

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

André Alves Veronez

A TEORIA OBJETIVA DA CAUSA DOS CONTRATOS: reflexos na disciplina contratual
no Código Civil brasileiro

Porto Alegre
2019

André Alves Veronez

A TEORIA OBJETIVA DA CAUSA DOS CONTRATOS: reflexos na disciplina contratual
no Código Civil brasileiro

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Maria Cláudia Mércio
Cachapuz.

Porto Alegre
2019

CIP - Catalogação na Publicação

Veronez, André Alves
A TEORIA OBJETIVA DA CAUSA DOS CONTRATOS: reflexos
na disciplina contratual no Código Civil brasileiro /
André Alves Veronez. -- 2019.
53 f.
Orientadora: Maria Cláudia Mércio Cachapuz.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2019.

1. Causa do negócio jurídico. 2. Função social do
contrato. 3. Contratos de adesão. 4. Contratos
atípicos. I. Cachapuz, Maria Cláudia Mércio, orient.
II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UFRGS com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

André Alves Veronez

A TEORIA OBJETIVA DA CAUSA DOS CONTRATOS: reflexos na disciplina contratual
no Código Civil brasileiro

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Maria Cláudia Mércio
Cachapuz.

Aprovado em 16 de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Maria Cláudia Mércio Cachapuz
Orientadora

Prof.^a Dr. Romulo Martin Morales Hervias

Prof.^a Dr.^a Dalva Carmem Tonato

Prof.^a Dr.^a Marcia Santana Fernandes

À Grazi, pelo amor e a compreensão de todos os dias; e a alegria de estar ao teu lado.

RESUMO

A presente pesquisa versa acerca da teoria objetiva da causa dos contratos, apresentando, em um primeiro plano, a sua definição e evolução, e em seguida apresenta-se a verificação de possíveis reflexos de tal modelo teórico na disciplina da matéria contratual realizada pelo Código Civil Brasileiro de 2002. Quanto aos resultados da análise da influência referida na legislação brasileira, trata-se da constatação de que a causa não é expressamente acolhida como requisito de validade dos negócios jurídicos, de modo que parte da doutrina brasileira percebe a noção de causa englobada pelo conceito de objeto do negócio jurídico. Todavia, apesar da ausência de previsão expressa sobre a causa, constata-se o seu uso pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a partir de uma aproximação com a ideia de função do contrato. Nesse sentido, aponta-se ainda a presença da noção de causa como fundamento teórico do princípio da função social do contrato, art. 421 do CCB, tanto em sua função de controle da autonomia privada, quanto na questão da qualificação jurídica dos negócios. Igualmente, verifica-se o reflexo do conceito de causa na norma inserida no art. 424 do CCB, uma vez que a ideia de natureza do negócio se conecta com o conteúdo mínimo necessário de cada negócio jurídico, dado a partir da causa, enquanto função econômico-social de cada tipo contratual. Por fim, vislumbra-se a relação da noção de causa com a licitude da estipulação de contratos atípicos prevista pelo art. 425 do CCB, pois se pode afirmar que tal disposição tem como fundamento a ideia própria de teoria objetiva da causa contratual que aduz a existência da tipicidade social dos negócios jurídicos, ao lado da tipicidade legislativa.

Palavras-chave: Causa do negócio jurídico. Função social do contrato. Contratos de adesão. Contratos atípicos.

ABSTRACT

This research discusses about the objective theory of cause of contracts, first, explores your conceptualization and evolution, and then presents a verification of the possible implications of the theoretical model in the discipline of contractual matter performed by the Civil Code. As for the results of the analysis of the influence referred to in Brazilian law, it is the finding that the cause is not expressly accepted as a requirement of validity of contracts, so that part of the Brazilian doctrine perceives the notion of cause encompassed by object concept of contracts. However, despite the absence of any express provision about the cause, its use is found by the jurisprudence of the Superior Court of Justice, based on an approximation with the idea of the function of the contract. That way, there is also the presence of the notion of cause as a theoretical foundation of the principle of the social function of the contract, art. 421 of the CCB, both in its function of controlling private autonomy and in the matter of legal qualification of contracts. In the same meaning, the concept of cause is reflected in the norm inserted in art. 424 of the CCB, since the idea of the nature of the contract connects with the minimum required content of each contract, given from the cause, as an economic-social function of each contractual type. Finally, the relation between the notion of cause and the legality of the stipulation of atypical contracts provided for in art. 425 of the CCB, since it can be argued that such a provision is based on the very idea of an objective theory of the contractual cause that leads to the existence of the social typicality of contracts, alongside the legislative typicality.

Keywords: Cause of contracts. Social function of the contracts. Adhesion contracts. Atypical contracts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
PARTE I – Modelos teóricos acerca da causa contratual.....	11
1. O desenvolvimento do conceito de causa contratual	12
2. A teoria objetiva da causa contratual	17
3. Críticas à teoria objetiva da causa contratual desenvolvida por Emilio Betti	27
PARTE II – Reflexos da teoria objetiva da causa contratual no Código Civil Brasileiro de 2002	29
1. A recepção da teoria objetiva da causa contratual no Código Civil Brasileiro	30
2. O conteúdo jurídico do princípio da função social do contrato (art. 421 do CCB)	33
3. Nulidades e adesão contratual (art. 424 CCB).....	38
4. Tipicidade e atipicidade em matéria contratual (art. 425 CCB)	45
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto a teoria da causa contratual, ou em sentido mais amplo, da forma como recorrentemente é abordada pela doutrina, teoria da causa do negócio jurídico. Além da análise da teoria em si, propõe-se uma investigação acerca dos reflexos que essa produz na disciplina contratual realizada pelo Código Civil brasileiro de 2002. Parte-se, para tanto, de uma verificação da gênese do instituto da causa contratual em sua concepção subjetiva, no âmbito do Direito Francês, à época da edição do *Code Civil* de 1804, a partir dos conceitos formulados por Domat, Pothier e Capitant, cuidando também das manifestações de correntes doutrinárias ditas anticausalistas. Seguindo-se pela sua evolução no contexto europeu, em especial no Direito Italiano, no seu Código Civil de 1865 e 1942, buscando a consolidação da noção de causa contratual objetiva, modelo teórico central deste trabalho, cuja proposta teórica de maior influência veio a ser desenvolvido por Emilio Betti.

A pertinência de tal exploração teórica, desde o ponto de vista da codificação civil brasileira, revela-se, inicialmente, na indagação sobre a recepção da teoria da causa pelo ordenamento jurídico pátrio. Essa questão, comumente, induz na doutrina o debate em relação aos requisitos de validade dos negócios jurídicos, tratados no art. 104 do CCB, o que por si só, afastaria a presença da noção de causa da legislação nacional, uma vez que o referido artigo não faz menção ao conceito de causa, de forma diversa ao Código Civil Italiano e Francês (este apenas até o ano de 2016), por exemplo, e parte doutrina ainda enxerga a noção de causa absorvida pelo conceito de objeto do negócio jurídico. Entretanto o questionamento pretendido com essa pesquisa não se limita a disposições legais expressas, buscando verificar a presença do conceito de causa ainda que como fundamento teórico ou interpretativo da matéria contratual regulada no CCB.

É dessa maneira que são trazidos à análise os arts. 421, 424 e 425 do CCB. Ou seja, investigando-se a projeção da teoria da causa do negócio jurídico, a par de sua recepção expressa, ou não, pelo CCB, no conteúdo jurídico do princípio da função social dos contratos (art. 421), inovação trazida pelo CCB de 2002, que ainda carece de ampla indeterminação perante a doutrina nacional e ainda foi objeto de recentíssima alteração legislativa (Lei nº 13.874/2019, ou “Lei da Liberdade Econômica”); na hipótese de configuração de nulidade de cláusulas contratuais inseridas em contratos de adesão, a partir da ideia de natureza do contrato, especialmente quanto aos contratos de adesão que são submetidos às normas do Código Civil (art. 424), fazendo-se relevante tal recorte, pois grande parte das relações jurídicas em que é presente a adesividade contratual são próprias da seara do Direito do Consumidor; Por fim,

buscam-se reflexos nas questões atinentes à tipicidade contratual, isso porque a noção de causa e tipo, por vezes, acabam próximas na formulação da teoria objetiva da causa do negócio jurídico. Assim, de forma tópica, a relação da causa e a disciplina do CCB, no ponto, trata da análise do fundamento da juridicidade dos contratos atípicos (art. 425), que são reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica brasileira, todavia, guardando atenção as normais gerais do Código Civil.

PARTE I – Modelos teóricos acerca da causa contratual

1. O desenvolvimento do conceito de causa contratual

No âmbito jurídico, verifica-se uma multiplicidade de sentidos da noção de causa, variando entre causa-fato jurídico, causa-motivo, causa de juridicidade dos atos (em função da lei ou de sua própria natureza), causa de atribuição patrimonial (*credendi, solvendi, donandi*) e a causa contratual propriamente dita¹.

Com efeito, a presente pesquisa não busca explorar a totalidade dos sentidos jurídicos que se atribuem a tal noção, mas sim, neste momento, seu uso pela ciência jurídica no que toca à dogmática em matéria contratual. Dessa forma, busca-se analisar como vem sendo construído o conceito de causa dos contratos.

A discussão acerca do conceito de causa contratual, de forma específica e sistematizada, remonta à entrada em vigor do Código Civil Napoleônico, em 1804, uma vez que este trouxe em seus artigos 1.108, 1.131, 1.132 e 1.133², disposições sobre (i) a noção de causa como critério de validade dos contratos, (ii) os efeitos da ausência, da falsidade e da ilicitude da causa e (iii) a prova desta.

Ainda, tem-se como marco da consolidação de uma ideia de causa dos contratos a precedente teorização, tida como clássica, quanto ao tema por Jean Domat³, para quem nas convenções em que alguém se obrigasse sem qualquer causa, a respectiva obrigação seria nula⁴, e Robert Joseph Pothier, ao entender que todo compromisso deve ter uma causa honesta, sendo a causa do compromisso de uma das partes a contrapartida ou o compromisso da outra, ou ainda

¹AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico e declaração negocial*, tese de titularidade, Universidade de São Paulo, 1986. p. 121 a 129. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 66.

²“Article 1108. Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention:

Le consentement de la partie qui s'oblige;

Sa capacité de contracter;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement;

Une cause licite dans l'obligation.

Article 1131. L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.

Article 1132. La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée.

Article 1133. La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public.” Disponível em:

<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20000101>>.

Acesso em: 02 set. 2019.

³Nesse sentido: “Hasta el siglo XVII, el problema de la causa no había sido objeto de preocupación, ni se la encaró como un requisito especial de las obligaciones convencionales. Mucho menos, desde luego, con relación a los actos jurídicos en general. La cuestión fue planteada originariamente, por lo menos en forma sistemática, en las *Leyes Civiles*, de DOMAT [...]”. LAJE, Eduardo Jorge. *La noción de causa em el derecho civil*. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954. p. 13.

⁴DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. Paris: Le Clerc, 1777. t. 1. p. 31.

o risco pelo qual ela é responsável.⁵ Nesse contexto, foi formulada a vertente subjetiva da teoria da causa dos contratos.

A corrente subjetiva a que se faz referência, parte de um enfoque nos contratantes para conceituar a causa contratual, definindo a causa como o fim imediato e direto que aqueles intencionam ao realizar um determinado contrato⁶. Nesse panorama, a distinção entre o conceito de causa e motivo que leva as partes a contratarem, verificou-se pertinente, tanto quanto de difícil delimitação⁷. Não obstante, sob o prisma da teoria subjetiva, reservou-se à causa contratual a noção de causa final do contrato, ou seja, o conjunto de efeitos perseguidos pelos contratantes que decorrem do próprio caráter do contrato celebrado. Ao passo que os motivos também representam uma finalidade do contrato, contudo, remota, *a priori*, da relação contratual em si e potencialmente particular à cada um dos contratantes⁸.

Retomando o positivado no *Code*, acerca da ideia de causa contratual, então entendida em seu viés subjetivo, aquele alçou-a, de forma explícita, a requisito de validade dos contratos. Igualmente, tratou da ausência de causa em um contrato como fundamento de sua nulidade, normalmente associada a um evento superveniente à formação do pacto, como a inoccorrência de prestações futuras ou sucessivas, em razão de sua impossibilidade ou ilicitude, que acabam por subtrair a finalidade do contrato. A falsa causa, por sua vez decorria de erro sobre a causa contratual ou ainda da simulação desta, embora, a última hipótese nem sempre implicasse na invalidade da contratação, desde que não provocasse danos aos contratantes, nem a terceiros⁹.

A ilicitude da causa contratual, enquanto hipótese de nulidade dos contratos, também foi objeto do *Code Civil*, que a determinou a partir da ofensa à lei, aos bons costumes ou ainda à ordem pública. A questão da ilicitude da causa, tencionou de forma ainda mais marcante a problemática da proximidade do conceito de causa contratual, em seu sentido subjetivo, com

⁵ POTHIER, Robert-Joseph. *Traité des obligations*. Paris: Bechet Aine Librairie, 1824. t.1. p. 28. No mesmo sentido, ver os autores nacionais: SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e relações paracontratuais*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 66. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A causa do contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 14/2018, p. 159-178, Jan-Mar, 2018.

⁶ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Opus citatum*, p. 66.

⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. *Civilista.com*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 8, out-dez, 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/a-causa-do-contrato>. Acesso em: 02 set. 2019.

⁸ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Opus citatum*, p. 66. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 93/2014, p. 209-228, mai-Jun, 2014.

⁹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Opus citatum*, p. 68.

os motivos das partes contratantes. Pois o motivo ilícito, poderia induzir a nulidade do negócio jurídico, se determinante, agindo no mesmo escopo de efeito da noção de causa¹⁰.

Por fim, em relação ao tratamento da causa dos contratos pelo Código Civil Francês, tem-se a temática dos efeitos da ausência de consignação da causa contratual no título do respectivo contrato firmado. No ponto, verifica-se que a falta dessa expressão não infirma a validade do pactuado, uma vez que diz respeito apenas ao instrumento do negócio jurídico, e não a este em si mesmo¹¹.

Em contraposição ao formulado por Domat e Pothier, bem como ao consolidado pelo *Code Civil* em relação à teoria da causa contratual em seu sentido subjetivo, desenvolveu-se, no cenário da doutrina francesa, uma corrente dita anticausalista. Essa doutrina foi estruturada a partir da sistematização das contradições que se apresentavam na teoria clássica da causa¹². Dessa forma, os argumentos que sustentaram a doutrina anticausalista, referiam-se, basicamente, (i) ao questionamento da ideia de que uma obrigação seria a causa de sua correlata, uma vez que ambas surgiriam simultaneamente com a formação do contrato, (ii) à absorção do conceito de causa pela noção de objeto do contrato, o que traduziria a inutilidade daquele e (iii) à impossibilidade de distinguir de forma precisa a causa contratual do motivo¹³.

É interessante consignar que até a atualidade tais argumentos são trazidos pela doutrina brasileira para fundamentar um suposto afastamento do seu Código Civil da noção de causa. Em especial, é comumente referida a ideia de que o conceito de causa estaria substituído, englobado, pela ideia de objeto do contrato, já que este estaria expressamente fixado como requisito de validade dos negócios jurídicos, e ambos conceitos tratariam do aspecto finalístico do contrato.¹⁴

Entretanto, uma abordagem teórica mais precisa, e de certa forma menos simplista, sobre o problema da relação entre causa e objeto do contrato pode ser capaz de apontar uma conclusão diversa, pois:

¹⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Opus citatum*. p. 69.

¹¹ *Ibidem*. p. 69.

¹² *Ibidem*. p. 71. Quanto à doutrina anticausalista ver: DEMOLOMBE, Jean-Charles Florent. *Traité des contracts ou des obligatios conventionnelles em general*. Paris: Imprimerie Générale, 1877. t. 1. p. 333; AUBRY, Charles; RAU, Charles. *Cours de droit civil français*. 5. ed. Paris: Imprimerie Générale de Jurisprudence, 1902. t. 4. p. 547; BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel ; BARDE, L. *Traité théorique et pratique de droit civil – des obligations*. 3. ed. Paris : Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey, 1906. t. 1. p. 336; LAURENT, François. *Principes de droit civil français*. 5. ed. Bruxelas : Bruyillant-Christophe et Cie. Éditeurs, 1893. t. 16. p. 151.

¹³ *Ibidem*. p. 72.

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 399. MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito das obrigações*, 2º parte. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5. p. 23.

O objeto do contrato não é a prestação nem o objeto desta. A prestação é o objeto da obrigação e seu objeto tanto pode ser a entrega de uma coisa como o exercício de uma atividade ou a transmissão de um direito. Objeto do contrato é o conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar, singularmente considerados, não no seu entrosamento finalístico, ou, por outras palavras, as prestações das partes, não o intercâmbio entre elas, pois esta é a causa. (Grifos no original)¹⁵

Dessa forma, vai se apresentando a sutileza que envolve a noção de causa do contrato. Uma vez que não se refere ao aspecto estático do fenômeno contratual, conforme supracitado, o objeto, ou o *conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar, singularmente considerados*, mas sim, à face dinâmica do contrato, ou o *entrosamento finalístico*, o *intercâmbio* entre as prestações das partes. Assim, encerra-se este breve salto à contemporaneidade nacional, trazido apenas para melhor ilustrar a argumentação anticausalista, que então se desenvolvia no contexto francês.

Retornando ao desenvolvimento da teoria clássica da causa em matéria contratual, ou seja, em seu sentido subjetivo, a partir das críticas elaboradas pela corrente anticausalista exsurtem reformulações do conceito clássico de causa. Dentre estas, encontra-se aquela exposta por Henri Capitant¹⁶. Esse autor buscou fundamentar a causa contratual se afastando, principalmente, do argumento contraditório da vertente clássica, segundo o qual a obrigação de uma parte seria a causa da obrigação da outra parte da relação contratual. Para Capitant, assim, a causa do contrato é, de fato, o fim imediato visado pelos contratantes¹⁷, sendo este, não a obrigação de cada um daqueles, mas sim, o cumprimento, a prestação, destas obrigações¹⁸.

Indo além, também se refere que na concepção de Capitant, tal noção de fim integra a própria manifestação de vontade que cria uma determinada obrigação, no caso, decorrente do negócio jurídico. Nesse sentido, o ato de vontade seria composto de dois elementos, o consentimento, considerado em si mesmo como a vontade de realizar um dado negócio jurídico, e a consideração do fim próprio do contrato firmado, ou seja, nessa linha, a causa do contrato¹⁹.

Cabe expor, também, que o enfrentamento da contradição da teoria clássica quanto à causalidade recíproca das obrigações contraídas pelos contratantes, foi realizado ainda por outros autores da doutrina Francesa. Isto, igualmente, deu-se sob o prisma do deslocamento da análise da causa contratual a partir das obrigações, em si, decorrentes do contrato, para um foco sobre o cumprimento destas. São exemplos deste desenvolvimento teórico, as obras de Eugene

¹⁵ GOMES, Orlando. *Opus Citatum*. p. 65.

¹⁶ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Opus citatum*. p. 72.

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Revista da AJURIS*. v. 16, n. 45, p. 213- 244, mar, 1989.

¹⁸ CAPITANT, Henri. *De la cause de las obligations*. 3. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1927. p. 39.

¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Opus Citatum*. p. 209-228.

Gaudamet (*Théorie générale des obligations*), e Frédéric Murlon (*Répétitions écrites sur le code civil*)²⁰.

Por fim, a discussão quanto à vertente subjetiva da teoria da causa dos contratos, revestiu-se de atualidade a partir da publicação da *Ordonnance n° 2016-131*, de 10 de fevereiro de 2016, que no âmbito do Código Civil Francês, dispôs sobre a sua reforma do direito dos contratos e do regime geral e da prova das obrigações. Tal alteração legislativa, entre outras disposições, mas destacando o que é pertinente ao ponto desta pesquisa, promoveu a supressão da noção de causa como requisito de validade dos contratos, então trazida pelo artigo 1.108 do *Code*.²¹

Em uma perspectiva de contraposição, divergência, ou ainda evolução em face da doutrina subjetiva da causa, desenvolveram-se estudos acerca do tema que buscaram conceituá-lo de forma mais objetiva, afastando-se da ideia de fim imediato intencionado pelas partes. Sem prejuízo de outras críticas, as formulações em sentido objetiva da causa contratual, visavam se opor à confusão entre causa e motivo, recorrente na teoria subjetiva²².

Assim, encaminha-se o desenvolvimento do capítulo seguinte. No qual será explorada de forma mais detida a doutrina objetiva da causa dos contratos, eis que se trata do modelo teórico cuja repercussão no Código Civil Brasileiro pretende-se testar.

²⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Opus citatum*. p. 73.

²¹ MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Opus citatum*, p. 159-178. Ainda nesse sentido: “L’ancien article 1108 conditionnait la validité du contrat à quatre conditions: un consentement sain, la capacité de contracter, un objet certain et une cause licite. Le nouvel article 1128 n’en énonce plus que trois : la capacité (A), le consentement (B) et « un contenu licite et certain » (C). Nous les envisagerons successivement avant de présenter les règles nouvelles relatives à la nullité et à la caducité du contrat.” CHÉNEDÉ, François. *Le nouveau droit des contrats et des obligations*. 2.ed. Paris: Éditions Dalloz, 2018. p. 43.

²² SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Opus citatum*. p. 101.

2. A teoria objetiva da causa contratual

O enfoque objetivo em relação à teoria da causa contratual tem como matriz a doutrina italiana acerca do tema. Não obstante, e de certa forma atuando como fator de desenvolvimento desta perspectiva de análise da questão, o Código Civil italiano de 1865 incorporou a sistemática do *Code* de 1804 quanto à causa contratual²³. Ou seja, tratou da matéria sob o viés subjetivo da causa dos contratos.

Esse contexto, assim como na França, deu espaço às críticas, já referidas, à teoria subjetiva. Entretanto, as formulações da doutrina italiana, em oposição ao positivado no respectivo Código Civil do país, não se limitaram às razões levantadas pela corrente anticausalista, muito embora, ambas atacassem intelectualmente os mesmos problemas decorrentes da teoria subjetiva. Nesse aspecto, verifica-se que a teoria objetiva realiza um deslocamento do foco de análise do problema da causa do plano obrigacional (como fazia a teoria subjetiva) para o contrato em si.

Assim, uma primeira noção de causa objetiva do contrato é identificada na obra de Vittorio Scialoja²⁴. Pois este autor, ao propor que o escopo dos negócios jurídicos deve ser analisado a partir de uma consideração objetiva, identificou o conceito de causa contratual, justamente, com o propósito, com a função de determinado contrato. De modo que causa e motivos, ainda que determinantes para o agente em específico, restariam inconfundíveis²⁵.

Com efeito, no desenvolvimento da doutrina italiana da causa do contrato, a mais sólida teoria calcada na noção objetiva de causa, foi aquela desenvolvida por Emílio Betti²⁶. A qual, inclusive, foi incorporada pelo Código Civil italiano editado posteriormente àquele de 1865, então no ano de 1942²⁷.

²³ “1104. I requisiti essenziali per validità di un contratto sono

La capacità di contrattare;

Il consenso valido dei contraenti;

Un oggetto determinato che possa essere materia di convenzione;

Una causa lecita per obbligarsi.

1119. L'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa od illecita non può avere alcun effetto.

1120. Il contratto è valido, quantunque non ne sia espressa la causa.

1121. La causa si presume sino a che non si provi il contrario.

1122. La causa è illecita quando è contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico.” Disponível em: <https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_22_4_3_4.page>. Acesso em: 02 set. 2019.

²⁴ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Opus citatum*, p. 103.

²⁵ SCIALOJA, Vittorio. *Negozi giuridici*. 3. reimpressão. Roma: Società editrice del foro italiano, 1933. p. 90.

²⁶ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Opus citatum*, p. 104.

²⁷ “Art. 1325 Indicazione dei requisiti

I requisiti del contratto sono:

1) l'accordo delle parti;

Para Betti a causa é uma justificação objetiva do que se busca criar a partir da manifestação da autonomia privada²⁸. De modo que a função (o porquê) do negócio jurídico²⁹ se denomina causa, sendo esta a própria razão do negócio (contrato). A causa, destarte, não se confunde com a forma (o como), nem com o conteúdo (o que) do negócio jurídico, embora possua um nexó lógico com esse³⁰.

Portanto, Betti entende que a causa se trata de uma razão prática típica que é imanente ao negócio jurídico, que concretiza um interesse social objetivo, logo, socialmente verificável, ao qual o negócio deve corresponder. Ao passo que o conteúdo, enquanto noção mais ampla, trata-se do próprio regulamento de interesses de uma determinada relação privada³¹.

Dessa forma, compreende-se a causa não a partir de um sentido fenomenológico, mas sim, teleológico (que vislumbra uma finalidade do negócio jurídico) e deontológico (ou seja, próprio da lógica de dever-ser). Corresponde a causa, assim, em sentido amplo, à própria função ordenadora do Direito³².

Logo, assim como no exercício de direitos subjetivos, os poderes de autonomia também devem ser exercidos de acordo com a função social a que são destinados. Independente do fato de que o negócio jurídico se dá a título gratuito ou oneroso, deve sempre haver um interesse objetivo e plausível, ou seja, socialmente apreciável e assim, controlável. Esse interesse, destaca-se pode inclusive ser de caráter ideal, e de conteúdo moral. O autor afirma, pois, que a função social da autonomia privada se espelha no tipo do negócio jurídico abstratamente

2) la causa;

3) l'oggetto;

4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.

Art. 1343 Causa illecita

La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

Art. 1344 Contratto in frode alla legge

Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa.

Art. 1345 Motivo illecito

Il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe.” Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/home.html>. Acesso em: 02 set. 2019.

²⁸ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tomo I. 1. ed. Campinas: LZN Editora, 2003. p. 247.

²⁹ Aqui cabe esclarecer que Emilio Betti trata do tema da causa através da perspectiva do *negócio jurídico*, enquanto gênero que abarca as espécies do *contrato* e dos *atos unilaterais*. Dessa forma, apesar do enfoque da presente pesquisa se dar sobre a causa, especificamente, em matéria contratual, a fim de guardar a maior fidelidade possível ao pensamento do autor, utilizar-se-á, ao expor a teorização de Betti, a terminologia de sua obra.

³⁰ BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tomo I. 1. ed. Campinas: LZN Editora, 2003. p. 248.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

considerado, o que não exclui a realidade de que a celebração do negócio concreto é, também, sempre determinada por um interesse individual³³.

Por sua vez, o desvio do negócio jurídico de sua função social, para Betti, corresponde a uma antinomia entre o referido interesse objetivo e o interesse individual. De modo que tal interferência, no caso concreto, venha a neutralizar ou paralisar a realização da função social típica do negócio jurídico, fazendo com que este sirva a um escopo antissocial³⁴.

A causa, em consideração ao exposto, não pode ser compreendida em uma visão atomística ou unilateral, pois não se identifica com os elementos do negócio jurídico, logo, uma noção de causa objetiva restrita ao ponto de vista da lei e do objeto, e uma noção subjetiva limitada às partes, são insuficientes para explicar tal conceito. Isto porque, o interesse individual na conclusão do negócio corresponde a um escopo de caráter contingente, e por si só, não justifica a tutela jurídica do negócio, e inversamente, a função econômico-social da autonomia privada, embora enseje essa tutela, pois refletida no tipo do negócio jurídico abstratamente considerado, não é capaz de explicar a efetiva celebração do negócio no caso particular, sem um interesse concreto que a determine em cada caso³⁵.

Nessa esteira, Betti expõe como exemplo de uma perspectiva atomística, a partir de um viés subjetivista, a identificação da causa com o elemento subjetivo do negócio jurídico, seja com o consenso, no caso dos contratos ou com a vontade, em relação aos negócios jurídicos unilaterais³⁶.

Desse modo, a causa, tratando-se do interesse de caráter objetivo e típico, socialmente reconhecível e apreciável, não se confunde com os motivos individuais de cada agente. Embora se verifique a existência de um nexos psicológico entre os motivos, o consenso e a vontade³⁷, aqueles não constituiriam a noção de causa pelas seguintes razões: são individuais, variáveis, diversos, imponderáveis e podendo, inclusive, serem contraditórios. Assim, diferentemente da causa, os motivos não comportariam uma valoração social positiva³⁸.

³³ BETTI, Emilio. *Opus citatum*. p. 250-251.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ BETTI, Emilio. *Opus citatum*. p. 252.

³⁶ *Ibidem*, p. 253.

³⁷ No ponto, evidencia-se o caráter intermediário da posição de Betti acerca da noção de causa, não sendo absolutamente objetivista, tampouco subjetivista, pois adota um conceito objetivo de causa e não ignora, ou afasta, a importância do elemento subjetivo no processo de manifestação da vontade. Nesse sentido ver: SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Opus citatum*, p. 108; FERRIGNO, Lucia. L'uso giurisprudenziale del concetto di causa del contratto. *Contratto e impresa*, p. 128 – 1/113, 1985.

³⁸ *Ibidem*, p. 254.

O autor ainda trata da noção de causa remota, afirmando que esta não é estranha ao conceito de causa, pois traduz uma interferência no negócio jurídico por uma relação jurídica preexistente, contemporânea ou futura, que guarda um nexo de caráter objetivo, capaz de dar a razão da causa. A causa remota, portanto, quando presente, seria um pressuposto objetivo da causa típica que caracteriza o negócio jurídico, um escopo típico ulterior que se enxerta na causa de modo reconhecível³⁹.

De forma concatenada à exposição dos elementos que compõe o conceito de causa do negócio jurídico, Emilio Betti, apresenta um segundo exemplo de perspectiva atomística ou unilateral da noção de causa, entretanto, de viés objetivista. Este, é a caracterização da causa como o conjunto das circunstâncias objetivas, como o elemento objetivo do negócio jurídico, ou ainda como a vontade da lei. Tal vertente, desde o ponto de vista do autor, ignora que a causa antes de ser uma noção jurídica é uma noção social⁴⁰.

Nesse sentido, Betti diz que a causa do negócio jurídico não se trata de causa nem concausa do efeito jurídico, em sentido naturalístico, mas sim, razão e causa típica da autonomia privada ao estabelecer o preceito do negócio jurídico. Uma vez que o Direito, e a própria consciência social aprova e protege a autonomia privada, mas não enquanto capricho momentâneo, e sim na medida em que persegue um interesse objetivo, típico e apto para promover a modificação do estado de fato presente, se dirigindo, assim, a funções sociais dignas de tutela⁴¹. A fim de melhor ilustrar tal ideia, recorre-se a um exemplo prático de manifestação da causa do negócio jurídico: a função de troca, que é causa da compra e da locação, justifica a proteção social e jurídica dada à vontade singular, que no caso concreto, se dirige àquela causa (troca).

O último caso de perspectiva atomística e unilateral da noção de causa do negócio jurídico apresentado por Betti, trata-se de identificar a causa com o objeto do negócio ou outros elementos singulares do negócio.

O autor vê como equivocada tal posição, pois, tomando como exemplo os contratos sinalagmáticos, a causa não se trata dos objetos permutados ou entregues, mas se identifica na relação comutativa ou associativa estabelecida, que se exprime na troca ou colocação em comum. A causa, a razão justificativa, dessa forma, é comum a ambas as partes do contrato bilateral, eis que se identifica, outrossim, com a unidade funcional do contrato. Logo, torna-se possível afirmar que negócios jurídicos distintos podem ter o mesmo objeto, e ainda assim,

³⁹ *Ibidem*, p. 255.

⁴⁰ BETTI, Emilio. *Opus citatum*. p. 257.

⁴¹ *Ibidem*, p. 258.

diferirem entre si quanto a sua causa (função), como é o caso do mútuo e da doação. Igualmente, a autonomia entre causa e objeto se revela na constatação de que mesmo que a causa seja inexistente, desde o ponto de vista jurídico, ilícita ou impossível, o respectivo objeto, considerado em si mesmo pode ser existente, lícito e possível⁴².

Portanto, para Emilio Betti, a causa (razão) do negócio jurídico se identifica com a função econômico-social do negócio, na síntese dos seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional, na qual se manifesta a autonomia privada. De modo que a causa é a função de interesse social da autonomia privada.

Por sua vez, os elementos de existência do negócio jurídico, seriam também elementos indispensáveis da sua função típica. No mesmo sentido, a síntese do negócio jurídico, representada pelo seu tipo, também representaria a função típica do negócio.

Logo, na teoria de Betti, a função econômico-social de um dado negócio jurídico, que caracteriza, igualmente, um determinado tipo de negócio, perfaz uma manifestação da autonomia privada, sendo esta um fenômeno social, antes de se tornar, com o devido reconhecimento, um fato jurídico. Dessa forma, tem-se que a causa não se trataria de mera função jurídica, como síntese de efeitos que o Direito reconhece, mas sim, uma síntese funcional dos elementos do negócio jurídico⁴³.

Além de buscar conceituar, desde uma perspectiva objetiva, a causa do negócio jurídico, o autor também pretendeu demonstrar a relevância jurídica da noção de causa. Para tanto, partiu da ideia de que a causa (razão que justifica a tutela jurídica conferida à manifestação da autonomia privada e se identifica com a função econômico-social do negócio jurídico), assim como caracteriza o tipo do negócio jurídico, determina-lhe o conteúdo mínimo necessário. Tal conteúdo, visto em relação à cada negócio, tem limites e contornos determinados a partir da solução típica dos problemas práticos normais e constantes, aos quais se volta a autonomia privada ao prover a circulação de bens, a prestação de serviços e demais formas de interação entre economias individuais⁴⁴.

Nesse sentido, considerando que a declaração preceptiva da vontade possui um nexo necessário a um interesse objetivo, dito de outra forma, um escopo prático típico (causa), apresenta-se, segundo Betti, a primeira razão prática de atribuição de relevância jurídica à noção de causa, qual seja, resguardar da autonomia privada a delimitação do conteúdo mínimo indispensável do negócio jurídico. De modo que não possam as partes contratantes,

⁴² *Ibidem*, p. 260.

⁴³ BETTI, Emilio. *Opus citatum*. p. 261.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 262.

arbitrariamente, suprimir elementos que constituem a função típica do negócio, ou conferir eficácia a atos que não sejam idôneos a criar vínculos jurídicos⁴⁵.

Os elementos concretos da função econômico-social que caracteriza o tipo do negócio jurídico, igualmente, são os elementos da sua causa, ou seja, razão da proteção jurídica conferida pelo ordenamento. Logo, os elementos essenciais do tipo, que conforme referido, também o são da causa, constantes e invariáveis em cada negócio jurídico que corresponde ao tipo, se mostram indispensáveis para a identificação do negócio em concreto. Em consequência, embora a causa seja uniforme e constante em relação aos negócios jurídicos que correspondem a um mesmo tipo (por exemplo, todos os contratos de compra e venda), ela é diferente para cada tipo de negócio jurídico (compra e venda, locação, prestação de serviços...), distinguindo-os, a partir de suas respectivas funções econômico-sociais. Assim, para o autor, essa constatação seria um claro aspecto objetivo da causa⁴⁶.

A causa, portanto, se trataria do interesse em sentido objetivo na mudança de um determinado estado de fato, de forma que a ordem jurídica ao tutelar a autonomia privada, não toma em conta o capricho individual, mas apenas a função socialmente relevante do negócio jurídico, dada por seu tipo⁴⁷.

Quando a causa, característica de determinado tipo de negócio jurídico, é tomada em consideração pela intenção prática das partes (por exemplo, através da fixação de motivos no instrumento do negócio jurídico, seja essa na forma de pacto, reserva, condição, termo ou modo), comporta e exige que em cada negócio realizado, assume uma especificação ou coloração concreta, adequada à intenção comum das partes. Assim, nesses casos, a qualificação jurídica do negócio, bem como a sua interpretação, deve se dar em atenção a intenção comum das partes, a qual conserva um caráter eminentemente prático⁴⁸.

É interessante perceber, a partir desta passagem do pensamento de Betti, que apesar da vinculação da noção de causa à ideia de tipo do negócio jurídico, o autor já expressa uma possibilidade de adequação de alguns aspectos dessa função à intenção, aos motivos então objetivados pelas partes. Ou seja, pode-se identificar um primeiro passo ao reconhecimento dos contratos inominados (ou conforme a terminologia do Código Civil Brasileiro, contratos atípicos) como dignos de tutela jurídica.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 263.

⁴⁶ BETTI, Emilio. *Opus citatum*. p. 264.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 265.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 267-268.

Quanto ao ponto da consideração da causa como razão de tutela jurídica das manifestações da autonomia privada, ou ainda da relevância político-legislativa da noção de causa, Emilio Betti afirmou que o controle exercido pelo Direito sobre a autonomia privada procede do exame das várias categorias de escopos práticos que são alvo da autonomia privada ao realizar interações econômicas e sociais. Esses escopos, classificados a partir de tipos, são controlados pelo ordenamento jurídico quanto a sua licitude, considerada para tanto a apreciação desta pela consciência social, e quanto a sua oportunidade em ser sancionada pela ordem jurídica⁴⁹.

Ou seja, conforme o autor, analisa-se a função útil buscada pela autonomia privada, verificando-se a pertinência de que seja estavelmente organizada, em razão de sua constância, normalidade e importância social. De modo que a função, entendida então como causa (que não deixa de ser uma entidade social e extrajurídica), torna-se o fundamento, a *ratio iuris*, ou ainda a justificação da norma juridicamente reconhecida⁵⁰.

Nessa via, a causa, ainda, atende também a necessidade de fornecer um critério diretivo, dedutível do conteúdo do negócio, para que se determine o tratamento jurídico mais adequado a ser atribuído a um dado negócio jurídico⁵¹.

A causa, enquanto função social típica, constitui um momento incidível do preceito do negócio jurídico, sendo assim, sua falta, ilicitude ou irracionalidade, influi sobre a eficácia do próprio preceito. Dessa forma, quando o interesse individual não coincide com o interesse objetivo (causa), ao promover uma mudança no estado de coisas, acaba neutralizando e paralisando a realização da função social típica, fazendo o negócio jurídico servir a um escopo antissocial. Nesse sentido, para Betti: (i) o negócio (causal) celebrado em razão de um interesse que não encontra uma causa que o justifique, é nulo por falta de causa; (ii) se a causa for ilícita, ainda que os elementos do negócio, individualmente considerados sejam lícitos, a unidade funcional do negócio jurídico será ilícita, tendo em vista o caráter ilícito de que se revestiria a sua síntese; (iii) se simulada a causa, o respectivo negócio não produzirá efeitos entre as partes e igualmente (iv) uma impossibilidade superveniente da causa, reagirá sobre a relação jurídica então criada pelo negócio jurídico⁵².

⁴⁹ BETTI, Emilio. *Opus citatum*. p. 269

⁵⁰ *Ibidem*, p. 270.

⁵¹ *Ibidem*, p. 271.

⁵² BETTI, Emilio. *Opus citatum*. p. 273

Aprofundando-se na ideia de tipicidade, em relação ao conceito de causa do negócio jurídico, Betti parte do seguinte questionamento: o que seria, de forma contemporânea, uma tipicidade das causas dos negócios jurídicos?⁵³

Segundo o autor, no sentido antigo, que remonta ao direito romano positivo clássico, as causas dos negócios jurídicos são típicas desde o ponto de vista que são especificamente denominadas e taxativamente disciplinadas pelo direito positivo. Por outro lado, contemporaneamente a tipicidade das causas dos negócios jurídicos não decorre necessariamente da lei, de forma taxativa, mas deve ser admitida pela consciência social, de modo que corresponda a uma necessidade prática legítima, a um interesse social duradouro e, portanto, digno de tutela jurídica⁵⁴.

Dessa maneira, tal valoração das causas que dá ensejo ao fenômeno da tipificação, não tem por objeto interesses meramente individuais, contingentes, variáveis, contraditórios e socialmente imponderáveis, mas sim necessidades constantes, normais e por consequência, redutíveis a tipos gerais.

Com efeito, consoante Betti, tal configuração de tipos não se realiza apenas a partir de qualificações técnico-legislativas, pois se efetuaria também com base nas concepções dominantes na consciência social, historicamente considerada, assim como na economia, nos vários campos técnicos, bem como na moral⁵⁵. Dessa forma, ao lado da rígida tipicidade legislativa, verifica-se a tipicidade social dos negócios jurídicos⁵⁶, a qual, igualmente, desempenha a função de limitar e orientar a autonomia privada, sendo, contudo, muito mais elástica na tarefa de configurar os tipos negociais, eis que se realiza contando também com valorações econômicas ou éticas da consciência social⁵⁷.

Conforme Betti, em consideração à ideia de tipicidade social, não se identifica, necessariamente, o não nomeado, o inominado com o atípico. Isto porque, a par da denominação empregada ao negócio, a juridicidade deste se encontra ligada à necessidade de identificar um interesse objetivo digno de tutela jurídica, afastando-se do arbítrio individual, do capricho e do

⁵³ BETTI, Emilio. *Opus citatum*. p. 276.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 277.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 278.

⁵⁶ O uso do conceito de *tipicidade social* por Betti evita a redução da ideia de negócio típico a um regime de tipicidade negocial (nos moldes do Direito Romano). SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Opus citatum*, p. 109. Quanto à distinção entre a noção de negócio típico e regime de tipicidade negocial: PELICANÒ, Aldo. *Causa del contrato e Circolazione dei Beni*. Milão: Giuffrè Editore, 1981. p. 110.

⁵⁷ BETTI, Emilio. *Opus citatum*. p. 279.

motivo transitório. Isto, em razão da sociabilidade da função ordenadora que é, por sua vez, inerente ao Direito.

Logo, não bastaria que a causa do negócio fosse lícita, pois a licitude é condição necessária, mas não suficiente, para justificar o reconhecimento jurídico. Assim, deve ainda a causa corresponder a uma necessidade duradoura da vida de relação, a uma função de interesse social, a ser reconhecida, interpretativamente pelo Direito. Nesse contexto, conforme o autor, a eventual combinação de tipos negociais pode ser admissível. Concretizando negócios jurídicos cuja causa, ou tipicidade, fosse identificada como um mosaico de diversos escopos práticos⁵⁸.

Ampliando a discussão quanto à ideia de causa, Betti ainda aborda a questão dos negócios jurídicos causais e abstratos. A partir da afirmação de que os negócios jurídicos causais se constituem na regra geral, ao passo aqueles abstratos também seriam admissíveis, entretanto, apenas na forma disciplinada na lei, de modo que a abstração da causa não poderia se dar de forma convencional, pela simples manifestação de vontade das partes⁵⁹.

O autor, então, trata da distinção entre o negócio jurídico causal e o abstrato, através do critério da relevância direta, ou indireta da causa para o negócio. Por relevância direta da causa, ou seja, da função econômico social do negócio jurídico (o que é o caso dos negócios jurídicos causais) entender-se-ia a situação em que aquela seja manifesta e reconhecível pela estrutura do negócio jurídico, de modo que lhe caracteriza o tipo e determina o tratamento jurídico, bem como os respectivos efeitos. E o contrário, corresponderia à relevância indireta⁶⁰.

Nesse sentido, os negócios jurídicos abstratos, para Betti, são aqueles em que a certeza da relação jurídica prevalece sobre a necessidade intrínseca de justificação, o que é determinado, taxativamente, pela ordem jurídica a partir do reconhecimento de determinadas práticas ou necessidades atinentes ao comércio. Assim, nesses casos, o interesse típico que determina a autonomia privada das partes, pode restar omitido. Logo, a estrutura de tais negócios jurídicos, não corresponde univocamente a uma função econômico-social constante, nem, necessariamente, reflete o interesse individual ao qual o negócio serviria, visto que a abstração torna o negócio idôneo para servir a diversas funções. De maneira que a produção dos efeitos dos negócios jurídicos abstratos se condiciona apenas à forma, de modo que o escopo prático do negócio, visto em cada caso concreto, torna-se uma entidade que deve ser

⁵⁸ BETTI, Emilio. *Opus citatum*. p. 280.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 281.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 284.

considerada em si mesma, em razão da sua separação e distinção artificial em relação ao conteúdo típico⁶¹.

Dessa forma, tem-se que nos negócios jurídicos causais, a causa, a função econômico-social, está intimamente conectada com os elementos essenciais do negócio, identificando-se com a síntese deste, e logo, determinando o seu tipo. Ao passo que nos negócios jurídicos abstratos, a estrutura típica não corresponde a uma função econômico-social, uma causa, constante, de maneira que nada diz acerca do interesse individual ao qual o negócio serve em concreto, ou seja, a obrigação assumida ou a atribuição feita, é *a priori*, desvinculada da razão típica que a justificaria⁶².

A distinção entre abstrato e causal, portanto, diz respeito ao tipo do negócio jurídico, não ao negócio concretamente realizado pelas partes. Sendo, assim, abstrato o negócio que para produzir efeitos lhe basta a forma, é suficiente, e a causa é, em regra, indiferente⁶³.

Assim consolidou Emilio Betti o conceito de causa do negócio jurídico (contrato), identificada com a própria função econômico-social desempenhada pelo contrato, na síntese dos seus elementos essenciais, como totalidade e unidade funcional, na qual se manifesta a autonomia privada. Não obstante a importância e a solidez do modelo teórico desenvolvido por Betti quanto à causa dos contratos, foram formuladas diversas críticas a sua proposição. Quanto a essas, não de forma exaustiva, passa-se a sua análise.

⁶¹ BETTI, Emilio. *Opus citatum*. p. 284

⁶² *Ibidem*, p. 285.

⁶³ *Ibidem*, p. 287.

3. Críticas à teoria objetiva da causa contratual desenvolvida por Emilio Betti

Primeiramente, encontra-se referência à crítica formulada por Natalino Irti à concepção teórica de Betti, especificamente quanto ao tratamento dado por este à questão da autonomia privada⁶⁴. Nesse sentido, Irti afirma que a teoria do negócio jurídico formulada por Betti guarda afinidade com o antigo voluntarismo, ou seja, situação na qual a vontade, por si só, encontra-se munida de eficácia originária, em relação à produção de efeitos jurídicos, de modo que o legislador resta limitado a sua recepção⁶⁵.

A presente crítica se fundamenta no reconhecimento por Betti, não só, da autonomia privada no plano estatal, mas também em um plano pré-jurídico, de matiz social, o que conforme Irti dificultaria conciliar uma noção normativa do negócio jurídico com o ato de autonomia compreendido como ato social⁶⁶.

Entretanto, o que se denota da concepção de Betti acerca da autonomia privada, é que não há ato desta fora do ordenamento jurídico. Pois a separação de planos proposta tem como função apenas destacar que a manifestação da autonomia privada não se trata de um ato meramente formal, mas sim, um ato que traz em seu bojo um dado significado histórico e social, o qual não é ignorado pelo ordenamento jurídico ao recepciona-lo. Ou seja, Betti trata da “autonomia privada como realidade fática a que o Direito é chamado a regular, recepcionando-a e atribuindo-lhe efeitos jurídicos”⁶⁷. De modo que a consequência de tal perspectiva não é a atribuição de autonomia normativa à autonomia privada, mas sua recepção pelo ordenamento jurídico com toda a complexidade que a compõe enquanto fato social (incluindo-se aqui a própria noção de função econômico-social), o que por certo deve ser considerado ao se analisar o negócio jurídico em concreto.

Irti ainda aponta uma suposta contradição entre a referida preservação das características da autonomia privada, quando recepcionada pelo Direito, e a limitação normativa de eficácia do negócio jurídico⁶⁸.

Contudo, essa contradição é aparente. Isto porque, a relação dialética existente entre a recepção jurídica da manifestação da autonomia da vontade e a possível limitação normativa do negócio jurídico (preceito) criado a partir daquela, é não excludente, não se trata de uma

⁶⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 81

⁶⁵ IRTI, Natalino. *Lecture bettiane sul negozio giuridico*. Milão: Giuffrè, 1991. p. 19.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 17.

⁶⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Opus citatum*. p. 82.

⁶⁸ IRTI, Natalino. *Opus citatum*. p. 31

relação de opostos que se auto excluem, mas sim, que se complementam. A título de exemplo, pode-se referir a própria construção do art. 421 do Código Civil Brasileiro, ao justapor a liberdade contratual com a limitação decorrente da função social do contrato.⁶⁹

Dessa forma, o que se deduz é que Betti não se filia à tradição voluntarista para pensar a intersecção entre a autonomia privada e o ordenamento jurídico. Mas, igualmente, reconhece a esfera social que compõe a manifestação de vontade, de forma que acaba por se afastar também de um normativismo estrito para conceber a ideia de negócio jurídico.

A segunda importante linha de críticas desenvolvidas à teoria da causa de Betti, notadamente por Mario Bessone e Enzo Roppo, parte do reconhecimento da associação entre causa e função social do contrato realizada pelo autor, pautada pela ideia de utilidade social que é representada pelo contrato na produção e na distribuição de bens, visando o bem-estar social⁷⁰.

Os supracitados autores não deixam de reconhecer a importância de tal concepção de causa delineada por Betti. Uma vez que a partir dela foi possível superar a discussão sobre a “função do negócio” e o “objetivo das partes”. Entretanto, em relação ao aspecto crítico à teoria de Betti, afirmam que esta cristaliza uma noção mítico-paternalista do Estado, na qual este assume um papel de proporcionar a felicidade e os respectivos meios para a sua realização. Indo além, entendem que o debate acerca da noção de causa estaria mais próximo da avaliação dos critérios úteis e da seleção dos interesses dignos de tutela, para realizar o controle de compatibilidade entre os contratos celebrados pelos privados e as diretrizes sociais e econômicas fixadas pelo ordenamento jurídico⁷¹.

Nesse sentido, a crítica realizada pelos autores a essa concepção de causa, reside na circunstância de que o contrato sempre será um instrumento voltado à realização de interesses privados. O que não busca afastar o uso do instituto do contrato, por exemplo, no âmbito do Direito Administrativo, mas sim, na visão dos referidos autores, limitar a intervenção estatal sobre o conteúdo dos contratos, a fim de que se imponham interesses exteriores sobre os contratantes, quando o contrato é celebrado entre particulares⁷².

⁶⁹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Opus citatum*. p. 83.

⁷⁰ BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. La causa nei suoi profile attuali (material per una discussione). In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Causa e consideration*. Padova: Cedam, 1984. p. 86.

⁷¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Opus citatum*. p. 86.

⁷² BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Opus citatum*. p. 87.

PARTE II – Reflexos da teoria objetiva da causa contratual no Código Civil Brasileiro de
2002

1. A recepção da teoria objetiva da causa contratual no Código Civil Brasileiro

Com efeito, o Código Civil Brasileiro de 2002 não tratou expressamente da causa ao elencar os requisitos de validade do negócio jurídico⁷³. Uma vez que, conforme o art. 104 do CCB, a validade do negócio jurídico requer: (i) agente capaz; (ii) objeto lícito, possível e determinável e (iii) forma prescrita ou não defesa em lei. No mesmo sentido, o CCB de 1916 também se limitava a indicar como requisitos de validade a capacidade do agente, a licitude do objeto e a observância à forma prescrita ou não defesa em lei. Entretanto, já na época de vigência do CCB de 1916, tal ausência de previsão da causa não afastava a adoção de soluções práticas pelos tribunais pautadas em tal instituto, conforme descreve Serpa Lopes:

“(…) a partir da vigência do Código Civil (de 1916), a ausência do requisito da causa, como elemento do negócio jurídico, nunca se tornou empecilho à jurisprudência quando tem de anular os contratos, em todas aquelas circunstâncias onde há motivos correspondentes aos que, nos Códigos causalistas, permitem julgar no mesmo sentido.”⁷⁴

Em perspectiva mais atual, tem-se o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do REsp. 181.095/RS, acerca da qualificação jurídica do contrato de *leasing* (arrendamento mercantil), a partir da noção de causa⁷⁵. No referido julgamento, sem prejuízo da ausência de disposição expressa sobre a causa na codificação civil, esta foi o fundamento para tratar da qualificação jurídica do contrato de *leasing*. Isso, a partir de uma análise dos seus elementos, em especial, da cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG), em cotejo com a própria finalidade econômico-social a que corresponde tal tipo de contrato.

Nesse sentido, entendendo que tal cobrança antecipada afastaria a causa própria do contrato de *leasing*, foi o voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, relator do caso:

“(…) o negócio jurídico do *leasing* fica sem causa, isto é, desaparece a razão do negócio se o arrendatário paga integralmente o preço do bem no curso da execução do contrato, uma vez que a finalidade básica do *leasing* financeiro é ‘sempre o

⁷³ Quanto à noção de “requisito de validade”: “(…) o direito, ao estabelecer as exigências, para que o negócio entre no mundo jurídico com formação inteiramente regular, está determinando os *requisitos de sua validade*.”

A validade é, pois, a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (“ser regular”). Validade é, como o sufixo da palavra indica, *qualidade* de um negócio existente. “Válido” é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas. Os requisitos, por sua vez, são aqueles caracteres que a lei exige (requer) nos elementos do negócio para que este seja válido. (...) (Grifos no original)” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.42.

⁷⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. v.1. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. p. 476.

⁷⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Opus citatum*. p. 19.

financiamento de investimentos produtivos' (Fábio Konder Comparato, Contrato de *Leasing*, Forense, 250/10) e não a compra e venda, sendo que a existência de uma promessa unilateral de venda por parte da instituição financeira serve para diferenciá-lo da locação e da compra e venda a crédito; (...)"⁷⁶

Tal entendimento, fundamentado na ideia de causa do negócio jurídico, (notadamente em seu aspecto objetivo, uma vez que trata da *razão do negócio*, de sua *finalidade* objetivamente considerada), consolidou-se de modo a ensejar a edição da Súmula de número 263 do Superior Tribunal de Justiça, que contou com a seguinte redação: "A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação."⁷⁷

Não obstante, pouco tempo depois da edição da supracitada Súmula, o Superior Tribunal de Justiça alterou seu entendimento sobre a questão, decidindo em sentido oposto ao consolidado, cancelando a Súmula de número 263, e editando a de número 293, que dispôs: "A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil."⁷⁸

A par da controvérsia jurisprudencial ocorrida no STJ, quanto à descaracterização, ou não, do contrato de *leasing* em função do pagamento antecipado do valor residual garantido (VRG), no que é pertinente à presente pesquisa, é relevante perceber que a discussão se trata, em verdade, de verificar se determinada estipulação contratual, corresponde, ou não, à causa, à razão justificativa, à função econômico-social de determinado tipo de negócio jurídico. Tudo isso, apesar de expressamente não haver menção a tal instituto na codificação civil brasileira.

⁷⁶ O respectivo acórdão foi assim ementado: "LEASING. Financeiro. Valor residual. Pagamento antecipado. TR. Juros. Limite.

- A opção de compra, com o pagamento do valor residual ao final do contrato, é uma característica essencial do leasing. A cobrança antecipada dessa parcela, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, que passa a ser uma compra e venda a prazo (art. 5º, c, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei nº 6.099, de 12.09.74, alterada pela Lei nº 7.132, de 26.10.83), com desaparecimento da causa do contrato e prejuízo ao arrendatário.

- Aplicação da Súmula 596/STF para a limitação da taxa de juros em operações das instituições financeiras. - Matéria não prequestionada sobre a Lei nº 9.069/95 (TR).

- Recurso conhecido em parte (Súmula 596/STF) e nessa parte provido." BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Recurso Especial 181.095/RS. Recorrente: Autolatina Leasing S/A Arrendamento Mercantil. Recorrido: Kaira Comércio e Representações LTDA e outros. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 09 ago. 1999. Disponível em:

ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800495436&dt_publicacao=09-08-1998&cod_tipo_documento=. Acesso em: 01 out. 2019.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Súmula n. 263. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, [2002]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula263.pdf. Acesso em: 01 out. 2019.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Súmula n. 293. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, [2004]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_22_capSumula293.pdf. Acesso em 01 out. 2019.

Uma segunda constatação em relação à noção de causa e as disposições do CCB, diz respeito a verificar que não há tratamento expresso da causa em matéria contratual, além do referido quanto aos requisitos de validade do negócio jurídico. Utiliza-se a delimitação *em matéria contratual*, pois em relação a outras acepções possíveis da ideia de causa, o CCB dispense tratamento expresso da questão. Este é o caso do Capítulo relativo ao enriquecimento sem causa (arts. 884 e seguintes do CCB)⁷⁹, cujo enfoque é a questão da atribuição patrimonial, e não precisamente a causa contratual.

Entretanto, a hipótese que inspira a presente pesquisa se revela no sentido de que apesar do silêncio do Código Civil quanto à teoria da causa, nos termos até então trabalhados, tal modelo teórico se encontra inserido, ainda que como pressuposto, na regulação da matéria contratual. Isso, por certo, não ocorre de forma expressa, mas se dá no uso da teoria da causa, especialmente em sua vertente objetiva, como fundamento teórico de algumas disposições do CCB relativas aos contratos em geral.

Essas disposições, sem obstar uma posterior expansão de tal enumeração, mas aqui abordadas, tratam-se da questão da função social do contrato, da ideia de *natureza do contrato*, trazida no bojo da vedação de renúncia antecipada de direito do aderente e das noções de tipicidade e atipicidade contratual.

⁷⁹ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

2. O conteúdo jurídico do princípio da função social do contrato (art. 421 do CCB)

Assim como ocorre com o conceito de causa, a noção de função social do contrato sofre, ainda, com uma relativa indeterminação de seu significado. Isso se constata dada a diversidade de noções até então apresentadas e adotadas pela doutrina quanto a esse princípio contratual.

Quanto a diversidade de noções acerca da função social do contrato, tem-se basicamente o desenvolvimento do conceito deste princípio contratual, no âmbito doutrinário brasileiro, em três vertentes: (i) como expressão da funcionalização do negócio jurídico, guardando, portanto, relação com a ideia de causa contratual⁸⁰; (ii) como fator de eficácia interna na relação contratual, conformando a relação entre as partes contratantes⁸¹ e (iii) como fator de eficácia externa da relação contratual, que tensiona o princípio da relatividade contratual, notadamente em situações que determinado contrato ofende terceiros, interesses metaindividuais, o princípio da dignidade da pessoa humana, ou ainda quando terceiros ofendem determinada relação contratual⁸².

⁸⁰ “A função social do contrato representa mais uma das diversas facetas da funcionalização das situações jurídicas subjetivas e, especialmente, da funcionalização dos negócios jurídicos. (...) A função social se converte na própria *ratio* de qualquer ato de autonomia privada (...). Via de consequência, a liberdade contratual não mais se dará ‘em razão da vontade privada’, mas em razão da função social que o negócio jurídico atenderá. Outrossim, os limites da liberdade contratual escapam das mãos dos privados.” FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie*. v. 4. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. pp. 185-186; “O Código Civil de 2002, neste ponto, traz novos subsídios para o estudo da causa, na medida em que, como já assinalado, vincula a liberdade contratual à função social do contrato (art. 421) – noção que é reafirmada, na Parte Geral, pelo art. 187, que veda o abuso do direito, qualificando como tal o exercício que excede manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social do direito, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” MORAES, Maria Celina Bodin de. *Opus citatum*. p. 9; “(...) a função social foi posta como fundamento da liberdade de contratar, por isso os contratos precisam ter um conteúdo reconhecível como socialmente relevante e útil (...). A cláusula geral do artigo 421 trouxe como ingrediente o controle do conteúdo do contrato, mediante a exigência de que este corresponda a valores socialmente úteis e relevantes (...).” BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Opus citatum*. p. 200-202.

⁸¹ Quanto a este aspecto, refere Cristiano Chaves de Farias, parafraseando Cláudio Luiz Bueno de Godoy “(...) a função social atua primeiro entre as partes, de maneira a assegurar contratos mais equilibrados e, assim, envolventes de partes substancialmente mais iguais, com o que se garanta uma igual dignidade social aos indivíduos.” FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Opus Citatum*. p. 187; “Ela implicará (referindo-se à função social do contrato), internamente, a interação dos três princípios fundamentais – autonomia privada, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual (...)”. ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao código civil brasileiro: do direito das obrigações*. v. 5. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 84.

⁸² “O *locus* do princípio da função social, em sua acepção externa, reside na sua capacidade provocativa de repensar o mito da relatividade contratual em contraposição à eficácia *erga omnes* dos direitos reais. A sua missão é substituir a vertente individualista do vínculo contratual pela arejada concepção de tutela externa do crédito (...) visualizamos a função social em três situações precisas e ainda não pavimentadas em outras vias: (a) contratos que ofendem interesses metaindividuais ou o princípio da dignidade da pessoa humana; (b) contratos que ofendem terceiros; (c) terceiros que ofendem contratos.” FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Opus Citatum*. p. 193; “(a função social do contrato) implicará, (...) externamente, adequação ao bem comum.” ASSIS,

Tendo em vista o objeto da presente pesquisa, não se buscará um aprofundamento acerca de cada um dos conceitos de função social do contrato formulados pela doutrina, a fim de avaliar o mérito de cada um destes. Mas sim, analisar-se-á aquela noção que vincula a ideia de função social do contrato à causa contratual, a partir do prisma da concepção objetiva da causa.

A previsão do princípio da função social do contrato se trata de inovação então trazida pelo CCB de 2002, em seu art. 421. É extremamente relevante pontuar que a redação deste artigo sofreu recentíssima alteração em sua redação, em razão da Lei nº 13.874 de 20 setembro de 2019, a qual tratou da conversão da Medida Provisória nº 881, de 2019 em lei, instituiu a denominada Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, bem como promoveu diversas alterações legislativas, como no caso do Código Civil.

Dessa maneira, é pertinente comparar as duas redações já empregadas ao dispositivo que enuncia o princípio da função social do contrato. Assim, previa o CCB, antes da edição da Lei 13.874/19, que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Após a referida alteração, passou a dispor que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. A partir da leitura de ambas redações do dispositivo legal, apesar de suas diferenças (troca da expressão “liberdade de contratar” por “liberdade contratual” e supressão da expressão “em razão”), o que se denota é a relação estabelecida pelo CCB entre a liberdade contratual (manifestação da autonomia privada) e a função social do contrato⁸³ (causa).

Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Opus citatum*. p. 84; “Em nome do princípio da função social do contrato se pode, v.g., evitar a inserção de cláusulas que venham injustificadamente a prejudicar terceiros ou mesmo proibir a contratação tendo por objeto determinado bem, em razão do interesse maior da coletividade. (...) Como princípio novo ele não se limita a se justapor aos demais, antes pelo contrário vem desafiá-los e em certas situações impedir que prevaleçam, diante do interesse social maior.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 3. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 13; “O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevaletentes. Qualquer contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico.” LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.65; “A função social do contrato exige que os acordos de vontade guardem sintonia com os interesses da sociedade, impedindo o *abuso de direito*. A validade dos contratos não requer apenas o cumprimento dos requisitos constantes no art. 104, da Lei Civil. Além do atendimento a estes requisitos gerais é indispensável a observância dos princípios de *socialidade*, que se afirmam com os valores de justiça e progresso da sociedade.” NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. v. 3. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 26; “O contrato não mais é visto pelo prisma individualista de utilidade para os contratantes, mas no sentido social de utilidade para a comunidade; assim, pode ser vedado o contrato que não busca esse fim.” MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Opus citatum*. p. 25.
⁸³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Opus Citatum*. p. 202.

Associa-se o conceito de função social do contrato à noção de causa, na forma como teorizado por Emilio Betti, ao propor uma visão objetiva da causa contratual, conforme exposto no Capítulo 2 da Parte I. A partir desse entendimento, a função do contrato é a própria causa, que igualmente, pode ser traduzida como uma razão prática típica que é imanente ao contrato, que concretiza um interesse social objetivo, logo, socialmente verificável, ao qual o negócio deve corresponder⁸⁴.

Isso, com efeito, é compreendido a partir de um sentido teleológico e deontológico. Pois se vislumbra uma finalidade própria do contrato, dentro de uma lógica de dever-ser, ou seja, ordenadora. Assim, da mesma forma como ocorre com o exercício de direitos subjetivos na disciplina do CCB⁸⁵, os poderes decorrentes da autonomia privada, no caso, a liberdade contratual, encontram-se sujeitos a um mandamento de exercício conforme a função social a que são destinados⁸⁶. Cabe pontuar que a inobservância a esse mandamento reflete o problema do exercício desequilibrado de posições jurídicas, a respeito do qual o CCB tratou no campo da ilicitude, e não da invalidade de atos jurídicos. Reconhece-se haver diferença entre tais institutos, pois a invalidade de determinado negócio jurídico parte da identificação de um defeito na conformação deste, cuja solução jurídica repousa ora na declaração de sua nulidade ora na sua anulação. Ao passo que a construção da hipótese de ilicitude civil induz a restrição do exercício da autonomia privada em uma medida ótima, estritamente quanto a afronta, ou desvio da função social do contrato⁸⁷.

Por sua vez, a função social, enquanto interesse social objetivo, espelha-se no tipo contratual, abstratamente considerado. Todavia, tal maneira de identificar a função social do contrato não exclui a realidade de que a celebração do negócio concreto é, também, sempre determinada por um interesse individual⁸⁸. Ainda quanto à limitação da liberdade contratual pela função social do contrato, trata Emilio Betti de como pode se caracterizar um desrespeito a essa baliza, aduzindo que o desvio do contrato de sua função social, corresponde a uma antinomia entre o referido interesse objetivo e o interesse individual. De modo que tal interferência, no caso concreto, venha a neutralizar ou paralisar a realização da função social

⁸⁴ BETTI, Emilio. *Opus citatum*. p. 248.

⁸⁵ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁸⁶ BETTI, Emilio. *Opus citatum*. p. 248.

⁸⁷ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. *A obrigação pelo discurso jurídico: A argumentação em temas de direito privado*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2017. p. 116-117.

⁸⁸ BETTI, Emilio. *Opus citatum*. p. 250-251.

típica do negócio jurídico, fazendo com que este sirva a um escopo antissocial⁸⁹. O que por certo, desde o ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro, acarretará no supracitado exercício desequilibrado, e inclusive, pode-se pensar, *disfuncional*, de posições jurídicas, atraindo a questão para o âmbito da ilicitude civil.

O reconhecimento da função social do contrato, ainda mais de forma positivada como faz o CCB, também acarreta em implicações na questão da qualificação jurídica dos contratos. Porque, consoante já exposto quando abordado o pensamento de Betti, os elementos concretos da função econômico-social que caracteriza o tipo do negócio jurídico, igualmente, são os elementos da sua causa, uma vez que esta guarda identidade com o referido aspecto funcional⁹⁰. Sendo assim, individualizáveis os elementos essenciais de cada tipo contratual a partir da análise de sua causa (função social), essa, portanto, permite que se proceda a adequada qualificação do negócio jurídico concretamente considerado. De modo que se torna cognoscível, a partir da análise dos efeitos verificados em determinada síntese funcional de elementos, em face de que tipo negocial se está, logo, tornando-se possível determinar a disciplina pertinente a tal relação jurídica. Isso, com efeito, torna-se particularmente relevante nas situações em que verificada a existência de contratos mistos, coligados ou conexos⁹¹.

Em sentido relativamente diverso, Antônio Junqueira de Azevedo entende que a questão da qualificação jurídica dos contratos se trata de função própria do que denomina “elemento categorial inderrogável”, não servindo, dessa forma, a causa para realizar a determinação do regime jurídico a que obedece dado negócio jurídico. Para o autor, tal elemento, ora seria formal, ora seria objetivo, caso se tratasse, respectivamente de um negócio jurídico abstrato ou causal. A presente teorização apresenta como pressuposto a noção de que toda declaração de vontade se comporia de três elementos: (i) circunstâncias negociais, (ii) forma e (iii) objeto. Nessa linha, o primeiro elemento seria a essência de todo e qualquer negócio jurídico, de maneira que as variações entre cada tipo negocial, seriam originadas, então no segundo e terceiro elemento⁹².

Dessa forma, ao fim, é possível apontar a presença do conceito de causa contratual no fundamento teórico do princípio da função social do contrato, positivado pelo CCB em seu art. 421. Isso, a partir da vertente doutrinária que identifica tal princípio com a funcionalização do negócio jurídico, de maneira que se relaciona com a ideia de causa, em sentido objetivo, pois

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ BETTI, Emilio. *Opus citatum*. p. 264.

⁹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Opus citatum*. p. 4.

⁹² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Opus citatum*. p.p. 140 e 152.

essa representa a função própria de cada contrato, manifestando-se como a sua razão prática incidível do negócio (ao menos quanto aos negócios jurídicos causais) e socialmente ou objetivamente aferível. Logo, é patente a função de controle que se denota a partir de causa, ou se pode dizer, do princípio da função social do contrato, sobre a autonomia privada, através da constituição de sanção que se manifesta no campo das ilicitudes, e não necessariamente das invalidades, ou nulidades. Ademais, tal olhar sobre a função dos negócios jurídicos, importa quanto à qualificação jurídica desses, apontando o tipo a que corresponde o contrato concretamente verificado e, logo, a regulação aplicável.

3. Nulidades e adesão contratual (art. 424 CCB)

O tema da adesão contratual se relaciona com o contexto da massificação das relações contratuais. Ou seja, relações jurídicas marcadas pela dificuldade de identificação das partes, decorrente do próprio caráter anônimo e despersonalizado que é empregado aos sujeitos das sociedades de massa, cuja instrumentalização, no plano jurídico, ocorre através de regulamentos contratuais estabelecidos na forma de condições gerais que integram contratos de adesão⁹³.

Esses dois aspectos, as condições gerais e o contrato de adesão em si mesmo, na verdade correspondem a dois momentos lógicos e cronológicos distintos de um mesmo fenômeno, a adesividade contratual. Assim, o que se denota é que a ideia de condições gerais – entendidas como o regulamento contratual predisposto unilateralmente, via de regra pelo ofertante, destinado a integrar de modo uniforme, compulsório e inalterável o contrato de adesão⁹⁴ – remete à situação em que são formuladas as cláusulas contratuais. Ao passo que, desde o ponto de vista da eficácia jurídica, posterior a regular formação do negócio jurídico, trata-se do contrato de adesão em si mesmo, como figura que ganha corpo no mundo jurídico e é examinada sob o prisma da formação das relações jurídicas bilaterais⁹⁵.

Observando-se tal construção teórica a partir de uma perspectiva prática, pode-se dizer, a título de exemplo, que:

“No primeiro momento, o empresário formula o esquema contratual abstrato, redigindo as cláusulas do conteúdo das relações contratuais que pretende concluir uniformemente com pessoas indeterminadas.
No segundo momento, o eventual cliente da empresa adere a esse esquema, travando-se entre os dois uma relação jurídica de caráter negocial, com direitos e obrigações correlatas, sem qualquer conexão jurídica com os outros vínculos que, do mesmo modo e com igual conteúdo, se formam com distintos sujeitos.”⁹⁶

Assim, em razão dessas constatações é que se pode afirmar que o conceito de contrato de adesão, trata-se de uma das diversas classificações dispensadas aos contratos, no caso, tomando como critério a formação daqueles. A adesividade contratual, portanto, caracteriza-se pela adesão da vontade de um aceitante indeterminado à proposta permanente de um dado ofertante ostensivo. Outra importante constatação que se pode realizar sobre os apresentados

⁹³ LÔBO, Paulo. *Opus citatum*. p. 117.

⁹⁴ *Ibidem*. p. 119.

⁹⁵ GOMES, Orlando. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972. p. 4.

⁹⁶ *Ibidem*. p. 5.

contratos de adesão, é que estes comumente estão associados à celebração de negócios jurídicos próprios do âmbito do Direito do Consumidor⁹⁷. De modo que, inclusive, o Código de Defesa do Consumidor, a partir da determinação das noções de consumidor⁹⁸ e fornecedor⁹⁹, fixa um conceito de contrato de adesão, acompanhado de uma série de regras específicas a tal modelo contratual no que tange às relações de consumo¹⁰⁰.

Não obstante a preponderância prática da regulação dispensada pelo CDC aos contratos de adesão, eis que muito mais comuns na seara consumerista, o CCB, outrossim, prevê regras atinentes a tal espécie contratual, cuja aplicação é subsidiária em relação aos demais microssistemas normativos. É nesse contexto que se apresentam os artigos 423¹⁰¹ e 424¹⁰² do CCB, tratando, respectivamente, da interpretação de cláusulas ambíguas ou contraditórias inseridas em contratos de adesão, e sobre a nulidade de determinadas cláusulas constantes nessa classe de contratos.

Com efeito, a fim de explorar a problemática da causa em matéria contratual, a partir das disposições gerais do CCB quanto aos contratos em geral, mostra-se pertinente ao tema a regra contida no referido artigo 424. Isso porque, ao tratar da renúncia antecipada de direito do aderente, esse dispositivo apresenta dois aspectos que servem de ponto de partida para refletir

⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Opus citatum*. p. 65.

⁹⁸ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

⁹⁹ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

¹⁰⁰ Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

§ 5º (Vetado)

¹⁰¹ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

¹⁰² Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

sobre a adoção da teoria objetiva da causa quanto ao assunto. São eles: (i) a existência de uma *natureza* de cada contrato, da qual inclusive decorrem determinados direitos subjetivos de origem contratual e (ii) a previsão da consequência jurídica *invalidade* para as cláusulas inseridas em contratos de adesão, que estipulem, em desfavor do aderente, a renúncia antecipada dos mencionados direitos deduzidos da natureza negocial.

Quanto ao primeiro aspecto referido do art. 424 do CCB, é possível vislumbrar uma conexão à teoria objetiva da causa, no ponto em que Betti procura demonstrar a relevância jurídica desse conceito, ilustrando que a causa, identificada com a função econômico-social do negócio jurídico, além de lhe caracterizar o respectivo tipo do negócio jurídico, é capaz de determinar o seu conteúdo mínimo necessário. De maneira que tal conteúdo, desde o ponto de vista de cada negócio, tem seus limites e contornos determinados a partir das soluções típicas dos problemas práticos normais e constantes da realidade econômico-social aos quais se volta a autonomia privada¹⁰³. Dessa forma, considerando que a declaração preceptiva da vontade, a fim de ser tutelada pelo ordenamento jurídico, deve possuir um nexó necessário a um escopo prático típico, a causa, assim, afasta da autonomia privada a possibilidade de determinar o conteúdo mínimo indispensável do negócio jurídico. Logo, acabariam as partes contratantes impedidas de, arbitrariamente, suprimir elementos que constituem a função típica do negócio, ou conferir eficácia a atos que não sejam idôneos a criar vínculos jurídicos¹⁰⁴.

Portanto, evidencia-se nessa linha de raciocínio a ideia de *natureza do negócio* trazida pelo art. 424 do CCB. Ou seja, uma natureza dada a partir da função econômico-social própria de determinado tipo contratual, da qual, igualmente, decorre o conteúdo mínimo do negócio jurídico a ser celebrado em concreto, que por consectário lógico traz em seu bojo determinados direitos e deveres que são inatos em relação à posição jurídica necessariamente ocupada por cada um dos contratantes.

Esse contexto, propicia o avanço ao que toca ao segundo aspecto destacado acima, a hipótese de cominação de nulidade no campo dos contratos de adesão regulados pelo Código Civil. O reconhecimento do caráter de nulidade a determinadas cláusulas distingue-se da solução prevista no antecedente art. 423 do CCB, o qual limita-se a prever o mandamento de realizar a interpretação mais benéfica ao aderente das cláusulas ditas ambíguas ou contraditórias inseridas em contratos de adesão. Ou seja, estas não são extirpadas do contrato, tão somente, tem sua eficácia ampliada ou reduzida conforme as circunstâncias de cada caso concreto. Sendo

¹⁰³ BETTI, Emilio. *Opus citatum*. p. 262.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 263.

tal solução, muito próxima àquela adotada nas hipóteses de ilicitude civil, conforme tratado no capítulo anterior, o que induz a restrição do exercício da autonomia privada em uma medida ótima, inclusive nas situações em que aventada a violação ao princípio da função social contrato. Por outro lado, apesar de também haver certa identificação da disposição do art. 424 do CCB com a teoria objetiva da causa, especialmente com a determinação do conteúdo mínimo do negócio jurídico, a solução do CCB para o desvio consubstanciado na renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio é a declaração de nulidade da cláusula que estabelece tal situação jurídica, do mesmo modo como o CDC, em seu art. 51, prevê a nulidade das denominadas cláusulas abusivas nas relações jurídicas de consumo¹⁰⁵.

A aplicação do disposto no art. 424 do CCB, abarcando as nuances e a relação da norma com a teoria objetiva da causa até então expostas, pode ser observada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Como referido, por razões de ordem prática, a disciplina dos contratos de adesão comumente acaba abarcada pelas normas do CDC, entretanto, subsistem grupos de casos em que a aplicação do CCB é reconhecida pelo Poder Judiciário, entre estes, há as demandas relativas a planos de saúde geridos por entidades de autogestão, para as quais, apesar da regular adesividade presente nos contratos firmados com os beneficiários, a regulação de tais relações contratuais se dá com base nas normas trazidas pelo CC.

O entendimento jurisprudencial que afastou a incidência dos normas do CDC e, portanto, determinou a aplicação do CCB ao grupo de casos referido teve como marco o julgamento, pelo STJ, do REsp 1.285.483/PB de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão¹⁰⁶. Nesse precedente, restou assentado o entendimento de que em razão da forma de constituição

¹⁰⁵ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. *Opus citatum*. p. 149.

¹⁰⁶ O referido acórdão foi assim ementado: “RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA PRIVADA À SAÚDE. PLANOS DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO. FORMA PECULIAR DE CONSTITUIÇÃO E ADMINISTRAÇÃO. PRODUTO NÃO OFERECIDO AO MERCADO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA DE FINALIDADE LUCRATIVA. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA. NÃO INCIDÊNCIA DO CDC.

1. A operadora de planos privados de assistência à saúde, na modalidade de autogestão, é pessoa jurídica de direito privado sem finalidades lucrativas que, vinculada ou não à entidade pública ou privada, opera plano de assistência à saúde com exclusividade para um público determinado de beneficiários.

2. A constituição dos planos sob a modalidade de autogestão diferencia, sensivelmente, essas pessoas jurídicas quanto à administração, forma de associação, obtenção e repartição de receitas, diverso dos contratos firmados com empresas que exploram essa atividade no mercado e visam ao lucro.

3. Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo.

4. Recurso especial não provido.” BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Recurso Especial 1.285.483/PB. Recorrente: Natan da Costa Lima e outros. Recorrido: Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 22 jun. 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1522628&num_registro=201102395952&data=20160816&formato=PDF. Acesso em: 01 out. 2019.

e administração peculiar, bem como o não oferecimento de produtos ao mercado de consumo e inexistência de finalidade lucrativa dos planos de saúde de autogestão, não haveria a configuração de relações de consumo entre estes e seus beneficiários. Este sentido da jurisprudência do STJ, inclusive, foi sedimentado com a edição da sua Súmula de número 608, a qual dispõe que: “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”¹⁰⁷.

Assim, reconhecendo o STJ a aplicabilidade das normas do CCB, quanto a contratos de adesão, àquele grupo de casos, uma série de decisões foram exaradas pela própria Corte Superior analisando situações concretas a partir da norma contida no art. 424 do CCB. Nesse sentido, destacam-se alguns julgamentos, como o do REsp 1.645.762/BA, relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no qual foi assentado que:

“Desse modo, mesmo que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não se aplique às entidades de autogestão, a cláusula contratual de plano de saúde que exclui da cobertura o tratamento para obesidade em clínica de emagrecimento se mostra abusiva com base nos arts. 423 e 424 do CC, já que, da natureza do negócio firmado, há situações em que a internação em tal estabelecimento é altamente necessária para a recuperação do obeso mórbido, ainda mais se os tratamentos ambulatoriais fracassarem e a cirurgia bariátrica não for recomendada.”¹⁰⁸

Ainda, o caso julgado no âmbito do AgInt no AREsp 1.185.766/MS, também relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em sua fundamentação, outrossim, reconheceu a nulidade de cláusula contratual que vedava modalidade de internação do beneficiário, por contrariar a natureza do negócio jurídico realizado:

“Nesse contexto, a Segunda Seção desta Corte Superior consagrou o entendimento de não se aplicar o Código de Defesa do Consumidor (CDC) ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, haja vista a inexistência de relação de consumo (Súmula nº 608/STJ).

Todavia, ao contrato sob exame podem ser aplicadas as normas gerais do Código Civil (CC).

Assim, embora na Saúde Suplementar o tratamento médico em domicílio não tenha sido incluído no rol de procedimentos mínimos ou obrigatórios que devam ser oferecidos pelos planos de saúde, a cláusula contratual que importe em vedação da

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Súmula n. 608. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, [2018]. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27608%27\).sub.#TIT1TEMA0](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27608%27).sub.#TIT1TEMA0). Acesso em 01 out. 2019.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Recurso Especial 1.645.762/BA. Recorrente: Caixa de Previdência e Assistência dos Servidores da Fundação Nacional de Saúde. Recorrido: João da Cruz Machado de Almeida Santos. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 12 dez. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1669176&num_registro=201602377357&data=20171218&formato=PDF. Acesso em: 01 out. 2019.

internação domiciliar como alternativa de substituição à internação hospitalar se mostra abusiva com base nos arts. 423 e 424 do CC, já que, da natureza do negócio firmado, há situações em que tal procedimento é altamente necessário para a recuperação do paciente sem comprometer o equilíbrio financeiro do plano considerado coletivamente (REsp nº 1.645.762/BA, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 18/12/2017, e REsp nº 1.639.018/SC, Rel. Ministra Nancy Andrichi, DJe 2/3/2018).”¹⁰⁹

Por fim, a título de exemplos da aplicação do art. 424 do CCB pelo STJ em relação às controvérsias envolvendo planos de saúde de autogestão, vale destacar o julgamento do AgInt no REsp 1.712.056/SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, que trata da invalidade de cláusulas que preveem a exclusão de determinadas prestações nestes contratos de adesão:

“(…) no que tange a exclusão da cobertura de medicamentos ou tratamentos, apenas pelo fato de serem ministrados em ambiente domiciliar, mesmo se tratando de operadoras de plano de saúde que atuam sob a modalidade de autogestão e sem finalidade lucrativa, não sujeitas à aplicação subsidiária dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor, a tais contratos podem ainda ser aplicadas as normas gerais e princípios do Código Civil, visto ser da natureza do negócio firmado, a teor dos artigos 422, 423 e 424 do CC.

Neste sentido confirmam-se os precedentes desta Corte sedimentando entendimento de que a recusa em exame é abusiva (...)”¹¹⁰

Assim, vê-se que a noção de causa, em sentido objetivo, pode ser vislumbrada na norma contida no art. 424 do CCB. Uma vez que a ideia de *natureza do negócio* se conecta com o conteúdo mínimo necessário de cada negócio jurídico, dado a partir da causa, enquanto função econômico-social de cada tipo contratual. Assim, em razão dessa natureza própria de cada negócio, decorrem determinados direitos e deveres verificados em função da posição jurídica de cada contratante. Quanto a esses direitos, preconiza o referido art. 424 do CCB ser nula a sua renúncia antecipada pelo aderente. Como visto, a conjugação desses dois aspectos da norma em comento é aplicada na jurisprudência do STJ, o qual, todavia, recorrentemente associa a hipótese de nulidade trazida pelo art. 424 do CCB ao conceito de abusividade consagrado pelo

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.185.766/MS. Agravante: Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul. Agravado: Lenir Mendes Rodrigues. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 12 jun. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1722618&num_registro=201702648534&data=20180618&formato=PDF. Acesso em: 01 out. 2019.

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial 1.712.056/SP. Agravante: Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil. Agravado: Cibele Mendes Da Silva. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 13 dez. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1786147&num_registro=201703116338&data=20181218&formato=PDF. Acesso em: 01 out. 2019.

CDC em seu art. 51, o que provavelmente ocorre em razão da identidade na sanção (nulidade) prevista pelo ordenamento jurídico em ambos dispositivos.

4. Tipicidade e atipicidade em matéria contratual (art. 425 CCB)

A classificação dos contratos em típicos e atípicos, ou ainda, nominados e inominados, remonta ao antigo direito romano, no qual apenas integravam o rol de contratos nominados (em termos atuais) a venda, a locação, a sociedade, o comodato e o depósito¹¹¹. A principal distinção entre essas duas categorias de contratos no direito romano se dava com a existência de uma ação especial própria para cada um dos contratos ditos nominados¹¹², ao passo que aqueles inominados, inicialmente, eram desprovidos de ação, até que o direito romano justinianeu lhes atribuiu uma ação geral, então denominada *actio praescriptis verbis*¹¹³. Ainda, convém retratar, no ímpeto classificatório, que para o direito romano, os contratos inominados se enquadrariam em quatro categorias: (i) *do ut des* (dou para que dê, uma dupla transferência de propriedade, ou ainda, duas dações), (ii) *do ut facias* (dou para que faça, a presença de uma dação e um fazer), (iii) *facio ut des* (faço para que dê, a simples inversão do item anterior) e (iv) *facio ut facias* (faço para que faça, a dupla prestação de um ato)¹¹⁴.

Moderna e contemporaneamente a classificação romana acerca dos contratos nominados e inominados deixou subsistir com base no critério da produção dos efeitos dos contratos, uma vez que todos eles são, *a priori*, aptos a produzi-los¹¹⁵. Na esteira dessa constatação é o que dispõe o art. 425 do CCB¹¹⁶, ao reconhecer a licitude, e portanto a juridicidade, dos contratos agora classificados como atípicos, em contraposição aos contratos típicos. Quanto a atual divisão citada, o critério de distinção passa a ser a existência, ou não, de regulação específica do contrato formado, que produzirá seus efeitos a par desta, resguardada a observância às normas gerais aplicáveis a todos os contratos, independentemente da questão de sua (a)tipicidade¹¹⁷.

Entretanto, considerando a multiplicidade de relações contratuais verificadas em concreto, dentro do gênero dos contratos atípicos podem se vislumbrar outras espécies¹¹⁸, pois tal categoria de contrato se forma ora de elementos originais, ora da fusão de elementos típicos

¹¹¹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Opus citatum*. p. 35-36.

¹¹² BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

¹¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Opus citatum*. p. 53.

¹¹⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 113.

¹¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Opus citatum*. p. 53.

¹¹⁶ Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

¹¹⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 120; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Opus citatum*. p.54; LÔBO, Paulo. *Opus citatum*. p. 95 e 97; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Opus citatum*. p. 121.

¹¹⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Opus citatum*. p. 124-128.

de outros contratos¹¹⁹. Assim, pode-se identificar contratos atípicos propriamente ditos (em sentido estrito) e contratos atípicos mistos. Quanto ao sentido estrito da noção de contrato atípico, tem-se a sua vocação a atender interesses econômico-sociais desprovidos de disciplina legal, os quais reclamam regulação uniforme que as próprias partes estabelecem livremente, caracterizando-se pela originalidade, e por vezes, constituem-se a partir da modificação ou eliminação de elementos característicos de um contrato típico, de modo que o desfigura e dá lugar um novo tipo contratual. Por sua vez, os contratos atípicos mistos são compostos por contratos típicos completos, prestações típicas de outros contratos já previstos pelo ordenamento jurídico ou ainda elementos isolados mais simples destes contratos. Dessa maneira, é através da conexão econômica formada entre tais prestações, em uma relação de subordinação ou coordenação, que se apresenta uma nova unidade contratual¹²⁰.

Os contratos atípicos mistos, ainda, apresentam três subespécies, conforme aponta Orlando Gomes a partir da doutrina de Enneccerus, sendo essas, o contrato atípico misto gêmeo, dúplice ou misto em sentido estrito. Quanto ao primeiro e ao segundo, há pluralidade de prestações típicas de diversos contratos que concretamente se misturam, distinguem-se, assim, pois nos contratos atípicos mistos gêmeos para uma das partes há diversas prestações, que correspondem a uma única contraprestação, como é o caso do contrato de hospedagem; por outro lado, nos dúplices, a diversas prestações, correspondem diversas contraprestações, tomando-se como exemplo o contrato de alojamento pago em dinheiro e trabalho. A sua vez, o contrato atípico misto em sentido estrito, contém um elemento que representa integralmente um contrato típico, acrescido de outras prestações ou elementos secundários.¹²¹

Uma distinção muito importante que deve ser realizada nesse contexto, é aquela que se verifica entre os contratos atípicos mistos e os contratos coligados. Os primeiros, com efeito, são caracterizados pela unicidade de sua causa, resultando em um contrato unitário, uma síntese funcional específica, enquanto nos segundos, isso não ocorre, mas apenas uma mera união de contratos completos, que pode se dar de forma meramente externa, com dependência ou de maneira alternativa. A referida união externa tem caráter apenas instrumental, ou seja, são dois ou mais contratos simplesmente reunidos no mesmo instrumento e concluídos de forma simultânea, de modo que se pode afirmar, inclusive, que sequer haveria uma coligação contratual propriamente dita. A união com dependência diz respeito à situação em que ambos contratos são almejados pelos contratantes como um todo, sem que haja a fusão dos contratos,

¹¹⁹ BETTI, Emilio. *Opus citatum*. p. 280.

¹²⁰ GOMES, Orlando. *Opus citatum*. p. 120-121.

¹²¹ *Ibidem*. p. 121.

mantendo cada qual a sua identidade. Essa relação de dependência entre os contratos pode ocorrer de forma recíproca ou unilateral. Sendo recíproca quando a existência e a validade dos contratos for condicionada reciprocamente, uma vez que um passa a ser a causa do outro, formando uma unidade econômica, tal dependência recíproca pode ainda ser necessária, quando decorra de imposição legal, ou voluntária, quando decorre da vontade das partes. Unilateral, é a dependência que se verifica quando há subordinação de um contrato coligado ao outro, de modo que apenas um deles depende do outro. Por fim, a união alternativa de contratos coligados prevê a situação em que dois contratos são firmados para que subsista um ou outro, em função de uma determinada condição.¹²²

Apresentado o que hodiernamente representam os contratos atípicos, passa-se a análise da norma contida no art. 425 do CCB, sob o prisma da causa contratual. Consoante abordado no Capítulo em que exposta a vertente objetiva da causa, o fenômeno da tipificação contratual é intimamente ligado a uma valoração das causas dos negócios jurídicos, de modo que a fixação dos tipos não decorre apenas da lei, em um modelo taxativo de contratos admitidos pela ordem jurídica, há, igualmente, um processo de admissão pela consciência social, de modo que os tipos contratuais correspondam a uma necessidade prática legítima, a um interesse social duradouro e, portanto, digno de tutela jurídica¹²³. Assim, a configuração de tipos contratuais se realiza também com base nas concepções dominantes na sociedade, historicamente considerada, assim como na economia, nos vários campos técnicos, bem como na moral¹²⁴.

A licitude da estipulação de contratos atípicos prevista pelo art. 425 do CCB, relaciona-se com a constatação de que ao lado da rígida tipicidade legislativa, verifica-se a tipicidade social dos negócios jurídicos, a qual, da mesma forma, desempenha a função de limitar e orientar a autonomia privada, sendo, contudo, muito mais elástica na tarefa de configurar os tipos negociais¹²⁵. Importa esclarecer, para fins de precisão terminológica, e no mesmo sentido do referido no início deste tópico, que para Betti, em consideração à ideia de tipicidade social, não se identifica, necessariamente, o não nomeado, o inominado, com o atípico. Isto porque, a par da denominação empregada ao negócio, a juridicidade deste se encontra ligada ao interesse objetivo, à causa, digna de tutela jurídica, que não se confunde com o arbítrio individual, o capricho e o motivo transitório. Logo, para o referido autor, a causa, em sentido amplo, sempre

¹²² *Ibidem.* p. 121-122.

¹²³ BETTI, Emilio. *Opus citatum.* p. 277.

¹²⁴ *Ibidem.* p. 278.

¹²⁵ *Ibidem.* p. 279.

guarda uma determinada tipicidade, seja institucional (legal) ou social, amparada pela prática negocial¹²⁶.

Em relação a interpretação, desde o ponto de vista do regulamento aplicável, dos contratos atípicos previstos no art. 425 do CCB, tem-se de forma expressa a sua submissão às normas gerais do Código Civil. Entretanto, o recurso a tais normas nem sempre serve de fonte suficiente à interpretação de tais contratos cuja causa é moldada pela intenção prática das partes contratantes. Nesses casos, a intenção comum das partes, objetivada no respectivo instrumento contratual e dotada, via de regra, de um caráter eminentemente prático assume um papel determinante na análise pelo intérprete dos efeitos do contrato¹²⁷.

¹²⁶ LÔBO, Paulo. *Opus citatum*. p. 96.

¹²⁷ BETTI, Emilio. *Opus citatum*. p. 267-268.

CONCLUSÃO

Ao fim, percebe-se que o tormentoso conceito de causa ainda é capaz de apontar soluções ao intérprete do ordenamento jurídico e fazer-se presente, ainda que silente o legislador, na regulação da matéria contratual no Código Civil Brasileiro de 2002. Com efeito, a presente constatação parte da adoção de uma visão objetiva da causa, que não a analisa no plano da obrigação (enquanto fonte, como na hipótese do consagrado enriquecimento sem causa, positivado no art. 884 do CCB), mas sim no plano contratual, e a identifica como uma razão prática típica que é imanente ao negócio jurídico, que concretiza um interesse social objetivo, logo, socialmente verificável, ao qual o negócio deve corresponder, a fim de que se proceda ao controle e a tutela das manifestações da autonomia privada. Tem-se assim, uma noção de causa fortemente vinculada à ideia de função social.

Por certo, é possível afirmar que jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não é estranha ao presente conceito de causa. Isso pode ser bem observado no julgamento dos casos envolvendo a controvérsia da cobrança antecipada do *valor residual garantido* nos contratos de *leasing*. Oportunidade na qual a Corte Superior, em verdade, tratou de analisar se determinada cláusula comprometia, ou não, a função social própria de um tipo contratual.

A partir da aproximação da noção de causa da ideia de função social, torna-se muito mais palatável cogitar a sua relação com o igualmente tormentoso (o que se diz pela multiplicidade de interpretações presentes na doutrina brasileira contemporânea) princípio da função social do contrato. Pois é possível apontar a presença do conceito de causa contratual no fundamento teórico desse princípio, a partir de sua identificação com a funcionalização do negócio jurídico, de maneira que se relaciona com a ideia de causa, em sentido objetivo, pois essa representa a função própria de cada contrato, manifestando-se como a sua razão prática incidível do negócio (ao menos quanto aos negócios jurídicos causais) e socialmente ou objetivamente aferível. Logo, é patente a função de controle que se denota a partir de causa, ou se pode dizer, do princípio da função social do contrato, sobre a autonomia privada, através da constituição de sanção que se manifesta no campo das ilicitudes (na forma trazida pelo art. 187 do CCB), e não necessariamente das invalidades, ou nulidades. Ademais, tal olhar sobre a função dos negócios jurídicos, importa quanto à qualificação jurídica desses, apontando o tipo a que corresponde o contrato concretamente verificado e, logo, a regulação aplicável.

Outra constatação possível acerca da teoria objetiva da causa contratual em relação ao CCB, diz respeito à norma contida no art. 424 do CCB. Uma vez que a ideia de *natureza do negócio* se conecta com o conteúdo mínimo necessário de cada negócio jurídico, dado a partir

da causa, enquanto função econômico-social de cada tipo contratual. Assim, em razão dessa natureza própria de cada negócio, decorrem determinados direitos e deveres verificados em função da posição jurídica de cada contratante. Quanto a esses direitos, preconiza o referido artigo ser nula a sua renúncia antecipada pelo aderente. Como visto, a conjugação desses dois aspectos da norma em comento é aplicada na jurisprudência do STJ, o qual, todavia, recorrentemente associa a hipótese de nulidade trazida pelo art. 424 do CCB ao conceito de abusividade consagrado pelo CDC em seu art. 51, o que provavelmente ocorre em razão da identidade na sanção (nulidade) prevista pelo ordenamento jurídico em ambos dispositivos.

A última hipótese verificada nessa pesquisa, trata da licitude da estipulação de contratos atípicos prevista pelo art. 425 do CCB, que a partir do exposto, pode-se afirmar que se relaciona com a constatação de que ao lado da rígida tipicidade legislativa, verifica-se a tipicidade social dos negócios jurídicos, a qual, da mesma forma, desempenha a função de limitar e orientar a autonomia privada, sendo, contudo, muito mais elástica na tarefa de configurar os tipos negociais.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de; ANDRADE, Ronaldo Alves de; ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Comentários ao código civil brasileiro: do direito das obrigações*. v. 5. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- AUBRY, Charles; RAU, Charles. *Cours de droit civil français*. 5. ed. Paris: Imprimerie Générale de Jurisprudence, 1902.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico e declaração negocial*, tese de titularidade, Universidade de São Paulo, 1986.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel ; BARDE, L. *Traité théorique et pratique de droit civil – des obligations*. 3. ed. Paris : Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey, 1906.
- BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. La causa nei suoi profile attuali (material per una discussione). In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Causa e consideration*. Padova: Cedam, 1984.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tomo I. 1. ed. Campinas: LZN Editora, 2003.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. *A obrigação pelo discurso jurídico: A argumentação em temas de direito privado*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2017.
- CAPITANT, Henri. *De la cause de las obligations*. 3. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1927.
- CHÉNEDÉ, François. *Le nouveau droit des contrats et des obligations*. 2.ed. Paris: Éditions Dalloz, 2018.
- DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. Paris: Le Clerc, 1777.
- DEMOLOMBE, Jean-Charles Florent. *Traité des contracts ou des obligatios conventionelles em general*. Paris: Imprimerie Générale, 1877.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie*. v. 4. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRIGNO, Lucia. L'uso giurisprudenziale del concetto di causa del contrato. *Contratto i impresa*, p. 128 – 1/113, 1985.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. 1. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O sinalagma contratual a chamada causa dos contratos: relações contratuais de fato. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 93/2014, p. 209-228, mai-Jun, 2014.

IRTI, Natalino. *Lecture bettiane sul negozio giuridico*. Milão: Giuffrè, 1991.

LAJE, Eduardo Jorge. *La noción de causa em el derecho civil*. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954.

LAURENT, François. *Principes de droit civil français*. 5. ed. Bruxelas : Bruyillant-Christophe et Cie. Éditeurs, 1893.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. *Revista da AJURIS*. v. 16, n. 45, p. 213- 244, mar, 1989.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A causa do contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 14/2018, p. 159-178, Jan-Mar, 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito das obrigações, 2º parte*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. *Civilista.com*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 8, out-dez, 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/a-causa-do-contrato>. Acesso em: 02 set. 2019.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. v. 3. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PELICANÒ, Aldo. *Causa del contrato e Circolazione dei Beni*. Milão: Giuffrè Editore, 1981.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 3. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

POTHIER, Robert-Joseph. *Traité des obligations*. Paris: Bechet Aine Librairie, 1824.

SCIALOJA, Vittorio. *Negozi giuridici*. 3. reimpressão. Roma: Società editrice del foro italiano, 1933.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. v.1. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e relações paracontratuais*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.