

AS RAÍZES ROMANAS DO CONTRATO

Marcel Moraes Mota*

Sumário: I. Introdução. II. Aspectos históricos sobre o Direito Romano e a formação da tradição civilística. III. O Direito Romano hoje. IV. Noção sobre *contractus*. V. O contrato nos períodos arcaico e clássico. VI. A evolução subsequente do contrato até o Direito justinianeu. VII. Conceito moderno de contrato nos sistemas romano-germânicos. VIII. Conclusão. Referências.

Resumo: Este trabalho tenciona investigar as raízes romanas do contrato na tradição civilística. Em particular, examinaremos se o estudo do Direito Romano permite-nos apontar elementos conceituais do contrato. Sendo a resposta afirmativa, é importante saber quais são esses elementos e se remanescem nos sistemas atuais do *Civil Law*. Parece que a tarefa é relevante por razões teóricas e práticas, já que pode esclarecer o conceito de contrato, bem como sua história, os quais desempenham importante papel na interpretação contratual. Exploraremos aspectos históricos do Direito Romano e da formação da tradição civilística. Em seguida, apresentaremos uma visão sobre o significado de *contractus*. Depois disso, escrutinaremos as obrigações contratuais nas diferentes épocas do Direito Romano. No Direito justinianeu, três elementos do contrato são distinguidos: *conventio*, *causa* e proteção processual. Posteriormente, examinaremos o conceito moderno de contrato nos sistemas jurídicos contemporâneos de tradição civilística. Concluímos que o contrato moderno, nos

* Professor de Direito Civil, Direito Processual, Direito Romano, Hermenêutica Jurídica e Conceitos Jurídicos Fundamentais do Centro Universitário Farias Brito (FB UNI). Doutorando em Ciências Jurídicas, na especialidade de Ciências Jurídico-Civis, pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito (Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará. Bacharel em Direito pela UFC. Advogado.

ordenamentos que pertencem à família do *Civil Law*, tem fonte no Direito Romano.

Palavras-Chave: Contrato; Direito Romano; Direito Comparado; Família romano-germânica.

Abstract: This paper seeks to investigate the Roman roots of contract in the civilian tradition. In particular, we shall inquire if the study of Roman Law allow us to point out conceptual elements of contract. Being the answer affirmative, it is important to know what are those elements and if they remain in current civilian legal systems. It seems the task is relevant for both theoretical and practical reasons, since it may enlighten the concept of contract, as well as its history, which play an important role for contractual interpretation. We shall explore historical aspects of Roman Law and of formation of civilian tradition. Then we shall present a vision about the meaning of *contractus*. After that, we shall look into contractual obligations in different times of Roman Law. In Justinian Law, three elements of contract are distinguished: *conventio*, *causa* and procedural protection. Therafter we shall examine modern concept of contract in contemporary civilian legal systems. We conclude that modern contract, in legal systems that belong to *Civil Law*, has source in Roman Law.

Keywords: Contract; Roman Law; Comparative Law; Civil Law.

I. INTRODUÇÃO

1.



encionamos, neste trabalho, investigar as raízes romanas do contrato nos sistemas que seguem a tradição civilística.

Interessa-nos, em particular, pesquisar se o exame das obrigações contratuais admitidas no Direito Romano permite apontar elementos conceituais do contrato.

Caso a resposta seja afirmativa, importa saber quais são os mencionados elementos, bem como se estão presentes em sistemas jurídicos nacionais que compõem o círculo do *Civil Law*.

O presente estudo, portanto, integra um horizonte mais amplo, que trata da viabilidade da elaboração histórico-jurídica do conceito de contrato na família romano-germânica.

Parece-nos que a tarefa proposta tem relevância do ponto de vista teórico, já que se situa nas dimensões analítica e empírica da Ciência do Direito.¹

De outra parte, a importância prática desta pesquisa está ligada à compreensão do próprio contrato, que é figura incontornável no tráfego jurídico.

Ora, o conhecimento de elementos do contrato, perscrutados em uma perspectiva diacrônica, auxilia o processo de interpretação contratual em casos concretos.

A fim de atingir o objetivo proposto, cuidaremos de aspectos históricos sobre o Direito Romano e da formação da tradição civilística, expediente que, assim esperamos, elucidará a importância atual do estudo das instituições jurídicas romanas.

Em seguida, investigaremos a noção de *contractus*, bem como o desenvolvimento das obrigações contratuais nas diferentes épocas do Direito Romano.

Posteriormente, examinaremos o conceito moderno de contrato nos sistemas romano-germânicos, tendo em vista os Direitos francês, alemão, italiano, português e brasileiro, que são

¹ DREIER, Ralf. *Recht, Moral, Ideologie: Studien zur Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981. p. 48 ss.

os mais relevantes, em nossa visão, sob o prisma luso-brasileiro, por razões históricas e culturais.

Na conclusão, retomaremos, em caráter sintético, os resultados desta investigação, bem como enfrentaremos a indagação proposta sobre os elementos do contrato no grupo romano-germânico.

II. ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE O DIREITO ROMANO E A FORMAÇÃO DA TRADIÇÃO CIVILÍSTICA

2. O Direito Romano, ao lado do pensamento filosófico grego, constitui um dos pilares da civilização ocidental, que bem pode ser chamada de greco-romana.

Considerando-se o período compreendido entre a fundação de Roma e a época em que Justiniano reinou, transcorrem-se mais de treze séculos.

Dado o largo período mencionado, convém classificar o desenvolvimento histórico do Direito Romano em distintas fases, a fim de facilitar a compreensão das transformações por que passaram os institutos jurídicos, nomeadamente os que integram o Direito Privado.

Assim, como veremos abaixo, há diferenças relevantes no perfil jurídico do contrato, conforme o período examinado do Direito Romano.

3. De acordo com Santos Justo², em classificação que adotamos, distinguem-se, sob o prisma jurídico-interno, as seguintes épocas do Direito Romano: a) arcaica (753 a 130 a.C.); b) clássica (130 a.C. a 230); c) pós-clássica (230 a 530); d) justinianeia (530 a 565).

A época arcaica, ou pré-clássica, começa com a fundação de Roma. Verifica-se, nos primórdios do referido período, a

² JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano: parte geral* (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos). 6. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2017a. v. I. p. 17-18.

formação costumeira do Direito, ao qual se achava intimamente ligada a Religião.

Destaca-se, no Direito pré-clássico, a elaboração da Lei das XII Tábuas, em 450 a.C, que promoveu avanços em termos de segurança jurídica e de respeito à igualdade entre os cidadãos, que passaram a ter proteção decorrente de relevante texto normativo.³

Precisamente a publicação da *Lex Aebutia*, por volta de 130 a.C., a qual acolheu o processo formulário, marca a passagem para a época clássica, fase em que o Direito Romano atingiu sua expressão mais rica, com notáveis influências até os dias de hoje, especialmente no domínio do Direito das Obrigações.⁴

Ora, o processo formulário, em comparação ao vetusto modelo das ações da lei (*legis actiones*), caracteriza-se por ser mais rápido, por atenuar as exigências formais, por introduzir o elemento escrito da fórmula, bem como por permitir atuação mais ampla do magistrado.⁵

Salienta-se que o pretor, ao definir os limites do litígio, podia, por meio da *formula*, instruir o juiz privado acerca da apreciação da questão jurídica posta. Importante também mencionar o poder de admitir novas ações. As referidas modificações permitiram, ao *ius praetorium*, o cumprimento das tarefas de completar, suprir e corrigir o Direito antigo.⁶

³ Cfr. MANTHE, Ulrich. *Geschichte des römischen Rechts*. 5. ed. München: C.H. Beck, 2016. p. 41.

⁴ Sobre a influência do Direito Romano clássico nas ordens jurídicas privadas atuais, v. KASER, Max; KNÜTEL, Rolf; LOHSSE, Sebastian. *Römisches Privatrecht*. 21. ed. München: C.H. Beck, 2017. p. 1.

⁵ Nesse sentido, v. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 219.

⁶ Cfr. MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 7. Sobre a atuação do pretor no período clássico, v. MANTHE, Ulrich. ob. cit., p. 87. Quanto à diferença entre a lei e o Direito pretoriano, v. PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de direito romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. t. I. p. 80-81.

Dessa maneira, o processo civil *per formulas* permitiu, com o passar do tempo, a adoção de novas soluções jurídicas para os problemas submetidos ao procedimento judicial.

Para o incremento da *iurisprudencia* desempenharam papel fundamental os juriconsultos, cujas construções resultaram na admissibilidade de novas ações pelos pretores, o que evidencia a origem processual como traço marcante de diversas instituições privadas romanas.

Importa salientar, ademais, o contributo do pensamento aristotélico para o vigor do Direito clássico, o que pode ser vislumbrado em torno da época em que viveu Cícero, conforme nos ensina Michel Villey.⁷

No período pós-clássico, há a decadência da jurisprudência romana, observa-se o enfraquecimento da doutrina, que se limita, em grande medida, a resumos e esquemas simplificadores das instituições.

Nota-se, na aludida fase, reação classicista promovida pelas Escolas de Constantinopla, Alexandria e Beirute, o que contribuiu para impedir que o processo de vulgarização do Direito Romano se tornasse predominante. Ademais, verifica-se, como resultado do deslocamento do eixo político e econômico em direção ao lado oriental do Império, tendência de helenização do pensamento jurídico romano, conferindo-lhe maior abstração.⁸

A queda de Roma, em 476, tomada pelos bárbaros, marcou o fim do Império Romano do Ocidente, o que se convencionou como o marco inicial da Idade Média.

Coube a Justiniano, no século VI, empreender esforços de retomada da porção ocidental do Império, o que foi alcançado em parte e durante certo tempo.

⁷ VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris: PUF, 2017. p. 103.

⁸ JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017a. p. 19.

No plano jurídico, o imperador Justiniano buscou promover a revitalização do Direito Romano, então ameaçado pela vulgarização, pela confusão de conceitos e pelo empobrecimento da doutrina.

Determinou, então, que se realizasse compilação do Direito Romano, com fragmentos de doutrina, manual escolar e leis romanas. A mencionada compilação favoreceu o restabelecimento da unidade do Direito Romano, tendo servido como relevantíssima fonte, nos séculos seguintes, para o conhecimento das instituições romanas. Trata-se do que veio a ser chamado de *Corpus Iuris Civilis*.

4. Durante a Idade Média, na Europa continental, verifica-se a influência do Direito Romano no desenvolvimento do Direito Canônico.

Quanto ao ensino jurídico medieval, cabe diferenciar os períodos da Alta Idade Média (sécs. V-XI) e da Baixa Idade Média (sécs. XII-XV).

Na Baixa Idade Média, afirma-se que o Direito era estudado no contexto das tradicionais artes liberais, a saber, a gramática, a retórica e dialética, que compunham o *trivium*. O Direito fazia parte da dialética, ensinado, predominantemente, por escolas eclesiásticas. Cogita-se a existência de escolas de Direito no Império Romano do Oriente.⁹

Com o ressurgimento das Escolas de Direito, nas Universidades europeias, a partir do final do século XI, sobrelevando-se a contribuição da Escola de Bolonha, a compilação de Justiniano cumpriu seu propósito de manter viva a grandiosa herança do Direito Romano.¹⁰

⁹ CUNHA, Paulo Ferreira da; SILVA, Joana Aguiar e; SOARES, António Lemos. *História do direito: do direito romano à constituição europeia*. reimp. da edição de outubro de 2005. Coimbra: Almedina, 2010. p. 160-162.

¹⁰ Sobre a formação da ciência jurídica europeia, v. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. de A. M. Botelho Hespanha. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 38 ss.

Os juristas medievais passaram a dedicar-se a glosas e comentários sobre os textos romanos, tidos como materiais jurídicos dotados de autoridade, que consistiriam na própria razão escrita.¹¹

Observa-se que a laboriosa atividade dos referidos juristas contribuiu para o ressurgimento de um Direito comum no continente europeu, como legítimo sucessor do Direito Romano.

5. Na formação dos sistemas jurídicos nacionais da Europa continental, vislumbra-se o elemento fundante do Direito Romano, ao qual se agregaram as normas consuetudinárias, destacando-se a influência dos costumes germânicos. Em virtude das grandes navegações, as instituições jurídicas romanas alcançaram a América Latina.

Com base em elementos históricos, metodológicos e filosóficos comuns, os Direitos nacionais de base romanística, inobstante a presença de traços particulares em cada sistema, partilham da mesma tradição jurídica, de modo que formam a família romano-germânica, também chamada de *Civil Law*.¹²

A designação *Civil Law* lança luzes sobre a importância fundamental do *ius civile*, o Direito dos cidadãos romanos, de onde se origina o nosso Direito Civil.¹³ Daí por que versamos sobre a tradição civilística, indispensável para a compreensão do Direito dos Contratos.

III. O DIREITO ROMANO HOJE

6. Como salienta Pedro Pais de Vasconcelos, o Direito Civil é “o direito comum do Direito Privado”¹⁴. Deveras, os

¹¹ *Ibidem*, p. 171 ss.

¹² Sobre a família romano-germânica, v. VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2016. v. I. p. 93 ss.

¹³ Com respeito ao *ius civile*, v. MANTHE, Ulrich. ob. cit. p. 12-13.

¹⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 10.

institutos civis fundamentais compõem a base de todos os ramos do Direito Privado. O exemplo do contrato não poderia ser melhor.

Sob o influxo da obra de Savigny, podemos afirmar que o Direito Civil é o Direito Romano atual.¹⁵

Não é demais ressaltar que expressiva parte dos dispositivos atuais das leis civis mantêm o regime do Direito Romano.¹⁶

Além disso, é importante ter presente a contribuição dos romanos para o modo de pensar o Direito. Fixaram-se, por meio do labor dos juristas romanos, noções fundamentais do raciocínio jurídico.¹⁷

Assim, parece-nos correto sustentar que o conhecimento das instituições romanas, na atualidade, conserva relevância nos aspectos teórico e prático, especialmente na seara do Direito Privado.

Identificamos três funções para o estudo do Direito Romano: cultural, comparativa e prática.

A investigação do Direito Romano promove a cultura jurídica, ensaja conhecimento mais profundo do Direito moderno, tendo em vista o desvelar de suas origens.

Por sua vez, a função comparativa do estudo do Direito Romano decorre da consideração de suas transformações em diferentes épocas, evidenciando-se a elaboração dos institutos jurídicos como construções histórico-sociais concebidas para a solução de problemas.

Resulta-nos clara, portanto, a função prática do estudo do Direito Romano. O conhecimento das raízes das instituições romanas permite melhor compreensão sobre a finalidade dos

¹⁵ A respeito, v. SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840. v. I. Na mesma linha, v. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: introdução, fontes do direito, interpretação da lei, aplicação das leis no tempo, doutrina geral*. 4. ed. reformulada e actualiz. Coimbra: Almedina, 2016. v. I. p. 117.

¹⁶ Nesse sentido, v. KASER, Max; KNÜTEL, Rolf; LOHSSE, Sebastian. ob. cit., p. 13.

¹⁷ Cfr. PEIXOTO, José Carlos de Matos. ob. cit., p. 189.

institutos jurídicos, o que favorece sua escorreita aplicação nas situações práticas.

Consoante adverte Menezes Cordeiro,

Sem o Direito Romano, acentuam-se as tendências para a memorização árida, para a rotina e para um conceitualismo acético. O Direito lusófono torna-se mais sensível ao abastardamento. O estudo do Direito Romano é uma necessidade premente.¹⁸

Ora, são precisamente os inconvenientes acima apontados, que podem acometer aqueles que desconsideram a relevância do Direito Romano para a solução dos problemas jurídicos atuais, que pretendemos repelir, na área contratual, por meio da investigação das raízes romanas do contrato.

IV. NOÇÃO SOBRE CONTRACTUS

7. Das primeiras obrigações contraídas por meio de acordos solenes na Roma Antiga à reflexão sobre o conceito de moderno de contrato nos sistemas de tradição romanística, transcorre longo e rico processo histórico-cultural, que devemos ter em mente, para a adequada inteligência do ato contratual.

Consideremos, neste momento, a relação entre *obligatio* e *contractus*.

Ressaltamos que a noção de *obligatio*, ou obrigação, é anterior à elaboração abstrata da figura contratual.

Define-se, nas *Institutiones*, obrigação como “vínculo jurídico, pelo qual somos necessariamente adstritos a pagar a alguém uma coisa, segundo o Direito de nossa cidade”¹⁹.

¹⁸ CORDEIRO, António Menezes. ob. cit., 2016. p. 120-121.

¹⁹ I. 3. 13. pr. Traduzimos. No original: “*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*”. Para uma visão pessoalista da obrigação, v. SAVIGNY, Friedrich Karl von. ob. cit., p. 338-339. Sobre o caráter compreensivo da obrigação, v. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. v. VI. p. 23-48, BIRKS, Peter. *The Roman law of obligations*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 2-5, BRUTTI, Massimo. *Il diritto privato nell'antica Roma*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2015. p. 426.

A concepção romana de obrigação como liame foi acolhida no Código Civil português, cujo artigo 397º a define como “vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”.

Não há, no Código Civil brasileiro, dispositivo que defina obrigação. Segue-se a ideia, que reputamos correta, de que a elaboração das definições é tarefa da dogmática jurídica. Destacamos, na doutrina brasileira, como sucessora da formulação veiculada na compilação justinianea, a definição proposta por Caio Mário da Silva Pereira, segundo a qual “obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável”²⁰. Constata-se, na referida apreensão conceitual, a presença do vínculo jurídico, que vem a ser o elemento imaterial da obrigação.

Retemos como essencial, portanto, na visão romanística da obrigação, a noção de vínculo jurídico, ou *vinculum iuris*, entre situações jurídicas subjetivas.

Interessa-nos chamar a atenção para os acontecimentos que dão origem às *obligationes*, qualificados juridicamente como fontes das obrigações.

Em suas *Institutas*, Gaio apresenta a suma divisão das obrigações: toda obrigação nasce do contrato, ou do delito.²¹ Posto que incompleta, a mencionada classificação realça a importância do contrato como fonte obrigacional.²²

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 27. ed. rev. e atual. por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. II. p. 7. No original, há itálico.

²¹ *Institutas*, III, 88. Consultamos versão com tradução para o inglês: GAIUS. *Institutes of Roman law*. Tradução de Edward Poste. 4. ed. rev. e aum. por E. A. Whittuck, com introdução histórica de A. H. J. Greenidge. [S.l]:[s.n], 1904. Acerca das origens da aludida suma divisão, v. MARKY, Thomas. ob. cit., p. 117-118. Ver, ainda, VILLEY, Michel. *Le droit romain*. Paris: PUF, 2012. p. 107.

²² Sobre as fontes das obrigações no Direito Romano, v. ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 397-400.

De fato, afirma-se que o termo contrato provém de *contractus*, que designa a obrigação contraída, no período arcaico, por meio de acordos solenes.²³

Em todo caso, é importante esclarecer que, entre os romanos, inexistiu uma teoria dos contratos, que pressupõe ordenação sistemática de conceitos jurídicos contratuais, tampouco fora elaborada uma concepção técnica de contrato. Nessa linha, informam Kaser, Knütel e Lohsse que “também para o *contrato*, o acordo declarado entre duas ou mais pessoas sobre uma consequência jurídica almejada, têm os romanos nem um nome técnico, nem uma teoria”²⁴.

Tendo surgido como adjetivo, *contractus* adquire, na experiência jurídica, o significado de modo voluntário de criação de obrigações, atendidos certos requisitos.

Supomos que o desenvolvimento deste estudo deixará claro que a noção romana de *contractus*, que está ligada às obrigações contratuais, subjaz a concepções modernas de contrato.

V. O CONTRATO NOS PERÍODOS ARCAICO E CLÁSSICO

8. Da época arcaica ao período clássico do Direito Romano, os contratos são marcados pelo formalismo e pela tipicidade. Mitiga-se a característica formalista com o reconhecimento dos contratos consensuais, conforme veremos adiante.

Como mencionado anteriormente, o período arcaico é caracterizado pelo vínculo entre elementos jurídicos e religiosos, o que explica a presença de rituais e palavras solenes, com feição sacramental, na celebração de atos jurídicos.

²³ Cfr. JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano: direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2017b. v. II. p. 24.

²⁴ KASER, Max; KNÜTEL, Rolf; LOHSSE, Sebastian. ob. cit., p. 49. Itálico no original. Traduzimos. No original: “*auch für den Vertrag, die erklärte Einigung zweier oder mehrerer Personen über einen angestrebten Rechtserfolg, haben die Römer weder einen technischen Namen noch eine Theorie*”.

O exame do Direito clássico, por sua vez, permitirá descortinar as espécies contratuais admitidas pelo Direito Romano.

Consideremos, então, o evoluer do Direito dos Contratos nas épocas arcaica e clássica.

9. Em sua fase primeva, o Direito Romano só admitira os contratos formais. Era precisamente o cumprimento de determinadas formalidades, além do acordo de vontades, que fizera surgir as obrigações contratuais.

Nessa linha, aponta Thomas Marky que “o direito romano primitivo só conheceu os contratos formais. Nestes, a *causa civilis*, que conferia força obrigatória e consequências jurídicas ao ato, era a prática das formalidades prescritas”²⁵.

Compreende-se que o formalismo do Direito antigo “provém da necessidade dos homens primitivos de ilustração”²⁶. Dessa maneira, a observância das formalidades rigidamente prescritas realiza, de forma segura, a representação do ato jurídico praticado.

No Direito arcaico, havia poucos contratos. Argumenta-se que o pequeno número de contratos decorre de dois fatores. Em primeiro lugar, havia reduzida atividade econômica. Em segundo lugar, predominava visão restritiva dos contratos, tendo em conta o interesse de preservação da liberdade do *pater familias*, que estava sujeito a ações pessoais em hipóteses bem limitadas.²⁷

Sustenta-se que os dois primeiros contratos formais foram a *stipulatio* e o *nexum*.²⁸

Notável exemplo de contrato formal verbal, que se conclui mediante a pronúncia de palavras solenes, é a *stipulatio*.

²⁵ MARKY, Thomas. ob. cit., p. 119. Nota-se que o autor emprega *causa* no sentido de fundamento jurídico.

²⁶ KASER, Max; KNÜTEL, Rolf; LOHSSE, Sebastian. ob. cit., p. 50. Traduzimos. No original: “entspringt dem Bedürfnis primitiver Menschen nach Veranschaulichung”.

²⁷ Cfr. VILLEY, Michel. ob. cit., 2012. p. 112.

²⁸ MARKY, Thomas. ob. cit., p. 119.

A *stipulatio* tem, em sua feição original, as seguintes características: solenidade, formalidade, oralidade, abstração e unidade.²⁹

O referido contrato verbal, tido como o mais importante dos contratos no Direito Romano³⁰, celebra-se com o chamamento da suposta proteção dos deuses. Forma-se no modo de pergunta e resposta, manifestadas oralmente, em ato uno, de acordo com a fórmula jurídica previamente estabelecida. Cabe ao *stipulator* a pergunta, que deve ser respondida, presencialmente e de forma imediata, pelo *promissor*. Inicialmente, a *stipulatio* pressupunha o uso do verbo *spondere*. Em momento posterior, admitiram-se novas perguntas. Por exemplo: *Facies? Faciam* (Farás? Farei). Trata-se de negócio abstrato, porque independe do exame da causa jurídica³¹, a obrigatoriedade decorre do cumprimento das formalidades.

A fonte formal dos referidos atos solenes verbais, cuja realização dava origem a obrigações contratuais, encontra-se no *ius civile*, que tem caráter conservador, rígido, inflexível.

Dessa forma, nos primórdios, os contratos estavam previstos, em rol taxativo, pelo *ius civile*, o que elucida a tipicidade na origem dos contratos romanos.

Convém notar que o formalismo exigido para a celebração dos contratos tem em vista a proteção da legítima expectativa do credor, bem como a gravidade da consequência jurídica do descumprimento do *contractus*.

Por meio do *nexum*, contrato formal arcaico, a pessoa do devedor (*nexus*), ou também alguém de sua família, sujeitava-se, ou sujeitavam-se, ao poder do credor, no caso de incumprimento. Tratava-se de ato com a formalidade *per aes et libram*, que se fazia com a presença das partes, diante de cinco testemunhas, do objeto, de uma balança e de seu portador.

²⁹ JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 86-87.

³⁰ ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 498.

³¹ Compreendida como finalidade.

Outrora descrito como contrato mútuo com força executiva, o *nexum* passou a ser compreendido, maioritariamente, como hipótese de garantia do cumprimento de uma *obligatio*.³²

Permitia-se, dessa forma, a escravidão por dívida, que foi abolida, por volta de 326 a.C, em virtude da *Lex Poetelia Papiaria*.³³

Outro exemplo de ato jurídico formal é a *mancipatio*, ritual *per aes et libram*, pelo qual se transmitia a propriedade de determinados bens, chamados *res mancípi*, a exemplo da propriedade quirítária, a qual era reservada aos cidadãos romanos.³⁴

O ritual da *mancipatio* previa a proclamação de palavras solenes pelo adquirente (*mancipio accipiens*). Posteriormente, o alienatário procedia ao pagamento em favor do alienante (*mancipio dans*), por meio de uma peça de bronze, que antes havia sido batida em um dos pratos da balança.³⁵

Cuida-se “de um negócio abstrato, uma venda imaginária, *imaginaria venditio*, que tanto serve para transferir poderes sobre pessoas ou coisas (...)”³⁶. Apresenta-se a *mancipatio*, possível modo de aquisição do domínio, por conseguinte, como figura jurídica precursora do contrato de compra e venda.³⁷

Além dos atos formais mencionados, dignos de nota são os contratos literais, que são aqueles em que as obrigações

³² *Ibidem*, p. 478-479.

³³ Observa-se que a escravidão por dívida fora substituída, ou “suplantada pela execução patrimonial”, cfr. PEIXOTO, José Carlos de Matos. ob. cit., p. 283.

³⁴ Sobre o ritual de transmissão das *res mancípi*, v. MANTHE, Ulrich. ob. cit., p. 19-24. Quanto à diferença entre *mancipatio* e *nexum*, v. MARKY, Thomas. ob. cit., p. 119-120.

³⁵ O ritual praticado pelo bronze e pela balança simboliza a pesagem da quantia paga. Cfr. CRETTELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 143-144.

³⁶ LUIZ, Antônio Filardi. *Curso de direito romano*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 127.

³⁷ ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 516. Nessa descrição, cabe salientar que a *mancipatio* não é, em rigor, um contrato. Cuida-se, conforme exposto, de ato jurídico formal que antecede a compra e venda consensual.

resultam da escrita em registros privados.³⁸ Introduzidos por influência grega, caíram em desuso no fim do período clássico.³⁹ A título de exemplo, podemos citar a *transcriptio*, que consistia em anotação no registro de caixa do credor com o consentimento, manifestado de forma expressa ou tácita, do devedor.⁴⁰

Na síntese de Cretella Júnior, o contrato formal é representado na seguinte fórmula: “*Contrato = pacto + formas*”⁴¹. Em nossa avaliação, trata-se de fórmula didática, que bem descreve a estrutura dos contratos formais.

Identificam-se, com efeito, três espécies de formalidades nos contratos: a) bronze e balança; b) palavras; c) letras.⁴² No primeiro caso, a formalidade *per aes et libram*, das mais antigas, se verifica no *nexum*.⁴³ A *stipulatio* é exemplo contrato formal verbal. Por sua vez, os contratos literais, a exemplo da *transcriptio*, seguem a forma escrita, ou forma das letras.

O formalismo contratual, nos períodos arcaico e clássico, tem aspectos vantajosos e desvantajosos.

Apontam-se como vantagens das exigências formais: a) definição clara do momento da conclusão do contrato, assim como de seu conteúdo; b) as partes são chamadas a ponderar sobre as consequências jurídicas de seus atos; c) prova dos atos. Por outro lado, são desvantagens: a) dificuldade na realização do ato, o que torna a conclusão dos contratos mais demorada; b) rigidez; c) proteção deficiente do devedor, nas hipóteses de consentimento viciado.⁴⁴

Observa-se que, com o passar do tempo e a ampliação das relações comerciais no mundo romano, o formalismo foi atenuando-se, como exigência inerente das práticas negociais.

³⁸ *Ibidem*, p. 505.

³⁹ MARKY, Thomas. ob. cit., p. 120.

⁴⁰ Cfr. JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 94.

⁴¹ CRETELLA JÚNIOR, José. ob. cit., p. 174. Itálico no original.

⁴² Cfr. *ibidem*, p. 175. No mesmo sentido, v. LUIZ, Antônio Filardi. ob. cit., p. 170.

⁴³ Bem como, consoante indicado acima, na *mancipatio*.

⁴⁴ Cfr. CRETELLA JÚNIOR, José. ob. cit., p. 175.

10. Após os antigos contratos formais, admitira-se a formação de contratos por meio da entrega de coisas, que deveriam ser restituídas ao credor.

O mútuo (*mutuum*, *mutui datio*) é o primeiro contrato real. Ulteriormente, admitem-se outros contratos reais, como o comodato (*commodatum*), o depósito (*depositum*, *depositio*) e o penhor (*pignus*).⁴⁵

Em todos esses casos, o contrato é real, já que se aperfeiçoa mediante a entrega de uma coisa ao devedor. Não basta o acordo de vontades, é indispensável a realização de ato material em relação à *res*, que pode ser *datio* ou *traditio*.⁴⁶

Nos contratos de empréstimo, mútuo e comodato, há de ser restituída, respectivamente, coisa fungível e coisa infungível. Ambos os contratos são gratuitos, podendo o mútuo assumir o caráter oneroso, por meio de uma *stipulatio* relativa aos juros.

Ocorre que, por meio do mútuo, há transferência da propriedade sobre o bem fungível, ao passo que, no comodato, o credor conserva o domínio e a posse sobre a coisa infungível emprestada, cabendo ao comodatário a mera detenção. No mútuo, verifica-se a *datio* da coisa. No comodato, a *traditio*.⁴⁷

O depósito, por sua vez, consiste na entrega de coisa móvel infungível ao depositário, para que este, gratuitamente a guarde e a restitua, quando solicitado pelo depositante.

Já o penhor é contrato real que cria direito real de garantia em favor do *accipiens*, o credor pignoratício, a quem se transfere a posse de coisa do devedor. Cumprida a obrigação garantida, o possuidor da coisa deve restituí-la a seu dono.⁴⁸

Dos contratos reais a que aludimos, o mais antigo, como já afirmado, é o contrato de mútuo, já reconhecido no Direito pré-clássico. Os demais foram admitidos como fontes das

⁴⁵ Nesse sentido, v. MARKY, Thomas. ob. cit., p. 120-121.

⁴⁶ A respeito, v. JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 33-34.

⁴⁷ ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 490, JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 45.

⁴⁸ Cfr., por exemplo, JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 47-48.

obrigações a partir do período clássico. Por essa razão, nota-se que, nas *Institutas* de Gaio⁴⁹, apenas o mútuo é reconhecido como contrato real.

Afirma-se que os juristas romanos, no Direito clássico, não reconheciam o elemento subjetivo, ou acordo de vontades, como fato gerador do contrato. Impunha-se a presença de elemento objetivo, consistente no cumprimento de formalidades ou na entrega de uma coisa, para que nascessem obrigações contratuais.⁵⁰

Moreira Alves ensina que

O simples acordo de vontade (*pactum, conuentio*) não gera obrigação, sendo tutelado, não por uma *actio*, mas, indiretamente, por uma *exceptio* (...). Portanto, contrato e acordo de vontade (*pactum, conuentio*) não se confundem, no direito clássico.⁵¹

É o que vimos quanto aos contratos verbais, literais e reais.

II. Conforme salientamos acima⁵², a origem processual de diversos institutos jurídicos privados é uma das características do Direito Romano.

Na experiência jurídica romana, no campo das obrigações, a *actio* precede o direito.⁵³ A relação das *actiones* admitidas constava dos éditos (*edicta*) publicados pelos pretores, quando do início de suas funções públicas.

Cumprir recordar que o desenvolvimento do *ius praetorium*, por meio da atividade dos pretores, resultou em novas ações, o que implicou a criação de novas espécies contratuais.

Ora, a expansão do Direito pretoriano é a tese mais aceita, porque amparada em melhores argumentos, quanto à

⁴⁹ *Institutas*, III, 90-91.

⁵⁰ ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 471.

⁵¹ *Ibidem*, p. 471-472.

⁵² Item II.

⁵³ JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017a. p. 20. MANTHE, Ulrich. ob. cit., p. 92, refere-se ao pensamento jurídico orientado pelas ações do Direito Romano, ou “*aktionens-rechtliches Denken*”.

criação dos contratos consensuais, que se aperfeiçoam mediante a troca de consentimentos.

Aduz-se que os referidos contratos resultam de influência do *ius gentium*, como consequência da ampliação das relações comerciais que ocorrera em virtude da expansão dos domínios romanos.⁵⁴

De fato, o aumento das relações comerciais provoca, do ponto de vista prático, a necessidade de proteção jurídica de novas situações. Essa afirmação, todavia, é dissociável da tese de que os contratos consensuais resultam da influência do *ius gentium*.

Na verdade, observamos que o *ius gentium*, tido pelos romanos como abrangente de instituições jurídicas partilhadas por todos os povos, provém de construção teórica posterior à origem da proteção processual dos contratos consensuais.⁵⁵

Consideramos superior, portanto, o entendimento de que a atribuição de eficácia jurídica contratual às convenções, aos acordos, resulta de elementos próprios da Ciência do Direito e da prática jurídica romanas.

São contratos consensuais, reconhecidos pelos juristas romanos, a compra e venda (*emptio venditio*), o mandato (*mandatum*), a sociedade (*societas*) e a locação (*locatio conductio*).⁵⁶

Conforme leciona Santos Justo, os contratos consensuais “inspiram-se no princípio da boa-fé e constituem o ponto de partida da evolução a que chegou a hodierna figura do contrato”⁵⁷.

Se bem cuidamos, a afirmação acima exposta merece algum aprofundamento.

Por um lado, a consideração dos contratos consensuais permite traçar a linha evolutiva do Direito dos Contratos na

⁵⁴ Nessa linha, v. MARKY, Thomas. ob. cit., p. 121.

⁵⁵ CORDEIRO, António Menezes. *A boa fé no direito civil*. 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2015. p. 95-96.

⁵⁶ Ver, por exemplo, ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 515.

⁵⁷ Ob. cit., 2017b. p. 49.

tradição romanística, que nasce do formalismo e, posteriormente, admite o consenso como fonte de obrigações.

De outra parte, parece-nos que o reconhecimento do caráter vinculativo do consenso, desacompanhado de formalidades ou da entrega de uma coisa, deve-se antes à atuação criativa do pretor, da qual resultaram os *bonae fidei iudicia*.⁵⁸

Nessa linha, a *fides bona*, da qual deriva o princípio da boa-fé, há de ser compreendida como produto da elaboração pretoriana, para a qual fora decisiva a contribuição intelectual dos jurisprudentes.⁵⁹

Em suma, primeiro veio a proteção processual, por meio das ações de boa-fé, depois o reconhecimento normativo do que hoje chamamos princípio da boa-fé.

Classificam-se, portanto, os contratos consensuais como contratos de boa-fé, porquanto são protegidos por meio de *actiones bonae fidei*. Distinguem-se dos contratos de Direito estrito, como a *stipulatio*, que são tutelados por *actiones stricti iuris*.⁶⁰

Convém notar que a diferença na técnica processual implica regime jurídico diferenciado. Nos procedimentos instaurados por meio de ações de boa-fé, admite-se cognição judicial ampliada, de modo que devem ser examinadas as circunstâncias que subjazem à manifestação de vontade das partes, levando-se em consideração o comportamento exigível dos contratantes de acordo com a *fides bona*.⁶¹

Em termos didáticos, Menezes Cordeiro descreve a eficácia da *fides bona* na apreciação judicial do conflito:

“decida esta causa sem se ater ao formalismo habitual, antes tendo em conta a ausência de dolo das partes, o que elas efetivamente combinaram, o que já tenha sido decidido sobre o mesmo assunto, observando ainda se quem pede não deve, se

⁵⁸ Cfr. CORDEIRO, António Menezes. ob. cit., 2015. p. 99, “os *bonae fidei iudicia* impõem-se, desta forma, como criação do pretor, actuando na base de sua competência própria para *ius dicere* e não a mandato de alegadas normas oriundas da *fides*”.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 100.

⁶⁰ JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 27.

⁶¹ *Ibidem*, p. 27

não houve despesas específicas advenientes da duração da causa...”, numa sequência que se foi complementando à medida da evolução histórica⁶²

A referida descrição tem o mérito de realçar a peculiaridade dos contratos consensuais, que se afastam do formalismo tradicional do Direito antigo. Ademais, a referência ao comportamento das partes elucida a relevância da *fides bona* nos contratos em tela.

Consideremos as espécies de contratos consensuais admitidas no Direito Romano.

A compra e venda é contrato pela qual o vendedor (*venditor*) se compromete a transferir ao comprador (*emptor*), mediante o pagamento do preço, a posse de uma coisa, bem como a garantir-lhe o uso pacífico.

Trata-se, portanto, de contrato oneroso e sinalagmático, já que há sacrifícios patrimoniais de ambas as partes, bem como direitos e obrigações recíprocos. O vendedor deve entregar a coisa, ao passo que ao comprador cabe o pagamento do preço.

Afirma-se que a compra e venda consensual deriva da venda à vista como forma de transmissão da propriedade, tendo em vista o caráter precursor da troca.⁶³

Nota-se que a conclusão da compra e venda, no Direito Romano, não tinha o condão de transferir o domínio. Celebrado o referido contrato, tem o vendedor, devedor da coisa, a obrigação de entregá-la ao comprador, que só então dela assenhorar-se-á.⁶⁴

O mandato, por sua vez, é o contrato por meio do qual alguém, o mandante (*mandans*, *mandator*), confere a outrem, o

⁶² CORDEIRO, António Menezes. ob. cit., 2015. p. 100-101.

⁶³ ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 516. Ainda sobre as origens da compra e venda consensual, v. JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 50.

⁶⁴ É o regime do sistema brasileiro, conforme o artigo 481 do Código Civil de 2002. No Direito português, adota-se solução jurídica diversa: por força do artigo 874º do Código Civil de 1966, a compra e venda tem o efeito de transmitir a propriedade.

mandatário, a atribuição de fazer algo, gratuitamente, em benefício do mandante ou de terceiro.⁶⁵

Salienta-se que o mandato, no Direito Romano, não conferia ao mandatário a situação jurídica de representante.⁶⁶ Dessa maneira, tendo o mandatário, por exemplo, adquirido um bem em decorrência do mandato, deveria, em seguida, transferi-lo ao mandante.

É possível confirmar a existência do contrato de mandato no final da República, o que indica sua presença no Direito clássico.⁶⁷

Compreende-se a utilidade do mandato, especialmente diante dos deslocamentos causados pelas guerras, com base nas quais se verificou a ampliação dos domínios romanos.⁶⁸

Pelo contrato de sociedade, formado pelo acordo de vontades entre duas ou mais pessoas, os sócios (*socii*) assumem a obrigação recíproca de conjugar esforços ou bens para alcançar finalidade patrimonial comum.⁶⁹

Aponta-se o *consortium* entre os irmãos nas antigas famílias romanas como a possível figura antecessora do contrato social da sociedade, o qual se se caracterizara pelo uso comum dos bens do *pater familias*.⁷⁰

São elementos do contrato de sociedade: a) acordo de vontades; b) contribuição, dos sócios, com bens ou trabalho; c) *affectio societatis*; d) finalidade patrimonial lícita comum.⁷¹

⁶⁵ ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 527, JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 80.

⁶⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. ob. cit., p. 197.

⁶⁷ ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 527.

⁶⁸ Nessa linha, v. ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. São Paulo: RT, 2000. p. 239.

⁶⁹ JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 72-73, CRETELLA JÚNIOR, José. ob. cit., p. 195.

⁷⁰ É a posição acolhida por ROLIM, Luiz Antonio. ob. cit., p. 238. O tema é controverso. A respeito, v. ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 531.

⁷¹ Sobre os referidos elementos, v. ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 532.

Há distintas espécies de contrato de sociedade. Caso se convençione sociedade universal, alcançando todos os bens presentes e futuros dos sócios, tem lugar a *societas omnium bonorum*. Por seu turno, a *societas quaestus* tem por fim a realização de atividade comercial (*societas alicuius negotiationis*), ou a prática de negócio determinado (*societas unius rei*).⁷²

Já a locação é o contrato consensual por meio do qual uma pessoa, o locador (*locator*), assume a obrigação de proporcionar a outra, o locatário (*conductor*), mediante o pagamento de uma remuneração (*merces*), o uso de uma coisa, ou seu uso e seu gozo, a prestação de serviços, ou a realização de uma obra.⁷³

No primeiro caso, trata-se de locação de coisa, ou *locatio conductio rei*. Na segunda hipótese, caracteriza-se a locação de serviço, ou *locatio conductio operarum*. Por fim, enumera-se a locação de obra, que é a *locatio conductio operis*.

Prevalece, na doutrina romanística, o entendimento de que são três espécies do mesmo tipo contratual, o que consiste na tese da unidade contratual.⁷⁴

Observa-se que, no Direito Romano, locador é quem entrega a coisa, aquele que presta o serviço ou o dono da obra. Modernamente, quem realiza a obra, o empreiteiro, ocupa a posição de locador. Justifica-se a diferença apontada, já que os juristas romanos concebiam que o objeto da locação de obra eram os materiais, não o trabalho do empreiteiro.⁷⁵

Completa-se, assim, de modo breve, a apresentação dos contratos consensuais, que se tipificaram no Direito clássico.

12. Em face do exposto, compreende-se a classificação das obrigações proposta por Gaio, de acordo com a qual nascem do contrato as obrigações reais, verbais, literais e consensuais.⁷⁶

⁷² Cfr. JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 75.

⁷³ ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 535, JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 63, CRETELLA JÚNIOR, José. ob. cit., p. 193.

⁷⁴ Cfr. JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 64.

⁷⁵ Cfr. ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 535

⁷⁶ *Institutas*, III, 88-89.

Trata-se de contrato real, como vimos, o mútuo, que se aperfeiçoa mediante a entrega de coisa fungível. Posteriormente, admitiram-se outros contratos reais, como o comodato e o depósito.

Os contratos verbais se formam a partir da troca de palavras, razão pela qual abordamos a *stipulatio*.

Por seu turno, os contratos literais são constituídos a partir da escrita em registros privados, como é o caso da *transcriptio*.

Contratos consensuais, como a compra e venda e o mandato, são formados a partir do encontro de vontades e tutelados por meio de ações de boa-fé.

A classificação de Gaio, que foi acolhida pelo Direito justinianeu, cuida, portanto, da constituição das obrigações contratuais. Com efeito, conforme a lição do referido jurisconsulto, as obrigações contratuais podem ser contraídas por meio de coisa, por palavras, por documento escrito, ou por consenso.⁷⁷

Da classificação de Gaio acerca das obrigações contratuais deriva a divisão romanística, formada por intérpretes modernos, sobre os contratos no Direito Romano, que podem ser reais, verbais, literais e consensuais.⁷⁸ Ademais, é considerado provável que a catalogação de Gaio tenha origem mais antiga.⁷⁹

No caso dos contratos reais, verbais e literais, constata-se a conjugação de elementos objetivos (coisa, palavras, documento escrito) e subjetivo (consenso) para a formação do contrato.

Quanto aos contratos consensuais, em virtude dos *bonae fidei iudicia*, sedimentaram-se quatro: compra e venda, mandato, sociedade e locação.

Conforme já salientado, a admissão dos contratos consensuais já representou avanço em relação ao formalismo

⁷⁷ *Ibidem*, III, 89.

⁷⁸ ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 477.

⁷⁹ Nesse sentido, v. JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 26.

característico do surgimento da noção de *contractus*. O consenso, desde que amparado por ações de boa-fé, gerava obrigações de natureza contratual.

Não conheceu o período clássico, todavia, a superação da tipicidade dos contratos, como ocorre nos sistemas nacionais da família romano-germânica.

Em síntese, o advento dos contratos consensuais, no Direito Romano, elevou a importância do acordo de vontades nas relações privadas. O consenso, protegido por uma ação de boa-fé, tinha valor contratual, em hipóteses determinadas. Trata-se de passo fundamental, que abriu caminho para a evolução posterior do conceito de contrato.

VI. A EVOLUÇÃO SUBSEQUENTE DO CONTRATO ATÉ O DIREITO JUSTINIANEU

13. Da mera convenção, no Direito clássico, não nasciam obrigações contratuais. Indispensável se apresentava, nos casos dos contratos verbais, reais e literais, o cumprimento das formalidades exigidas. Na hipótese dos contratos consensuais, cabia a tutela por meio de uma ação de boa-fé, o que marcou o surgimento dos contratos de compra e venda, mandato, sociedade e locação.

Resta examinar a passagem da tipicidade dos contratos consensuais, que já representara significativa transformação em relação ao Direito arcaico, para a adoção do modelo dos contratos inominados.

Em seguida, cuidaremos das transformações envolvendo a figura jurídica dos pactos, relacionando-os ao fenômeno contratual.

Depois, faremos alusão às alterações pelas quais passou a *stipulatio*.

Posteriormente, procederemos à investigação dos elementos do contrato, levando-se em consideração a evolução até o período justinianeu.

14. Os contratos verbais, literais, reais e consensuais, conhecidos no período clássico, podem ser chamados de contratos típicos. A tipicidade fica evidenciada pela existência de adequada tutela processual, por meio de ação própria.

Ocorre que há contratos que formam categoria particular, tendo em vista o fato gerador e o regime jurídico da proteção processual que lhes são comuns. Os referidos contratos, que não se encaixam nos contratos típicos, podem ser chamados de inominados e assim o foram pelos juristas bizantinos.⁸⁰

Contratos inominados se formam após convenções sinalgmáticas, desde o instante em que uma das partes cumpre a prestação que lhe cabe, fato do qual nasce a obrigação correlata da contraparte.

Conforme ensina Santos Justo, os contratos inominados são:

relações cujo vínculo jurídico, que ligas as partes, surge quando só uma delas realizou a sua prestação e, por isso, pode exigir à outra a prestação a que se comprometeu: a restituição do que recebeu ou a entrega do equivalente pecuniário ao benefício patrimonial obtido.⁸¹

Possivelmente, já no Direito pós-clássico admitem-se os contratos inominados, de modo que, no período justinianeu, resta tendencialmente superada a limitação decorrente do modelo da tipicidade contratual.⁸²

É interessante recordar que, classicamente, no Direito Romano, o mero acordo de vontades não gerava ação, mas exceção (defesa).⁸³

⁸⁰ A respeito, v. ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 541-542.

⁸¹ JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b, p. 98. Ademais, v. ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 541, CRETELLA JÚNIOR, José. ob. cit., p. 199, ROLIM, Luiz Antonio. ob. cit., p. 241.

⁸² ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 472.

⁸³ D. II, 14, 7, 4.

No caso dos contratos inominados, permanece incólume a insuficiência do elemento volitivo. Há de ser verificado o cumprimento da prestação devida por uma das partes da avença.

Assim, por exemplo, diante da convenção da troca de um cavalo por outro, somente surgia obrigação contratual a partir do instante em que uma das partes entregava à outra o semovente devido. Cumprida a prestação, a parte adimplente podia exigir da outra a realização do que fora convencionado.

Em termos abstratos, distinguem-se quatro classes de contratos inominados. Mencionemo-las: a) *do ut des* (dou para que dê); b) *do ut facias* (dou para que faças); c) *facio ut des* (faço para que dê); d) *facio ut facias* (faço para que faças).⁸⁴

O exemplo que demos sobre contrato inominado, tendo por objeto a troca de cavalos, enquadra-se na categoria *do ut des*.

Chama-se a troca, ou permuta, de uma coisa pela outra de *permutatio*. Trata-se de modalidade de contrato inominado, na medida em que se não insere nos contratos típicos, que já eram admitidos na época clássica.

Quanto à natureza jurídica da *permutatio*, verificara-se divergência entre sabinianos e proculeianos. Aqueles a consideravam como modalidade de compra e venda, já estes a compreendiam como espécie contratual diversa. Prevaleceu, no Direito pós-clássico, a tese dos proculeianos, tanto é que se insere na categoria dos contratos inominados.⁸⁵

Destacam-se, com efeito, diferenças relevantes entre a permuta e a compra e venda, a saber: a) a compra e venda aperfeiçoa-se pela troca de consentimentos, já a permuta é formada a partir da *datio* de uma coisa; b) por meio da compra e venda, o vendedor se compromete a transferir a posse pacífica da coisa, já na permuta há a obrigação de transferir o domínio; c) somente na compra e venda há preço.⁸⁶

⁸⁴ Por exemplo, cfr. JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 98-99.

⁸⁵ Cfr. ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 547.

⁸⁶ Nessa linha, v. CRETILLA JÚNIOR, José. ob. cit., p. 200, ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 547-548, nota 33.

Logo, a permuta é modalidade inominada de contrato real, porquanto se aperfeiçoa por meio da dação de uma coisa.⁸⁷

Outro contrato inominado é o *aestimum*, ou contrato estimatório. Trata-se do acordo celebrado entre o atacadista (ou fabricante) e o revendedor, pelo qual este se obriga, em caso de não ocorrer a venda, a devolver a coisa, ou, na hipótese de a venda ser concretizada, a pagar o preço previamente estimado.⁸⁸

Afirma-se que os riscos do contrato estimatório recaem sobre a atividade do revendedor, que poderá auferir lucros, caso consiga concluir vendas acima do preço estimado.⁸⁹

Por sua vez, precário (*precarium*) é contrato inominado com base no qual uma pessoa (*rogatus, precario dans*) concede gratuitamente a outra (*rogans, precario accipiens*), mediante pedido desta, o uso de uma coisa ou o exercício de um direito, mantendo o *rogatus* a faculdade de revogar a concessão quando lhe aprouver.⁹⁰

Na época clássica, o precário tinha mero caráter possessório, adquirindo a feição de contrato real inominado no período pós-clássico.⁹¹

Já a transação (*transactio*) é o contrato inominado pelo qual as partes terminam ou previnem litígio, por meio de concessões recíprocas.⁹²

Observa-se que a transação, no Direito clássico, não tinha força contratual, tratava-se apenas de pacto, ou pacto nu. Na época justinianeia, cuidava-se de *contractus*.⁹³

⁸⁷ JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 102.

⁸⁸ ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 548.

⁸⁹ Nesse sentido, v. CRETELLA JÚNIOR, José. ob. cit., p. 200. É possível, todavia, que tenha sido introduzida, ainda no período clássico, regra pela qual o risco deva ser suportado pela parte que tomou a iniciativa contratual, cfr. JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 104.

⁹⁰ Cfr. JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 104.

⁹¹ JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 104.

⁹² ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 548, JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 105.

⁹³ ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 548.

Citemos ainda a doação com encargo, por meio da qual o doador transfere o domínio de uma coisa ao donatário, ao qual se impõe o cumprimento de uma prestação em benefício do doador ou de terceira pessoa. Trata-se, no Direito justiniano, de contrato inominado, que se enquadra na categoria *do ut facias*.⁹⁴

Examinados, sucintamente, os mais relevantes contratos inominados, temos condições de aferir a riqueza das manifestações contratuais, o que evidencia a insuficiência do modelo dos contratos típicos.

Ademais, fica claro que contrato inominado não quer dizer, rigorosamente, contrato sem nome. Decisivo é que não se enquadre nos contratos típicos então admitidos. O caráter inominado, dessa forma, tem a ver com o regime jurídico e a tutela processual.

Ora, a admissão dos contratos inominados implica mudança de perspectiva no Direito Romano dos Contratos. Ampliam-se, de modo relevante, as hipóteses de formação contratual das obrigações.

Nas palavras de Moreira Alves,

Do direito clássico justiniano, o sistema contratual romano sofreu alterações profundas, observando-se, nessa evolução, uma constante: o alargamento gradativo do círculo de acordo de vontades a que a ordem jurídica concede a eficácia de gerar obrigações⁹⁵

Em face do exposto, concluímos que o reconhecimento dos contratos inominados como categoria abstrata, que se mostra sedimentado na época justiniana, representa passo fundamental na direção dos modernos contratos atípicos, bem como revela maior prestígio conferido ao acordo de vontades.

15. Interessa-nos indicar as modificações por que passou a noção de *pactum* no Direito Romano, a fim de compreender adequadamente o papel dos pactos no período justiniano.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 548.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 471.

Com base na Lei das XII Tábuas, vislumbra-se que o pacto, no Direito antigo, limita-se ao fenômeno processual. Aproxima-se da transação terminativa, na medida em que se trata de acordo celebrado pelas partes com a desígnio de findar litígio.⁹⁶

No período mencionado, por conseguinte, o pacto assume feição unicamente negativa, da qual decorre a extinção processual. Falta-lhe o efeito positivo, já que os pactos não são fontes de obrigações.⁹⁷

Daí vem a lição tradicional, já mencionada acima, segundo a qual do mero pacto não nasce ação, mas exceção.

Observa-se, na época clássica, o enriquecimento da figura jurídica do *pactum*. A eficácia negativa é conservada, admitindo o pretor ainda que o pacto seja oposto como exceção. Ademais, atribui-se aos pactos eficácia positiva, de modificação de situações jurídicas obrigacionais já existentes entre as partes.⁹⁸

Cumprir mencionar o *pactum de non petendo*, por meio do qual as partes convencionavam que uma delas abria mão de propor *actio* contra a outra. Caso movida a referida ação, a parte prejudicada, como meio de defesa, dispunha de exceção fundada no pacto, ou *exceptio pacti*, que tinha o condão de entrar a ação proposta.⁹⁹

Ocorre que, em certos casos, desenvolveram-se pactos protegidos por meio de ações. Supera-se, dessa maneira, o perfil somente negativo dos pactos.

Portanto, com base na eficácia jurídica, introduz-se distinção na classe dos pactos. Há pactos que geram apenas exceções e há pactos que são sancionados por ações. Por influência dos glosadores, os pactos tutelados por meio de ações são

⁹⁶ Nesse sentido, v. JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 141.

⁹⁷ Cfr. ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 551.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 552.

⁹⁹ Cfr. JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 142, LUIZ, Antônio Filardi. ob. cit., p. 198.

chamados de pactos vestidos, ou *pacta vestita*, em oposição os pactos nus, ou *pacta nuda*, que são desprovidos de ações.¹⁰⁰

Nota-se que os pactos modificativos vieram a ser conhecidos como *pacta adjecta*, denominação cunhada pelos glosadores, tendo em vista o caráter acessório do *pactum*.¹⁰¹

Por certo, eram *pacta adjecta* “as convenções acessórias que acompanhavam um contrato, modificando-lhe ou ampliando-lhe os termos”¹⁰². Distinguem-se, portanto, duas modalidades de pactos adjetos, a saber, aumentativos ou diminutivos.¹⁰³

Os pactos aumentativos, ou *pacta ad augendam obligationem*, ampliam a obrigação resultante de um contrato, como é o caso de uma convenção que estabelece o pagamento de juros.¹⁰⁴

Já os pactos diminutivos, que são *pacta ad minuendam obligationem*, consoante a própria denominação indica, implicam a redução da obrigação da parte, como é a hipótese de dispensa do vendedor em relação à garantia da coisa¹⁰⁵, ou quando se convencionava a exclusão da responsabilidade do vendedor relativa à evicção ou aos vícios redibitórios¹⁰⁶.

Levando-se em consideração o momento em que são convencionados, os pactos adjetos podem ser *in continenti* ou *ex intervallo*, conforme sejam feitos no momento da celebração do contrato ou posteriormente.¹⁰⁷

Verifica-se que os pactos adjetos *ex intervallo* conservaram eficácia apenas negativa, ao passo que os *pacta adjecta in*

¹⁰⁰ ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 554.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 552.

¹⁰² MARKY, Thomas. ob. cit., p. 129.

¹⁰³ CRETELLA JÚNIOR, José. ob. cit., p. 201.

¹⁰⁴ Nesse sentido, v. ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 554-555.

¹⁰⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. ob. cit., p. 201.

¹⁰⁶ MARKY, Thomas. ob. cit., p. 129.

¹⁰⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. ob. cit., p. 201.

continenti, em certos casos, eram protegidos por meio de ações.¹⁰⁸

A eficácia positiva dos pactos adjetos *in continenti* teve lugar, inicialmente, nos contratos de boa-fé, dos quais são exemplos os contratos consensuais, estendendo-se, em momento posterior, a contratos protegidos por ações *stricti iuris*, admitindo-se, neste caso, exceções.¹⁰⁹

Esclarece-se a eficácia positiva dos aludidos pactos adjetos, já que são garantidos pelas mesmas ações previstas para os contratos aos quais são apostos.¹¹⁰

Além dos *pacta adjecta in continenti*, são também *pacta vestita* os pactos pretorianos e os pactos legítimos.

Consideram-se pactos pretorianos, ou *pacta pretoria*, aqueles que decorrem de proteção conferida pelo pretor, por meio de *actiones in factum*, de forma a suprir a lacuna do *ius civile*.¹¹¹

Exemplos de pactos pretorianos são os *recepta nautarum*, *cauponum* e *stabulariorum*. Por meio dos mencionados pactos, o capitão de navio, o hospedeiro e o dono de estábulo, respectivamente, assumem responsabilidade pela custódia das coisas recebidas.¹¹²

Por seu turno, os pactos legítimos, ou *pacta legitima*, são aqueles protegidos por meio de ações decorrentes de decisões imperiais, ou constituições imperiais, as quais tinham valor legal.¹¹³

¹⁰⁸ ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 555, CRETELLA JÚNIOR, José. ob. cit., p. 201-202, KASER, Max; KNÜTEL, Rolf; LOHSSE, Sebastian. ob. cit., p. 204.

¹⁰⁹ ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 555.

¹¹⁰ LUIZ, Antônio Filardi. ob. cit., p. 199.

¹¹¹ A respeito, v. MARKY, Thomas. ob. cit., p. 129, LUIZ, Antônio Filardi. ob. cit., p. 199, KASER, Max; KNÜTEL, Rolf; LOHSSE, Sebastian. ob. cit., p. 237. “*Actio in factum* é a ação pretoriana cuja fórmula, em seu elemento inicial, contém a exposição dos fatos que devem ser comprovados pelo juiz”, define CRETELLA JÚNIOR, José. ob. cit., p. 202.

¹¹² ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 556, JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 148, CRETELLA JÚNIOR, José. ob. cit., p. 203.

¹¹³ Ver, por exemplo, MARKY, Thomas. ob. cit., p. 129, ALVES, José Carlos

A ação que protege os pactos legítimos recebe a denominação de *condictio ex lege*.¹¹⁴ Trata-se de *actio stricti iuris*.¹¹⁵

Importa observar que os pactos legítimos não foram tratados como contratos, em razão do peso da tradição.¹¹⁶

Assumiram a feição de pactos legítimos, por exemplo, o compromisso, a promessa de doação e a promessa de constituição de dote.

Por meio do compromisso, ou *compromissum*, duas ou mais pessoas convencionavam atribuir a um árbitro a solução de uma disputa entre elas.¹¹⁷ Observa-se que o referido pacto se tornou legítimo no Direito justiniano.¹¹⁸

Quanto à promessa de doação (*pactum donationis*) e à promessa de dote (*pactum dotis*), cumpre mencionar que receberam a proteção processual da *condictio ex lege* por ordem, respectivamente, do imperador Justiniano e dos imperadores Teodósio II e Valentiniano III.¹¹⁹

Discute-se a remanescência dos pactos nus, que não são protegidos por ações, no Direito justiniano. O desaparecimento de pactos que não geram obrigações implicaria, em termos práticos, a equivalência entre contrato e pacto.

Parece-nos que a ampliação dos casos de pactos legítimos, que ocorreu no período justiniano, demonstra a continuidade dos pactos nus.

Se bem cuidamos, o exame do evoluir da figura do *pactum* permite notar que o incremento dos pactos que geram obrigações, que são protegidos por meio de ações, chamados *pacta vestita*, os quais abrangem pactos convencionados no momento

Moreira. ob. cit., p. 556.

¹¹⁴ JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 148, CRETELLA JÚNIOR, José. ob. cit., p. 203.

¹¹⁵ Cfr. JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017a. p. 243.

¹¹⁶ ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 556, LUIZ, Antônio Filardi. ob. cit., p. 199.

¹¹⁷ JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 149.

¹¹⁸ ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 557.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 557.

da celebração do contrato (*pacta adjecta in continenti*), pactos pretorianos e pactos legítimos, indica a assunção de maior relevância do consenso, do encontro de vontades, da convenção, no âmbito obrigacional do Direito Romano.

Trata-se, com efeito, de tendência que mitiga, expressivamente, o regime clássico da tipicidade contratual, na mesma linha do que concluímos após a exposição dos contratos inominados.

16. Como destacamos acima¹²⁰, a *stipulatio*, nos períodos arcaico e clássico, apresenta-se como contrato formal, solene, verbal e abstrato. Exigia-se das partes, em ato uno, a proclamação de palavras solenes, a fim de que a obrigação contratual se constituísse.

Desse modo, o fundamento jurídico da obrigação residia no cumprimento das formalidades prescritas, na pronúncia das palavras, não relevava o fim colimado pelas partes. Cuidava-se, certamente, de negócio jurídico abstrato.

Ao tratar da abstração da *stipulatio*, Kaser, Knütel e Lohsse, de forma irreparável, concluem: “por isso decide pela vinculação jurídica inicialmente não a vontade das partes, mas a correta execução formal”¹²¹.

Ocorre que o perfil da *stipulatio*, no princípio formal e abstrato, não passaria incólume pela transformação do Direito Romano dos Contratos, que progressivamente confere relevo ao encontro de vontades, ao consenso, na determinação do negócio contratual.

Na época pós-clássica, o regime jurídico da *stipulatio* passa por alterações significativas, por força da constituição do imperador Leão, em 472.

A referida constituição afasta a solenidade da *stipulatio*, na medida em que permite sua conclusão mediante o

¹²⁰ Item V.

¹²¹ KASER, Max; KNÜTEL, Rolf; LOHSSE, Sebastian. ob. cit., p. 50. Traduzimos. No original: “*dabei entscheidet für die rechtliche Bindung anfangs nicht der Parteiwille, sondern der richtige Formvollzug*”.

proferimento de quaisquer palavras, dispensada a forma de pergunta e resposta, contanto que se verificasse a manifestação consensual das partes.¹²²

Observa-se que, no período pós-clássico, já era muito comum a prática de certificar a realização da *stipulatio* por escrito, por influência do tráfego jurídico de outros povos.¹²³

Diante do cenário exposto, coube ao imperador Justiniano, em 531, por meio de uma *constitutio*, concluir a modificação da figura contratual da *stipulatio*, ao atenuar, substancialmente, o requisito da unidade do ato, que exigia presença simultânea das partes. Uma vez afirmado, na *stipulatio* celebrada por escrito, que ambas as partes estiveram presentes no ato, cabia ao réu o ônus de alegar e provar que pelo menos uma delas havia estado fora da cidade durante todo o dia da realização do negócio estipulatório.¹²⁴

Ultimada a mudança do instituto da *stipulatio*, podemos afirmar que a obrigação contratual deixa de ter fundamento na pronúncia das palavras, na medida em que passa a ter maior importância a manifestação do consenso pela forma escrita.¹²⁵

Com respeito à nova disciplina jurídica do ato estipulatório, Moreira Alves afirma: “Na *stipulatio* justinianeia, segundo a opinião dominante, se encontra o germe do princípio de que todo acordo de vontade lícito gera obrigação”¹²⁶.

Em nossa avaliação, merece acolhimento a posição majoritária apontada, fundamentalmente por duas razões.

Em primeiro lugar, porque a prática da *stipulatio*, por meio de quaisquer palavras, amplia as possibilidades de vinculação contratual. Em segundo lugar, porque a exteriorização do consenso, documentado na forma escrita, adquire maior relevância do que a antiga declamação das palavras solenes.

¹²² Cfr. ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 502.

¹²³ JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 88-89.

¹²⁴ Cfr. ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 502.

¹²⁵ Nesse sentido, v. JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 89.

¹²⁶ ALVES, José Carlos Moreira. ob. cit., p. 503.

Admite-se, então, a formulação da *stipulatio* causal, baseada em fundamento jurídico válido, sem o qual não deverá ser conferida a adequada proteção processual por meio de ação.¹²⁷

Verificamos, por conseguinte, a partir das alterações experimentadas pelo regime da *stipulatio*, a importância crescente da convenção, do consenso, na celebração do contrato.

17. Importa averiguar se a investigação das transformações por que passou o Direito Romano dos Contratos enseja a identificação dos elementos fundamentais do contrato. A solução da questão proposta implica, naturalmente, uma abordagem de ordem conceitual, analítica.

Sabemos que o desenvolvimento das obrigações contratuais, no Direito Romano, deve-se ao fenômeno processual, que é marcado pelo viés prático, de solução de problemas concretos que se apresentaram na vida privada dos sujeitos.

Inexistiu, entre os romanos, conforme já mencionamos acima, a elaboração de uma teoria dos contratos, de modo que a busca de um conceito de contrato já revelava o olhar moderno dos romanistas sobre a experiência jurídica do passado. Por isso, a busca atual pelos elementos do contrato, a partir do Direito Romano Privado, tem caráter reconstrutivo.

Devemos, assim, ter o cuidado de pesquisar os contratos romanos à luz do contexto em que se concretizaram como formas jurídicas, tuteladas processualmente, de circulação de bens e serviços.

O surgimento dos contratos inominados e a ampliação dos *pacta vestita* revelam, como assinalamos anteriormente, a importância da convenção, ou do consenso, na seara obrigacional.

Verificamos, em virtude das referidas figuras jurídicas, o afrouxamento do regime da tipicidade contratual.

Em primeiro lugar, porque a criação de contratos inominados amplia as possibilidades de vinculação contratual,

¹²⁷ A respeito, v. KASER, Max; KNÜTEL, Rolf; LOHSSE, Sebastian. ob. cit., p. 247.

bastando a uma das partes, em convenção sinalagmática, cumprir a sua prestação, para que possa exigir a prestação da contraparte.

Em segundo lugar, porque o aumento dos pactos com eficácia positiva, sancionados por ações, evidencia o poder de as partes estabelecerem acordos com efeitos no plano obrigacional para além das hipóteses contratuais típicas. Do ponto de vista prático, conforme já salientamos, a eficácia dos *pacta vestita* é a mesma de um contrato.

O consenso, por conseguinte, está na base de novas formas jurídicas criadoras de relações obrigacionais.

De outra parte, parece-nos conveniente recordar que o elemento convencional, no domínio dos contratos, já começa a deitar raízes no período clássico do Direito Romano, em razão do advento dos contratos consensuais: compra e venda, mandato, sociedade e locação.

Com efeito, já do período clássico vem-nos a lição de Pedius, citado por Ulpiano, para quem não há contrato sem convenção.¹²⁸

Tendo em mira o Direito justinianeu, completa-se a transformação do Direito Romano dos Contratos iniciada no período clássico, de modo que nos parece correto sinalar a convenção como elemento do contrato.

Seria o elemento convencional suficiente para o reconhecimento do contrato no Direito justinianeu?

Ora, a convenção está presente também em pactos desprovidos de ações, então não nos parece aceitável tratar a convenção como elemento bastante do contrato. Impõe-se, então, a tarefa de identificar elemento diferenciador.

Após indicar a definição do contrato, elaborada por romanistas modernos, como produto do consentimento, Michel Villey pondera:

¹²⁸ D. II, 14, 1, 3.

Devemos notar, contudo, que não é precisamente a doutrina romana: o direito romano, mais realista, continua a ver no contrato uma operação de transferência de bens ou de serviços, um *negotium*, um negócio, onde outros fatores intervêm além da vontade das partes¹²⁹

Por certo, não era preocupação dos juristas romanos engendrar, em termos abstratos, a figura obrigacional do contrato. Como já tivemos oportunidade de ressaltar, caracterizava-se o pensamento jurídico romano pela função prática, de proteção de interesses concretos, que demandaram adequada tutela processual.

Fundamental, portanto, na perspectiva dos juristas romanos, era cuidar de formas juridicamente protegidas de circulação de bens e serviços, o que implica restrições, positivas e negativas, na conduta dos homens livres.

Dessa maneira, somente era reconhecido como contrato o negócio protegido por apropriado instrumento processual. Assim, por exemplo, surgiram os contratos consensuais em virtude das ações de boa-fé.

Verificamos, por conseguinte, que a tutela processual é elemento externo do contrato. Trata-se de verdadeiro pressuposto instrumental. Não integra o conteúdo do negócio, o que justifica chamá-lo externo. Acompanha o contrato, já que não há obrigação contratual sem a devida tutela processual.

Mas o que justifica a proteção processual? A resposta, se bem cuidamos, pode ser encontrada no perfil prático das construções jurídicas dos romanos.

É importante notar que as obrigações contratuais foram reconhecidas para a satisfação de interesses práticos da vida negocial, que é orientada ao alcance de finalidades concebidas pelas partes.

¹²⁹ VILLEY, Michel. ob. cit., 2012. p. 116. Traduzimos. No original: “*nous devons noter cependant que ce n'est pas tout à fait la doctrine romaine: le droit romain, plus réaliste, continue à voir dans le contrat une opération de transfert de biens ou de services, un negotium, un affaire, où d'autres facteurs interviennent que la volonté des parties*”.

Nessa linha, por exemplo, a tutela processual do contrato de compra e venda, por meio de uma ação de boa-fé, tem caráter instrumental em face do objetivo estabelecido pelas partes, a saber, que seja realizada a operação de transferência do domínio sobre a coisa. É precisamente em virtude do fim almejado pelas partes que se concretizou, na experiência jurídica romana, contrato pelo qual o vendedor assume a obrigação de realizar ato translativo da propriedade sobre a coisa.

Dessa maneira, pensamos que o próprio contrato romano, para o qual se revela indispensável a adequada proteção processual, pressupõe o estabelecimento de uma finalidade, que deve ser juridicamente permitida.

Parece-nos relevante lembrar a influência do pensamento aristotélico no desenvolvimento do Direito Romano, especialmente no campo do Direito das Obrigações. Como destaca Michel Villey, o Direito Romano, em linhas gerais, “parece surgir na história como aplicação da doutrina aristotélica”¹³⁰.

Colhemos da teoria metafísica de Aristóteles a reflexão sobre a causa.¹³¹ Distinguem-se quatro sentidos: causa material, causa formal, causa eficiente e causa final.

Interessa-nos, nesta oportunidade, destacar que a finalidade é um dos sentidos de causa, designadamente a causa final. Outrossim, o que serve de fundamento para algo, produzindo-o, é sua causa eficiente. Consideramos que essas noções são úteis para a compreensão dos elementos do contrato no Direito Romano.

Apresentamos, anteriormente, a convenção como elemento do contrato, não há contrato sem o encontro de vontades.

¹³⁰ VILLEY, Michel. ob. cit., 2017. p. 105-106. Traduzimos. No original: “*paraît surgir dans l’histoire comme application de la doctrine aristotélicienne*”.

¹³¹ ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução, textos e notas de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2006. p. 129 ss. Consideremos o exemplo de uma cadeira de madeira. Sua causa material é a madeira, a matéria de que é feita. A causa formal da cadeira é sua forma, que se encaixa no modelo de cadeira. Quem fez a cadeira é sua causa eficiente. Já a finalidade da cadeira é sua causa final.

A respeito da convenção, Ulpiano afirma: “não existindo causa, consta que não se pode constituir obrigação por convenção”¹³².

Afigura-se-nos que a noção aristotélica de causa subjaz à afirmação de Ulpiano acima citada. Resta precisar que sentidos podem ser atribuídos, no excerto citado, à palavra causa.

Supomos que dois sentidos podem ser identificados: fundamento jurídico e fim. No primeiro caso, temos a causa eficiente do contrato. No segundo caso, apontamos-lhe a causa final.

No mesmo sentido, lecionam Kaser, Knütel e Lohsse, ao empregar as expressões fundamento jurídico (*Rechtsgrund*) e determinação material da finalidade (*materiale Zweckbestimmung*), para designar a noção romana de *causa*.¹³³

Os dois sentidos, em nossa avaliação, no Direito justiniano, estão entrelaçados, são noções mutuamente dependentes em um contrato válido. Não há fundamento jurídico em contrato sem finalidade. Tampouco há finalidade juridicamente protegida em contrato sem fundamento.

É certo que, no Direito clássico, tendo em vista a abstração da *stipulatio*, não podemos generalizar a causa como finalidade do contrato, já que, no ato estipulatório, o fundamento jurídico da obrigação reside no cumprimento formal da pronúncia das palavras.

Sucedee que, no Direito justiniano, como destacamos anteriormente, o regime da *stipulatio* se encontra amplamente modificado, tendo em vista a prevalência do elemento convencional sobre a antiga forma oral consistente na pronúncia de determinadas palavras, contexto em que assume grande relevância a estipulação causal.

¹³² D. II, 14, 7, 4. Traduzimos. No original: “*sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem*”.

¹³³ KASER, Max; KNÜTEL, Rolf; LOHSSE, Sebastian. ob. cit., p. 247.

Dessa maneira, podemos identificar, na época justiniana, dois elementos que integram o conteúdo do contrato: a convenção e a causa.

Na mesma linha, sustenta Santos Justo que são elementos constitutivos do contrato a *causa* e a *conventio* (*consensus*).¹³⁴ O referido autor descreve a causa como “o fim que o *ius civile* reconhece como social e economicamente digno de proteção”¹³⁵. Considera, portanto, o termo no sentido de causa final.

Finalidade e fundamento jurídico do contrato são, em nosso entendimento, como já adiantado, noções intimamente relacionadas. Trata-se de dois lados da mesma moeda.

Pensamos que as considerações precedentes permitem evidenciar, sob o prisma reconstrutivo, os seguintes elementos do contrato: proteção processual, consenso e causa.

A proteção processual vem a ser elemento externo do contrato. Convém recordar que, no Direito Romano das Obrigações, a *actio* precede o direito. Não há obrigações contratuais sem a adequada proteção por meio de instrumento processual.

Consenso, ou convenção, é elemento interno do contrato, razão pela qual Ulpiano assevera que não há contrato sem convenção.

A causa, que compreendemos como finalidade ou fundamento jurídico, é elemento interno do contrato, tendo em vista o panorama do Direito justinianeum.

Em suma, o contrato, na experiência jurídica romana, no período justinianeum, é composto por dois elementos internos, a convenção e a causa, bem como tem sua eficácia amparada por seu elemento externo, a proteção processual.

VII. CONCEITO MODERNO DE CONTRATO NOS SISTEMAS ROMANO-GERMÂNICOS

¹³⁴ JUSTO, A. Santos. ob. cit., 2017b. p. 25.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 28.

18. A investigação do fenômeno contratual no Direito Romano permitiu verificar a sedimentação, na época justinianea, dos elementos do contrato.

Como ressaltado anteriormente, a compilação jurídica ultimada no período justiniano contribuiu, decisivamente, na formação do Direito comum no continente europeu.

É precisamente a cultura romanística comum, ao qual se acresceram elementos consuetudinários, que caracteriza a elaboração dos sistemas jurídicos nacionais da família romano-germânica.

Interessa-nos, neste ensejo, perscrutar o conceito moderno de contrato nas ordens jurídicas que compõem o grupo do *Civil Law*, tendo em conta, especialmente, os Direitos francês, alemão, italiano, português e brasileiro.

Os referidos sistemas jurídicos compreendem, em grande medida, o horizonte da família romano-germânica. Parece-nos, ademais, que são os mais relevantes na perspectiva dos juristas de língua portuguesa.

19. O Código Civil francês, na redação original do artigo 1101, estabeleceu que “o contrato é uma convenção pela qual uma ou mais pessoas se obrigam, perante outra ou outras, a dar, a fazer ou a não fazer alguma coisa”¹³⁶.

Verificamos, na definição de contrato adotada no Código Napoleão, a presença do elemento consensual, da *conventio*, ou convenção.

O referido dispositivo, de resto, declara que o contrato é fonte de obrigações, que podem ser positivas (dar ou fazer) ou negativas (não fazer).

Em razão da *Ordonnance* nº 2016/131, que reformou diversos dispositivos do *Code Civil*, o artigo 1101 passou a determinar que “o contrato é um acordo de vontades entre duas ou

¹³⁶ Traduzimos. No original: “*le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*”.

mais pessoas destinado a criar, modificar, transmitir ou extinguir obrigações”¹³⁷.

O elemento literal da nova redação do artigo 1101 do Código Civil francês revela a opção do legislador pela supressão da referência expressa à convenção na definição do contrato, substituindo-a por acordo de vontades.

Haveria, em decorrência da mencionada alteração textual, modificação significativa quanto aos elementos do contrato no Direito positivo francês?

O texto normativo do antigo artigo 1101 do Código Civil francês define o contrato como espécie de convenção. De modo rigoroso, delinea o contrato como convenção que cria obrigações.

Nessa linha, afirmam Ghestin, Loiseau e Serinet que o contrato, à luz da redação inicial do Código Napoleão, “aparece com relação à convenção como espécie de um gênero mais vasto. Ele é concluído a fim, precisamente, de criar obrigações”¹³⁸.

Dessa maneira, os acordos de vontades relativos, por exemplo, à transferência ou à extinção de obrigações são convenções, mas não se encaixam na definição pretérita de contrato.

Ocorre que o purismo conceitual do vetusto artigo 1101 não obteve aceitação, consolidando-se, em geral, na linguagem corrente dos juristas franceses, a utilização de convenção e contrato como termos sinônimos.

Nessa linha, Alain Bénabent relata que se estabeleceu a prática de “falar indiferentemente de contrato ou de convenção, e essa prática que consagrou a nova redação do artigo 1101

¹³⁷ Traduzimos. No original: “*le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations*”.

¹³⁸ GHESTIN, Jacques; LOISEAU, Grégoire; SERINET, Yves-Marie. *Traité de droit civil: la formation du contrat*. 4. ed. Paris: LGDJ, 2013. t. 1. p. 32. Traduzimos. No original: “*(...) apparaît par rapport à la convention comme l’espèce d’un genre plus vaste. Il est conclu afin, précisément, de créer des obligations*”.

(...)”¹³⁹. Por essa razão, já se havia afirmado a inexistência de interesse prático na diferenciação entre contrato e confirmação.¹⁴⁰

O contrato, de acordo com a redação atual do Código Civil francês, designa o modo convencional de produção de determinados efeitos jurídicos, que consistem na criação, modificação, transmissão e extinção das obrigações.¹⁴¹

Portanto, o elemento literal do vigente artigo 1101 indica a ampliação do conceito legal de contrato, em atenção ao uso terminológico corrente dos juristas franceses, que acolheu a sinonímia entre contrato e convenção.

De outra parte, verificamos que é desnecessário indicar, de forma expressa, na atual redação do atual 1101, o termo “convenção”, já que o artigo 1100-1¹⁴², introduzido por meio da reforma de 2016, alude aos atos jurídicos convencionais e unilaterais, que são fontes de obrigações com base no disposto no artigo 1100¹⁴³.

Ora, os contratos são atos jurídicos convencionais. São atos jurídicos que pressupõem a manifestação de vontade de pelo

¹³⁹ BÉNABENT, Alain. *Droit des obligations*. 15. ed. Paris: LGDJ, 2016. p. 30. Traduzimos. No original: “*parler indifféremment de contrat ou de convention, et c’est cette pratique qu’a consacrée la nouvelle rédaction de l’article 1101 (...)*”. No mesmo sentido, v. CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2016. p. 21.

¹⁴⁰ Cfr. GHESTIN, Jacques; LOISEAU, Grégoire; SERINET, Yves-Marie. ob. cit., p. 32.

¹⁴¹ A respeito da atual redação do artigo 1101 do *Code Civil*, v. DISSAUX, Nicolas; JAMIN, Christophe. *Réforme du droit des contrats, du régime general et de la preuve des obligations (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016)*: commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil. Paris: Dalloz, 2016. p. 5-6.

¹⁴² Conforme a primeira parte do atual artigo 1100-1, “os atos jurídicos são manifestações de vontade destinadas a produzir efeitos jurídicos. Eles podem ser convencionais ou unilaterais”. Traduzimos. No original: “*les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux*”.

¹⁴³ Segundo a primeira parte o vigente artigo 1100 do Código Civil francês, “as obrigações nascem de atos jurídicos, fatos jurídicos ou apenas da autoridade da lei”. Traduzimos. No original: “*les obligations naissent d’actes juridiques, de faits juridiques ou de l’autorité seule de la loi*”.

menos duas pessoas, por isso podem ser chamados de atos sociais.¹⁴⁴

Dessa maneira, em conformidade com a lei francesa, podemos definir os contratos como convenções destinadas a criar, modificar, transmitir ou extinguir obrigações. Em suma, são convenções com a finalidade de produzir efeitos jurídicos obrigacionais.

Em face do exposto, concluímos que a alteração da redação do artigo 1101 não acarretou mudança quanto ao elemento convencional do contrato.

Da causa tratava o antigo artigo 1131 do *Code Civil*, que dispunha: “a obrigação sem causa, ou baseada em uma falsa causa, ou baseada em uma causa ilícita, não pode ter efeito algum”¹⁴⁵.

Logo, no regime original do Código Napoleão, verifica-se, com clareza, que as obrigações válidas devem fundar-se em causa lícita. Por conseguinte, o contrato válido pressupõe a liceidade da causa.

Em razão da reforma de 2016, desapareceu o antigo artigo 1131, cujo teor literal não foi repetido nas disposições atuais do Código Civil dos franceses.

Convém examinar se a mudança de ordem redacional implica o afastamento da causa como elemento do contrato.

Se bem cuidamos, a interpretação sistemática dos dispositivos atuais do *Code Civil* francês permite sustentar a permanência da causa como elemento interno do conceito de contrato na ordem jurídica francesa.

Com efeito, consideremos o disposto nos artigos 1128 e 1162. Em conformidade com o primeiro dispositivo, são pressupostos de validade do contrato: a) consentimento das partes; b) capacidade de contratar; c) conteúdo lícito e certo. Por sua vez,

¹⁴⁴ Cfr. BÉNABENT, Alain. ob. cit., p. 30.

¹⁴⁵ Traduzimos. No original: “*l’obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*”.

o artigo 1162, em seção relativa ao conteúdo do contrato, dispõe que “o contrato não pode derogar a ordem pública nem por suas estipulações, nem por sua finalidade, seja ou não conhecida por todas as partes”¹⁴⁶.

Ora, como mencionamos anteriormente, a causa pode ser compreendida como finalidade do contrato. A combinação dos enunciados normativos acima mencionados evidencia que a causa, encoberta pela noção de finalidade, remanesce como elemento interno do negócio contratual.¹⁴⁷

“Quem não vê que a que a ‘finalidade’ se interpretará assim como antes?”¹⁴⁸, indagam Nicolas Dissaux e Christophe Jamin.

Retirada a palavra “*cause*” do Código Civil pela reforma de 2016, mantém-se a noção de causa, tendo em vista a referência à finalidade, ou ao fim do contrato.¹⁴⁹ Nada impede, portanto, que a supressão textual do termo “causa” possa ser superada pelo trabalho supletivo da doutrina e da jurisprudência.¹⁵⁰

Com respeito à proteção processual dos contratos, cumpre mencionar o artigo 30 do Código de Processo Civil francês, que define, em sua primeira parte, a ação como “o direito, pelo autor de uma pretensão, de ser ouvido sobre o mérito dela, a fim de que o juiz a pronuncie bem ou mal fundada”¹⁵¹.

¹⁴⁶ Traduzimos. No original: “*le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties*”.

¹⁴⁷ A respeito, v. VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado: obrigações*. Coimbra: Almedina, 2017. v. II. p. 52, “verifica-se, deste modo, que a noção de causa é substituída na nova redação dada ao Código Civil por duas outras noções – o *conteúdo* dos contratos e o *fim* destes – as quais correspondem segundo boa parte da doutrina francesa às aceções objetiva e subjetiva da causa”. Itálicos no original.

¹⁴⁸ DISSAUX, Nicolas; JAMIN, Christophe. ob. cit., 2016. p. 57. Traduzimos. No original: “*qui ne voit que le ‘but’ s’interprétera tout comme avant?*”.

¹⁴⁹ Cfr. BÉNABENT, Alain. ob. cit., p. 145.

¹⁵⁰ Nesse sentido, v. CABRILLAC, Rémy. ob. cit., p. 51.

¹⁵¹ Traduzimos. No original: “*l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée*”.

O referido artigo do *Code de Procédure Civile* contempla a autonomia do direito de ação diante do direito material.¹⁵² Igualmente, permite que qualquer pretensão de direito material, como seria o caso de uma pretensão contratual, possa ser deduzida em juízo.

Inexiste dificuldade, dessa maneira, na identificação da ação como técnica processual adequada à tutela de pretensões oriundas de um contrato no Direito francês.

Por conseguinte, identificamos, na ordem jurídica francesa, como herança do Direito Romano, os elementos internos do contrato, que são a convenção e a causa, além do elemento externo, que consiste na proteção processual.

20. No Direito alemão, desenvolveu-se a teoria dos negócios jurídicos (*Rechtsgeschäfte*), por meio dos quais a declaração de vontade produz consequências jurídicas na ordem jurídica privada.¹⁵³

Os contratos são negócios jurídicos que pressupõem a manifestação avinda de pelo menos duas vontades. Nesse sentido, colhe-se a lição de Wolf e Neuner, para quem “um negócio jurídico, que consiste em várias declarações de vontade, é o contrato, que pressupõe declarações de vontade concordantes dos envolvidos”¹⁵⁴.

Lembramos que a manifestação concorde das partes nada mais é do que o elemento convencional do contrato, que se manifesta, por óbvio, também no Direito alemão.

Em termos mais específicos, os contratos são negócios jurídicos obrigacionais (*Schuldrechtliche Rechtsgeschäfte*), porquanto são destinados a produzir efeitos jurídicos no âmbito

¹⁵² Cfr. CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 5. ed. Paris: Litec, 2006. p. 197, LEFORT, Christophe. *Procédure civile*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 39-40.

¹⁵³ Cfr. WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: Beck, 2016. p. 327.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 328. Traduzimos. No original: “*ein Rechtsgeschäft, das aus mehreren Willenserklärungen besteht, ist der Vertrag, der übereinstimmende Willenserklärungen der Beteiligten voraussetzt*”. Negrito no original.

obrigacional, como nos casos de criação, modificação, transmissão ou extinção de obrigações.¹⁵⁵

E quanto à causa? Trata-se de elemento do contrato no Direito alemão?

Vigora, na ordem jurídica alemã, o princípio da separação (*Trennungsprinzip*), em conformidade com o qual se diferenciam dois tipos de negócios jurídicos: os negócios de vinculação (*Verpflichtungsgeschäfte*) e os negócios de disposição (*Verfügungsgeschäfte*).¹⁵⁶

Tomemos, como exemplo, o contrato de compra e venda (*Kaufvertrag*).

Por meio do referido contrato, o vendedor assume a obrigação de transferir o domínio sobre a coisa ao comprador. As partes celebram, assim, um negócio de vinculação. O cumprimento da obrigação de transmissão da propriedade ocorre mediante negócio jurídico de disposição, que é separado do negócio de vinculação.

Observa-se que, em razão do princípio da abstração (*Abstraktionsprinzip*), eventuais defeitos do negócio de vinculação não afetam o negócio de disposição.¹⁵⁷ Daí a utilidade da distinção entre negócios de vinculação e negócios de disposição.

Assim, caso o negócio de vinculação seja inválido, o negócio de disposição não será afetado. Restará ao interessado a possibilidade de recuperar a coisa por meio do instituto que veda o enriquecimento injustificado (*Ungerechtfertigte Bereicherung*).¹⁵⁸

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 339.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 340.

¹⁵⁷ LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*. 14. ed. München: Vahlen, 2016. p. 11. Sobre as razões históricas do princípio da abstração, vejamos a lição de MENEZES CORDEIRO: “o princípio opera fundamentalmente na Alemanha e tem origem histórica: a especial e algo paradoxal ligação do Direito alemão ao Direito romano clássico, por via do pandetismo e da terceira sistemática”, v. CORDEIRO, António Menezes. ob. cit., 2012. p. 71.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 11.

O negócio de disposição que se segue à compra e venda bem ilustra o negócio jurídico abstrato, cuja validade independe de causa jurídica lícita.

Nota-se que a estrita separação entre os negócios de vinculação e os negócios de disposição constitui traço particular da ordem jurídica tedesca.¹⁵⁹

Admite, por conseguinte, o Direito alemão a possibilidade de contratos abstratos, ou sem causa jurídica.

Ocorre que, faltando a causa, abre-se ao prejudicado a via, conforme acima mencionado, da restituição fundada em enriquecimento injustificado, que é enriquecimento sem causa.

Como bem acentua Dário Moura Vicente, “o problema da causa transfere-se, assim, na Alemanha, da formação do contrato, onde se situa no Direito francês, para a restituição do enriquecimento obtido à custa alheia”¹⁶⁰.

Dessa forma, embora não possamos afirmar que a causa é elemento conceitual dos contratos no Direito alemão, dada a existência de negócios de disposição abstratos, notamos que a causa continua a ter relevância no domínio contratual, na medida em que se veda o enriquecimento injustificado.

No que diz respeito à tutela processual das obrigações contratuais, verificamos, como já observado em relação ao sistema francês, a autonomia do direito de ação, tendo em vista que não se confundem o direito material e o direito processual.¹⁶¹

Em caso de incumprimento de obrigação contratual, pode ser proposta pelo interessado uma ação condenatória, ou *Leistungsklage*, mediante a qual se requer comando judicial dirigido ao réu, a fim de que realize a prestação devida.¹⁶²

Diante do exposto, identificamos, no Direito alemão, a convenção como elemento interno do contrato e a proteção

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 12.

¹⁶⁰ VICENTE, Dário Moura. ob. cit., 2017. p. 63.

¹⁶¹ Cfr. LÜKE, Wolfgang. *Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung*. 9. ed. München: Beck, 2006. p. 159-160.

¹⁶² *Ibidem*, p. 129.

processual como elemento externo. A causa, por sua vez, não pode ser descrita como elemento interno do contrato, tendo em vista a figura dos contratos abstratos.

21. O Código Civil italiano veicula uma noção legal de contrato no artigo 1321, o qual estabelece que “o contrato é o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial”¹⁶³.

Da referida definição podemos extrair o elemento convencional, tendo em vista a referência ao acordo entre duas ou mais partes.

Além disso, o mencionado dispositivo alude aos efeitos jurídicos do contrato, o qual se destina à constituição, regulação ou extinção de situações jurídicas susceptíveis de avaliação patrimonial.

O *Codice Civile*, por conseguinte, situa o contrato no âmbito patrimonial, o que também fica evidenciado pelo artigo 1174, por força do qual o objeto das obrigações, a prestação, deve ser economicamente apreciável.

No Direito italiano, conforme determina o artigo 1325 do Código Civil, são requisitos do contrato: a) o acordo entre as partes, b) a causa, c) o objeto e d) a forma, quando é prescrita em lei.

Trata-se de pressupostos de validade de contrato. Dessa maneira, por exemplo, faltando o acordo de vontades, ou inexistindo causa lícita, o contrato será nulo, consoante o disposto no artigo 1418 do Código Civil italiano.

Interessa-nos, neste momento, destacar os dois primeiros requisitos de validade, o acordo e a causa, que correspondem aos elementos internos do contrato identificados no Direito justinianeu.

¹⁶³ Traduzimos. No original: “*il contratto é l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.*”

O acordo entre as partes, conforme já destacamos, é o elemento consensual do contrato, consiste na troca de consentimentos, de modo que o contrato é ato de autonomia privada.

Quanto à causa, convém citar o artigo 1343 do *Codice Civile*, segundo o qual “a causa é ilícita, quando é contrária às normas imperativas, à ordem pública ou ao bom costume”¹⁶⁴.

A noção de causa, como destacamos anteriormente, pode ser compreendida como finalidade do contrato. Desse modo, o contrato será lícito, caso sua finalidade seja compatível com as normas de ordem pública.

É possível encontrar, na doutrina italiana, uma visão funcionalista do contrato, apoiada em princípios constitucionais, que tutelam a pessoa humana e a solidariedade. Cuida-se de aplicação, no campo contratual, da leitura do Direito Civil à luz da legalidade constitucional.¹⁶⁵

Decerto, a Constituição italiana, na parte final do artigo 2º, impõe o “cumprimento de deveres inderrogáveis de solidariedade econômica, política e social”¹⁶⁶. Em seguida, no artigo 3º, o texto constitucional trata da igual dignidade social (*pari dignità sociale*) dos cidadãos.

A conjugação dos referidos dispositivos constitucionais forma a base da doutrina personalista e solidarista do Direito Civil italiano e, particularmente, do fenômeno contratual.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Traduzimos. No original: “*la causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume*”.

¹⁶⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Interpretazione e legalità costituzionale*: antologia per uma didática progredida. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012. p. 157 ss. Para uma visão funcionalista da teoria do Direito, v. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p. 53 ss.

¹⁶⁶ Traduzimos. No original: “*l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”.

¹⁶⁷ Sobre personalismo e solidarismo constitucional, v. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Trad. de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 35 ss. A respeito do princípio constitucional da solidariedade, v. RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà*: un'utopia necessaria.

Assim, sob o viés constitucional, a causa do contrato pode ser interpretada como sua função social. Nessa perspectiva, a proteção do ato contratual deixa de ancorar-se somente em interesses meramente privados, visto que cabe às partes o cumprimento de deveres de solidariedade.

Parece-nos que o tema é delicado, ainda mais quando não se apresentam, de forma objetiva, os limites da imposição solidarista na atuação privada da liberdade contratual.

Seja como for, compreendemos que a causa, no Direito italiano, assume a configuração de função social do contrato.

À luz do Código de Processo Civil italiano, a doutrina concebe a ação como direito autônomo em face do direito substancial, de modo que a tutela processual do contrato segue a mesma solução dos sistemas francês e alemão.¹⁶⁸

Encontramos, portanto, no Direito italiano, elementos do contrato já discernidos na época justinianeia do Direito Romano.

22. O atual Código Civil português, o Código Varela, na mesma linha do Código Civil alemão, não veicula conceito de contrato.

Parece-nos que o legislador português seguiu o melhor caminho, já que a elaboração dos conceitos é uma tarefa da dimensão analítica da dogmática jurídica, que deve ser desenvolvida pelos estudiosos do Direito.

De qualquer modo, por razões históricas, convém aduzir a definição legal presente no artigo 641º do Código Civil de 1867, de acordo com o qual o contrato é o “acordo, por que duas ou mais pessoas transferem entre si algum direito, ou se sujeitam a alguma obrigação”.

Observamos, no conceito de contrato veiculado pelo Código de Seabra, a referência ao elemento consensual, na mesma linha do Código Napoleão. O objeto da regulação contratual,

Roma: GLF, 2014. p. 39 ss.

¹⁶⁸ Sobre a autonomia do direito de ação no sistema italiano, v. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. I. p. 97 ss.

todavia, é mais amplo do que o originalmente estabelecido no Código Civil francês, já que o contrato, no diploma oitocentista português, não se limita à convenção criadora de obrigações.¹⁶⁹

Em face do Código Civil de 1966, afirma-se que o contrato é “o *acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta, de um lado; aceitação, do outro), contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses*”¹⁷⁰, “acordo por que duas ou mais partes ajustam reciprocamente seus interesses, dando-lhes uma regulamentação que a lei traduz em termos de efeitos jurídicos”¹⁷¹, “*acordo formado por duas ou mais declarações que produzem para as partes efeitos jurídicos conformes ao significado do acordo obtido*”¹⁷², “é formado por duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto mas convergente, que se ajustam na sua comum pretensão de produzir resultado jurídico unitário, embora com um significado para cada parte”¹⁷³, “*resultado de duas ou mais declarações negociais contrapostas, mas integralmente concordantes entre si, de onde resulta uma unitária estipulação de efeitos jurídicos*”¹⁷⁴.

Verificamos, a partir das definições colacionadas, a compreensão do contrato como negócio jurídico bilateral ou plurilateral, o que revela, nessa matéria, a proximidade do Direito português em relação ao sistema germânico.

¹⁶⁹ No mesmo sentido, v. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos: Conceito*. Fontes. Formação. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. I. p. 27.

¹⁷⁰ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 13. reimp. Almedina: Coimbra, 2016. v. I. p. 212. Itálico no original.

¹⁷¹ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014. p. 59.

¹⁷² ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *ob. cit.*, p. 39. Itálico no original.

¹⁷³ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. 2. reimp. Coimbra: Coimbra editora, 2012. p. 647.

¹⁷⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações: Introdução*. Da constituição das obrigações. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 168. Itálico no original.

Ademais, importa salientar a amplitude da noção de contrato no ordenamento jurídico português, que ultrapassa o domínio obrigacional, espraiando-se nos direitos reais, assim como nas relações familiares e sucessórias.

Nessa linha, conforme a lição de Mário Júlio de Almeida Costa, “o contrato pode ser, entre nós, fonte de constituição, transmissão, modificação e extinção de obrigações ou direitos de crédito, bem como fonte de direitos reais, familiares e sucessórios”¹⁷⁵.

O Código Civil português de 1966 não se refere, de forma expressa, à causa como requisito geral do contrato. A falta de previsão legal específica sobre a causa, contudo, não tem constituído óbice à discussão doutrinal.

Assim, por exemplo, podemos citar Antunes Varela, para quem

Todo o contrato nominado possui, efectivamente, uma função económico-social própria, que se reflecte numa estrutura jurídica privativa, a que na doutrina italiana se dá o nome sugestivo de *causa* do contrato e que constitui o verdadeiro *cartão de identidade* de cada espécie contratual típica¹⁷⁶

Parece-nos que a noção de causa como finalidade do contrato, compreendida no sistema italiano como função social do negócio contratual, também tem fundamento no Direito português, seja no caso de contratos nominados, seja na hipótese de contratos inominados.

Ora, os contratos são celebrados para que sejam produzidos determinados efeitos jurídicos queridos pelas partes. Nessa linha, por exemplo, a compra e venda é celebrada em função da alienação onerosa da coisa, o mandato em razão da representação, o mútuo em virtude do empréstimo de bem fungível.¹⁷⁷

¹⁷⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2016. p. 221.

¹⁷⁶ VARELA, João de Matos Antunes. ob. cit., p. 275.

¹⁷⁷ Convém notar que a causa pode ser compreendida sob os prismas objetivo e subjetivo. No primeiro caso, que diz respeito à função do contrato, temos a causa objetiva. No segundo caso, em que a causa consiste no fim desejado pelas partes, vislumbramos

Seja no caso dos contratos nominados, seja no caso dos contratos inominados, o negócio jurídico contratual, no Direito português, assim como nos demais sistemas já examinados, tem como elemento interno a causa.

Se bem cuidamos, a causa como elemento do contrato resulta da interpretação sistemática do Código Civil português.¹⁷⁸

Vejamos, com efeito, o disposto no nº 1 do artigo 458º e no nº 1 do artigo 860º do Código Civil de 1966.

Em conformidade com o primeiro dispositivo, que trata dos negócios jurídicos unilaterais, “se alguém, por simples declaração unilateral, prometer uma prestação ou reconhecer uma dívida, sem indicação da respectiva causa, fica o credor dispensado de provar a relação fundamental, cuja existência se presume até prova em contrário”.

Verifica-se, no aludido dispositivo, a relevância da causa no âmbito da declaração negocial unilateral. Caso o declarante pretenda eximir-se da obrigação, haverá de provar a inexistência da causa.

Já o nº 1 do artigo 860º do Código Varela, que versa sobre a novação, determina: “se a primeira obrigação estava extinta ao tempo em que a segunda foi contraída, ou vier a ser declarada nula ou anulada, fica a novação sem efeito”.

Observa-se, no texto normativo acima indicado, a exigência de causa para a novação, porquanto não se admite que seja novada obrigação inexistente, ou que seja reputada inválida.

Pensamos que a conjugação das referidas disposições normativas evidencia o relevo da causa, no sistema português, no que diz respeito aos negócios jurídicos, o que inclui, como sabemos, os contratos.

a causa subjetiva. Sobre a referida classificação da causa, na doutrina portuguesa, v. VASCONCELOS, Pedro Pais. ob. cit., p. 277-278.

¹⁷⁸ Para o que se segue, v. VICENTE, Dário Moura. ob. cit., 2017. p. 57-58.

Dessa maneira, consideramos irretocável o ensinamento de Dário Moura Vicente, pelo qual “o contrato não é protegido pelo Direito português como um *fim in seipso*, mas tão-só como um meio de realização de *funções socialmente admissíveis*, que lhe servem de causa”¹⁷⁹.

Os fins socialmente admissíveis são, precisamente, aqueles considerados lícitos e dignos de tutela jurídica. Notamos, por conseguinte, a influência da concepção italiana de causa como função social do contrato.

Com respeito à proteção processual do contrato, bastanos indicar o nº 2 do artigo 2º do Código de Processo Civil português, segundo o qual “a todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação”.

Decerto, os direitos oriundos do contrato são protegidos por meio de adequada ação no Direito português.

Portanto, identificamos, também na ordem jurídica portuguesa, a presença dos elementos internos e externo do contrato determinados no Direito justinianeu.

23. O Direito dos Contratos, no sistema brasileiro, sofreu alterações profundas, o que resta evidenciado por meio da comparação jurídica entre o Código Beviláqua e o Código Reale.

O Código Civil de 1916 expressou, na seara dos contratos, o individualismo jurídico, que teve seu apogeu no século XIX.¹⁸⁰

Por sua vez, o Código Civil de 2002 nasceu sob as diretrizes da socialidade, da eticidade e da operabilidade.¹⁸¹

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 59.

¹⁸⁰ Nesse sentido, v. GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 33.

¹⁸¹ A respeito, v. REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2718>>. Acesso em: 17 set. 2018.

Interessa-nos, nesta oportunidade, destacar o influxo da socialidade no domínio obrigacional, a fim de compreender a causa como elemento do contrato no Direito brasileiro.

Cumpra mencionar, então, o disposto no artigo 421 do Código Reale, segundo o qual “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Nota-se que o referido texto normativo embasa o princípio da função social dos contratos na ordem jurídica brasileira, o qual vem a superar a concepção meramente individualista do contrato. Trata-se de preceito de ordem pública, consoante prescreve o parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil brasileiro.¹⁸²

Ademais, verifica-se que o mencionado enunciado normativo cuida da liberdade de contratar em sentido amplo, a qual consiste na noção de liberdade contratual.¹⁸³ Dessa maneira, é clara a relevância do citado enunciado normativo para a compreensão atual acerca dos limites do princípio da autonomia privada.

De acordo com a lição de Maria Helena Diniz, “a autonomia privada como autorregulamentação de interesses só se justificaria se o contrato correspondesse a uma função considerada socialmente útil pelo ordenamento”¹⁸⁴.

Nessa linha, vislumbra-se a função social como fundamento do contrato.¹⁸⁵ Por essa razão, a violação do mencionado princípio social do contrato implica a invalidade ou a ineficácia

¹⁸² De acordo com a referida disposição, “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

¹⁸³ Nesse sentido, v. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II. p. 6.

¹⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 416.

¹⁸⁵ Na mesma linha, v. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. ob. cit., 2006. p. 11.

do contrato, nos termos do Enunciado nº 430, aprovado na V Jornada de Direito Civil.

Argumenta-se, ainda, que a função social do contrato tem suporte em normas constitucionais, que se apoiam nos fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, destacando-se os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.¹⁸⁶

Seja como for, parece-nos claro que a função social, no sistema brasileiro, desempenha o papel de causa do negócio jurídico contratual.

Além disso, verificamos, sem maior dificuldade, a influência do sistema italiano na concepção brasileira de função social do contrato.¹⁸⁷

Notamos que o Código Civil brasileiro não apresenta definição de contrato. Haveremos de encontrar a referência ao elemento consensual, por consequência, na doutrina.

Com a didática habitual, Silvio Rodrigues afirma:

Os negócios bilaterais, isto é, os que decorrem de acordo de mais de uma vontade, são os *contratos*. Portanto, o contrato representa uma espécie do gênero *negócio jurídico*. E a diferença específica entre ambos consiste na circunstância de o aperfeiçoamento do contrato depender da conjugação da vontade de duas ou mais partes.¹⁸⁸

A presença do elemento consensual, com toda a clareza, é evidenciada pela conjugação de vontades, que caracteriza os negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais.

Identificamos, na lição do mestre paulista sobre o conceito de contrato no sistema brasileiro, a influência da teoria alemã dos negócios jurídicos. Há notória similitude, portanto, nesse aspecto, entre os Direitos brasileiro, português e alemão.

Quanto à proteção processual do contrato, o sistema brasileiro, na mesma linha dos sistemas acima mencionados,

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 12 ss.

¹⁸⁷ Nesse sentido, v. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 306.

¹⁸⁸ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3. p. 9.

reconhece a autonomia do direito de ação.¹⁸⁹ Logo, podemos afirmar que os direitos contratuais, no processo civil brasileiro, são protegidos por técnica processual adequada.

Concluimos que o Direito brasileiro, assim como os Direitos francês, italiano e português, segue os elementos internos e externo do contratamos que individualizamos no Direito Romano, nomeadamente na época justinianeia.

24. As considerações precedentes já nos permitem proceder a juízos de semelhanças e dessemelhanças entre os sistemas jurídicos aludidos, de forma a alcançar uma síntese comparativa.

Posição peculiar ocupa o Direito alemão, ao não acolher a causa como elemento interno do contrato, haja vista a presença dos contratos abstratos. Embora não seja exigida para validade dos negócios de disposição, a causa é relevante para a aplicação do instituto do enriquecimento injustificado.

Já os Direitos francês, alemão, italiano, português e brasileiro acolhem, além do consenso, a causa como elemento interno do contrato.

Do ponto de vista processual, os sistemas jurídicos ora cotejados seguem solução semelhante.

Notamos que os Direitos francês e italiano definem o contrato, ao passo que os sistemas alemão, português e brasileiro não o fazem.

Parece-nos preferível, como já indicamos acima, deixar a conceituação do contrato para a doutrina. Ademais, a teoria do negócio jurídico, que nasceu na Alemanha e foi bem recebida em Portugal e no Brasil, acentua o caráter prescindível da definição legal do contrato.

No sistema alemão, a causa é compreendida, nos contratos causais, como fundamento jurídico. Por sua vez, o sistema

¹⁸⁹ Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 1. p. 205.

francês, conforme discutimos acima, permite a identificação da causa como finalidade do contrato. Verificamos, ademais, que a noção italiana de causa como função social do contrato teve repercussão nos sistemas jurídicos português e brasileiro.

Seja como fundamento, seja como finalidade, encontramos a causa nos contratos nos aludidos sistemas, sempre lembrando a situação particular do Direito alemão, que admite contratos abstratos.

Por seu turno, o elemento consensual é uma constante nos contratos, qualquer que seja a ordem jurídica considerada neste estudo.

Em face do exposto, pensamos que a comparação jurídica dos sistemas francês, alemão, italiano, português e brasileiro mostra as raízes romanas do contrato em nossa tradição jurídica.

VIII. CONCLUSÃO

25. A compreensão do contrato nos sistemas jurídicos nacionais modernos, especialmente daqueles que compõem a família do *Civil Law*, depende de noções hauridas da investigação do Direito Romano.

É certo que os juristas romanos, que se notabilizaram pelo espírito pragmático, não se dedicaram à elaboração teórica do contrato. A reconstrução da figura contratual a partir da experiência jurídica romana é obra dos romanistas.

Subjaz ao moderno contrato a antiga noção romana de *contractus*, que designa, no período arcaico, a obrigação contraída por meio de atos solenes.

Realmente, na época arcaica, as obrigações contratuais se caracterizam pelo formalismo e pela tipicidade. Basta recordar a importância da forma na conclusão do *nexum* e na concepção original da *stipulatio*.

Inaugurado com o processo formulário, o período clássico ensejou o desenvolvimento dos contratos consensuais, tutelados por meio de ações de boa-fé. Surgiram, nessa época, os contratos de compra e venda, mandato, sociedade e locação, que se formam a partir do acordo de vontades.

A evolução subsequente dos contratos é marcada por dois fenômenos, a saber, a admissão dos contratos inominados e o reconhecimento de pactos protegidos por ações, que revelam a importância crescente do elemento convencional no âmbito contratual.

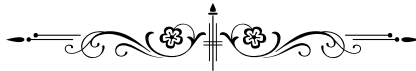
Sedimenta-se, no Direito justiniano, a causa como elemento interno do contrato, que vislumbramos como fundamento e como finalidade.

Parece-nos que o exame da história interna do Direito Romano permite identificar, como elementos internos do contrato, reconhecíveis na época justiniana, o consenso e a causa. Como elemento externo, destacamos a adequada proteção processual dos contratos.

Notamos que os referidos elementos têm continuidade nos sistemas jurídicos francês, italiano, português e brasileiro. O Direito alemão, porque admite contratos *civis abstractos*, tem caráter peculiar.

O elemento consensual e a proteção processual estão presentes em todos os sistemas jurídicos considerados.

Concluimos que o contrato moderno, nas ordens jurídicas integrantes da família jurídica do *Civil Law*, tem fonte no Direito Romano, designadamente no período justiniano.



REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos: Conceito. Fontes. Formação*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. I.

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução, textos e notas de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2006.
- BÉNABENT, Alain. *Droit des obligations*. 15. ed. Paris: LGDJ, 2016.
- BIRKS, Peter. *The Roman law of obligations*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRUTTI, Massimo. *Il diritto privato nell'antica Roma*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2015.
- CABRILLAC, Rémy. *Droit des obligations*. 12. ed. Paris: Dalloz, 2016.
- CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 5. ed. Paris: Litec, 2006.
- CORDEIRO, António Menezes. *A boa fé no direito civil*. 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2015.
- . *Tratado de direito civil: introdução, fontes do direito, interpretação da lei, aplicação das leis no tempo, doutrina geral*. 4. ed. reformulada e actualiz. Coimbra: Almedina, 2016. v. I.
- . *Tratado de direito civil: direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. v. VI.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2016.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

- CUNHA, Paulo Ferreira da; SILVA, Joana Aguiar e; SOARES, António Lemos. *História do direito: do direito romano à constituição europeia*. reimp. da edição de outubro de 2005. Coimbra: Almedina, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DISSAUX, Nicolas; JAMIN, Christophe. *Réforme du droit des contrats, du régime general et de la preuve des obligations (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016): commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*. Paris: Dalloz, 2016.
- DREIER, Ralf. *Recht, Moral, Ideologie: Studien zur Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981.
- GAIUS. *Institutes of Roman law*. Tradução de Edward Poste. 4. ed. rev. e aum. por E. A. Whittuck, com introdução histórica de A. H. J. Greenidge. [S.l]:[s.n], 1904.
- GHESTIN, Jacques; LOISEAU, Grégoire; SERINET, Yves-Marie. *Traité de droit civil: la formation du contrat*. 4. ed. Paris: LGDJ, 2013. t. 1.
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano: direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2017b. v. II.
. *Direito privado romano: parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos)*. 6. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2017a. v. I.
- KASER, Max; KNÜTEL, Rolf; LOHSSE, Sebastian. *Römisches Privatrecht*. 21. ed. München: C.H. Beck, 2017.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações: Introdução. Da constituição das obrigações*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- LEFORT, Christophe. *Procédure civile*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2007.

- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. I.
- LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*. 14. ed. München: Vahlen, 2016.
- LUIZ, Antônio Filardi. *Curso de direito romano*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- LÜKE, Wolfgang. *Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung*. 9. ed. München: Beck, 2006.
- MANTHE, Ulrich. *Geschichte des römischen Rechts*. 5. ed. München: C.H. Beck, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 1.
- MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de direito romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. t. I.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. 27. ed. rev. e atual. por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. II.
- PERLINGIERI, Pietro. *Interpretazione e legalità costituzionale: antologia per una didattica progredita*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.
. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. 2. reimp. Coimbra: Coimbra editora, 2012.
- REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 54, 1

- fev. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2718>>. Acesso em: 17 set. 2018.
- RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà: un'utopia necessaria*. Roma: GLF, 2014.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.
- ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. São Paulo: RT, 2000.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Veit, 1840, v. I.
- TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2014.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 13. reimp. Almedina: Coimbra, 2016. v. I.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2015.
- VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2016. v. I.
. *Direito comparado: obrigações*. Coimbra: Almedina, 2017. v. II.
- VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris: PUF, 2017.
. *Le droit romain*. Paris: PUF, 2012.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. de A. M. Botelho Hespanha. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.
- WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: Beck, 2016.