio giuridico, cit., p. 113).

⁵² A respeito dessa teoria, colhida da escolástica medieval, leciona Vicente RÁO: “Antigo sistema de classificação dos componentes dos atos jurídicos parte da noção filosófica de elementos, ou seja, das partes que, em seu todo, formam ou constituem as coisas materiais, aplicando esta noção, analogicamente, às coisas imateriais. E os elementos distingue em essenciais (genéricos e específicos), naturais e acidentais. [...] Essenciais dos atos jurídicos são, pois, os elementos que os compõem, qualificam e distinguem dos demais atos” (*Atto jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 97).

⁵³ Na visão de BETTI, tal aproximação seria inevitável: “a noção da causa, como característica do tipo do negócio, é paralela à teoria dos *essentialia* e dos *naturalia negotii*. [...] Só em relação ao tipo do negócio pode ter sentido a valoração dos seus elementos constitutivos como essenciais, naturais e acidentais. [...] um negócio concretamente realizado, seja ele qual for, só é negócio jurídico, qualificável como negócio de um determinado tipo (ex., venda, locação, mandato), na medida, precisamente, em que cumpre a função econômico-social que caracteriza o mesmo tipo. Mas esta função característica do tipo que se considera, e que o direito protege, não é outra coisa senão a causa. [...] Isto mostra que os elementos essenciais do tipo do negócio são, por isso mesmo, elementos da sua causa: elementos constantes e invariáveis em cada negócio concreto que corresponde àquele tipo, e portanto indispensáveis para a sua identificação. Por conseguinte, ao mesmo tempo que é uniforme e constante em todos os negócios concretos que pertençam ao mesmo tipo, a causa é diferente para cada tipo de negócio e serve para distinguir um tipo do outro tipo” (*Teoria geral do negócio jurídico*, cit., pp. 268-269).

causa e tipo contraria a concepção contemporânea segundo a qual os efeitos concretamente produzidos pelo negócio podem (e devem) condicionar a determinação da estrutura.⁵⁴

Realmente, embora seja inegável que os esquemas legalmente previstos (os chamados *tipos*) sejam o ponto de partida tomado pelo intérprete para o procedimento de qualificação, não podem constituir seu ponto de chegada – que deve consistir na avaliação da produção de efeitos, em concreto, do negócio. Em outras palavras, embora se saiba que o intérprete, inevitavelmente, recorrerá ao modelo negocial abstrato para identificar sua disciplina jurídica, afirmar que a busca do tipo contratual basta para a sua qualificação equivaleria a reduzir o processo a uma análise estrutural.⁵⁵ Os elementos essenciais de cada tipo não passam, justamente, da estrutura do negócio. O grande diferencial de uma análise a partir da causa reside na possibilidade de superar os modelos rígidos da estrutura para afastar ou atrair certos efeitos jurídicos mais consentâneos com a função negocial de cada contrato em concreto⁵⁶ – eis por que se afirma que apenas a causa, entendida como função de um negócio concreto, permite um adequado procedimento de qualificação.⁵⁷

Ademais, se causa e tipo correspondessem ao mesmo conceito, o que dizer dos contratos atípicos? Tratar-se-ia de negócios abstratos, com causas irrelevantes⁵⁸ – e, portanto, alheios a qualquer análise funcional?⁵⁹ Ora, se não fosse possível encontrar uma disciplina jurídica para contratos inominados, isto equivaleria a negar, ao fim e ao cabo, juridicidade a tais avenças.⁶⁰

⁵⁴ A atenção ao caso concreto é imprescindível porque, como destaca PERLINGIERI, “um modelo de organização de interesses que não constitui uma concreta regulamentação dos mesmos não pode ser objeto de um juízo de licitude e de merecimento de tutela” (*Manuale di diritto civile*, cit., p. 370. Trad. livre).

⁵⁵ Trata-se, em rigor, de uma consequência do reconhecimento da insuficiência (embora não irrelevância) da análise estrutural e do raciocínio subsuntivo para a interpretação e aplicação do Direito (como analisa KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 4, n. 1, 2018, pp. 366-370). Sobre a relevância (e a insuficiência) da subsunção em perspectiva civil-constitucional, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., item 2.

⁵⁶ Aduz Pablo RENTERÍA que a qualificação causal supre as deficiências da estrutural, como na distinção entre a empreitada de labor e a compra e venda de coisa futura; embora estruturalmente idênticas, a primeira tem por objetivo a entrega de coisa feita sob medida para atender ao plano do dono da obra (Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 307).

⁵⁷ Para exemplos práticos de qualificação contratual a partir da causa concreta, cf., por todos, KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual, cit., pp. 376 e ss.

⁵⁸ Ressalta Maria Celina BODIN DE MORAES que a principal crítica à causa como síntese dos efeitos essenciais diz respeito aos negócios abstratos, que produzem efeitos apesar de supostamente desprovidos de causa. Refuta a autora: “os negócios abstratos não são negócios sem causa. A abstração significa apenas que a causa pode ser irrelevante ou relevar somente sucessivamente (isto é, após a celebração do negócio), sem com isso impedir a eficácia do negócio” (A causa do contrato. *Civilistica.com*, a. 2, n. 1, 2013, p. 14).

⁵⁹ Emilio BETTI buscava resolver o impasse alegando que os negócios atípicos contam, ao menos, com uma “tipicidade social”: “para o lugar da rígida tipicidade legislativa, baseada num número limitado de denominações, entra uma outra tipicidade, que [...] é muito mais elástica na configuração dos tipos, e, na medida em que se realiza, remetendo para as valorações econômicas ou éticas da consciência social, poderia chamar-se-lhe tipicidade social” (*Teoria geral do negócio jurídico*, cit., p. 281). No direito brasileiro, Maria Celina BODIN DE MORAES sustenta que os negócios devem ser sempre causais, independentemente da tipicidade (A causa do contrato, cit., p. 24).

⁶⁰ Assim, uma das utilidades da causa consiste em “dar juridicidade aos negócios, em especial a contratos atípicos, mistos e coligados” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato, cit., p. 12).

O erro está na confusão de conceitos. Com efeito, se um contrato é típico, os elementos essenciais que o caracterizam *podem* contribuir para a identificação da causa contratual. É esta, porém, que informa os interesses perseguidos pelas partes do contrato concreto, perceptíveis ou não por meio dos elementos essenciais que, no plano normativo, podem tornar um contrato típico. Assim, embora o interesse das partes possa, por vezes, ser deduzido de elementos essenciais (e até mesmo naturais ou acidentais) de um tipo,⁶¹ pode também transbordar o tipo, dialogar com elementos de mais de um tipo, ou, ainda, não remeter a tipo algum. De fato, ao mesmo tempo em que não se confunde com a vontade das partes, a causa tampouco coincide com os efeitos jurídicos, os quais são previstos pela norma (diretamente nos contratos típicos ou relativamente típicos, ou, ao menos, indiretamente, na abertura e chancela conferida pela lei à autonomia privada, nos limites da teoria geral dos contratos, no caso dos contratos atípicos).⁶² Em elegante formulação, já se afirmou que a causa deve ser o *tratto d'unione* entre a norma e a vontade.⁶³

A qualificação contratual abrange, assim, alguns níveis de análise distintos. Por simples intuição, o raciocínio do intérprete provavelmente começará pela comparação do negócio em exame com um *tipo* (abstrato esquema previsto pelo legislador por elementos ditos “essenciais” à caracterização da *fattispecie* normativa).⁶⁴ O julgador, porém, não pode contentar-se com a subsunção estrutural a um tipo; deve, em vez disso, considerar o específico regulamento convencionado pelas partes, que sintetiza os efeitos que elas consideram “essenciais” aos seus interesses. Esse regulamento convencional pode ou não se aproveitar da disciplina legal do tipo, sendo denominado *causa*. Quando observada na gênese da relação contratual, convém denominar essa causa de *abstrata*. Sabe-se, porém, que as partes podem, de comum acordo, modificar, ao longo da execução contratual, o regulamento de interesses inicial, o que pode afetar a qualificação do contrato – parece adequado, então, falar de *causa concreta* para caracterizar a função negocial observada no momento dinâmico da relação.⁶⁵

⁶¹ Note-se que a essencialidade de certo elemento ao tipo legal pode em nada refletir sua essencialidade para a consecução dos concretos interesses inculpidos no programa contratual. “Um elemento formalmente acessório (condição, termo e encargo), que em abstrato não desviaria do tipo o contrato que o preveja, pode, no concreto regulamento de interesses, determinar um efeito sem o qual não se compreenderia a função do fato” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 656).

⁶² PUGLIATTI, Salvatore. Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici, cit., pp. 80-86.

⁶³ Ibid., p. 82.

⁶⁴ Nas palavras de Emilio BETTI, “essenciais são, precisamente, os elementos necessários para constituir um negócio daquele determinado tipo que se considera, isto é, aqueles sem os quais um negócio daquele tipo não poderia existir” (*Teoria geral do negócio jurídico*, cit., p. 268).

⁶⁵ Maria Celina BODIN DE MORAES demonstra a complementariedade entre função negocial abstrata e concreta: da primeira “se extrai o conteúdo mínimo do negócio especificamente estipulado, aqueles efeitos mínimos essenciais sem os quais não se pode – ainda que assim se tenha idealizado –, alcançar aquele tipo, mas talvez um outro, ou mesmo nenhum. [...] Já a função concreta diz respeito à eficácia concretamente produzida pelo contrato, que está, como bem sabemos, sujeito às mais diversas vicissitudes” (*A causa do contrato*, cit., p. 304). Vale advertir que essas acepções, ora adotadas, não correspondem ao emprego usual das expressões *causa abstrata* e *causa concreta* – normalmente associadas, respectivamente, à causa depreensível do tipo normativo e à causa genética do contrato concretamente celebrado pelas partes.

De fato, a concreta atividade contratual pode alterar a qualificação original da avença, atraindo total ou parcialmente uma disciplina nova.⁶⁶

A questão engloba ainda uma segunda discussão – a saber: se a causa é um elemento constitutivo do negócio jurídico. Boa parte da doutrina costumava admiti-lo,⁶⁷ afirmando mesmo que os elementos essenciais dos negócios jurídicos se resumiam à vontade e à causa, ao mesmo tempo em que outro setor doutrinário seguia um forte movimento anticausalista.⁶⁸ O Código Civil de 2002, na esteira do diploma anterior, e contrariamente aos modelos francês e italiano, não previu a causa como elemento do negócio, ao lado da declaração de vontade, do objeto e da forma (art. 104). A escolha legislativa parece ter sido a mais adequada:⁶⁹ é exatamente porque a causa remete ao perfil funcional dos contratos que ela não deve ser considerada um elemento (estrutural) deles.⁷⁰ O estudo da causa deve consistir, antes de tudo, em uma postura metodológica, levando o intérprete a analisar funcionalmente o contrato, sem parar no exame de sua estrutura. Precisamente por essa própria natureza funcional, a causa parece ser incompatível com a classificação dos elementos (estruturais) do negócio. Tal orientação não traduz um arrefecimento do causalismo, mas, ao contrário, seu fortalecimento.

⁶⁶ Como já se observou na doutrina italiana, a partir de uma “procedimentalização” do tempo no contrato, é possível permitir que “escopos ‘ulteriores’, lícitos e merecedores de tutela, ingressem na dinâmica executiva do regulamento de interesses e justifiquem uma ‘remodulação’ da disciplina que consagrou seu nascimento e que até aquele momento regulou seu desenvolvimento” (PESIRI, Fabrizio Virginio. Il c.d. negozio novativo della causa. Profili sistematici. *Rassegna di diritto civile*, vol. 4/2016. Napoli: ESI, 2016, p. 1341. Trad. livre). Cogita-se, assim, de uma “conotação dinâmica da causa em concreto”, capaz de operar uma requalificação causal do contrato, conforme a evolução no tempo dos interesses perseguidos pelas partes incida sobre o regulamento de interesses predisposto no momento genético (Ibid., p. 1374).

⁶⁷ P. ex., RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 320; e, no direito brasileiro, DANTAS, F.C. de San Tiago. *Programa de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 214.

⁶⁸ Registre-se a resposta, célebre por sua excentricidade, de PONTES DE MIRANDA ao movimento anticausalista: “Se fôssemos guiar-nos pela nota de Clóvis Beviláqua, todos os negócios jurídicos, em que a causa não foi consignada, seriam abstratos. [...] Algo de equivalente ao grito do professor de obstetrícia que dirigisse às internadas: ‘Todos os recém-nascidos nasçam sem pernas’. Mas não nascem em milhões” (*Tratado de direito privado*, t. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 100).

⁶⁹ “Talvez não tenha andado mal o Código ao não incluir a causa no elenco de requisitos de validade do negócio jurídico (art. 104). Afinal, a causa não é um elemento essencial do negócio como são os demais requisitos. A causa é um requisito de outra ordem, é um *quid* que ilumina o contrato na sua dimensão de valor e de regulamento de interesses. Daí que o melhor seja prevê-la isoladamente tal como uma cláusula geral, o que evitaria, de passagem, as confusões suscitadas naqueles ordenamentos em que a causa aparece junto com os demais requisitos” (RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato, cit., pp. 300-301). Aduz, ainda, Mario BARCELLONA: “a causa, como quer que seja entendida, não é de fato um ‘elemento’ do contrato, mas institui um juízo sobre o contrato” (*Della causa*, cit., p. 146. Trad. livre).

⁷⁰ Reconhece Antônio Junqueira de AZEVEDO: “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” (*Negócio jurídico*, cit., pp. 153-154). Assim também AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, cit., p. 425. De outra parte, nos sistemas em que a causa é referida por lei como elemento essencial, alguns autores sentem a necessidade de afirmar que essa definição não contradiz seu papel funcional, porque ela “exprime justamente o elemento de coesão” dos demais elementos (FERRI, Giovanni. Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, cit., p. 372).

A superação das críticas à definição bettiana de causa pode ser encontrada no pensamento de Salvatore Pugliatti, para quem a causa representaria a função jurídica do negócio, isto é, a *síntese de seus efeitos práticos*.⁷¹ A preocupação com a juridicização da causa, caracterizada por aspectos essencialmente jurídicos (a saber, os efeitos), revela-se evidente na definição.⁷² Mais do que isso, a causa pugliattiana teve como seu maior mérito a consideração das características do caso concreto para a identificação da função negocial. De fato, ao atentar para os efeitos produzidos pelo negócio, o autor deslocou a discussão do campo (estático) dos elementos típicos para o aspecto (dinâmico) da eficácia concreta, permitindo uma análise verdadeiramente funcional. Em feliz representação, Pugliatti afirma que a causa representa, no momento fisiológico da relação, uma “força centrípeta”,⁷³ vale dizer, um núcleo que tende a atrair para si todos os elementos que compõem o negócio jurídico – aí incluídos não apenas os elementos essenciais, como também aspectos acessórios quanto ao tipo, mas relevantes para as partes. Tem-se, como na formulação bettiana, uma figura que cria para o negócio uma síntese funcional própria, haurida objetivamente do contrato (e, por isso, independente de posteriores oscilações da vontade individual dos contratantes); porém, desta vez, atenta-se ao escopo prático buscado pelas partes.⁷⁴ Assim, encontra-se na causa o fator que sintetiza o inteiro regulamento de interesses previsto pelas partes, a permitir sua análise funcional.⁷⁵

É provavelmente nesse sentido que se coloca uma terceira conceituação notória da causa na doutrina italiana, defendida, entre outros, por Pietro Perlingieri. Para essa corrente, a causa corresponde à *função econômico-individual* do negócio, a indicar o valor e o alcance que as partes conferiram à operação econômica.⁷⁶ Em comparação com as definições anteriores, a

⁷¹ No original, “*sintesi degli effetti giuridici, sintesi degli effetti pratici a cui tende il soggetto*” (PUGLIATTI, Salvatore. *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, cit., p. 111).

⁷² Pondera PUGLIATTI que a expressão “função econômico-social” atribui ao negócio uma “natureza híbrida”, pois, estruturalmente, o ato se encontra no âmbito do Direito, ao passo que, funcionalmente, o critério seria extrajurídico. Isso compromete “critérios metodológicos duramente conquistados” e apresenta “com uma fisionomia ambígua, para não dizer pior, uma das figuras mais importantes da dogmática jurídica” (*Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, cit., p. 109. Trad. livre).

⁷³ “A causa é um elemento – permita-se a imagem – que normalmente, permanecendo oculta e em quietude, exprime uma considerável força coesiva e atrativa sobre os elementos constituintes da estrutura do negócio, e ainda uma força centrípeta sobre determinações acessórias do conteúdo deste” (PUGLIATTI, Salvatore. *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, cit., p. 114. Trad. livre).

⁷⁴ A respeito, pondera Carlos Nelson KONDER: “A defesa da juridicidade e objetividade da concepção da causa não pode desprezar o papel que desempenha o escopo prático perseguido pelas partes no sentido de identificar o negócio concreto em exame” (*Causa do contrato x função social do contrato*, cit., p. 47).

⁷⁵ Referindo-se ao ordenamento italiano, observa Giovanni Battista FERRI que, “se o negócio exprime uma regra privada, a causa é o elemento que liga a operação econômica objetiva aos sujeitos que são seus autores; [...] assim, a causa é o índice de como o regulamento negocial de interesses é a expressão objetiva de cada finalidade subjetiva. [...] Entende-se que, por trás da fórmula do art. 1.322 do Código Civil [italiano], que exige o merecimento de tutela do interesse, o próprio legislador quer destacar a necessidade de valorar a operação negocial à luz de como as partes a configuraram e daquilo que as partes, com ela, acordaram obter” (*Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 372-373. Trad. livre).

⁷⁶ Sustenta Pietro PERLINGIERI representar a causa “a função econômico-individual, indicando com tal expressão o valor e o alcance que as próprias partes deram à operação na sua globalidade, isto é, o valor individual que uma determinada operação negocial, considerada no seu concreto alcance, assume para as partes” (*Manuale di diritto civile*, cit., p. 370. Trad. livre).

vantagem em mais esta formulação reside no destaque que ela confere aos fins/interesses particulares comuns às partes, objetivamente insculpidos no contrato.⁷⁷ Estes são, sem dúvida, os fatores mais decisivos para a celebração da avença; não significa, porém, que a causa não atraia para si também fins e interesses extraindividuais. Em primeiro lugar, porque o adjetivo “individual” não indica um retorno ao individualismo ou uma impensável negativa ao controle valorativo sobre o contrato.⁷⁸ E, mais do que isso, como se defenderá mais adiante, se é verdade que os interesses sociais traduzidos por princípios do ordenamento exercem um papel de heterointegração do contrato, como tantas vezes se sustenta, tais interesses não parecem ser de fato externos à síntese funcional.⁷⁹

Nesse cenário, parece conveniente colher, de cada definição objetiva de causa, alguns dos aspectos que compõem o conceito de função do contrato (o interesse social, os efeitos, os fins individuais). Sem prejuízo das dificuldades geradas pela dissonância de definições, o esforço dogmático na defesa da causa como aspecto relevante do negócio jurídico sublinha a uníssona percepção da doutrina causalista quanto à necessidade de se identificar uma função, um *quid* não estrutural, a qualificar e conferir certa unidade lógica e axiológica ao negócio. O propósito da investigação empreendida pelo intérprete em cada caso revelará qual desses aspectos será mais relevante (e, portanto, qual faceta da causa será mais útil), sem que se saia, em nenhum momento, do campo da análise causal. O conceito de causa parece depender, assim, da necessidade específica do estudioso,⁸⁰ seja no sentido de qualificar o contrato, seja no sentido de analisar as vicissitudes pelas quais ele pode passar. Não é raro encontrar autores que, conscientes dessa pluralidade de aplicações, congregam duas ou mais formulações para definir a mesma figura.⁸¹

⁷⁷ Afirma Giovanni FERRI: “Dado que o interesse (com as características subjetivas e objetivas que a própria experiência econômica – a partir da qual é elaborada – lhe atribui) deve ser avaliado pelas normas jurídicas (que podem exprimir e que normalmente exprimem princípios gerais, colhidos da consciência social; ou, pelo menos, aspiram ser intérpretes desta), deve sê-lo como interesse individual, porque individual é a regra negocial” (*Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 374. Trad. livre).

⁷⁸ Conforme alerta Carlos Nelson KONDER, com base em Giovanni FERRI, “a substituição do adjetivo social pelo individual não se deve entender como um enfático retorno a concepções de exasperado (e imotivado) individualismo, mas somente um destaque de como, no sistema desenhado pela Constituição, o ato de autonomia privada volta a ser expressão de interesses privados que, como tais, devem ser avaliados pelo ordenamento jurídico” (*Causa do contrato x função social do contrato*, cit., p. 51).

⁷⁹ Cf., nesse sentido, o item 4, *infra*.

⁸⁰ Segundo Mario BARCELLONA, trata-se de um atributo da perspectiva funcional no pensamento científico: “uma definição, assim, determina-se sobre a base daquilo a que se refere a função que ela conceitualiza”. Como sintetiza o autor, “a definição da causa do contrato depende da(s) função(ões) que ela é chamada a desempenhar (a causa é aquilo a que serve)”; “a causa, assim, é compreendida e definida sobre a base da(s) função(ões) que o ordenamento lhe exige e do objeto que tal(is) função(ões) seleciona(m)” (*Della causa*, cit., p. 145. Trad. livre).

⁸¹ Nesse sentido, alude-se mesmo ao “conceito polivalente de causa” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A causa dos contratos*, cit., pp. 299 e ss.). Ilustrativamente, veja-se a definição de Luis Díez-PICASSO: “A causa se configura assim como o resultado que as partes querem conseguir ou o propósito prático buscado, sem prejuízo de que a causa atue também como o critério que serve para valorar ou medir esse propósito prático, e determinar, de acordo com ele, o grau de eficácia do contrato celebrado” (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I. Madrid: Civitas, 2007, p. 275. Trad. livre).

Em última análise, a causa contratual tem sido associada a mais de uma definição no âmbito do estudo dos negócios jurídicos porque não constitui, propriamente, um objeto desse estudo, mas sim, em última instância, um instrumento útil a ele. Investigar a causa equivale a buscar tudo aquilo que vai além de um simples retrato estático do ato (a estrutura: partes, objeto, forma); faz-se referência ao prisma dinâmico, funcional, por meio do qual o intérprete passa a observar o negócio. Nessa direção, o termo funciona como chave de acesso, tanto à síntese dos interesses tangenciados pelo negócio, quanto à sua mínima unidade de efeitos – afinal, são estes os fatores que se revelam quando se analisa dinamicamente um ato de autonomia privada. Contudo, no âmbito (anterior) de uma epistemologia hermenêutica (da qual a causa, agora sim, constitui objeto de estudo), a suposta pluralidade conceitual se dissolve: aqui, a causa pode ser compreendida simplesmente como uma escolha consciente do intérprete, em superação da visão exclusivamente estruturalista dos negócios jurídicos.⁸²

Ao estudioso do tema resta talvez um único (mas expressivo) alento: pode-se afirmar, com alguma segurança, que os autores contemporâneos que se dedicaram à causa começam a divergir justamente no ponto a partir do qual a fascinante riqueza teórica da matéria supera as consequências práticas da própria divergência. Vale dizer: existe certo consenso doutrinário quanto à relevância da causa para a operacionalização da análise funcional dos contratos (e, de fato, esta constitui a mais importante conclusão a ser extraída do tema). Os posicionamentos divergem a partir deste ponto, em face da necessidade de cada autor a adaptar o conceito aos seus próprios pressupostos teóricos e ao objeto central de suas investigações. E, se seu estudo se mostra imprescindível para um emprego mais técnico da noção, de acordo com as múltiplas necessidades do intérprete, a simples existência de tais divergências não obsta sua aplicação prática – ao contrário, enriquece-a.

3. Causa, invalidade e vicissitudes supervenientes do contrato: mapeando os espaços para uma aplicação contemporânea da função negocial

Considerando, como se viu acima, a presente proposta de identificar na noção de causa o perfil funcional dos contratos, impõe-se indagar se (e de que maneira) essa figura pode participar do controle valorativo realizado pelo ordenamento sobre os atos de autonomia privada. A primeira indagação a ser feita, nessa matéria, consiste em determinar se a causa contratual deve servir, no ordenamento brasileiro, como índice de (in)validade de negócios jurídicos (à semelhança do que se propôs originalmente no sistema francês e na codificação italiana de 1942). Como se sabe, a ordem jurídica avalia o merecimento de tutela dos atos

⁸² Reitera-se, com isso, o entendimento de que a causa não constitui um elemento do negócio jurídico: em uma perspectiva puramente estrutural sequer se indagaria acerca da existência da causa.

particulares em, ao menos, duas esferas: uma estática (em que predomina a noção de licitude, ou conformidade estrutural à lei, analisada em tese, isto é, em um exame abstrato) e outra dinâmica (em que se perquire a eventual disfuncionalidade, a partir de um juízo funcional empreendido à luz de exercícios privados concretos, e, em um plano mais aprofundado, o merecimento de tutela “em sentido estrito” de interesses conflitantes).⁸³ Nesse espectro de esferas de controle, o juízo de validade corresponde a uma das instâncias mais básicas e tradicionais, enquadrando-se, com maior facilidade, entre os mecanismos de análise estática dos negócios: a invalidade contratual, nesse sentido, nada mais é do que uma hipótese de ilicitude (aqui entendida, não no sentido restrito do art. 186 do Código Civil, mas sim na acepção ampla de contrariedade estrutural ao sistema normativo).⁸⁴

Em outros termos, as *fattispecie* previstas em lei que ensejam a invalidade negocial (incapacidade do agente, impossibilidade do objeto etc.) correspondem, em linhas gerais, a espécies do gênero ilicitude. Tais hipóteses foram previstas em abstrato pelo legislador – que, sem poder, evidentemente, conhecer o momento dinâmico de produção de efeitos de cada contrato concretamente considerado, levou em consideração, em seu juízo valorativo, os efeitos usualmente produzidos por atos que ostentam certos vícios e, ao constatar que esses efeitos normalmente contrariam valores jurídicos, determinou que tais atos são, em regra, inválidos. Por se tratar de uma matéria em que, por natureza, o controle valorativo ocorre em abstrato, afasta-se, em geral, a teoria das nulidades das instâncias funcionais de controle valorativo⁸⁵ – cuja análise incide sobre o momento dinâmico do *concreto exercício* de uma situação jurídica subjetiva e não sobre características abstratas do ato que as originou.⁸⁶ A ilicitude, por consistir em violação meramente estrutural à lei, pode ser aferida em abstrato,

⁸³ Para uma exposição mais detalhada dessas três instâncias, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., *passim*.

⁸⁴ A tese, que não poderia ser plenamente desenvolvida nesta sede, foi sustentada, com maior detalhe, em SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., item 1.1.2, ocasião em que se analisou, particularmente, a oposição entre essas duas acepções de ilicitude, bem como se criticou o entendimento doutrinário que aparta absolutamente negócios inválidos e ilícitos. No mesmo sentido, confira-se a clássica lição de FERRARA, Francesco. *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*. Milano: Società Editrice Libreria, 1902, p. 3.

⁸⁵ Particularmente no que diz respeito ao controle de exercícios funcionais (“abuso do direito”), é tradicional na doutrina o entendimento de que a invalidade contratual não é uma de suas possíveis consequências. Nesse sentido, aduz Serpa LOPES: “em se tratando de um ato abusivo resultante de um ato jurídico, impõe-se afastar a solução de sua nulidade, sobretudo pela possibilidade de poder afetar o interesse de terceiros, confiados na aparente legalidade do ato. Em tais casos, a sanção deverá resumir-se na condenação a perdas e danos” (*Curso de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 541). Analogamente, Louis JOSSERAND afasta a nulidade como possível sanção à abusividade, destacando que o ato abusivo apenas será nulo se também contiver uma causa geral de invalidade (*De l'esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Dalloz, 1927, p. 411).

⁸⁶ Em outros termos, parece mais simples classificar o exercício de certa posição contratual como disfuncional do que afirmar que um inteiro contrato seria nulo quando sua celebração tenha ocorrido no exercício abusivo da liberdade de contratar. Pense-se, por exemplo, no mandatário que abusa de seus poderes, celebrando um contrato de compra e venda em nome do mandante que não esteja voltado aos interesses deste. Nesse caso, o representante atuou dentro da estrutura de sua posição contratual, porém exerceu essa mesma posição de forma disfuncional. Não é preciso, porém, justificar a invalidade da compra e venda com base no abuso, sendo possível reconduzir o motivo da invalidade a um critério estrutural (de ilicitude): a conduta do mandatário não deixou de ser também um inadimplemento do contrato de mandato (portanto, um ilícito, grave o suficiente para viciar a compra e venda).

mostrando-se, assim, mais compatível com a sistemática das invalidades.

Semelhante raciocínio conduz a uma perplexidade, nos casos em que o intérprete decide buscar índices de invalidade do contrato em possíveis “vícios” da sua causa: a ilicitude em geral (e a invalidade em particular) filia-se a uma análise estrutural, ao passo que a causa, como se acaba de expor, associa-se à análise funcional. Esse descompasso não impediu que, em outros ordenamentos, particularmente o francês (na redação original do *Code civil*) e o italiano, a chamada *causa ilícita* fosse eleita uma das hipóteses legais de nulidade do negócio jurídico. A previsão da causa ilícita como hipótese de invalidade negocial, assim, criou, aparentemente, uma importante aplicação da análise funcional do contrato para fins de identificação de sua validade no direito estrangeiro. No entanto, embora essa previsão tenha sido responsável, em larga medida, pela profícua discussão acerca da causa negocial na França e na Itália, a interpretação conferida pela doutrina aos respectivos dispositivos normativos costuma restringir-se, na prática, a aspectos estruturais, notadamente a ilicitude dos motivos determinantes – a qual, no sistema brasileiro, constitui causa autônoma de invalidade legalmente prevista (art. 166, III do Código Civil)⁸⁷ – ou, mais ainda, a ilicitude do objeto⁸⁸ – hipótese autônoma de invalidade em ambos os sistemas.

Exemplo eloquente do que se vem de afirmar pode ser extraído das repercussões, na doutrina civilista francesa, decorrentes da reforma promovida pela *Ordonnance* n. 2016-131, que, em outubro de 2016, modificou, entre outros, os arts. 1108 e 1131-1133 do *Code*, suprimindo por completo as referências à causa.⁸⁹ Após a reforma, para além do consentimento e da capacidade das partes, o ordenamento francês passou a exigir apenas que os contratos ostentem um “conteúdo” lícito e certo, sem mais exigir uma “causa lícita”

⁸⁷ É tradicional o entendimento de que os motivos não se confundem, do ponto de vista técnico, com a causa (nesse sentido, na doutrina italiana, cf. PUGLIATTI, Salvatore. *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, cit., p. 85). No entanto, em perspectiva mais contemporânea, compreende-se que os motivos podem vir a integrar a causa, como destaca, no direito brasileiro, Carlos Nelson KONDER: “mesmo que não esteja expresso, mas contanto que esteja objetivado no negócio, o fato que levou o declarante a celebrar o negócio deixa de integrar os motivos, irrelevantes para o direito, para integrar a causa do negócio, relevante para a determinação dos seus efeitos” (Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 616).

⁸⁸ Ilustrativamente, cf. TOMMASINI, Raffaele. Nullità (dir. priv.). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII. Milano: Giuffrè, 1978, p. 886. O autor conclui que, embora equiparar a ilicitude da causa à ilicitude do motivo, do objeto etc. pudesse resultar em uma normativa genérica, ainda assim é possível interpretar a causa ilícita como um “denominador comum” de ilicitudes estruturais do ato: “o recurso ao denominador comum da ‘função ilícita’ serve para indicar que, em todo caso, as modalidades de ilicitude se substanciam na contrariedade a normas imperativas, à ordem pública e aos bons costumes” (Trad. livre).

⁸⁹ A discussão acerca da reforma do direito francês girou em torno de dois anteprojetos doutrinários: um proposto por Pierre Catala, que fazia valer a tese de Jacques Ghestin que denominava a causa de *cause de l’engagement* e a subdividia entre *contrepartie convenue* (sentido objetivo) e *but* (sentido subjetivo); o segundo, proposto por François Terré, propôs o abandono total da noção, e acabou por prevalecer. Sobre esse histórico, cf., entre os estudos em língua portuguesa, VALIM, Thales Ricardo Alciati. A doutrina da causa no direito francês pós-reforma. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 5, n. 3, 2019, pp. 1732-1735.

para as obrigações.⁹⁰ A doutrina, porém, continua a interpretar essa exigência de modo a abranger tanto a licitude do objeto quanto dos motivos perseguidos pelas partes, em um claro aceno ao conceito subjetivo de causa que até então predominava no direito francês.⁹¹ Em outros termos, a simples exigência de licitude do objeto ou do “conteúdo” do contrato (eventualmente acrescida da menção aos motivos) já basta para suprir os fins que, antes, eram atendidos pela exigência de licitude da causa no sistema francês.⁹² No caso brasileiro, em que tanto a licitude do objeto quanto a do motivo comum às partes estão previstas no art. 166 do Código Civil, a utilidade da causa como filtro de validade revela-se muito reduzida. Desnecessário destacar, ainda, que, em outros ordenamentos, como o alemão, em que a causa nunca se popularizou, não parece ter havido nenhum prejuízo à efetividade do controle da validade contratual.⁹³

Como já se observou em doutrina, a inclusão da causa no sistema normativo das invalidades negociais serviu, historicamente, como “válvula de segurança”⁹⁴ para uma teoria das nulidades excessivamente rígida (hoje dispensável, ante a maior maleabilidade da matéria).⁹⁵ Particularmente quanto ao sistema italiano, um dos prováveis motivos para essa inclusão parece ser o fato de a validade dos contratos atípicos ter sido literalmente condicionada pelo art. 1.322 do *Codice* ao seu merecimento de tutela (um critério funcional).⁹⁶ Essa escolha

⁹⁰ Dispõe atualmente o art. 1.128 do Código Civil francês: “*Sont nécessaires à la validité d'un contrat: 1° Le consentement des parties; 2° Leur capacité de contracter; 3° Un contenu licite et certain*”.

⁹¹ Por exemplo, afirma-se que é o conjunto entre as estipulações contratuais e o fim (*but*) do contrato que constitui o seu “conteúdo” (MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit des obligations*. Paris: LGDJ, 2016, p. 339). A análise de Philippe DUPICHOT sobre a reforma dos requisitos de validade descreve bem o cenário atual da doutrina francesa: “O objeto se torna o conteúdo do contrato, o qual fagocita, já de saída, a causa! [...] Banida do direito vigente dos contratos, a causa já o ronda como uma alma penada” (Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats. *Droit & Patrimoine*, n. 247, mai./2015, p. 40. Trad. livre). Em perspectiva comparatista, cf. também Massimo FRANZONI: “Sou levado a crer que os franceses continuarão a dar resposta à pergunta ‘para que serve o contrato’, muito embora a causa não esteja mais entre os elementos essenciais do ato” (La causa e l’interesse meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico. *Jus Civile*, n. 5, 2017, p. 413).

⁹² Este, aliás, foi o propósito deliberado da reforma do *Code*, segundo o *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*: “O conteúdo do contrato, termo adotado por diversos instrumentos europeus de harmonização do direito, inclui o que no direito francês releva acerca do objeto e da causa” (*Journal Officiel de la République Française*, n. 0035, 11.2.2016. Trad. livre). Quanto ao direito brasileiro, pondera Caio Mário da Silva PEREIRA: “se no direito francês o ato é inválido por ilicitude de causa, no direito brasileiro a mesma invalidade o atinge por ilicitude do objeto” (*Instituições de direito civil*, cit., p. 431).

⁹³ Registra Menezes CORDEIRO que a pandectística alemã, embora ciente do tema da causa, jamais lhe conferiu particular relevância, o que resultou no silêncio do BGB a respeito (*Tratado de direito civil*, vol. VII, cit., p. 609). Conforme anota Díez-Picazo, a relevância do termo *causa* no BGB, que fruiu diretamente das fontes romanas (sem receber as construções doutrinárias de Domat e Pothier), restringiu-se à seara do enriquecimento sem causa (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*, cit., p. 269).

⁹⁴ A expressão é de CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. VII, cit., p. 627.

⁹⁵ Cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., pp. 24-25.

⁹⁶ A respeito, critica Pietro PERLINGIERI: “O problema reside na alternativa: dar, ainda que no sistema, uma autonomia conceitual e normativa ao art. 1322 c.c., na sua inteireza, ou afirmar, como pretende parte da doutrina, a inutilidade do segundo parágrafo desse artigo. Esta última alternativa encontra espaço quando se identifica o disposto pelo art. 1322, parágrafo 2, c.c. com a valoração de não ilicitude, e, assim, com os arts. 1343, 1344 e 1345 c.c., que discorrem sobre causa ilícita [...], sobre contrato em fraude à lei [...] e sobre motivo ilícito. Mas não parece correto reduzir o alcance do art. 1322, parágrafo segundo, c.c., exaurindo-o no juízo de falta de licitude” (In tema di tipicità e atipicità nei contratti. In: PERLINGIERI, Pietro (a cura di). *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*. Napoli: ESI, 2003, pp. 395-396. Trad. livre).

legislativa se coadunou com as origens totalitaristas do Código de 1942, por oposição ao liberal Código de 1865 (que praticamente reproduzia o Código Napoleão).⁹⁷ No direito brasileiro, a seu turno, a atipicidade se restringe, em princípio, apenas às “normas gerais” do Código Civil pátrio (art. 425). Em outros termos, o negócio atípico no Brasil não depende, em princípio, de seu merecimento de tutela *stricto sensu* como requisito de validade,⁹⁸ bastando que respeite os limites estruturais e funcionais do sistema, ainda que não promova ativamente nenhum valor supraindividual específico.

Provavelmente por essa razão, no Brasil, o perfil funcional do negócio revela-se mais útil, não propriamente para o controle valorativo do ato jurídico no momento de sua formação, mas, sobretudo, para o controle em concreto das situações jurídicas oriundas do ato e das vicissitudes supervenientes que podem vir a ser experimentadas por ele.⁹⁹ A identificação da invalidade negocial segue vinculada, prioritariamente, ao raciocínio estrutural da ilicitude, uma vez que a análise funcional do ato apenas precariamente se compatibiliza com o pensamento abstrato típico das causas de invalidade – as quais, por definição, deveriam ser identificáveis antes de qualquer produção concreta de efeitos pelo ato, a partir de sua simples estrutura. Não se pretende, com isso, sustentar que as causas de nulidade decorram sempre de uma análise exclusivamente estrutural, mas sim ressaltar o entendimento, amplamente dominante, de que *não existe causa de nulidade superveniente* à realização do ato.¹⁰⁰ Se o

⁹⁷ Conforme explicita Pietro PERLINGIERI, “é evidente que o código de 42 não é liberal, como ao revés o era o código de 1865; a autonomia negocial não se identifica mais com o querido, nem se funda sobre a obrigação de conservação do pacto (segundo o antigo brocardo *pacta sunt servanda*). Introduce-se, de fato, o controle de merecimento de tutela, a integração e a substituição de autoridade dos efeitos queridos pelas partes por efeitos legais considerados razoavelmente coligáveis àquele contrato” (In tema di tipicità e atipicità nei contratti, cit., p. 399. Trad. livre). Desse contexto aproveitou-se a doutrina italiana, a partir da década de 1960, para a reformulação do direito privado a partir da Constituição, como se extrai, por exemplo, das obras de Stefano RODOTÀ no período (cf., em matéria contratual, *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1969, *passim*).

⁹⁸ Vale dizer: a validade da atipicidade contratual, no direito brasileiro, atende apenas à função repressiva do Direito, e não a uma função promocional, normalmente associada ao merecimento de tutela em sentido estrito (a respeito, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela, cit., *passim*).

⁹⁹ Essa constatação, aliás, já é sentida também no direito europeu, como analisa Massimo FRANZONI: “muitos sistemas, muitas normas presentes até nos princípios *Unidroit*, tendem a garantir que o sinalagma inicial seja conservado no tempo intercorrente entre o aperfeiçoamento do contrato e a sua execução. As cláusulas *hardship*, *rebus sic stantibus* e ainda outras desempenham esta função. E mesmo estas são as cláusulas que a reforma francesa introduziu no Código reformado, embora eliminando a causa dos elementos essenciais do contrato. Quase parece que a pergunta a ser feita em relação ao contrato não seja mais ‘para que serve?’, mas tenha se tornado ‘ainda funciona como as partes pensaram na origem?’” (La causa e l’interesse meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico, cit., p. 412. Trad. livre). Parcialmente nesse sentido, no direito brasileiro, aduz Caio Mário da Silva PEREIRA: “A solução transaccional com a teoria da causa estaria em que, admitida ela, nunca assumiria as proporções de elemento constitutivo do negócio jurídico, ou seu requisito a ser provado por quem tem interesse na eficácia do ato. Ficaria, então, reservado o seu papel como fator de alta significação moral” (*Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 432).

¹⁰⁰ “Só há invalidades originárias. O negócio que nasce válido é válido para sempre. Pode extinguir-se, por qualquer causa, mas não se pode mais suscitar a questão da validade” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, vol. II. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 314). Cf., ainda, Massimo BIANCA: “As vicissitudes sucessivas não tocam, em regra, tal juízo [de validade do negócio jurídico]” (*Diritto civile*, vol. III. Milano: Giuffrè, 2000, p. 611. Trad. livre). No direito pátrio, PONTES DE MIRANDA considerava a ideia de invalidade superveniente uma contradição em termos (*Tratado de direito privado*, t. IV. São Paulo: RT, 2012, p. 323). No mesmo sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Renovar*, n. 25. Rio de Janeiro: Renovar, jan.-abr./2003, p. 102.

contrato surge sem qualquer vício, não se cogita de causa de invalidade posterior, nem mesmo com a superveniência de lei nova.¹⁰¹ A ineficácia superveniente dos contratos há de decorrer, então, da aplicação de outros institutos (pense-se na resolução contratual por excessiva onerosidade ou em decorrência do inadimplemento absoluto, por exemplo). É justamente quanto a estas que o recurso à causa parece ser mais conveniente no sistema brasileiro.

Por outro lado, a grande utilidade contemporânea do sistema normativo das invalidades negociais parece residir exatamente nessa instância prévia, estrutural e abstrata, de controle valorativo da autonomia privada. A afirmativa pode parecer contraditória, em um estudo pautado pela perspectiva civil-constitucional, que reconhece a inexorável necessidade de uma ampla aplicação da análise funcional do direito. Contudo, a existência de um ponto de partida eminentemente estruturalista para a análise da validade dos negócios jurídicos oferece às partes um valioso conhecimento mínimo acerca dos limites essenciais à liberdade negocial, permitindo-lhes antever, com certa segurança, o que se pode ou não contratar. Evidentemente, essa análise deverá, em todos os casos, evoluir para a esfera funcional, incumbindo ao julgador apreciar, no caso concreto, em que medida a função poderá modificar a estrutura (seja reputando nulos atos que, à primeira vista, seriam válidos, seja modulando as consequências, no caso concreto, de uma invalidade negocial). Para as partes, contudo, que presumidamente não dispõem da qualificação técnica esperada do julgador para levarem a cabo uma análise funcional, a existência de um rol normativo com índices estruturais sugestivos da invalidade contratual mostra-se útil, não parecendo haver qualquer vantagem prática em se inserir uma figura tão obscura quanto a causa nesse rol.¹⁰²

Não se ignora a ousadia da proposta, que sugere, em última análise, que a causa deixe de ser utilizada para a função primordial a que se destina no direito positivo dos sistemas que a previram textualmente: o controle de juridicidade (isto é, de validade, de admissibilidade) dos atos jurídicos.¹⁰³ O estudioso mais afeito à origem histórica dos institutos terá, certamente, maior dificuldade em admitir tal proposição. Por outro lado, não se pode deixar

¹⁰¹ Cogita-se, na doutrina italiana, de hipóteses de “*nullità sopravvenuta*” por força de lei posterior à celebração do ato; considera-se, porém, que essa “nulidade” opera *ex nunc* e apenas sobre os efeitos futuros, no mesmo sentido do art. 2.035 do Código Civil brasileiro. A respeito, cf. GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. Napoli: ESI, 2015, p. 998; e, em sentido semelhante, DONISI, Carmine. In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, a. XXI. Milano: Giuffrè, 1967, p. 783. “Em todo caso”, ressalta-se, “convém ter presente que a ineficácia derivante da invalidade sucessiva é uma vicissitude resolutiva, vez que tem como título fato sucessivo ao aperfeiçoamento e eficácia do contrato” (BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile*, vol. III, cit., p. 611. Trad. livre).

¹⁰² Entendimento previamente sustentado, com maior detalhamento, em SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 70.

¹⁰³ Díez-PICAZO, por exemplo, afirma ser o controle da autonomia privada pelo ordenamento o “problema central da causa” (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*, cit., p. 275).

de ressaltar que a causa, em rigor, diversamente do que aconteceu em outros países, não foi expressamente positivada pelo legislador brasileiro – e que, ao menos na perspectiva proposta neste estudo, seria possível chegar à noção de função negocial como simples decorrência lógica da própria adoção da análise funcional do Direito, ainda que a experiência estrangeira não tivesse desenvolvido a figura. Sem dúvida, rememorar o desenvolvimento internacional da causa oferece ao intérprete um valioso acervo para melhor compreender as múltiplas faces dessa noção e aquilatar, a partir delas, um conceito abrangente de função; no entanto, as utilidades conferidas à noção pela lei estrangeira não deveriam servir de âncora para afastar novas aplicações no direito brasileiro.¹⁰⁴

Some-se a isso a constatação de que o recurso à causa como índice de (in)validade do contrato costuma vir acompanhado, sobretudo por força da herança italiana (particularmente *bettiana*), da tese de que contratos típicos contariam com uma espécie de pré-aprovação de sua validade pelo sistema, porque sua causa já teria sido cogitada pelo legislador, ao passo que contratos atípicos dependeriam de uma análise casuística de seu merecimento de tutela. Essa perspectiva, como se afirmou anteriormente, não parece se coadunar com o direito brasileiro – e, de todo modo, em perspectiva civil-constitucional, o controle valorativo da autonomia privada há de ser sempre realizado em concreto. De outra parte (e embora, como já sustentado, o conceito de causa não se confunda nem com o de objeto, nem com o de motivo), não se pode olvidar que a ilicitude da causa como critério de invalidade contratual em ordenamentos estrangeiros tem sido utilizada para as mesmas finalidades muito bem atendidas pela ilicitude do objeto e do motivo no direito brasileiro (sobretudo quando considerada uma noção ampla de ilicitude, que abranja também eventuais descumprimentos funcionais ao sistema).¹⁰⁵

As considerações anteriores não significam que a causa do contrato não exerça qualquer relevância na disciplina jurídica das invalidades negociais. Com efeito, como síntese funcional do negócio, a causa informa, por excelência, o programa concebido pela autonomia das partes – e a deferência à autonomia privada tem um papel da maior relevância na disciplina da invalidade negocial. Esse papel encontra-se consagrado, por exemplo, no célebre princípio da *conservação do negócio jurídico*,¹⁰⁶ por meio do qual se impõe ao

¹⁰⁴ Alguns autores acreditam até mesmo que o abandono formal da causa na recente reforma francesa correspondeu um mecanismo para substituir a aplicação original da figura (relativa à invalidade) por esta nova: “abandona-se a causa, focaliza-se a atenção sobre o aspecto funcional do contrato, de modo a proteger os interesses dos contraentes, tradicionalmente ligado à necessidade de garantir aquela solidariedade social (art. 2 da Constituição) que, na boa-fé contratual (por exemplo art. 1375 do CC) encontrou uma adequada expressão” (FRANZONI, Massimo. *La causa e l'interesse meritevole di tutela*, cit., p. 414. Trad. livre).

¹⁰⁵ Não por acaso, Menezes CORDEIRO, ao sustentar a desnecessidade da causa no sistema português, sustenta que as cláusulas gerais (e, indiretamente, os valores do ordenamento) suprem a precaução em face de um estruturalismo excessivo que a causa ofereceu em outros países (*Tratado de direito civil*, cit., p. 627).

¹⁰⁶ O princípio da conservação é considerado “uma homenagem à autonomia privada” por ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, vol. II, cit., p. 342.

intérprete o dever¹⁰⁷ – mais do que a simples faculdade – de tentar preservar o conteúdo negocial e impedir que o ato deixe de produzir ao menos parte de seus efeitos, sempre que possível.¹⁰⁸ O princípio se manifesta de diversas formas ao longo da própria disciplina da invalidade negocial.¹⁰⁹ Embora se cogite de sua aplicação autônoma, isto é, pela simples manutenção de alguns ou de todos os efeitos do negócio em decorrência da ponderação dos interesses em jogo no caso concreto, a conservação do negócio jurídico é usualmente invocada na forma de dois subprincípios,¹¹⁰ a saber, o da *conversão*¹¹¹ (art. 170 do Código Civil) e o da *redução* do negócio jurídico (art. 184 do Código Civil).¹¹²

As duas modalidades apenas diferem na perspectiva (claramente estruturalista) que procura inserir o negócio em determinado tipo, dotado de elementos essenciais. De fato, a conversão ocorrerá quando o negócio, não apresentando todos os elementos que caracterizam certo tipo, puder ser validamente requalificado em outra espécie negocial (*conversão material*) ou, simplesmente, na mesma espécie, adotando-se, porém, forma diversa, para a qual estejam presentes os elementos suficientes (*conversão formal*).¹¹³ Trata-se, em qualquer

¹⁰⁷ Cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 69, n. 1. São Paulo: USP, jan./1974, p. 182, segundo o qual o princípio da conservação dos negócios determina que, “sempre que possível, devem o legislador e o juiz evitar que deixem de se produzir os efeitos de um negócio realizado”.

¹⁰⁸ A respeito, leciona Alberto TRABUCCHI: “O fato de haver negócios eficazes não obstante a sua irregularidade nos mostra como o direito procura evitar, tanto quanto possível, que o negócio concluído seja reduzido ao nada. Existe uma tendência legislativa, economicamente e socialmente útil, à conservação de eficácia dos negócios jurídicos” (*Istituzioni di diritto civile*. Padova: CEDAM, 2015, p. 157. Trad. livre). Vincula-se normalmente o princípio da conservação à “economia jurídica” ou à tutela da boa-fé negocial (PUTTI, Pietro. *La nullità parziale*: diritto interno e comunitario. Napoli: ESI, 2002, p. 374).

¹⁰⁹ Segundo Francisco Paulo de Crescenzo MARINO, “fala-se em acepção ‘restrita’ ou ‘ampla’ para designar, respectivamente, a corrente que entende ter o princípio da conservação dos negócios jurídicos atuação apenas no campo da interpretação [...] e a corrente que entende se aplicar o referido princípio também a outros fenômenos jurídicos, tais como a nulidade parcial do negócio jurídico, a conversão (substancial e formal) do negócio jurídico e a confirmação dos negócios jurídicos anuláveis” (*Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 308). Em sua função hermenêutica, o princípio não destoa de uma das tradicionais regras de POTHIER, segundo a qual, diante de uma cláusula ambígua, deve-se adotar o sentido que possa ser mais lógico, e não aquele do qual resulte não ser possível estipulação alguma (*Tratado das obrigações*, cit., pp. 96-97).

¹¹⁰ Mas não apenas neles. Antonio Junqueira de AZEVEDO, por exemplo, sustenta que seriam reflexos do princípio da conversão a própria existência da anulabilidade como vício que apenas nega eficácia ao ato se suscitado pela parte interessada, bem como a possibilidade de abatimento do preço em caso de vícios redibitórios ou evicção (*A conversão dos negócios jurídicos*, cit., p. 182).

¹¹¹ Conforme registra Carlos Roberto Barbosa MOREIRA, o termo “conversão” é comum aos ordenamentos dos países de línguas neolatinas e já se utilizava no Brasil ao tempo da codificação anterior, a despeito da ausência de previsão legal específica (*Conversão do negócio jurídico*, cit., p. 678).

¹¹² Cf. MOREIRA, Carlos Roberto. *Conversão do negócio jurídico*, cit., p. 683. Em sentido contrário, tradicional doutrina já afirmou que a conversão não derivaria do princípio da conservação – imbuída, contudo, da lógica de que a conversão transformaria o negócio original em um novo ato, o que explica a incompatibilidade lógica com a ideia de conservação (cf. GRASSETTI, Cesare. *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*. Padova: CEDAM, 1983, pp. 170-179).

¹¹³ A classificação, amplamente difundida, é aludida por Salvatore PUGLIATTI (*Il fatto giuridico*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 158), que assim define a conversão do negócio jurídico: “a vontade negocial, tendente a um determinado escopo prático, embora não podendo dar vida, por uma causa qualquer, ao tipo de negócio pré-escolhido, não resta de todo irrelevante para a ordem jurídica, podendo dar lugar a um negócio diverso, quando subsistam os requisitos de forma e substância requeridos para tanto [...]” (o.l.u.c. Trad. livre).

caso, de procedimento de requalificação:¹¹⁴ do tipo ou, ao menos, da forma do negócio.¹¹⁵ A redução, por sua vez, atua no âmbito do mesmo tipo original do ato: o regulamento de interesses apenas não é preservado no todo, suprimindo-se aspectos acessórios seus – cuja invalidade não contamina o “núcleo duro” do esquema negocial,¹¹⁶ em aplicação da máxima *utile per inutile non vitiatur*. Essa lógica permite, portanto, o reconhecimento da nulidade parcial dos negócios jurídicos. Do ponto de vista funcional, conversão e redução promovem o mesmo princípio, a saber, o da conservação do negócio jurídico, e tutelam o mesmo interesse: a autonomia privada.

Não é accidental, desse modo, a remissão legal à vontade das partes como vetor e baliza da conversão e da redução. De fato, é tradicional (embora questionável)¹¹⁷ a concepção segundo a qual a vinculação das partes a um regulamento de interesses diverso, ainda que minimamente, daquele por elas pretendido corresponde a uma intervenção muito mais drástica sobre sua autonomia do que o desfazimento integral do negócio.¹¹⁸ O Código Civil,

¹¹⁴ Como aduz Menezes CORDEIRO, “a conversão exprime, no fundo, uma interpretação melhorada do negócio, de modo a, dele, fazer uma leitura sistemática e cientificamente correta” (*Tratado de direito civil*, vol. II. Coimbra: Almedina, 2012, p. 955). No mesmo sentido, pondera PUGLIATTI que as partes apenas podem preparar o elemento material do ato e objetivar um escopo prático para ele, ao passo que o ordenamento jurídico, diante do elemento material, “nada mais faz do que atraí-lo para o próprio seio, e combiná-lo com um dado tipo ou esquema negocial predisposto”; desse modo, sempre é possível atrair o negócio para tipo ou esquema negocial diverso daquele pretendido pelas partes, se, faltando os pressupostos para este, existirem os pressupostos para aquele (*I fatti giuridici*, cit., p. 159). No direito brasileiro, Carlos Roberto Barbosa MOREIRA afirma que a conversão costuma ser descrita, “em doutrina, como uma atividade de transformação; mas parece mais adequado situá-la no plano da qualificação jurídica de determinado negócio” (Conversão do negócio jurídico, cit., p. 679).

¹¹⁵ Para Antonio Junqueira de AZEVEDO, apenas ocorreria nova qualificação na conversão substancial ou material: “Trata-se, aí, de fenômeno de alteração da qualificação categorial do negócio; as partes realizam um negócio de tipo X e, como, dentro dessa categoria X, esse negócio é nulo, anulável ou ineficaz, a lei ou o juiz determinam uma alteração da qualificação categorial, de forma que o negócio, considerado dentro da categoria Y, possa produzir pelo menos alguns dos efeitos que as partes queriam. Há, porém, além dessa espécie de conversão, a chamada conversão formal, que não implica alteração de tipo, e sim, somente um a mudança da forma originariamente utilizada; o negócio continua o mesmo, mas a forma passa a ser outra, cujos requisitos são menos severos” (A conversão dos negócios jurídicos, cit., p. 183).

¹¹⁶ Registra Orlando GOMES que os atos passíveis de redução seriam ditos *atos vulneráveis*. O autor explica que “não há critério para indicar, em termos gerais, as disposições que podem ser isoladas para não prejudicar outras”; afirma, porém, que, nos atos *inter vivos*, deve-se interpretar que “a nulidade parcial acarreta a nulidade total, a menos que o contexto da cláusula nula resulte que, independente dela, o negócio teria sido realizado do mesmo modo” (*Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 424). Aprofundando-se no problema, Enzo ROPPO afirma que a escolha pela nulidade total ou parcial do ato (aplicando-se, neste último caso, a redução) deve recorrer à “economia objetiva da operação, que as partes haviam concordantemente projetado: a nulidade será assim só parcial se a cláusula nula não tinha caráter de essencialidade para alguma das duas partes, e a sua falta não altera o equilíbrio dos interesses destas, realizado com o contrato; será, ao contrário, total se, pela importância objetiva da cláusula, o regulamento privado desta, daria lugar a uma operação e a uma composição de interesses substancialmente diversas e desequilibradas relativamente às prosseguidas na origem” (*O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 208).

¹¹⁷ Para uma crítica contemporânea a esse entendimento, cf. SILVA, Rodrigo da Guia. A revisão do contrato como remédio possível para o inadimplemento. *Revista dos Tribunais*, vol. 995. São Paulo: RT, 2018.

¹¹⁸ Nesse sentido, aduz Menezes CORDEIRO: “Quando as partes celebram um negócio, querem-no no seu todo. Sobrevindo uma invalidade, deve entender-se, na dúvida, que as partes pretendem que todo o negócio seja afetado e isso mesmo quando (o que não se presume) ele seja divisível. A redução, quando não haja acordo das partes, pressupõe, sempre, uma especial iniciativa da interessada e uma cuidada sindicância do tribunal. Mas a boa-fé e a autonomia privada podem jogar, em concreto, no sentido da redução. Fazer soçobrar um negócio, por uma pequena invalidade, que não comprometa o plano desenhado pelas partes, fica fora de causa. Além disso, a confiança de quem seja surpreendido por uma invalidade parcial deve ser tutelada” (*Tratado de direito civil*, vol. II, cit., p. 950).

no entanto, limita-se a dispor que a conversão se aplica aos casos em que o fim a que visavam as partes “permitir supor” que esse procedimento é o que elas “teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”, em formulação que prima pela falta de clareza e por um indesejável subjetivismo.¹¹⁹ O dispositivo sobre a redução não contribui para a compreensão do critério, remetendo tão somente à “intenção das partes”. No entanto, como é notório, a evolução do direito privado caminha para uma progressiva adoção de critérios objetivos em praticamente todos os seus setores.¹²⁰ Nesse sentido, nos contratos, a vontade hipotética das partes a que parece aludir o legislador deve ser entendida, na verdade, como um aspecto muito menos subjetivo: a causa negocial.¹²¹ Não se trata aqui, portanto, da impossível reconstrução de uma vontade psicológica dos contratantes (que pode, inclusive, ter mudado após o acordo), mas da síntese de interesses e efeitos objetivamente extraída dos termos negociais e das circunstâncias de formação do ato.¹²² A já mencionada autonomização da causa negocial em face da vontade individual de cada uma das partes parece indicar um caminho mais plausível:¹²³ conversão e redução apenas podem ocorrer se não violarem o equilíbrio de interesses objetivamente depreensível do negócio.¹²⁴

¹¹⁹ Conforme pondera Carlos Roberto Barbosa MOREIRA, “a oração convencional ‘se houvessem previsto a nulidade’ inequivocamente aponta no sentido de que as partes nem previram a nulidade, nem, com maior razão, tinham conhecimento dela. Por isso, tem-se procurado substituir o suposto requisito daquela ‘vontade hipotética’ ou ‘implícita’ por um juízo puramente objetivo [...]” (Conversão do negócio jurídico, cit., p. 688). Por outro lado, “se as partes conheciam a causa da nulidade, o negócio não pode converter-se”, o que “põe em relevo a distinção entre as hipóteses de conversão e de simulação relativa” (Ibid., p. 689).

¹²⁰ O processo também é sentido na doutrina italiana. Comenta Massimo FRANZONI suas repercussões em relação à validade contratual: “a objetivação à qual aludo diz respeito ao progressivo deslocamento de atenção da vontade declarada na forma negocial ao elemento causal da relação: o relevo da operação econômica desenvolvida superou o interesse pela abstrata proteção dos sujeitos protagonistas dessa mesma operação. [...] Os sintomas desse processo se encontram nas normas que regularam diversamente os efeitos da nulidade em relação à anulação, no princípio de conservação do contrato [...], na predisposição de um sistema heterônimo das fontes do regulamento contratual [...] e ainda em outras disposições” (*Trattato della responsabilità civile*, vol. I. Milano: Giuffrè, 2010, p. 1270. Trad. livre).

¹²¹ Assim entende PUGLIATTI: “É, de fato, privada de conteúdo a referência textual à vontade presumida das partes, já que, não sendo, com efeito, a elas apresentada a eventualidade da conversão, qualquer vontade a esse propósito apenas poderá ser determinada de modo totalmente arbitrário. É por isso que o art. 1.424 do Código Civil [italiano] é compelido a colocar o acento sobre o momento do escopo: vale dizer, a colocar como critério determinativo da conversão a afinidade dos dois negócios ao perfil da causa. E como a causa, por sua vez, é construída, como se viu, sobre bases objetivas, não é diferente para reconhecer que igualmente sobre bases objetivas é construída a conversão” (*Il fatto giuridico*, cit., p. 159. Trad. livre). V., ainda, GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto civile*, cit., p. 1004, que afirma dever haver uma “*omogeneità funzionale*” entre o negócio nulo e o convertido, que corresponde à “mesma análise que pretende a investigação sobre a causa do contrato”.

¹²² Mesmo autores que não fazem referência à causa, como Menezes CORDEIRO, afirmam que a conversão exige “uma valoração objetiva” (*Tratado de direito civil*, vol. II, cit., p. 956). Cf., ainda, Enzo ROPPO, segundo o qual a conversão, longe de “obrigar o intérprete a indagações, ou melhor, conjecturas, de ordem psicológica”, deve ser aplicada “segundo critérios objetivos, com um juízo ancorado ao teor objetivo do regulamento contratual, ao sentido objetivo (e complexo) da operação econômica correspondente: há lugar à conversão se os efeitos substitutivos não contrariam, mas antes são conformes à economia complexa da operação projetada pela autonomia privada” (*O contrato*, cit., p. 207). As noções de operação econômica e regulamento contratual, nesse contexto, parecem remeter justamente ao conceito objetivo de causa.

¹²³ O conceito que parece mais facilmente contribuir para o propósito de se modular a conversão e a redução do negócio é o da causa pugliattiana, entendida como síntese dos efeitos programados pelas partes, justamente porque se trata aqui, ao fim e ao cabo, de uma modulação de efeitos, que parte da consideração da essencialidade dos mesmos no regramento negocial originário.

¹²⁴ Trata-se, portanto, da causa abstrata e não da causa concreta (nas acepções adotadas neste estudo), já que esta apenas poderá divergir daquela se as partes, de comum acordo (ainda que tacitamente) a modificaram.

Ultrapassada a discussão acerca da validade do contrato (e assumindo-se, assim, que, ao menos em princípio, ele está apto a produzir seus regulares efeitos), chega-se ao espaço, por excelência, de aplicação da causa no direito brasileiro: o momento dinâmico, de execução da avença.¹²⁵ Como se percebe, de enorme relevância para o presente estudo é a divisão entre as vicissitudes originárias que podem atingir o contrato (essencialmente abrangidas pelo problema da validade, para o qual a causa, como se viu, mostra-se de restrita utilidade) e as supervenientes, que podem advir após a celebração da avença. Estas últimas atendem pelas mais variadas designações, sendo disciplinadas pela lei em diversos institutos. Em rigor, até mesmo a aplicação, já mencionada, da causa como baliza para o princípio da conservação na modulação das consequências da invalidade negocial já se posiciona nesta fase dinâmica, pois é apenas após a celebração do contrato, quando este em geral já produziu, na prática, todos ou ao menos parte de seus efeitos, que o julgador é chamado a aplicar esse princípio. A fase genética é, em suma, estática por definição, mostrando-se, por isso, pouco compatível com as muitas utilidades da causa, que encontra no momento (funcional e dinâmico) da execução contratual seu melhor campo de aplicação.

Na fase dinâmica, a primeira aplicação que imediatamente se afigura para a causa é a da qualificação do contrato. É a função negocial que permitirá aquilatar a natureza do acordo e a consequente individuação de sua disciplina.¹²⁶ De fato, apurar a verdadeira natureza da avença, para além dos indícios estruturais (em particular, para além da simples análise das prestações avençadas), mostra-se crucial para identificar a normativa aplicável à concreta relação contratual.¹²⁷ Abre-se, então, um vasto campo de exploração para o intérprete, que poderá, por exemplo, indagar sobre a existência de conexão funcional entre contratos,¹²⁸ qualificar uma obrigação contratual como sendo de meios ou de resultado,¹²⁹ perquirir se

¹²⁵ Como aduz Orlando GOMES ao tratar das aplicações da causa, esta “exerce influência na vida da relação jurídica que foi estabelecida, determinando a sua frustração ou modificação, alterações, ou a própria extinção do vínculo formado” (*Introdução ao direito civil*, cit., p. 337).

¹²⁶ Afirma Pietro PERLINGIERI: “Estruturas idênticas se distinguem pela diversidade de sua função, funções idênticas se realizam mediante estruturas diversas. [...] Na individuação da natureza dos institutos concorrem estrutura e função, mas é esta última, como síntese dos efeitos essenciais e característicos, produzidos ainda que de forma diferida, a tipificar a *fattispecie*” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 118). Como leciona Carlos Nelson KONDER, “ao valorizar a apreciação das peculiaridades do regulamento de interesses em exame, sob uma perspectiva unitária e funcional, é condizente com a constitucionalização do processo de qualificação contratual, na medida em que determina a busca da normativa mais adequada à realização dos preceitos constitucionais diante das peculiaridades do caso concreto” (Qualificação e coligação contratual, cit., p. 372).

¹²⁷ “A causa releva, por exemplo, quando se tem de saber a que negócio jurídico pertence o efeito que se analisa. Somente ao se estabelecer o nexo de causalidade entre o efeito e o negócio é que se pode determinar, com pertinência, a disciplina a ele aplicável” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato, cit., p. 4).

¹²⁸ A respeito, cf. o estudo empreendido por KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*, cit., *passim* e, particularmente, pp. 180-187, em que se sustenta a coligação contratual como resultado de um procedimento de interpretação e qualificação dos contratos em perspectiva funcional.

¹²⁹ A esse propósito, cf. a análise de RENTERÍA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado: análise crítica*. Rio de Janeiro: GEN, 2011, pp. 75 e ss., em que o autor propõe que a distinção entre as duas espécies seja aferida a partir da legítima expectativa das partes quanto às finalidades a serem alcançadas pelo programa contratual.

certo contrato de transferência de titularidade deve receber a disciplina dos negócios fiduciários,¹³⁰ imputar ou não certo risco contratual a uma das partes,¹³¹ entre muitas outras aplicações, tudo a partir do prisma funcional. E, como sói ocorrer na argumentação pautada pela análise funcional (que não segue uma lógica unidirecional, mas transita entre estrutura e função em uma via de mão dupla), poderá ele até mesmo, ao requalificar um contrato, identificar um vício originário do qual não cogitou inicialmente. Tantas são as utilidades da causa na qualificação contratual, hoje amplamente reconhecidas na doutrina civil-constitucional, que o presente estudo pouco contribuiria para ampliá-las.

A segunda utilidade que se vislumbra para a causa no momento dinâmico do contrato, de ainda maior interesse para o presente estudo, consiste na abordagem do que até aqui se denominou *vicissitudes* supervenientes do contrato. Trata-se, aqui, de hipóteses tão diversas quanto a impossibilidade da prestação, o inadimplemento por uma das partes, a onerosidade excessiva, a descoberta de vício redibitório, o pedido de rescisão unilateral por uma das partes, entre muitas outras. O que todas essas hipóteses têm em comum parece ser justamente o fato de que, em todas elas, alguma circunstância, imputável ou não a alguma das partes, prejudicou ou comprometeu o programa contratual que já se encontrava em execução.¹³² Como se buscou demonstrar até aqui, é justamente a causa, como síntese objetiva dos interesses insculpidos na avença (ou, ainda, dos efeitos que se pretendia produzir com o negócio) que responde pela identificação desse programa. Parece razoável, assim, que a solução dessas vicissitudes, mediada, em geral, por instrumentos previstos em lei, passe, em alguma medida, pela causa.

Em linhas gerais, os dois remédios¹³³ concebidos pela lei para a maior parte das vicissitudes supervenientes do contrato consistem na sua extinção (redibição, resolução, rescisão etc.) ou na sua modificação (revisão, estimação, abatimento etc., por vezes uma exigência da parte prejudicada, por vezes uma oferta da parte beneficiada). A referência aos remédios parece

¹³⁰ O critério identificador da natureza fiduciária de um negócio é precisamente “a função perseguida pelas partes”, segundo OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 18.

¹³¹ A aplicação é proposta por TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 95, em que a autora registra, ainda, que a eventual redistribuição dos riscos contratuais “está condicionada e limitada pela função econômico-individual do negócio”.

¹³² Por exemplo, Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR, ao tratar dos casos em que se admite a resolução do contrato, destaca que um “fato superveniente há de quebrar essa harmonia contratual e marcar a frustração do fim visado no contrato” (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – resolução*. Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 77). Embora o autor diferencie as hipóteses ensejadoras da resolução de outras vicissitudes extintivas, a doutrina mais contemporânea, atenta à perspectiva funcional, já sustenta a coincidência entre elas: “tanto no adimplemento absoluto quanto no vício redibitório que retira a utilidade do bem para o adquirente, há um incumprimento do devedor e, em ambos os casos, a consequência para o credor é a mesma: frustração do escopo econômico perseguido. Não é por outra razão que, nas duas situações, o ordenamento jurídico oferece ao credor instrumentos de tutela que, embora diversos, produzem igual resultado: a resolução da relação obrigacional” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*, cit., p. 94).

¹³³ Sobre a noção de remédios em perspectiva civil-constitucional, cf. o estudo desenvolvido por SILVA, Rodrigo da Guia. *Remédios no direito privado: tutela das situações jurídicas subjetivas em perspectiva civil-constitucional*. *Revista de Direito Privado*, vol. 98. São Paulo: RT, mar.-abr./2019.

oportuna para resgatar o que se afirmou acerca da utilidade da causa na aplicação do princípio da conservação do negócio jurídico: a decisão entre declarar a nulidade total ou parcial de um contrato não dista, do ponto de vista funcional, da decisão entre resolvê-lo ou revisá-lo, sobretudo quando o que a revisão representar for a simples extirpação de uma parte do contrato. De fato, o problema central da revisão parece ser o mesmo da declaração parcial de nulidade, e é o motivo pelo qual por tanto tempo se considerou que a resolução ou a declaração total de nulidade seriam alternativas menos atentatórias à autonomia privada:¹³⁴ em que medida é legítimo manter as partes vinculadas a um acordo distinto do original? É essa medida que parece ser oferecida pelo estudo da causa. Não à toa, tantas vezes se diz aplicar o princípio da conservação em matéria de revisão contratual, quando, em rigor, ele se restringe ao campo da invalidade:¹³⁵ em ambos os casos, está-se diante do dilema de declarar ou não as partes vinculadas a um acordo cujo conteúdo foi, em alguma medida, modificado pelo julgador.

A perspectiva causalista parece útil, nesse sentido, ao menos por duas razões distintas. De um lado, seu potencial de reunir aspectos muito distintos do contrato (com a “força centrípeta” a que aludia Pugliatti), congregando todo e qualquer componente funcional da avença, longe de ser um problema conceitual a ser temido pelo intérprete, oferece ao julgador uma visão global do negócio, essencial para a identificação do remédio aplicável a cada vicissitude. Os remédios, como se extrai da clássica página de Pietro Perlingieri, devem ser adequados aos interesses.¹³⁶ Evita-se, assim, uma análise fragmentada ou meramente parcial dos instrumentos voltados à tutela do programa contratual (como a que levasse em conta, por exemplo, o valor pecuniário das prestações para determinar o cabimento e a viabilidade de um pedido de revisão, mas deixasse de considerar outros interesses das partes que, objetivamente inseridos no programa contratual, evidenciassem o equilíbrio da avença qual originalmente concebida).¹³⁷

¹³⁴ Nesse sentido, afirma-se que “a revisão, não obstante represente uma afronta mais grave ao espírito liberal e individualista dos séculos XVIII e XIX, mostra-se, muitas vezes, como a solução mais adequada ao real interesse das partes, que não raro dependem da continuidade do negócio ou da manutenção do bem que tem por objeto” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*, vol. IV. São Paulo: Atlas, 2008, p. 219).

¹³⁵ Como anota Pietro PERLINGIERI, o princípio da conservação segue a mesma tendência de prevalência “da execução específica em relação à resolução e ao ressarcimento” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 398), o que parece justificar essa associação de termos. No ponto, com exemplos jurisprudenciais, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., p. 308.

¹³⁶ Segundo PERLINGIERI, “os interesses individuados, deduzidos no contrato ou a eles coligados, são diversos, de maneira que as patologias contratuais são obrigadas a se conformar a tais interesses. Os ‘remédios’ devem ser adequados aos interesses” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 374).

¹³⁷ Gustavo TEPEDINO identifica, nesse sentido, o equilíbrio contratual como “índice de sua própria causa ou função” (O papel da hermenêutica contratual na manutenção do equilíbrio econômico dos contratos. *Soluções práticas de direito*, vol. II. São Paulo: RT, 2012, p. 462). Na mesma direção, sustenta-se que “o estudo do equilíbrio contratual não deve ser realizado pontualmente apenas no tocante a determinada obrigação estaticamente considerada, mas de forma global, levando em conta a relação jurídica como um todo, a abranger as especificidades de cada situação jurídica em concreto, em perspectiva dinâmica” (MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual. *Pensar*, vol. 21, n. 2, mai.-ago./2016, p. 403). No direito italiano, Mario BARCELLONA destaca o papel que o juízo de conveniência das partes exerce sobre o equilíbrio contratual (*Della causa*, cit., pp. 387 e ss.).

Tome-se como exemplo a teoria do adimplemento substancial. A doutrina mais atenta à perspectiva funcional do contrato há muito alerta que não existe um parâmetro pré-fixado para determinar qual nível de inexecução tem o condão de obstar o pedido de resolução pelo credor.¹³⁸ É preciso aferir, no caso concreto, o quão vulnerada foi a função contratual, para concluir, então, se a causa foi ou não substancialmente satisfeita.¹³⁹ Analogamente, quando se afirma, em matéria de vícios redibitórios, que nem todo defeito oculto autoriza a pretensão redibitória ou até mesmo a *quantum minoris* – exigindo-se, ao revés, que se trate de defeito significativo –, mais uma vez se recorre à causa como critério de aferição do remédio aplicável.¹⁴⁰ Apenas se prejudicado significativamente o programa contratual se autoriza a extinção do negócio ou a redução proporcional do preço. Raciocínio análogo parece relevante para a onerosidade excessiva: no direito italiano (sistema em que a questão encontra-se regulada de forma mais próxima ao caso brasileiro), já se propôs que a possibilidade de resolução dependerá da causa em concreto. Nesse sentido, apenas se a função genética do contrato não puder mais ser atingida, justifica-se sua extinção.¹⁴¹

De outro lado, a segunda utilidade que se pretende destacar para a perspectiva causalista consiste em seu potencial para auxiliar na sistematização das próprias vicissitudes que podem ocorrer supervenientemente ao contrato, e na dosagem de sua relevância jurídica.¹⁴² Vale dizer: se, de um lado, o estudo da causa permite uma compreensão mais abrangente e precisa do próprio acordo de interesses, de outra parte também oferece ao intérprete uma visão integrada dos muitos institutos previstos pelo legislador para disciplinar as vicissitudes contratuais e seus respectivos remédios. Nesse diapasão, figuras normalmente tratadas como *fattispecie* autônomas podem ser estudadas conjuntamente, na medida em que representam hipóteses distintas de um problema comum: o comprometimento da função negocial por uma circunstância verificada durante sua execução. Quanto mais próximas forem as hipóteses

¹³⁸ Cf. SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras). *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, item 5.

¹³⁹ Assim, já se registrou que o adimplemento substancial deve ser aferido a partir da possibilidade de “realização do resultado útil programado”, à luz do “fim do negócio” (TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 11. Belo Horizonte: Fórum, jan.-mar./2017, p. 102).

¹⁴⁰ Contemporaneamente, tem-se reconhecido que “os vícios redibitórios traduzem de fato uma garantia, mas uma garantia agarrada ao dever mais amplo de cumprir o contrato *ponto por ponto*, conforme o programa contratual e o princípio da boa-fé objetiva” (GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro: função e estrutura*. Dissertação de mestrado. UERJ, 2013, item 1.2.3).

¹⁴¹ “O intérprete, portanto, para fins de valorar se os eventos externos teriam alterado a economia originária do contrato, determinando assim os pressupostos para a sua resolução, deve reconstruir e identificar o equilíbrio econômico que as partes quiseram atribuir ao arranjo de interesses [...] Daí a necessidade de um controle sobre a função concreta do negócio” (GABRELLI, Enrico. *Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto. Contratto, mercato e procedure concorsuali*. Torino: G. Giappichelli, 2006, pp. 54-56. Trad. livre).

¹⁴² Sobre a importância dessa sistematização, veja-se a lição de Michele GIORGIANNI: “A sempre crescente difusão de contratos com esquemas diversos daqueles tradicionais, torna evidente a necessidade de uma disciplina orgânica sobre o terreno do inadimplemento em geral, mesmo por força da frequente inadequação do instrumento da analogia” (*L’inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1975, p. 39. Trad. livre).

quanto às condições em que esse comprometimento ocorrer, mais semelhantes devem ser, por uma imposição lógico-sistemática, os remédios oferecidos à parte prejudicada.¹⁴³

Assim, por exemplo, interessante tese doutrinária¹⁴⁴ já propõe que a revisão contratual seja reconhecida como um remédio possível para o incumprimento culposo pelo devedor (para além da alternativa entre resolução contratual e insistência na execução específica, prevista pelo art. 475 do Código Civil), já que em outras vicissitudes da causa contratual imputáveis ao devedor esse remédio é concebido pelo legislador (pense-se, por exemplo, na pretensão estimatória dos vícios redibitórios e no pedido de abatimento do preço na compra e venda *ad mensuram*). Como se percebe, embora se preste deferência às escolhas valorativas do legislador no momento de conceder ou não o remédio estimatório ao contratante prejudicado diante de uma vicissitude contratual (de modo que, por exemplo, se a opção do codificador brasileiro foi a de adotar a teoria da excessiva onerosidade para regular a alteração de circunstâncias, não parece ser lícito ao intérprete aplicar outras soluções, criadas em sistemas estrangeiros, para modificar o conteúdo do contrato – tais como a base do negócio ou a frustração do fim do contrato),¹⁴⁵ o trabalho interpretativo pode e deve se empenhar para conferir maior coerência e unidade ao sistema a partir de suas próprias normas, oferecendo paridade de remédios a contratantes que se vejam lesados por circunstâncias semelhantes.

Logicamente, os remédios possíveis para as mencionadas vicissitudes contratuais não precisam se restringir à resolução e à revisão, devendo ser adequados à concreta necessidade de se proteger a função contratual em face de uma vicissitude específica. Assim, por exemplo, em matéria de exceção de contrato não cumprido, já se ponderou em doutrina que não apenas o inadimplemento relativo de uma obrigação principal do contrato, mas também de um dever anexo, pode dar espaço à invocação da *exceptio*; no entanto, “o descumprimento de dever oriundo da boa-fé objetiva somente legitimará a oposição da *exceptio* quando tal dever se reportar direta e imediatamente à causa contratual concreta”.¹⁴⁶ Analogamente, quando o parágrafo único do art. 473 do Código Civil impõe ao denunciante o ônus de respeitar os investimentos feitos pela outra parte em prol da execução do contrato, retardando assim o

¹⁴³ Ressalta Pietro PERLINGIERI: “A estrutura da *fattispecie* produtora de uma vicissitude modificativa ou extintiva dependerá da composição de interesses da relação obrigacional preexistente” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., 904).

¹⁴⁴ Como sustenta Rodrigo da Guia SILVA, muitas vezes “o legislador autoriza a uma parte – prejudicada por desequilíbrio culposamente causado pela outra – revisar o contrato. Em todas elas, parece possível vislumbrar que a eventual (ou provável) identidade de fundamento nas diversas hipóteses em que o legislador admite a revisão traduz relevante indício da compatibilidade do reconhecimento geral da revisão contratual como remédio apto a tutelar o credor lesado” (A revisão do contrato como remédio possível para o inadimplemento, cit., item 3).

¹⁴⁵ A este ponto se retornará brevemente no item 5, *infra*.

¹⁴⁶ Cf. SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. *Revista de Direito Privado*, vol. 78. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun./2017, p. 74.

exercício do direito potestativo de rescisão unilateral, oferece um remédio *sui generis* para uma vicissitude particular. Não por acaso, a norma remete a um “prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”: esses fatores dependerão do concreto acordo de interesses, devendo o intérprete indagar sobre a função negocial para apurar o prazo aplicável ao caso.¹⁴⁷ Naturalmente, investimentos, ainda que de grande monta, que não sejam justificáveis à luz da função negocial não obstarão o direito à rescisão, não estando o denunciado protegido nos casos em que tenha efetuado gastos exagerados à luz da causa.

Ainda na seara da extinção do contrato, a causa tem também sido proficuamente utilizada como parâmetro para a delimitação da chamada fase pós-contratual. De fato, entendida a extinção do negócio como um processo progressivo, que pode perdurar por certo tempo após o adimplemento das prestações principais da avença, reconhece-se a responsabilidade (contratual) das partes pela observância de certos deveres voltados a impedir o esvaziamento da função negocial que se conseguiu satisfazer por meio daquele adimplemento.¹⁴⁸ A causa, nesse sentido, justifica quais deveres podem ser tributados à “pós-eficácia” do contrato – e, ainda, a intensidade da responsabilidade das partes quanto ao seu cumprimento, sujeitando-as, seja à execução específica, seja a uma eventual pretensão reparatória.¹⁴⁹ Como se percebe, a análise da causa encontra no momento dinâmico da relação seu *locus* de atuação por excelência – e tanto assim, que pode continuar a orientar a execução mesmo após o esgotamento do objeto principal da avença.

4. Causa e princípios contratuais: ampliando a compreensão do momento dinâmico do contrato

As considerações anteriores permitem identificar uma outra importante decorrência da perspectiva funcional sobre os contratos: a adoção da ótica causalista autoriza ao intérprete, por assim dizer, deflacionar o campo de aplicação dos princípios orientadores do direito

¹⁴⁷ Nesse sentido, por exemplo, afirma-se que o chamado prazo estabilizador volta-se a tutelar “efetivamente o interesse da parte que recebe a denúncia na recuperação dos investimentos efetuados para a execução do contrato, que, por sua natureza, não poderia ter sido denunciado antes de sua execução por um tempo mínimo, inerente à sua causa”; o prazo protege, portanto, “a legítima expectativa de duração mínima do contrato para que este cumpra sua função econômico-social” (VIÉGAS, Francisco de Assis. *Denúncia contratual e dever de pré-aviso*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 179-180).

¹⁴⁸ Nesse sentido, cf. VAZ, Marcella Campinho. Pós-eficácia das obrigações. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 377; VIÉGAS, Francisco de Assis. Notas sobre a pós-eficácia contratual. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. São Paulo: Foco, 2019, p. 54.

¹⁴⁹ “O intérprete há de definir [...] a causa do contrato traduzida na unidade de efeitos essenciais, identificando, então, a intensidade qualitativa e quantitativa dos deveres assumidos, como forma de estabelecer a execução específica de certas obrigações e o dever de reparar proporcional aos deveres contratuais” (TEPEDINO, Gustavo. Atividade sem negócio jurídico e a formação progressiva dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 44. Rio de Janeiro: Padma, out.-dez./2010, p. 30).

contratual, aos quais muitas vezes se creditam diversas construções dogmáticas que não passam de simples aplicações da função negocial. Assim, por exemplo, a admissão, cada vez mais frequente, da já mencionada doutrina do adimplemento substancial se deve muito mais a uma compreensão funcional do adimplemento, atenta à causa contratual em concreto,¹⁵⁰ do que a uma aplicação do princípio da boa-fé objetiva, como tantas vezes se afirma.¹⁵¹

A dissociação de uma série de figuras do direito contratual contemporâneo em relação à boa-fé objetiva, em particular, parece ser extremamente benéfica ao princípio. Com efeito, é difícil encontrar alguma teoria atual que busque modificar os contornos clássicos do contrato que não tente estabelecer algum diálogo com a boa-fé objetiva, a qual resta, assim, superutilizada e, em larga medida, banalizada.¹⁵² Considerando que o princípio se volta a promover entre as partes uma postura de eticidade e cooperação recíproca,¹⁵³ com vistas a viabilizar ou otimizar a execução do programa contratual, não parece razoável que a simples discussão acerca da extensão do inadimplemento de uma obrigação principal (justamente, o problema do adimplemento substancial) precise recorrer à boa-fé objetiva. A doutrina mais atenta à perspectiva causalista, nesse sentido, tem identificado que é o grau de satisfação do programa contratual já obtido pelas partes (vale dizer, o nível de implementação da função prevista pelas partes para o negócio) que pode criar um óbice ao exercício do direito à resolução pelo credor que sofre o descumprimento (já que o seu interesse útil, leia-se, o interesse objetivamente insculpido no contrato, já foi quase integralmente atingido, o que impede a configuração do inadimplemento absoluto).¹⁵⁴

Por motivos semelhantes, a figura do inadimplemento anterior ao termo parece encontrar um fundamento mais imediato na própria frustração da causa do que no princípio da boa-fé objetiva.¹⁵⁵ Se existe certeza quanto à recusa ao cumprimento do programa contratual pelo

¹⁵⁰ Nesse sentido, em perspectiva alinhada ao direito civil-constitucional, cf. TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor, cit., pp. 110-111.

¹⁵¹ A vinculação do adimplemento substancial à boa-fé objetiva, muito difundida, é defendida, entre outros, por NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 117.

¹⁵² Como pondera Carlos Nelson KONDER, “não são poucas as decisões que fazem referência à boa-fé para tratar de hipóteses em que se trata de mero descumprimento de dever contratual expresso, não distinguindo o simples inadimplemento da fundamentação principiológica” (Princípios contratuais e exigência de fundamentação das decisões: boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015. *Opinião Jurídica*, a. 14, n. 19, jul.-dez./2016, p. 42).

¹⁵³ Como leciona Judith MARTINS-COSTA, “vem a jurisprudência brasileira construindo a normatividade do princípio da boa-fé objetiva como norma reitora da proteção da confiança, da colaboração e da consideração com os interesses alheios” (A boa-fé como modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale). *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*, vol. 2, n. 4, 2004, p. 372).

¹⁵⁴ Cf. SCHREIBER, Anderson. A tríple transformação do adimplemento, cit., pp. 107-108.

¹⁵⁵ Em estudo seminal sobre o tema no Brasil, explica Aline de Miranda Valverde TERRA que a análise funcional do termo final de adimplemento permitiu reconhecer a exigibilidade da prestação mesmo antes de seu advento nas hipóteses em que esse termo não mais exercer a função para a qual foi concedido (*Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 232). Como se percebe, se toda hipótese de descumprimento já exige uma análise do quão prejudicado foi o programa contratual, a identificação do inadimplemento anterior ao termo impõe perquirir o papel funcional do termo na concreta relação contratual (uma análise da causa por excelência).

devedor, ainda que antes do advento do termo, o problema que se pretende verdadeiramente remediar não é a falta de *cooperação* entre as partes, nem qualquer outra derivação que se possa conferir à boa-fé a partir da solidariedade social. Em rigor, a discussão envolve uma questão muito mais antiga do que os estudos sobre boa-fé objetiva: o eventual descumprimento de um pacto de autonomia privada.¹⁵⁶ Parece mais razoável, nesse sentido, creditar à boa-fé objetiva apenas as aplicações em que esse princípio acrescente algo de próprio ao programa contratual. Assim, por exemplo, na chamada violação positiva do contrato (que, como já se observou, não passa de um caso particular de inadimplemento),¹⁵⁷ o programa contratual é violado, não no conteúdo previsto pelas partes, mas sim no aspecto oriundo da heterointegração: deveres acrescidos a esse programa pela fonte normativa.¹⁵⁸ Aqui, sim, a menção à boa-fé objetiva é inevitável, o que não significa, por outro lado, que não se trate de mais um caso de perturbação da causa contratual.¹⁵⁹

As propostas interpretativas acima mencionadas suscitam, ao menos, duas dúvidas imediatas. A primeira, que se acaba de abordar, consiste na necessidade de definir se conteúdos oriundos da fonte legal, como aqueles informados pelos princípios contratuais, notadamente a boa-fé objetiva, realmente integram a causa do contrato. Quanto a este ponto, a própria premissa adotada pelo presente estudo parece determinar a resposta afirmativa. De fato, em se considerando que a causa do contrato, para além dos muitos conceitos que já lhe foram atribuídos, representa o próprio perfil funcional do negócio, resulta razoável concluir que todo e qualquer aspecto funcional que tangencie o acordo de vontades deve ser reconduzido à ideia de causa. Nessa perspectiva, a postura que se espera do intérprete ao buscar a causa do contrato é a de observar o inteiro momento dinâmico do negócio, perquirindo quais interesses, valores, efeitos e demais aspectos não estruturais integram o programa contratual. Essa configuração ampla da causa decorre da definição, de certa forma residual, do próprio conceito de função, entendido como todos os atributos que não se inserem no âmbito da estrutura. E, se hoje se aceita amplamente que princípios do direito contratual conformam internamente o acordo de vontades, integrando-se ao próprio conteúdo da avença,¹⁶⁰ não há alternativa senão

¹⁵⁶ Em sentido semelhante, destaca Massimo FRANZONI que, com o emprego da boa-fé, “se censura a conduta de uma parte pelo modo em que esta releva na operação econômica contratual”, ao passo que certas situações demandam um juízo mais amplo, que regule “diretamente o equilíbrio do contrato, por como foi pensado desde a origem” (*La causa e l’interesse meritevole di tutela*, cit., p. 419. Trad. livre).

¹⁵⁷ Cf. SCHREIBER, Anderson. A trílice transformação do adimplemento, cit., item 4.

¹⁵⁸ Pertinente, no ponto, a síntese de Stefano RODOTÀ sobre o fenômeno da heterointegração dos contratos: “De fato, com a heterointegração [...] se alude a formas de intervenção sobre o contrato que vão além do amplo desenvolvimento da lógica da declaração e que, portanto, se acrescentam à atividade das partes na construção do definitivo regulamento contratual” (*Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 9. Trad. livre).

¹⁵⁹ Cf. SILVA, Rodrigo da Guia. Em busca do conceito contemporâneo de (in)adimplemento contratual: análise funcional à luz da boa-fé objetiva. *Revista da AGU*, vol. 16, n. 2, abr.-jun./2017, p. 310.

¹⁶⁰ Ilustrativamente, ao tratar da função social do contrato, Gustavo TEPEDINO leciona tratar-se de “elemento interno e razão justificativa da autonomia privada” (Notas sobre a função social dos contratos. *Temas de direito civil*, t. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2008).

concluir que, do mesmo modo que os deveres oriundos da boa-fé se inserem na estrutura negocial, os valores informados pelo princípio integram a causa do contrato.

A concepção que se acaba de propor parece apresentar, contudo, uma contradição do ponto de vista lógico. Historicamente, como se viu, tanto no ordenamento francês quanto no ordenamento italiano, a causa foi concebida legislativamente como o aspecto do contrato cuja ilicitude acarretava a nulidade do negócio. Em outros termos, a causa surgiu como um objeto de valoração pelo ordenamento, decorrendo desse juízo valorativo a eventual validade ou invalidade do contrato. Ora, em se tratando de uma figura cuja possível licitude ou ilicitude acarreta consequências práticas da maior relevância, não haveria sentido na inserção de qualquer conteúdo de fonte normativa na causa: com efeito, a norma (e, em particular, os princípios aplicáveis ao direito contratual) seriam o parâmetro de valoração da causa e, como tal, não poderiam se confundir com o próprio objeto da valoração.¹⁶¹

No entanto, como se afirmou antes, no direito brasileiro, em que o legislador jamais cogitou textualmente da causa para o controle da validade negocial (nem, em rigor, para qualquer outro fim), a maior utilidade da figura parece residir na compreensão mais apurada que ela proporciona sobre o programa contratual – facilitando sua qualificação, aperfeiçoando a identificação de eventual (in)adimplemento e mediando a aplicação de remédios para possíveis vicissitudes supervenientes –, e não na viabilização de um juízo de merecimento de tutela originário sobre o ato. Vale dizer: na medida em que a lei brasileira não elegeu uma finalidade própria para a causa, e considerando os múltiplos desenvolvimentos que a doutrina lhe conferiu, parece mais oportuno empregar a função negocial, no direito pátrio, em matérias atinentes ao momento dinâmico do contrato. Nessa aplicação, a causa deixaria de ser o objeto de um juízo valorativo (incidente sobre o ato contratual) e passaria a ser o próprio parâmetro de outro juízo valorativo (incidente sobre o concreto exercício das posições contratuais e, ainda, sobre outros fatos jurídicos que possam afetar o programa contratual originário).

Em outros termos, no direito brasileiro, não parece haver vantagem em se cogitar da causa para indagar sobre a validade do contrato;¹⁶² melhor seria considerar que, na maior parte

¹⁶¹ Nesse sentido, alguns autores entendem que seria impossível à função social operar como parâmetro para o controle valorativo exercido pelo ordenamento sobre o contrato e, ao mesmo tempo, ser parte integrante do próprio contrato, o objeto dessa avaliação. A respeito, sustenta Giovanni Battista FERRI: “Fazer referência ao conceito de função importa, de fato, que não apenas exista uma relação entre situações, mas que essa relação se ponha entre uma situação valorante e uma situação valorada; [...] quando à causa, elemento do negócio jurídico, atribui-se a natureza de função econômico-social, [...] finda-se por confundir elementos do negócio e critérios de valoração do próprio ordenamento” (*Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 364). Como se percebe, o argumento é um desenvolvimento da crítica de Pugliatti em face da causa bettiana (cf. item 2, *supra*).

¹⁶² Como visto (item 3, *supra*), no que diz respeito à configuração formal do vício de nulidade, as hipóteses normalmente tratadas pela doutrina estrangeira como ilicitude da causa podem, sem grande dificuldade, inserir-se, no direito brasileiro, nas categorias de ilicitude do objeto ou do motivo determinante.

dos casos, a causa releva *uma vez que* já se saiba tratar-se de um acordo válido, para avaliar o merecimento de tutela dos próprios efeitos produzidos (leia-se, do exercício concreto das partes e das repercussões de vicissitudes externas sobre os efeitos inicialmente previstos). Essa perspectiva não impede, evidentemente, que a causa seja utilizada na modulação de consequências de uma eventual invalidade contratual (como já se afirmou anteriormente a respeito da utilidade da causa para a incidência do princípio da conservação do negócio jurídico). Como se sabe, um contrato, mesmo se formalmente inválido, pode (e costuma) produzir, na prática, uma série de efeitos, cuja eventual desconstituição terá de ser apreciada, no caso concreto, a partir de um juízo valorativo pelo julgador.¹⁶³ A causa, assim, auxilia o intérprete neste último juízo valorativo, sendo irrelevante, por outro lado, para a própria configuração da invalidade: funciona como um parâmetro para controlar as consequências da invalidade, mas não se relaciona com o vício deflagrador desta.

Ainda, contudo, que se sustente a utilidade da causa para a deflagração de certas hipóteses de invalidade contratual (à semelhança de sua aplicação original nos sistemas estrangeiros mencionados), o que colocaria a função negocial na posição de objeto de valoração pela ordem jurídica, a inserção de valores do ordenamento na causa do contrato não precisa ser, necessariamente, tomada como contraditória. Nesse caso, porém, seria preciso admitir dois momentos diferentes de aplicação desses valores, reconhecendo que um princípio como a boa-fé objetiva existe tanto em abstrato, como norma presente no ordenamento positivo, quanto pode existir concretamente, como materialização dessa norma, no conteúdo funcional de um contrato específico. Nessa perspectiva, a causa do contrato seria conforme aos valores do ordenamento (por exemplo, à boa-fé objetiva) quando refletisse uma concretização ou efetivação desses valores, o que explicaria, na lógica informal típica da análise funcional, que o mesmo princípio que serve de parâmetro ao juízo valorativo pudesse integrar o objeto da valoração. Em qualquer das duas interpretações, reconhecer a presença desses valores no interior da causa parece pertinente, na medida em que se defenda que os princípios não são meros limites externos, mas ingressam no conteúdo negocial.¹⁶⁴

A segunda indagação suscitada pelas considerações anteriores diz respeito ao próprio fundamento valorativo das figuras que, normalmente creditadas a certos princípios contratuais, ora se propõe que sejam diretamente extraídas da perspectiva causalista.

¹⁶³ A matéria foi detidamente desenvolvida em SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*, cit., *passim* e, particularmente, item 2.4.

¹⁶⁴ Trata-se de uma afirmação quase onipresente na doutrina civil-constitucional, como se extrai, por exemplo, da análise de Teresa NEGREIROS sobre a função social do contrato: “a funcionalização, acima de tudo, é inerente à situação jurídica, conformando-a em seus aspectos nucleares, qualificando-a em sua natureza e disciplina, donde ser equivocada a conceituação da função social como algo que seja contraposto ao direito subjetivo e que o delimite apenas externamente” (*Teoria do contrato*, cit., p. 209).

Ilustrativamente, se teorias como o adimplemento substancial ou o inadimplemento anterior ao termo são dedutíveis do simples perfil funcional do contrato (e não de um princípio particular, como a boa-fé objetiva), qual seria o fundamento normativo para sua aplicação no Brasil, tendo o legislador silenciado a respeito? Evidentemente, a própria causa não é, em si, um *valor* (embora, como perfil funcional do negócio, abranja certos valores em seu conteúdo). Por qual fundamento, então, seria impossível resolver um negócio cuja causa já tenha sido substancialmente implementada, ou seria possível resolver um negócio cuja função já se sabe, antes do advento do termo, frustrada por uma das partes? Qual princípio conferiria à causa esse papel decisivo para o controle da resolução contratual (e, possivelmente, de outros remédios aplicáveis às vicissitudes contratuais), quando a lei se limita a autorizar a resolução diante da perda de interesse útil do credor, sem cuidar dessas hipóteses especiais?

A resposta parece estar no mesmo fundamento normativo (implícito) que confere força obrigatória aos contratos.¹⁶⁵ Com efeito, a afirmação de que o reconhecimento da causa contratual implica a adoção de uma perspectiva funcional sobre os contratos pode ser traduzida em muitos outros termos, a depender da investigação a que se lançar o intérprete. Do ponto de vista da qualificação contratual, sabe-se, por exemplo, há muito tempo que o *nomen iuris* atribuído pelas partes à avença (aspecto estrutural) não se sobrepõe à concreta função do contrato para fins de identificação da sua natureza.¹⁶⁶ Do ponto de vista do controle do adimplemento e das eventuais vicissitudes que possam advir ao programa contratual, analogamente, a perspectiva funcional determina que as partes não estão apenas adstritas a prestar o objeto das obrigações, mas sim a concretizar a síntese de interesses insculpida na causa.¹⁶⁷ Assim, ainda que um montante mínimo da prestação devida ainda não tenha sido cumprido (análise estática), o fato de a causa ter sido amplamente satisfeita há de ser relevante para impedir, ao menos, a resolução; do mesmo modo, mesmo se o devedor ainda dispuser, formalmente, de algum tempo para prestar, diante do não advento

¹⁶⁵ Assim parece concluir SILVA, Rodrigo da Guia Silva. A revisão do contrato como remédio possível para o inadimplemento, cit., p. 130, quando constata que a necessidade de tutela do credor por meio de remédios escolhidos a partir de uma perspectiva funcional do inadimplemento traduz, em última instância, “o respeito efetivo à obrigatoriedade dos pactos”.

¹⁶⁶ Sobre a superação da subsunção no procedimento de qualificação contratual, cf. PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 656.

¹⁶⁷ Nessa direção, aduz Anderson SCHREIBER: “É o atendimento a essa função concreta do negócio, e não mais o cumprimento meramente estrutural da prestação principal contratada, que define o adimplemento” (A tríplex transformação do adimplemento, cit., pp. 107-108). Sustenta, ainda, Rodrigo da Guia SILVA: “A análise funcional do adimplemento reclama, em suma, a promoção da causa contratual concreta. Com efeito, superadas as concepções que restringiam a análise do cumprimento da obrigação à satisfação do interesse psicológico do credor, bem como as proposições que findavam por reduzir o inadimplemento à noção de impossibilidade da prestação, deve-se reconhecer que a noção de adimplemento sob uma perspectiva funcional remete, inexoravelmente, à causa negocial concreta, compreendida em seu duplice sentido de complexo dos interesses tangenciados pelo contrato e de síntese dos efeitos essenciais decorrentes de um dado regulamento contratual” (Em busca do conceito contemporâneo de (in)adimplemento contratual, cit., pp. 312-313).

do termo (análise estática), a certeza de que o programa contratual não será satisfeito por culpa desse mesmo devedor autoriza a caracterização, desde logo, do inadimplemento.

O fundamento axiológico, portanto, para esse protagonismo da causa parece ser exatamente o mesmo da obrigatoriedade dos pactos.¹⁶⁸ Trata-se, em última análise, da própria autonomia privada como valor juridicamente tutelado, desde que exercido em conformidade com os demais valores do ordenamento.¹⁶⁹ Deve-se evitar, assim, creditar essa mudança de perspectiva ao solidarismo constitucional ou aos princípios dele derivados.¹⁷⁰ Entre estes, em particular, deve-se afastar qualquer confusão entre a função negocial e a (quase homônima) função social do contrato.¹⁷¹ De fato, a causa abrange, antes de tudo, os interesses particulares das partes – embora seja também integrada, como já se mencionou, por interesses socialmente relevantes.¹⁷² A função social, por sua vez, é um desses outros interesses, representante máximo da incidência do solidarismo constitucional sobre as relações privadas.¹⁷³ Com efeito, tomando-se como pressuposto que o perfil funcional de todo instituto patrimonial deve abranger uma função social (havendo autores que chegam ao extremo de vincular até mesmo a autonomia existencial ao interesse social),¹⁷⁴ pode-se concluir que a função social também está contida na função negocial.¹⁷⁵

Como se percebe, por sua própria definição, função social e função negocial representam, necessariamente, noções distintas: a segunda engloba, não apenas a primeira, como também

¹⁶⁸ Princípio que já vem sendo, há certo tempo, ressignificado pela doutrina. Segundo Teresa NEGREIROS, “a autonomia da vontade é hoje insuficiente como fundamento da força obrigatória dos contratos” (*Teoria do contrato*, cit., p. 217); ao revés, “tal força obrigatória encontra a sua razão de ser nos fins visados pelo Direito em geral: justiça social, segurança, bem comum, dignidade da pessoa humana” (*Ibid.*, p. 228).

¹⁶⁹ Vale destacar, nesse ponto, a advertência de Pietro PERLINGIERI, para quem o “dogma da autonomia privada [...] não pode ser tomado como postulado. [...] É preciso verificar se tais liberdades encontram efetiva confirmação na teoria dos atos, em razão da fisionomia que esta assume diante dos princípios gerais do ordenamento. É a partir de tais princípios que se extrai a valoração de merecimento de tutela para a autonomia negocial: a autonomia, portanto, não é um valor em si” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., pp. 341-342). Em sentido diverso, mas não incompatível com tal entendimento, o presente estudo parte do pressuposto de que o ato de autonomia privada, desde que não viole a axiologia do ordenamento jurídico (portanto, desde que lícito e não abusivo) será merecedor de tutela, ainda que não promova especificamente nenhum interesse supraindividual.

¹⁷⁰ Sobre a incidência do princípio da solidariedade nos contratos, cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, item 5.

¹⁷¹ Para um estudo comparado das duas figuras no direito brasileiro, cf. KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato, cit., *passim*.

¹⁷² Nesse sentido, reconhece Pietro PERLINGIERI que a função congrega interesses individuais e coletivos: “é ao mesmo tempo normativa, econômica, social, política e por vezes psicológica” (*Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 96).

¹⁷³ Judith MARTINS-COSTA, por exemplo, considera que a função social “constitui, em termos gerais, a expressão da socialidade no Direito Privado” (Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, vol. 1, n. 1, mai./2005, p. 41).

¹⁷⁴ Pietro PERLINGIERI, por exemplo, define a autonomia privada como “a atuação não somente de direitos subjetivos mas também de *deveres de solidariedade* e, por vezes, de específicas obrigações legais de contratar [...]”. Tome-se, como exemplo, o vasto campo dos atos de disposição do próprio corpo e especialmente os transplantes” (*Perfis do direito civil*, cit., p. 19). Para uma crítica à ideia de função social de situações existenciais, permita-se a remissão a SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito, cit., p. 88.

¹⁷⁵ Assim já se sustentou em SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato, cit.

interesses particulares (das próprias partes ou de terceiros). Isso equivale a reconhecer que a incidência do princípio da função social não implica (como, talvez, se pudesse concluir a partir da causa *bettiana*) a aniquilação do interesse individual das partes no contrato. A relação existente entre as duas figuras, portanto, não é de alternância. Ressaltada, porém, essa necessidade de estudo autônomo da função social do contrato em relação à causa, cumpre reconhecer a enorme dificuldade de definição de seu conteúdo. Como se sabe, em perspectiva civil-constitucional, todos os atos e situações jurídicas de natureza patrimonial devam apresentar, por princípio, uma função social. Contudo, a discussão costuma ser dominada quase que exclusivamente pelas duas modalidades encontradas expressamente no Código Civil brasileiro, a saber, a função social da propriedade (art. 1.228, §1º) e a função social do contrato (art. 421).

Trata-se de um trajeto tortuoso, no curso do qual não se devem ignorar as aparentes diferenças de aplicação das duas manifestações da função social. Mencionada há décadas na doutrina como imperativo para a releitura daquele que já foi considerado o mais absoluto dos direitos,¹⁷⁶ prevista expressamente já na Constituição brasileira de 1967, a função social da propriedade foi albergada pela Constituição de 1988 em diversos dispositivos, sendo, posteriormente, consagrada também pelo Código Civil de 2002. De fato, o constituinte e, na sua esteira, o legislador ordinário foram bastante analíticos ao esclarecerem qual é o escopo da função social da propriedade, determinando parâmetros para identificar seu cumprimento tanto em relação à zona urbana quanto à rural. Além disso, a função social da propriedade apresenta diversas aplicações, tais como a verificação do caráter improdutivo de certo imóvel, que pode suscitar desapropriação pelo Poder Público. Seu emprego para a determinação do grau de merecimento de tutela da propriedade, assim, teve diretrizes bastante nítidas determinadas pelo direito brasileiro.

O exato oposto ocorreu com a função social do contrato.¹⁷⁷ Trata-se de inovação do codificador de 2002, não havendo notícia de menção expressa à função social do contrato na lei, antes do Código Civil atual.¹⁷⁸ Também a doutrina anterior ao Código, se conhecia da função social do contrato, fazia-o com a mesma vagueza com que reconhece, em geral, que

¹⁷⁶ Conforme a página clássica de PUGLIATTI: “A propriedade hoje não é propriedade (exclusivamente) individual, mas é sempre propriedade do indivíduo; é, sob todos os aspectos, propriedade privada, mas vinculada e orientada de modo a consentir a tutela mais idônea do interesse público” (*La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 107. Trad. livre).

¹⁷⁷ Assim entende, por exemplo, Pablo RENTERÍA: “Lamenta-se, ao invés de festejar, que o novo Código Civil tenha se contentado em enunciar a cláusula geral da função social, sem trazer luzes sobre a sua efetividade, tal como fizera a Constituição da República a respeito da função social da propriedade” (Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato, cit., p. 283).

¹⁷⁸ Humberto THEODORO JÚNIOR, por exemplo, alude à “novidade do tema trazido a debate pelo art. 421”, razão à qual atribui o fato de ainda não terem sido satisfatoriamente traçadas as bases conceituais da função social do contrato (*O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 42).

as situações jurídicas devem cumprir sua função social. O Código Civil de 2002, por sua vez, previu, na redação original do art. 421, apenas que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Qual seria, porém, o conteúdo especificamente vinculado à função social dos contratos? Para além dos posicionamentos doutrinários que buscam utilizar a função social do contrato para tutelar as próprias partes contratantes¹⁷⁹ (finalidade, em princípio, contraditória com o próprio fundamento da função social), a doutrina tem afirmado que a função social do contrato “impõe aos contratantes a obrigação de perseguir, ao lado de seus interesses privados, interesses extracontratuais socialmente relevantes, assim considerados pelo legislador constitucional, sob pena de não merecimento de tutela do exercício da liberdade de contratar”.¹⁸⁰ Trata-se, contudo, de projeto de difícil implementação.

Com efeito, a função social adaptou-se com menor dificuldade no âmbito dos direitos reais, que, oponíveis *erga omnes*, foram há muito concebidos a partir da contraposição de seu titular ao sujeito passivo universal – a própria coletividade.¹⁸¹ Isso justifica, igualmente, a legitimidade ampla para a alegação do descumprimento da função social da propriedade – toda a sociedade representa, de certo modo, a contraparte do proprietário, considerando-se o domínio em uma perspectiva relacional. A função social, assim, torna-se mais facilmente implementável nesse setor, caracterizado, de longa data, pela contraposição do interesse social ao individual. A função social do contrato, por sua vez, exige maior desenvolvimento para receber uma aplicação autônoma efetiva.

No que diz respeito ao controle valorativo negativo (ou repressivo) do contrato, afirma-se que a função social atua internamente ao contrato, limitando e legitimando os interesses das partes (o programa contratual não pode violar valores socialmente relevantes, sob pena de se configurar uma ilicitude – possivelmente, do objeto do negócio, ensejando sua invalidade –, nem a execução da avença poderá fazê-lo – sob pena de se verificar o exercício disfuncional das posições contratuais). Tem-se, assim, aplicado o princípio para destacar que o vínculo contratual não pode violar valores como a proteção do meio-ambiente, a tutela do consumidor, a garantia da livre-concorrência e assim por diante.¹⁸² Não se pode ignorar, contudo, que esses valores já contam com previsões específicas no ordenamento, não

¹⁷⁹ Ilustrativamente, Teresa NEGREIROS (*Teoria do contrato*, cit., item 4.2.2) defende que o princípio seria o fundamento da aplicação, no direito brasileiro, da tutela externa do crédito.

¹⁸⁰ Cf., nesse sentido, TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos, cit., p. 153.

¹⁸¹ Cf., por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: GEN, 2019, p. 38.

¹⁸² Cf., TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos, cit., p. 153.

configurando aplicações propriamente autônomas do princípio, o que parece esvaziar, ao menos à primeira vista, sua relevância.¹⁸³

Por outro lado, no que tange ao controle positivo (ou promocional), o qual deveria incentivar que as partes promovessem ativamente valores não individuais, parece pouco realista supor que os contratantes passarão a celebrar avenças tendo em vista esses valores, e não seus próprios interesses.¹⁸⁴ Como já registrado em doutrina, o caminho parece ser o de conferir um regime jurídico diferenciado a contratos de grande relevância social (por exemplo, priorizando sua manutenção, ainda que temporária, em face de certas vicissitudes extintivas).¹⁸⁵ A implementação desse projeto, porém, normalmente levará ao benefício de um dos próprios contraentes (por exemplo, aquele que deseja evitar a extinção da relação diante de uma vicissitude que tenha prejudicado o outro contratante), o que, segundo alguns autores, desvirtuaria a natureza social do princípio.¹⁸⁶ Põe-se em dúvida, assim, se uma das partes deteria legitimidade para invocar eventual inobservância da função social em benefício próprio (aproveitando-se, em certos casos, inclusive da própria torpeza).¹⁸⁷

A impossibilidade de se obterem respostas conclusivas a tais questões tem dificultado uma aplicação útil da função social do contrato pelos tribunais brasileiros. Diante desse cenário, alguns autores têm reconhecido que o conteúdo da função social do contrato no direito brasileiro atual se restringe ao reconhecimento, pelo legislador, de que se deve adotar a análise funcional dos contratos no direito brasileiro (e, portanto, de que a causa é um aspecto

¹⁸³ Em análise crítica do desenvolvimento do princípio, pondera Carlos Nelson KONDER: “O receio que se colocou quanto à função social do contrato, em virtude da ausência de uma evolução histórica do conceito e, principalmente, na falta de balizas do constituinte e do legislador acerca de sua aplicação, foi a ameaça de certo autoritarismo judicial, de invasão estatal das relações intersubjetivas, através de um mecanismo de controle da autonomia. [...] Esse cenário deu origem a posições e decisões tímidas na aplicação do dispositivo, que se limitam a fazer uso da função social do contrato de forma apenas retórica, referindo-a em situações de tutela de interesses das partes, no mais das vezes já resguardados por outros institutos específicos” (Para além da “principalização” da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 13. Belo Horizonte: Fórum, jul.-set./2017, p. 48).

¹⁸⁴ Conclui Pablo RENTERÍA que não faria sentido esperar que a função social levasse o contratante a negociar com um sentimento altruístico. Assim, “o que se pode entender é que a própria razão que justifica que essa pessoa possa exercer os seus direitos em seu benefício é uma razão do ordenamento. Com efeito, há um interesse social a ser atendido quando se tutela o interesse individual de cada pessoa” (Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato, cit., p. 305).

¹⁸⁵ Destaca Carlos Nelson KONDER: “A consequência da proteção aos interesses da coletividade pode ser não apenas a privação de efeitos dos negócios que afrontam tais interesses, mas também a conservação ou o tratamento jurídico diferenciado de um contrato que tenha grande repercussão no atendimento de um interesse socialmente relevante” (Causa do contrato x função social do contrato, cit., p. 68).

¹⁸⁶ Esta é a crítica desenvolvida, por exemplo, por Gustavo TEPEDINO às correntes doutrinárias que invocam a função social do contrato como reforço à proteção de um dos próprios contratantes (Notas sobre a função social dos contratos, cit., item 2).

¹⁸⁷ Adverte Pablo RENTERÍA que se devem tomar com cuidado propostas segundo as quais seria possível, “em nome da função social, imputar às partes deveres positivos que teriam por escopo assegurar que o contrato esteja a efetivar interesses sociais relevantes (meio ambiente, geração de empregos etc.). Além do mais, mostrar-se-ia difícil efetuar o controle quanto à observância desses deveres positivos. Quando muito, é o Estado que estaria obrigado a prever em seus contratos administrativos esses deveres promocionais” (Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato, cit., pp. 305-306).

juridicamente relevante do contrato).¹⁸⁸ Mais do que isso, parece mesmo possível considerar que o princípio da função social do contrato determina não apenas a atenção ao *perfil funcional* do contrato, mas propriamente sua *funcionalização* aos valores do ordenamento,¹⁸⁹ orientando a atividade hermenêutica em sede contratual.

Nesse cenário, causa espécie (para dizer o mínimo) a iniciativa, pelo Poder Executivo Federal, de, por meio da Medida Provisória n. 881/2019 (dita “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”), modificar a redação do art. 421 do Código Civil, com o aparente propósito de mitigar a já tão prejudicada eficácia da função social do contrato.¹⁹⁰ Pondo-se de lado o aspecto simbólico da Medida Provisória (bem como a duvidosa urgência que deveria justificar essa espécie normativa), boa parte das reformas por ela promovidas no Código Civil não observaram nenhum rigor técnico e, particularmente no que tange à função social do contrato, resultaram em uma norma inócua e atécnica,¹⁹¹ que exige que a liberdade de contratar seja exercida de acordo com a própria liberdade de contratar (a evidenciar, como já se criticou em doutrina, “uma absoluta falta de conhecimento do próprio conceito de função social”).¹⁹²

Uma atuação legislativa minimamente coerente do ponto de vista sistemático levaria em conta que: i) a função social de todas as situações jurídicas patrimoniais não depende de previsão em lei ordinária (decorrendo diretamente do princípio da solidariedade, com assento constitucional);¹⁹³ ii) que a autonomia privada jamais deixou de ser o pressuposto

¹⁸⁸ Segundo Maria Celina BODIN DE MORAES, teria “o legislador exteriorizado, através dos termos da cláusula geral do art. 421, o princípio da ‘causalidade negocial’. Embora nós, talvez, continuemos a dizer, simplesmente, que determinado negócio ‘não cumpre a sua função social’” (A causa do contrato, cit., p. 24). Em sentido semelhante: “a noção de causa do contrato contribui para que se tenha um método mais técnico e operacional para efetivar a funcionalização da relação contratual, trazendo conteúdo dogmático àquilo que a função social do contrato poderia apresentar de volúvel” (RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato, cit., p. 313). Trata-se, como se percebe, de circunstancial aproximação entre causa e função social do contrato.

¹⁸⁹ Mais precisamente, na melhor técnica jurídica, propõe-se que a função social do contrato seja compreendida “como um postulado metodológico-hermenêutico que leva o intérprete a submeter a tutela do direito individual ao atendimento de interesses coletivos. Contrapõe-se, em certa medida, à possibilidade de concebê-la como princípio, já que ela não é ponderada ou superada por outros princípios, não valora ou reprova condutas específicas, não se limita a impor sanções. Trata-se muito mais de uma exigência interpretativa que remete a tutela do contrato ao atendimento de bens jurídicos coletivos para além dos bens individuais” (KONDER, Carlos Nelson. Para além da “principalização” da função social do contrato, cit., p. 58).

¹⁹⁰ Eis a redação que a Medida Provisória conferiu ao *caput* do art. 421 (atualmente, já modificada): “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”.

¹⁹¹ Na crítica formulada por Gustavo TEPEDINO, “do ponto de vista das relações jurídicas, a MP nº 881 não foi feliz. Movida pelo propósito de fortalecer a autonomia privada e reduzir a intervenção dos juízes nas relações contratuais, a Medida Provisória nº 881 mostra-se atécnica, confusa e ociosa” (A MP da liberdade econômica e o direito civil. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 20. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun./2019, p. 11).

¹⁹² SCHREIBER, Anderson. Alterações da MP 881 ao Código Civil - Parte I. *Carta Forense*, 2.5.2019.

¹⁹³ Considera-se, aliás, que o imperativo de promoção da dignidade humana e da socialidade decorrem, contemporaneamente, do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, independentemente da consagração constitucional de uma ou outra fórmula ou expressão (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, cit., p. 217).

do inteiro sistema normativo civilista; e iii) que tamanho é o espaço de autonomia no direito contratual que, até hoje, a doutrina e a jurisprudência ainda não lograram consagrar aplicações autônomas para a norma do art. 421 do Código Civil (para além dos limites impostos pelo respeito a princípios de ordem pública e direitos fundamentais que, estando também previstos no texto constitucional, não serão excepcionados pela reforma promovida pela Medida Provisória). Na redação final que acabou por ser atribuída ao art. 421, após a conversão da Medida Provisória no Projeto de Lei de Conversão n. 21/2019, findou-se com a supressão da expressão “em razão” do *caput* do dispositivo. Espera-se que tal providência não desincentive os imprescindíveis esforços doutrinários e jurisprudenciais de desenvolvimento do princípio, em inadmissível subversão hermenêutica que levaria a interpretar a Constituição à luz da lei ordinária.¹⁹⁴

Talvez a consequência mais drástica da reforma tenha sido a inserção de um parágrafo único no art. 421 do Código Civil, prevendo que, “nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”. Trata-se de mais uma tentativa, francamente inócua, de consolidar no Código Civil uma ideologia de Estado mínimo que ignora a inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, de um “princípio da intervenção mínima”,¹⁹⁵ sobretudo quando é o próprio constituinte que determina a atuação estatal nas relações privadas como mecanismo de promoção da igualdade substancial e de garantia, em última instância, de uma liberdade efetiva de contratar. O novo parágrafo único, de todo modo, apresenta o efeito nocivo de popularizar a noção arcaica de que a intervenção judicial nos contratos seria atentatória à autonomia privada. Em rigor, que os contratos válidos são, em princípio, obrigatórios nos termos em que foram pactuados nunca se questionou, e qualquer entendimento ainda mais restritivo a respeito da revisão judicial apenas representa um retrocesso na implementação dos valores constitucionais em matéria privada.¹⁹⁶

Nesse diapasão, a reforma legislativa vilaniza indevidamente a revisão judicial dos contratos, muito embora a doutrina contemporânea, como mencionado anteriormente, já defenda inclusive a ampliação das hipóteses de revisão judicial dos contratos como mecanismo de proteção e implementação do programa contratual em face de diversas vicissitudes

¹⁹⁴ Esse tipo de subversão é há muito denunciado pela metodologia civil-constitucional. Ao propósito, cf., por todos, TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição, cit., item 1.

¹⁹⁵ Crítica formulada por SCHREIBER, Anderson. Alterações da MP 881 ao Código Civil, cit.

¹⁹⁶ Ao propósito, prognostica Gustavo TEPEDINO: “Mais uma vez, verifica-se o propósito de se reduzir a interferência arbitrária do Judiciário nos contratos, o que seria benfazejo caso se buscasse estabelecer, na esteira do esforço compreendido pela doutrina, balizas objetivas para a incidência normativa. Entretanto, foram trazidos a lume novos conceitos indeterminados, que exigirão necessariamente a intervenção judicial que se almeja reduzir” (A MP da liberdade econômica e o direito civil, cit., pp. 11-12).

(inclusive do inadimplemento por uma das partes).¹⁹⁷ A revisão, com efeito, é prevista pelo legislador em inúmeras hipóteses nas quais o reequilíbrio da relação contratual se faz necessário (como nos casos de onerosidade excessiva ou na presença de vício redibitório), e, em interpretação lógico-sistemática, revela-se plenamente extensível a outros cenários de comprometimento da causa contratual. A perspectiva causalista do contrato, portanto, não justifica uma aversão apriorística ao remédio revisional, em particular nos casos em que ele se mostrar apto a preservar a função negocial atribuída pelas partes à avença, justamente porque, desse modo, longe de se violar, promove-se a autonomia dos contratantes. Por outro lado, nos casos em que a adoção de remédios inovadores, não previstos legislativamente, não se prestar à promoção do programa contratual, a mesma interpretação sistemática do ordenamento, atenta à perspectiva causalista, mostra-se apta a afastar uma indevida intervenção sobre a relação contratual.

5. Uma última reflexão: causa e distanásia contratual

Uma incursão no complexo conceito da causa negocial que se pretenda justificável nos tempos atuais parece encontrar na sistematização das muitas vicissitudes possíveis na dinâmica contratual uma aplicação à altura do tema. A análise funcional (leia-se, causal) do contrato se torna, assim, o prisma para se compreender o adimplemento, a mora, o inadimplemento absoluto, a onerosidade excessiva e as demais *fattispecie* que concretizem ou comprometam o programa contratual, bem como a medida dosadores dos remédios aplicáveis ao eventual insucesso desse programa (em linhas gerais, a resolução ou a revisão da avença). O recurso à causa não deve, por outro lado, legitimar tentativas de proteção do programa contratual a todo custo, para além dos limites lógico-sistemáticos dos remédios previstos legislativamente para a tutela da função negocial. Neste particular, é até mesmo curioso que, neste final da segunda década do século XXI, momento histórico em que nossa sociedade parece tão profundamente marcada por uma busca generalizada pela certeza de gratificação e célebre por uma enorme intolerância às frustrações,¹⁹⁸ voltem a ganhar destaque na doutrina civilista propostas voltadas a tentar evitar, não sem algum exagero, a insatisfação das partes no desenvolvimento da relação contratual.

Com efeito, se devem ser enaltecidas as teses doutrinárias que buscam oferecer mecanismos, sistematicamente coerentes, de melhor implementação do programa negocial, o mesmo

¹⁹⁷ Cf. SILVA, Rodrigo da Guia. A revisão do contrato como remédio possível para o inadimplemento, cit., *passim*.

¹⁹⁸ Caso alguma referência a respeito seja necessária, poder-se-ia, aqui, reproduzir a eloquente formulação de Zygmunt BAUMAN: “A ‘escolha racional’ na era da instantaneidade significa buscar a gratificação evitando as consequências, e particularmente as responsabilidades que essas consequências podem implicar” (*Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 148).

respeito à causa contratual parece pôr em xeque as propostas que pretendem interferir (sem fundamento valorativo que assim justifique) na execução contratual sem refletir a síntese de interesses estabelecida pelas partes no acordo. Parte da civilística contemporânea, neste ponto, embora movida por um propósito nobre e fundada em um sofisticado arcabouço teórico, tem alimentado uma espécie de obstinação terapêutica do contrato, resistindo a admitir a manutenção de avenças que venham a se revelar desvantajosas para alguma das partes ou a reconhecer quando o programa contratual já não tenha perspectivas realistas de sucesso e precise, eventualmente, ser extinto sem a satisfação específica dos interesses dos contratantes.

Ilustrativamente, alguns autores, partindo de uma particular interpretação (já existente de longa data no direito brasileiro,¹⁹⁹ mas que ganhou novo fôlego nos últimos anos) acerca dos dispositivos normativos que preveem a restituição do “equivalente” no direito obrigacional, propõem que o credor que sofre o inadimplemento absoluto não precisaria recorrer à resolução do negócio, podendo, em vez disso, “executar” o contrato ao exigir do devedor que lhe pague o valor *in pecunia* da prestação culposamente descumprida. Nessa perspectiva, em vez de necessariamente determinar a extinção da avença, o inadimplemento absoluto criaria para o credor essa “forma alternativa” de exigência do cumprimento do contrato. A proposta, como se percebe, aparenta desconsiderar a própria causa do contrato: em um negócio que se caracterizava, por exemplo, pela troca da coisa pelo preço, o credor teria a prerrogativa de “executar” o contrato de outra forma, exigindo a troca do preço pelo valor pecuniário da coisa – tudo supostamente em cumprimento de um mesmo contrato. Neste ponto, valeria retomar a já mencionada metáfora de Pugliatti: a função negocial exerce também uma “força centrífuga”, que repele pretensões voltadas a produzir efeitos divergentes do programa contratual.²⁰⁰ Parece difícil, nesse cenário, denominar de “execução” do contrato um procedimento tão interventivo sobre a síntese de interesses nele insculpida.

Uma das utilidades práticas em tal formulação estaria em beneficiar o credor lesado, sempre que o valor da contraprestação paga por ele houver sido pactuado em montante menor ao valor de mercado da prestação perdida – cujo equivalente, segundo se sustenta, poderia ser por ele requerido. Contudo, além da desvantagem de criar um cenário em que o inadimplemento

¹⁹⁹ Trata-se, na verdade, de posicionamento sustentado pela mais autorizada doutrina. Ilustrativamente, cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos pelo incumprimento do devedor*, cit., p. 26, que sustenta que “o incumprimento da obrigação por culpa do devedor é o pressuposto de fato que enseja ao credor a opção entre executar coativamente o contrato – para receber a prestação específica ou o seu equivalente – ou extinguir a obrigação”. No mesmo sentido, cf. MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. *Revista dos Tribunais*, vol. 979. São Paulo: RT, mai./2017, p. 5.

²⁰⁰ Segundo PUGLIATTI, “quando, em virtude de forças externas, [a causa] é obrigada a abandonar o seu normal estado de quietude e se manifestar, tem a força de destruir o inteiro complexo contratual ou, desenvolvendo em força centrífuga a primitiva força centrípeta, de excluir, ao menos, do conteúdo do negócio aqueles efeitos que são incompatíveis com ela” (*Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, cit., p. 114. Trad. livre).

poderia vir a ser vantajoso (ou até mesmo desejado) para a parte prejudicada,²⁰¹ a chamada “execução pelo equivalente” ainda tem sido fundamentada em dispositivos normativos que não parecem tratar do tema (em particular, o art. 475 do Código Civil,²⁰² que, em sua redação, apenas diferencia os regimes da mora e do inadimplemento absoluto e atribui a este último a possibilidade de resolução).²⁰³ Como se sabe, para a mais tradicional doutrina brasileira, o pagamento do equivalente (nas poucas hipóteses em que é expressamente previsto, tais como o art. 236 do Código Civil) consistia na indenização de um suposto dano sofrido pelo contratante lesado, que teria deixado de receber a coisa devida pela parte inadimplente;²⁰⁴ não se considerava, portanto, cumprimento do contrato, mas consequência de sua resolução. Tendo em vista que a crença nessa natureza reparatória do equivalente parece contrariar o sistema normativo brasileiro (no qual a propriedade não se transmite *solo consensu*, não sendo razoável indenizar o credor pela perda de coisa que jamais integrou seu patrimônio), a melhor interpretação talvez seja a de que o equivalente, quando for devido, representa apenas a restituição de eventual contraprestação que já houvesse sido paga pelo credor lesado.²⁰⁵ Parece igualmente razoável que, em certas situações, o credor receba, em vez da restituição *in natura* da contraprestação por ele paga, o equivalente pecuniário desta²⁰⁶ – ainda assim, estar-se-á no âmbito repositório, subsequente à resolução do contrato.

Também a perda superveniente de utilidade do negócio para um dos contraentes, a partir da chamada frustração do fim do contrato,²⁰⁷ tem sido levada em consideração pela doutrina para justificar a desoneração da parte arrependida, muito embora o direito civil brasileiro tenha adotado teoria diversa para disciplinar a alteração de circunstâncias (nomeadamente, a da onerosidade excessiva). A doutrina especializada tem afirmado, não raro, que o “fim”

²⁰¹ Basta notar que, em rigor, por se estar supostamente diante de inadimplemento absoluto, o credor ainda poderia cumular o pedido de pagamento do equivalente com a cobrança de cláusula penal compensatória.

²⁰² Nesse sentido, cf., por todos, MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual, cit., p. 5.

²⁰³ Cf. BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 122.

²⁰⁴ Nesse sentido, cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. II. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 12; SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, p. 132.

²⁰⁵ Como representante dessa interpretação na doutrina atual, cf., entre outros, NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 88. Afirma o autor: “caso, contudo, o credor ainda não tiver pago pela coisa, mas esta se perder, o devedor não deverá responder com o ‘equivalente’ em dinheiro, pois, se assim fosse, o credor iria desfrutar de vantagem econômica com a perda da coisa, o que não se admite”. Sobre a diferença, adotada por este estudo, entre as fontes contratual, repositória e indenizatória de obrigações, cf. SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., item 1.2.1.

²⁰⁶ Hipótese desenvolvida por SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa*, cit., pp. 190 e ss.

²⁰⁷ Oriunda da *doctrine of frustration* encontrada nos países da *common law*, trata-se de uma das muitas teorias desenvolvidas em sistemas estrangeiros para lidar com a alteração de circunstâncias que afete o equilíbrio contratual. Quase onipresentes exemplos de aplicação da teoria, como registrado na atualização à obra de Orlando GOMES, são os “*coronation cases*” de Windscheid, quando, na Inglaterra, cidadãos que alugaram sacadas e terraços, para assistir à passagem do cortejo de Eduardo VII, se viram frustrados com o cancelamento do percurso das carruagens (mas as janelas e sacadas permaneceram à disposição)” (*Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 51).

aludido pela referida teoria seria a própria causa em concreto do contrato²⁰⁸ – hipótese que, se verdadeira, tornaria desnecessário (e talvez inconveniente) apartar essa figura da impossibilidade superveniente, uma vez que a constatação prática de que se tornou impossível a realização da causa já levaria, de qualquer forma, à ineficácia do contrato.²⁰⁹ Inexplicavelmente, por outro lado, associa-se essa mesma teoria a uma suposta aplicação da boa-fé objetiva,²¹⁰ incorrendo-se novamente na tendência de creditar ao princípio consequências que decorreriam naturalmente do princípio que determina a obrigatoriedade, em prisma funcional, do ato de autonomia privada.

Mais preocupante ainda é o fato de, muitas vezes, a enunciação da teoria exigir como requisito tão somente que as partes tivessem (ou devessem ter) conhecimento do “fim” que restou frustrado.²¹¹ Como já se anotou em doutrina, trata-se de entendimento insuficiente, sendo imprescindível não apenas que a finalidade em questão estivesse objetivamente insculpida no acordo mas, além disso, que o devedor da prestação cuja utilidade se frustrou houvesse se disposto deliberadamente a assegurar referida finalidade em prol do outro contratante.²¹² De fato, a chamada frustração do fim do contrato não pode ser invocada nos casos em que o devedor não tenha aceito voluntariamente garantir o contratante prejudicado em face da finalidade perdida, sob pena de se atribuir a ele um risco que nem foi assumido voluntariamente, nem lhe foi imposto pela lei (a qual, repita-se, não adotou referida teoria para tratar da alteração das circunstâncias). Cuida-se, nesse caso, de um risco que não integra o programa contratual, não havendo razão para se sustentar que se trataria de uma aplicação da causa; quando muito, tratar-se-ia de um enfraquecimento da obrigatoriedade desta, criando-se para as partes um amplíssimo direito ao arrependimento, sempre que mudanças das circunstâncias evidenciassem que o acordo deixou de ser vantajoso para elas.

²⁰⁸ Apoiando-se na lição de Antônio Junqueira de Azevedo, cf. COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 204.

²⁰⁹ Adota-se, aqui, entendimento semelhante ao que expressava Caio Mário da Silva PEREIRA a respeito da teoria da pressuposição (mais uma construção doutrinária já formulada para lidar com a alteração das circunstâncias): quando conhecida por ambas as partes e aprovada por ambas como motivo determinante, mesmo se tácita, a pressuposição passa a integrar o conteúdo do contrato como mero “elemento modificador da declaração de vontade”, nada havendo de especial no seu reconhecimento (*Instituições de direito civil*, vol. I, pp. 493-494). Raciocínio semelhante parece aplicável à chamada frustração do fim do contrato.

²¹⁰ Rodrigo Barreto COGO, por exemplo, fundamenta a aplicabilidade da teoria em um “juízo de boa-fé objetiva para formular a regra que regerá a situação, balizado pelos critérios do tipo contratual, da normalidade, do preço de mercado e das circunstâncias que rodeavam a contratação” (*A frustração do fim do contrato*, cit., p. 355).

²¹¹ Nesse sentido, por exemplo, cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*, vol. 4. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 569-570.

²¹² Na interpretação proposta por Francisco de Crescenzo MARINO: “o fim perseguido pela parte que se obriga deve ter sido expresso e a sua satisfação para a conclusão do contrato deve ter sido expressa ou tacitamente prometida pela outra parte. Trata-se, pois, de uma definição que não é objetiva nem subjetiva, porém contratual. Um tal motivo determinante efetivamente ingressou no campo contratual” (*Interpretação do negócio jurídico*, cit., p. 131). No mesmo sentido, na doutrina francesa, cf. GHESTIN, Jacques. *Cause de l'engagement et validité du contract*, cit., p. 127, que chega a afirmar que, nesses termos, a satisfação do fim se torna o objeto do contrato – o que apenas evidencia como, quando aplicada com razoabilidade, a chamada frustração do fim em nada parece inovar, em rigor, na teoria geral do adimplemento.

Na mesma toada, segundo certo setor da doutrina, as partes arrependidas pela celebração de um “mau negócio” poderiam invocar cada vez mais numerosas teses doutrinárias que, construindo derivações do chamado princípio do equilíbrio contratual (ou material, ou das prestações), criam para o interessado instrumentos talvez demasiadamente interventivos sobre o contrato, voltados a declarar sua invalidade ou pretender sua revisão sempre que as prestações pactuadas não se afigurarem perfeitamente equilibradas do ponto de vista pecuniário, mesmo nos casos em que não se verifique vício de consentimento ou onerosidade excessiva e não haja, tampouco, previsão legal que autorize, ainda que analogicamente, a revisão judicial.²¹³ Tais interpretações, ironicamente, podem vir a perder força com o advento do equivocado parágrafo único acrescentado ao art. 421 do Código Civil, que, como já se aduziu, peca pelo erro oposto: busca a todo custo evitar a revisão do contrato, mesmo quando justificada (do ponto de vista lógico e axiológico) à luz do sistema.

Finalmente, se tudo mais falhar, cada vez mais autores propõem que as partes sejam, diante de certas vicissitudes supervenientes, *obrigadas a renegociar* o contrato, seja porque uma cláusula negocial as vincule a ingressar em tais negociações, seja, apenas, com base em mais uma suposta aplicação de princípios contratuais²¹⁴ – perspectiva que, embora cada vez mais difundida, sobretudo diante de sua acolhida por autorizada doutrina, pretende conferir exigibilidade jurídica àquele que deveria ser o exercício mais simbólico da autonomia privada.²¹⁵ Nesse particular, embora a autocomposição e as práticas colaborativas sejam cada vez mais uma alternativa preferível aos litígios judiciais, transformá-las em deveres juridicamente vinculantes não parece ser o melhor caminho de desenvolvê-las. De todo modo, esses exemplos, entre outros que se poderiam oferecer, demonstram como tem se buscado construir um cenário ideal no direito contratual, em que se torne cada vez mais difícil que um contratante saia decepcionado da relação contratual – um esforço nobre por parte da doutrina de evitar o que parece ser inevitável nas relações sociais: a possibilidade de eventual frustração ou arrependimento das partes envolvidas.

²¹³ Ilustrativamente, segundo Paulo LÔBO, desde que haja uma desproporção manifesta entre prestações e uma desigualdade entre as partes relevante para o Direito (que, para o autor, pode ser econômica ou jurídica), o princípio do equilíbrio material determinará a nulidade total ou parcial do contrato (*Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 69-70).

²¹⁴ A proposta, por inusitada que tenha parecido, nos últimos anos, à doutrina brasileira, reflete uma tendência bastante significativa e duradoura do direito estrangeiro, onde há muito se sustenta a possibilidade de um dever de renegociação expressamente previsto no contrato ou, ainda, depreendido do próprio sistema normativo. A respeito, cf., entre muitos outros, no direito italiano, GALLO, Paolo. *Revisione e rinegoziazione del contratto*. In: SACCO, Rodolfo (diretto da). *Estrato da Digesto delle discipline privatistiche*. Torino: UTET, 2011, p. 812. Como registra o autor, o dever de renegociação com fonte legal costuma ser tributado à equidade e (como não poderia deixar de ser) à boa-fé objetiva.

²¹⁵ Coerentemente com essa preocupação teórica, a melhor doutrina tem proposto que o descumprimento do aludido dever de renegociação gera a tutela reparatória para o contratante lesado (não, aparentemente, nenhuma tentativa de execução específica), como destaca, no direito brasileiro, SCHREIBER, Anderson. Dever de renegociar. *Carta Forense*, 16.10.2017.

Embora, sem dúvida, sempre haja um amplo espaço para o aprimoramento do direito contratual (sobretudo no imprescindível projeto de adequação dos remédios oferecidos pelo sistema aos concretos interesses e vulnerabilidades das partes contratantes – um processo diuturno e frequentemente desafiado por novos modelos negociais), a análise pautada pela causa parece oferecer (mais) esta valiosa contribuição ao intérprete: permite sistematizar os instrumentos normativos voltados à disciplina das vicissitudes contratuais, ao mesmo tempo em que repele certas pretensões que, contradizendo o programa negocial, possam surgir para as partes após as primeiras intempéries sofridas pela relação jurídica. Indagar ao próprio contrato quais soluções se oferecem para essas vicissitudes parece ser o procedimento mais consentâneo com nosso sistema normativo atual, sendo de se afastar, na perspectiva civil-constitucional, soluções que não encontrem fundamento nem na própria fonte convencional, nem na interpretação sistemática do ordenamento. A resposta, na contramão deste momento histórico, talvez seja relativamente simples: o programa contratual é, também do ponto de vista funcional ou causal, obrigatório – e, ou bem ainda pode ser implementado, no todo ou em parte, ou deve ser reconhecido como malsucedido.

Referências bibliográficas

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – resolução*. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, vol. II. São Paulo: Saraiva, 2010.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A conversão dos negócios jurídicos: seu interesse teórico e prático. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 69, n. 1. São Paulo: USP, jan./1974.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BARCELLONA, Mario. *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*. Padova: CEDAM, 2015.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. II. Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Rio, 1977.
- BIANCA, Massimo. *Diritto civile*, vol. III. Milano: Giuffrè, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica.com*, a. 2, n. 1, 2013.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- CHEVREAU, Emmanuelle. La cause dans le contrat en droit français: une interprétation erronée des sources du droit romain. *Revue des contrats*, vol. 2013/1. Paris: LGDJ, 2013.
- COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. II. Coimbra: Almedina, 2012.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*, vol. VII. Coimbra: Almedina, 2018.

- DABIN, Jean. *La teoria de la causa*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
- DANTAS, F. C. de San Tiago. *Programa de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DÍEZ-PICASSO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. I. Madrid: Civitas, 2007.
- DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Livre 1^{er}, Tit. I, Sect. I. Paris: 1697.
- DONISI, Carmine. In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, a. XXI. Milano: Giuffrè, 1967.
- DUPICHOT, Philippe. Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats. *Droit & Patrimoine*, n. 247, mai./2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*, vol. 4. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERRARA, Francesco. *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*. Milano: Società Editrice Libreria, 1902.
- FERRI, Giovanni Battista. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1968.
- FRANZONI, Massimo. La causa e l'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. *Jus Civile*, n. 5, 2017.
- FRANZONI, Massimo. *Trattato della responsabilità civile*, vol. I. Milano: Giuffrè, 2010.
- GABRELLI, Enrico. Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto. *Contratto, mercato e procedure concorsuali*. Torino: G. Giappichelli, 2006.
- GALLO, Paolo. Revisione e rinegoziazione del contratto. In: SACCO, Rodolfo (diretto da). Estrato da *Digesto delle discipline privatistiche*. Torino: UTET, 2011.
- GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no direito civil brasileiro: função e estrutura*. Dissertação de mestrado. UERJ, 2013.
- GAZZONI, Francesco. *Manuale di diritto privato*. Napoli: ESI, 2015.
- GHESTIN, Jacques. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: LGDJ, 2006.
- GIORGIANI, Michele. Causa del negozio giuridico (dir. priv.). *Enciclopedia del diritto*, vol. VI. Milano: Giuffrè, 1960.
- GIORGIANI, Michele. *L'inadempimento*. Milano: Giuffrè, 1975.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GIORGIANI, Michele. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GRASSETTI, Cesare. *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*. Padova: CEDAM, 1983.
- JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Dalloz, 1927.
- JOSSERAND, Louis. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*. Paris: Dalloz, 1928.
- FRANÇA. *Journal Officiel de la République Française*, n. 0035, 11.2.2016.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 43. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set./2010.
- KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- KONDER, Carlos Nelson. Erro, dolo e coação: autonomia e confiança na celebração dos negócios jurídicos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- KONDER, Carlos Nelson. Para além da "principalização" da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 13. Belo Horizonte: Fórum, jul.-set./2017.
- KONDER, Carlos Nelson. Princípios contratuais e exigência de fundamentação das decisões: boa-fé e função social do contrato à luz do CPC/2015. *Revista Opinião Jurídica*, a. 14, n. 19, jul.-dez./2016.
- KONDER, Carlos Nelson. Qualificação e coligação contratual. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 4, n. 1, 2018.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOPES, Serpa. *Curso de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.
- MALAUURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent. *Droit des obligations*. Paris: LGDJ, 2016.
- MARINO, Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

- MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale). *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*, vol. 2, n. 4, 2004.
- MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, vol. 1, n. 1, mai./2005.
- MARTINS-COSTA, Judith; ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade contratual: prazo prescricional de dez anos. *Revista dos Tribunais*, vol. 979. São Paulo: RT, mai./2017.
- MIRANDA, F.C. Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.
- MIRANDA, F.C. Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. IV. São Paulo: RT, 2012.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual. *Pensar*, vol. 21, n. 2, mai.-ago./2016.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista de Direito Renovar*, n. 25. Rio de Janeiro: Renovar, jan.-abr./2003.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NEVES, José Roberto de Castro. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.
- NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- OLIVA, Milena Donato. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. São Paulo: Atlas, 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: GEN, 2019.
- PERLINGIERI, Pietro. In tema di tipicità e atipicità nei contratti. In: PERLINGIERI, Pietro (a cura di). *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*. Napoli: ESI, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 1997.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PESIRI, Fabrizio Virginio. Il c.d. negozio novativo della causa. Profili sistematici. *Rassegna di diritto civile*, vol. 4/2016. Napoli: ESI, 2016.
- PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*, tome II. Paris: LGDJ, 1907.
- POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2002.
- PUGLIATTI, Salvatore. *Diritto civile: metodo-teoria-pratica*. Milano: Giuffrè, 1951.
- PUGLIATTI, Salvatore. *Il fatto giuridico*. Milano: Giuffrè, 1996.
- PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964.
- PUTTI, Pietro. *La nullità parziale: diritto interno e comunitario*. Napoli: ESI, 2002.
- RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.
- RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- RENTERÍA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado: análise crítica*. Rio de Janeiro: GEN, 2011.
- RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1969.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 2005.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*, vol. XI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.
- SCHREIBER, Anderson. Alterações da MP 881 ao Código Civil - Parte I. *Carta Forense*, 2.5.2019.
- SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras). *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SCHREIBER, Anderson. Dever de renegociar. *Carta Forense*, 16.10.2017.
- SILVA, Rodrigo da Guia. A revisão do contrato como remédio possível para o inadimplemento. *Revista dos Tribunais*, vol. 995. São Paulo: RT, 2018.
- SILVA, Rodrigo da Guia. Em busca do conceito contemporâneo de (in)adimplemento contratual: análise

funcional à luz da boa-fé objetiva. *Revista da AGU*, vol. 16, n. 2, abr.-jun./2017.

SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. São Paulo: RT, 2018.

SILVA, Rodrigo da Guia. Novas perspectivas da exceção de contrato não cumprido: repercussões da boa-fé objetiva sobre o sinalagma contratual. *Revista de Direito Privado*, vol. 78. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun./2017.

SILVA, Rodrigo da Guia. Remédios no direito privado: tutela das situações jurídicas subjetivas em perspectiva civil-constitucional. *Revista de Direito Privado*, vol. 98. São Paulo: RT, mar.-abr./2019.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun./2012.

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

SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun./2014.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. A MP da liberdade econômica e o direito civil. Editorial à *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 20. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun./2019.

TEPEDINO, Gustavo. Atividade sem negócio jurídico e a formação progressiva dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 44. Rio de Janeiro: Padma, out.-dez./2010.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. *Temas de direito civil*, t. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição. *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. O papel da hermenêutica contratual na manutenção do equilíbrio econômico dos contratos. *Soluções práticas de direito*, vol. II. São Paulo: RT, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*, vol. IV. São Paulo: Atlas, 2008.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 11. Belo Horizonte: Fórum, jan.-mar./2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOMMASINI, Raffaele. Nullità (dir. priv.). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII. Milano: Giuffrè, 1978.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. Padova: CEDAM, 2015.

VALIM, Thales Ricardo Alciati. A doutrina da causa no direito francês pós-reforma. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 5, n. 3, 2019.

VAZ, Marcella Campinho. Pós-eficácia das obrigações. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional*. São Paulo: Almedina, 2018.

VIÉGAS, Francisco de Assis. *Denúncia contratual e dever de pré-aviso*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VIÉGAS, Francisco de Assis. Notas sobre a pós-eficácia contratual. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Princípios contratuais aplicados: boa-fé, função social e equilíbrio contratual à luz da jurisprudência*. São Paulo: Foco, 2019.

Como citar:

SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 14, n. 3, 2025. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:
21.8.2019

Publicação a convite.