

# RTDC

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO CIVIL

EDITORIA  
PADMA

## Editorial

### Evolução tecnológica, novos bens jurídicos e o livro digital

O acesso a arquivos virtuais mediante festejados aparelhos eletrônicos multifuncionais de alta mobilidade — os *tablets* — anunciaram uma nova era: a era do livro eletrônico. Chega-se mesmo a dizer que o livro impresso desaparecerá, substituído por arquivos digitais. Dados fornecidos pela *Association of American Publishers* dão conta que, no período de janeiro a agosto de 2010, as vendas de livros eletrônicos no mercado interno norte-americano subiram quase 200% (de 89,8 para 263 milhões de dólares); e significaram quase 10% das vendas de livros ao consumidor. Já a *Amazon* anunciou vender mais livros para a plataforma *Kindle* do que livros de capa dura.

A temática demonstra a lancinante atualidade da teoria dos bens na sociedade tecnológica. Afinal, a noção de bem jurídico mostra-se relativa e mutável, consoante o contexto socioeconômico e a relação jurídica na qual se insere, com o objetivo de atender aos interesses e utilidades econômicas pretendidas pelos sujeitos que dele usufruem. São a finalidade e a função desempenhada por tais bens que determinam as normas que irão reger seu aproveitamento econômico. Em outras palavras, para cada bem com sua específica destinação, finalidade e função, o ordenamento reserva regime jurídico que o singulariza.

A função precípua do livro é assegurar os princípios constitucionais da liberdade de expressão e de pensamento (art. 5º, incisos IV, XIV, e art. 220, CR), servindo ainda à difusão da cultura e à transmissão do conhecimento. Sua proteção constitucional veda, portanto, qualquer empecilho, direto ou indireto, à livre circulação de ideias. No caso do Poder Público, a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, *cf.*, da Constituição afasta qualquer vezo autoritário que pudesse, mediante tributação injusta, dificultar a liberdade de expressão.

Por isso mesmo, a interpretação das normas jurídicas deve procurar contornar o envelhecimento precoce da linguagem legislativa. Normas recentes tornam-se, ao menos em sua literalidade, ultrapassadas. A Lei do livro — Lei nº. 10.753/2003 — promulgada há menos de uma década, conceitua-o no art. 2º como “a publicação de textos escritos em fichas ou folhas, não periódica, grampeada, colada ou costurada, em volume cartonado, encadernado ou em brochura, em capas avulsas, em qualquer formato e acabamento”.

ISSN 1518-2010

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista trimestral de direito civil. — v. 43 (julho/setembro 2010)  
— Rio de Janeiro: Padma, 2000-.

v.

Gustavo Tepedino

Trimestral

1. Direito — Periódicos brasileiros.

95-1227.

CDU — 34(07)

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A função social da propriedade é uma garantia que foi conquistada aos poucos pela sociedade brasileira. A concepção hodierna de função social como elemento estrutural do direito fundamental de propriedade merece aplausos e denota o grande avanço que o regime constitucional pátrio teve no sentido de atingir os objetivos da República Federativa do Brasil, com destaque à solidariedade humana, bem como respeitar a dignidade da pessoa humana.

No entanto, de nada adianta a Constituição garantir se a legislação infraconstitucional não viabilizar a garantia. Neste sentido, a possibilidade de expropriação privada com base na posse *pro labore* traz instrumento de suma importância para concretizar a função social da propriedade.

Contudo, o legislador do Código Civil de 2002 foi tímido ao tratar do instituto, deixando várias questões em aberto que urgem por solução. O presente estudo procurou, na medida do possível, integrar esta lacuna normativa para fazer uma abordagem sobre os contornos elementares da relação condominial decorrente da expropriação privada, concluindo que tal condomínio judicial, diante de tudo o que foi exposto, é um condomínio especial, forçado, *pro indiviso* e permanente, que deverá ser administrado a fim de manter a realização de obras e serviços de relevante interesse socioeconômico, assegurando, pois, a função social da propriedade. Porém, as considerações aqui feitas não têm a pretensão de substituir o legislador, representando apenas uma reflexão enquanto a situação pendente de regulamentação.

ANA CAROLINA LOBO GLUCK PAUL PERACCHI  
Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Doutoranda em Direito Civil pela Universidad de Buenos Aires — UBA. Professora de Direito Civil da Faculdade do Pará — FAP. Advogada em Belém/Pará.

## Causa do contrato x função social do contrato: Estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial

CARLOS NELSON KONDER

1. Introdução: mecanismos de avaliação do merecimento de tutela da liberdade contratual. 2. A longa e controversa trajetória da causa do contrato. 2.1. A concepção subjetiva: a causa como fim de cada contratante. 2.2. A concepção objetiva: a causa como função econômico-social do contrato. 2.3. A concretização da causa como função econômico-individual. 3. A breve, mas também controversa, trajetória da função social do contrato. 3.1. A tutela de interesses dos contratantes. 3.2. A tutela de interesses de terceiros. 3.3. A tutela de interesses coletivos. 4. Conclusão: a favor da complementaridade, mas distinção, entre causa e função social do contrato.

### 1. INTRODUÇÃO: MECANISMOS DE AVALIAÇÃO DO MERECEMENTO DE TUTELA DA LIBERDADE CONTRATUAL.

Norberto Bobbio cuidadosamente analisou a dogmática por trás do positivismo jurídico e concluiu que nela o jurista priorizava a análise estrutural dos institutos — a composição de seus elementos —, como forma de “salvaguardar a pesquisa teórica contra a infiltração de juízos de valores e de evitar a confusão entre direito positivo, o único objeto possível de uma teoria científica do direito, e o direito ideal”.<sup>1</sup> Superada esta perspectiva, pela consciência de que a atividade interpretativa necessariamente envolve valores — e, portanto, é necessário revelá-los — defende-se a importância de priorizar, na análise de um instituto, seu perfil *funcional*, seus efeitos, passando, assim, do *como ele é* para o *para que ele serve*.

Esta premissa foi expressamente assumida pelo marco teórico chamado *direito civil-consuetudinário*,<sup>2</sup> o qual destaca que, não apenas deve-se priorizar a análise da função do instituto,

1. Norberto Bobbio. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 65.
2. Sobre este marco teórico, v. Pietro Perfingieri. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Entre nós, v. a sintética exposição de Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Bruno Lewicki. *O Código Civil e o Direito Civil Constitucional*. Editorial da Revista trimestral de *direito civil*, n. 13. Rio de Janeiro, jan./mar. 2003, p. iii-iv.

mas também verificar sua compatibilidade com os valores que justificam a sua tutela por parte do ordenamento, positivados sob a forma de preceitos constitucionais. A supremacia do texto constitucional impõe que todas as normas inferiores lhe devam obediência, não apenas em termos formais, mas também no conteúdo que enunciam, de forma que todo instituto de direito civil somente se justifica instrumento para a realização das normas constitucionais. A isto normalmente se refere como *funcionalização* dos institutos de direito civil.<sup>3</sup>

A funcionalização incide sobre todo o direito civil, mas tem especial relevância no direito contratual. Isto porque a liberdade contratual, como manifestação da autonomia privada, em princípio permite aos particulares escolher os efeitos jurídicos que desejam produzir, as normas que irão reger suas relações interprivadas. Assim, neste âmbito, diante da miríade de possibilidades que surge, é especialmente importante ao intérprete fazer atenção ao perfil funcional do negócio realizado. Deve-se ter em vista os efeitos buscados, a função perseguida, naquele negócio concreto, de forma a aferir mais cuidadosamente se há compatibilidade com aqueles interesses em razão dos quais a própria liberdade de contratar é tutelada.

Esta perspectiva passou recentemente a ser associada entre nós à figura da *função social do contrato*, expressa no art. 421 do Código Civil de 2002. No entanto, em outros ordenamentos é o instituto da *causa dos contratos* que tradicionalmente manifesta este perfil funcional, objeto de observação para viabilizar a funcionalização dos contratos. Assim como no tocante à figura da função social do contrato, também quanto ao conceito de causa do contrato reina extensa controvérsia doutrinária, afirmando-se que “a noção de causa do contrato é tida como das mais difíceis e complexas em todo o direito civil”.<sup>4</sup>

O tema é complexo e sua abordagem não se torna mais fácil diante da diversidade da legislação e das teorias doutrinárias sobre estes dois conceitos, ilustrativas de diferentes perspectivas metodológicas, ideológicas e históricas. O ponto seguro do qual se parte, neste estudo, é que ambos institutos se referem ao *papel do ato de autonomia no sistema*.<sup>5</sup> São conceitos que traduzem o esforço para a convergência entre a perspectiva individual, própria do ato, e a geral, própria do ordenamento, culminando um ponto decisivo: a regra criada pelos particulares com seu ato de vontade busca obter a eficácia jurídica própria das normas do ordenamento.<sup>6</sup> Assim, as controvérsias são reflexos de um embate mais profundo, que

3 Pietro Perlingieri. *O direito civil na legitimidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 671.

4 Maria Celina Bodin de Moraes. *A causa dos contratos. A causa da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 289.

5 Pietro Perlingieri. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 372.

6 Giovanni Battista Ferri. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 74.

diz respeito ao modo de entender a autonomia negocial e a sua relação com o ordenamento jurídico, a relação entre a liberdade dos privados e a autoridade do direito.<sup>7</sup>

De fato, nos ordenamentos nos quais a autonomia privada foi concebida como um espaço quase ilimitado e praticamente imune a qualquer intervenção exterior, a causa do contrato, quando prevista, vinculava-se a uma verificação essencialmente técnica, referente apenas à existência do sinalagma. No extremo oposto, nos ordenamentos totalitários, a causa contribuía para a total submissão dos interesses particulares a supostos interesses públicos colocados por um Estado autoritário e centralizador. O confronto entre posições extremas se repete entre nós acerca da função social do contrato. Neste sentido, já se afirmou que o maior problema do direito na atualidade consiste em “estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos nos quais as leis se inspiram, e os espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e do direcionamento da trajetória individual”.<sup>8</sup>

Na esfera *patrimonial*, a autonomia privada nunca é um valor em si, ela só será protegida enquanto corresponder a um interesse digno de tutela pelo ordenamento.<sup>9</sup> Na atividade negocial, as normas criadas pelos particulares para reger suas relações dependem do amparo do direito para sua coercibilidade, e este amparo só ocorrerá nas condições e limites em virtude dos quais este poder é concedido. Assim, enquanto no modelo liberal clássico qualquer intervenção era entendida como obstáculo ou restrição à autonomia privada, hoje se reconhece que, em sociedades desiguais, é a atuação do poder público que garante a efetiva liberdade da pessoa humana. E na expressão dessas condições para a tutela jurídica da atividade negocial, na concretização dos requisitos para o poder normatizador do particular, que se deve encontrar o lócus de atuação da causa do contrato.

## 2. A LONGA E CONTROVERSA TRAJETÓRIA DA CAUSA DO CONTRATO

Em doutrina, já se disse que o conceito de causa é “vago e misterioso”, um “feito fatal”, exuberante fonte de equívocos, que ainda não consegue assumir contornos nítidos;

7 Pietro Perlingieri. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 368.

8 Maria Celina Bodin de Moraes. *Constituição e direito civil: tendências. A medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 47.

9 Pietro Perlingieri. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 279.

não obstante os arquitetos e a qualidade dos materiais.<sup>10</sup> Entre as justificativas para tamanha confusão, se explica que “poucos resistiram à tentação de exprimir uma noção própria de causa, o que induziu à formulação de muitas teorias, sutilmente nebulosas, nas quais a explicação (do significado da causa) se entrelaçava com a eficácia (do requisito da causa)”.<sup>11</sup> Afirmou-se ainda que a escolha entre as teorias parece uma questão mais de gosto do que de lógica, porque todos os autores forneceram soluções confiáveis, de um lado, mas de outro lado contribuíram, ainda que involuntariamente, a criar uma zona de sombra, um halo impreciso e nebuloso que tornou cada vez mais difícil uma reconstrução.<sup>12</sup>

Trata-se de uma das noções mais incertas do direito civil, mas que traz uma das bibliografias mais importantes.<sup>13</sup> Assim, um cenário que faz com que “a causa suscite ao mesmo tempo veneração e desconcerto”: veneração, como todos os institutos que têm uma história tão controversa; desconcerto pela impossibilidade de reduzi-lo a uma única significação compreensível, pela dificuldade de individualizar denominadores de significados, pela amplitude dos usos propostos pela doutrina e jurisprudência.<sup>14</sup> O princípio da controversia continua ser atribuído a concepção francesa de causa, reputada “subjéctiva”.

#### 2.1. A CONCEPÇÃO SUBJÉCTIVA: A CAUSA COMO FIM DE CADA CONTRATANTE

Embora existam referências à causa em momentos anteriores, foi a partir do direito francês moderno que a causa encontrou a primeira positivação que lhe dá difusão no resto do mundo jurídico, prevista como uma das condições essenciais à validade de uma convenção no Código Civil francês de 1804. A sua origem costuma ser atribuída à sistematização feita por Domat em suas *Lois Civis*, que viria a ter grande influência sobre os juristas franceses

10. Conforme indicado por Giovanni Battista Ferrì, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano: Giuffrè, 1968, p. 67, com base em Ferrara, Bonfante, Pugliesi e Giorgianni.

11. Nicola Corvo, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano: Giuffrè, 1990, p. 47.

12. Giovanni Battista Ferrì, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano: Giuffrè, 1968, p. 68.

13. Jacques Flour e Jean-Luc Aubert, *Droit civil — Les obligations*, 1 — L'acte juridique, 5. ed. Paris: Armand Colin, 1993, p. 199.

14. Guido Alpa, *Lineamenti di diritto contrattuale. Diritto privato comparato: istituti e problemi*, Roma: Laterza, 2001, p. 192.

subseqüentes, em especial sobre Pothier, que adotou expressamente as reflexões do primeiro sobre a existência de causa e a falsa causa.<sup>15</sup> A fragilidade desta concepção foi determinante para criar a resistência que até hoje persiste no ordenamento brasileiro quanto ao instituto da causa.

Nesta perspectiva, a causa era lida como a *causa da obrigação*, e não do contrato: os causalistas separavam cada obrigação nascida do contrato, destacando-a do conjunto da operação contratual, e buscavam a razão de ser de cada obrigação, o que teria levado aquele contratante a se obrigar.<sup>16</sup> Por vincular-se àquilo que move cada um dos sujeitos contratantes separadamente, de forma individualizada, a causa francesa foi comumente indicada por comparatistas como *subjéctiva*, de modo a desempenhar um papel de proteção de um contratante contra o outro.<sup>17</sup>

Em um primeiro momento, a causa subjéctiva tinha caráter *abstrato* — simplificada e referida como a *consideração de uma contraprestação* —, pois apesar de traduzir aquilo que moveu cada sujeito a assumir sua obrigação, seria sempre a mesma em uma mesma categoria de contratos.<sup>18</sup> Assim, nos contratos sinalmáticos a obrigação de cada contratante tinha por causa a obrigação assumida pelo outro contratante, nos contratos unilaterais reais a causa da obrigação seria a prévia entrega da coisa e nos contratos gratuitos a causa seria a intenção de liberalidade, o *animus donandi*, a vontade mesma de fazer um sacrifício sem receber contrapartida.<sup>19</sup>

15. Apesar das constatações de que estes autores ainda estariam longe de apresentar uma verdadeira sistematização clara e completa da noção de causa, eles permaneceram sendo apontados como o marco doutrinário do direito intermediário que levou a consagração da causa na legislação francesa, cf. Jacques Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris: L.G.D.J., 2006, p. 19-21.

16. Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations: théorie générale*, 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 265.

17. Jacques Flour e Jean-Luc Aubert, *Droit civil — Les obligations*, 1 — L'acte juridique, 5. ed. Paris: Armand Colin, 1993, p. 206.

18. Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud e François Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations: théorie générale*, 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 265.

19. Vale observar que na abordagem original de Domat a causa nos atos gratuitos seria “qualquer motivo razoável e justo, como um serviço prestado ou qualquer outro mérito do donatário, ou o simples prazer em fazer o bem”; somente com certa “purificação” por parte de Pothier a causa nos atos gratuitos foi adquiriu a feição abstrata e objetiva de intenção liberal, cf. Arnaud Cermolacce, *Cause et execution du contrat*, Presses Universitaires d'Als-Marseille — P.U.A.M.: 2001, p. 26.

Esta versão original sofreu numerosas críticas, quanto à falta de unidade na abordagem do instituto, que toma "por um lado, um efeito do contrato e, por outro, a causa eficiente do seu surgir".<sup>20</sup> quanto à excessiva complexificação dos requisitos do negócio, ao adicionar um "quarto lado do triângulo",<sup>21</sup> e, principalmente, por ser "criação artificiosa e inútil".<sup>22</sup> Por isso, Clovis Bevilacqua, ao elaborar o seu anteprojeto de Código Civil, desprezou a causa, reputando-a fruto de uma interpretação equivocada dos princípios do direito romano, "verdadeiro *qui pro quo* filológico", e concluindo que "a noção de causa é perfeitamente inútil para a teoria dos atos jurídicos".<sup>23</sup>

No seu ordenamento de origem, o impacto dos adversários da causa abstrata conduziu a um segundo momento da causa subjetiva, de maior flexibilidade na definição e ainda maior "subjetivação" da causa, no tocante a integrar nela razões pessoais que estariam na origem do ato de vontade.<sup>24</sup> Em contraposição ao modelo clássico, no qual os elementos subjetivos não perturbam a causa em nome da proteção à estabilidade dos contratos e ao princípio da autonomia da vontade em sentido estrito, no modelo moderno a causa subjetiva deixa de desempenhar um papel de proteção exclusivamente individual e passa a desempenhar um papel de proteção social.<sup>25</sup>

Partindo do pressuposto de que toda pessoa que se obriga tem um fim, Henri Capitant ofereceu a definição que ficou conhecida entre nós como a concepção moderna da doutrina francesa: a causa seria o *fin perseguido pelos contratantes*.<sup>26</sup> Este fim (*but*) se integra dentro do campo contratual, distinguindo-se do motivo determinante, dos conceitos de *movel direito* ou *imediatamente (causa proxima)* e de motivos secundários ou distantes (*causa remota*). Assim,

20 Vasco Faborda Ferreira. *Do conceito de causa dos actos jurídicos*. Lisboa, 1946, p. 90.

21 Giorgio Giorgi. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol II, 4. ed., p. 548 e ss. apud Paulo Barbosa de Campos Filho. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1978, p. 17 e ss.

22 Planiol. *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, ns. 1037 a 1039, apud Paulo Barbosa de Campos Filho. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1978, p. 13 e ss.

23 Clovis Bevilacqua. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Bevilacqua*, vol. I. Rio de Janeiro: Ed. Rio, p. 338-340.

24 Jacques Flour e Jean-Luc Aubert. *Droit civil — Les obligations*: 1 — L'acte juridique, 5. ed. Paris: Armand Colin, 1993, pp. 207-208.

25 Anne-Sophie Lucas-Pugiet. *Essai sur la notion d'objet du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2005, p. 18.

26 Henri Capitant. *De la cause des obligations*, 3. ed. Paris: Dalloz, 1927, apud Jacques Ghestin. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2006, pp. 55-56.

de um lado, a noção perde a objetividade que tinha nos contratos sinalgmáticos, na medida em que passa a ser a expectativa de execução da prestação a ser efetivada pela outra parte, e, de outro lado, nos contratos gratuitos, não seria mais o *animus donandi* abstrato, mas sim o fim — necessariamente conhecido pelo donatário — que é perseguido pelo doador. Neste modelo, a causa não chega a tornar-se puramente subjetiva, ela mantém um caráter objetivo, ao se referir à integração do elemento motivacional no campo contratual. Mas é inevitável a constatação de que embora tempere a concepção tradicional — ainda que de forma ambígua — a formulação de Capitant ainda se resente da influência do paradigma individualista e voluntarista.<sup>27</sup>

Esta ambigüidade chegou à jurisprudência no *arrêt Pirmamod*, julgado pela Corte de Cassação em 1989.<sup>28</sup> No caso, o sr. Pirmamod vendeu para a sra. Guichard material de ocultismo e, diante da falta de pagamento do preço, tentou executar o contrato na justiça, mas seu pedido foi negado por considerar-se que o contrato tinha uma causa ilícita. A Corte de Cassação rejeitou o recurso interposto pelo Sr. Pirmamod, afirmando que "se a causa da obrigação do comprador reside na transferência da propriedade e na entrega da coisa vendida, por outro lado a causa do contrato de venda consiste no seu móvel determinante, isto é, aquele sem o qual o comprador não teria contratado". A partir desta distinção, destacou que no caso a causa impulsiva e determinante do contrato era permitir o exercício do ofício de adivinhar e predizer — conhecido por ambas as partes diante de sua proximidade — e que tal atividade constituiria contravenção prevista e punida pelo Código Penal, revelando, portanto, o caráter ilícito.

A mesma ambigüidade — e a insegurança que ela produz — se manifesta no *arrêt Club Vidéo*, julgado pela Corte de Cassação em 1996.<sup>29</sup> Tratava-se da anulação por defeito de

27 Judith Martins-Costa. A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema francês e no sistema civil brasileiro. *Ajuris*, v. 16, n. 45, Porto Alegre, mar. 1989, p. 227.

28 Cass. Civ. I, n. 88-11443, julg. 12.07.1989, publ. *Bulletin Cassation* n. 293, I, 1989, p. 194. "Vente — Acheteur — Obligations — Cause — Distinction avec la cause du contrat. Si la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété et dans la livraison de la chose vendue, en revanche la cause du contrat de vente consiste dans le mobile déterminant, c'est-à-dire celui en l'absence duquel l'acquéreur ne se serait pas engagé. Contrats et obligations — Cause — Distinction avec les motifs — Vente".

29 Cass. Civ. I, n. 94-14800, julg. 03.07.1996, publ. *Bulletin civ. I*, n. 286, 1996, p. 200. "Contrats et obligations — Cause — Absence — Défaut de contrepartie réelle. S'agissant d'un contrat de location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, la cour d'appel décide a bon droit que le contrat était

causa do contrato de criação de uma videolocadora ("point club vídeo") que fora celebrado entre a sociedade DPM e o senhor e a senhora Y, sob o argumento de que, se o móvel determinante do vínculo era a difusão de certas fitas de vídeo junto à sua clientela, ele estava fadado ao fracasso em uma comunidade de apenas 1314 habitantes. A Corte de Cassação afirmou que em um contrato sinalagmático a causa da obrigação de uma parte reside na obrigação da outra parte — no caso, a causa da vinculação do casal Y era difundir as fitas de vídeo — e que os motivos determinantes podiam integrar a causa do contrato se, como ocorreu no caso, tivessem entrado no campo contratual. Tendo isto em vista, o equilíbrio econômico buscado ("l'économie voulue") pelas partes era impossível, diante da falta de qualquer contrapartida real à obrigação de pagar o preço da locação das fitas de vídeo. Mereceu especial destaque a afirmação da Corte de que a apreciação da causa deveria ser feita "dentro do quadro da criação de uma videolocadora" ("dans le cadre de la création d'un point club vidéo"), identificando-se que, no caso concreto, não se tratava de um simples contrato de locação de fitas de vídeo, mas algo como um híbrido de franquia e locação de coisa, pois não se referia a uma operação pontual, mas ao primeiro de uma série de contratos similares, inviáveis diante da ausência de sublocatários potenciais.<sup>30</sup>

Em linha semelhante, está o *arrêt Chronopost*, julgado pela Corte de Cassação em 1996.<sup>31</sup> No caso, a sociedade Chronopost foi contratada pela sociedade Bancheureau para entregar, até a manhã do dia seguinte, um envelope contendo documentação para inscrição *dépourvu de cause, des lors qu'elle retient que l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, constatant ainsi le défaut de contrepartie réelle à l'obligation souscrite par le preneur. Contrats et obligations — Cause — Absence — Contrat de location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce*.

<sup>30</sup> Jacques Ghestin. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2006, p. 261.

<sup>31</sup> Cass. Comm., n. 93-18632, julg. 22.10.1996, publ. *Bulletin Cassation* n. 261, IV, 1996, p. 223. *Transports terrestres — Marchandises — Responsabilité — Exclusion — Dol ou faute lourde — Spécialiste du transport rapide — Non-respect du délai de livraison . Doit être réputée non écrite la clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat de transport fixant l'indemnisation du retard au montant du prix du transport, dès lors que le transporteur, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, qui s'était engagé à livrer le pli de l'expéditeur dans un délai déterminé, avait, en ne livrant pas dans ce délai, manqué à cette obligation essentielle dont la clause contredit la portée. Responsabilité contractuelle — Clause limitative de responsabilité — Déchéance — Dol ou faute lourde — Applications diverses — Transporteur — Marchandises — Spécialiste du transport rapide — Non-respect du délai de livraison*.

em um concurso. Diante do pedido de reparação do prejuízo sofrido pela Bancheureau, que perdeu a chance de participar do concurso em razão do atraso da contratada, a Chronopost invocou em seu favor uma cláusula do contrato que limitava a indenização por atraso ao reembolso do preço do transporte (122 francos). A Corte de Cassação entendeu que, "assim estabelecendo, como especialista do transporte rápido, garantindo a confiabilidade e a celeridade de seu serviço, a sociedade Chronopost se obrigou a entregar o envelope da sociedade Bancheureau dentro de um prazo determinado, e em razão do descumprimento desta obrigação essencial, a cláusula limitativa de responsabilidade do contrato, que contradizia o alcance do compromisso firmado, deveria ter sido reputada não escrita". O raciocínio imputado à Corte foi de que, no caso concreto, diante do que fora afirmado pela Chronopost sobre sua eficiência e, conseqüentemente, a confiança conquistada junto à outra parte, a obrigação de realizar a entrega no prazo se tornara essencial, isto é, integrava a causa do contrato. Nesta linha, uma cláusula contratual que limitasse a indenização por descumprimento dessa obrigação a um valor irrisório privaria o contrato de sua causa. A solução de anular todo o contrato por falta de causa, penalizando a vítima, seria inútil e inadequada, sendo suficiente a eliminação apenas da cláusula controversa para garantir o respeito à causa do contrato.<sup>32</sup>

Esses exemplos indicam um panorama complexo quanto à causa subjetiva: por um lado, o esforço de identificar a causa do contrato concreto, mas, por outro lado, ela permanece vinculada a cada um contratantes individualmente considerados. Mais do que a confusão com o objeto do contrato — expressa na tortuosa distinção entre finalidade imediata e finalidade mediata (o fim psicológico dos efeitos jurídicos)<sup>33</sup> ou entre "o que as partes queriam?" e "por que as partes o queriam?"<sup>34</sup> —, a causa subjetiva acaba por confundir-se com o conceito de motivo. Ao remeter ao escopo que movimenta as partes, à razão psíquica que fundamenta a constituição da obrigação, a uma finalidade que se encontra a na vontade, a subjetividade desta visão da causa ameaça a autonomia jurídica do instituto.

Como destaca Emilio Betti, os motivos individuais são essencialmente subjetivos e inter-nos, contingentes, variáveis, múltiplos, diversos e freqüentemente contraditórios, por isso são

<sup>32</sup> Jacques Ghestin. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2006, p.184.

<sup>33</sup> Anne-Sophie Lucas-Puget. *Essai sur la notion d'objet du contrat*. Paris: L.G.D.J., 2005, p. 269.

<sup>34</sup> Jacques Flour e Jean-Luc Aubert. *Droit civil — Les obligations: 1 — L'acte juridique*, 5. ed. Paris: Armand Colin, 1993, p. 200.

imponderáveis e, diferentemente da causa, não comportam uma avaliação acerca de serem ou não merecedores de tutela enquanto não fazem parte do conteúdo do negócio: são, portanto, irrelevantes para o direito.<sup>35</sup> Isto não significa que a vontade dos sujeitos não possa modificar o enquadramento causal do negócio; mas neste caso ocorrerá uma objetivação do elemento subjetivo, que ficará totalmente absorvido, sem resíduo algum, dentro do esquema apresentado pela norma.<sup>36</sup> Pietro Perlingieri ilustra com o caso do mútuo: o uso da soma recebida pelo mutuário constitui normalmente o motivo que o induz a celebrar o contrato, mas se as partes ou a lei impõem uma destinação à quantia, esta utilização adquire relevância causal, porque incluída no concreto regulamento de interesses entre as partes: trata-se do chamado *mutuo di scopo*. Os motivos, em sentido estrito, são, portanto, os interesses concretos das partes não incluídos no concreto regulamento de interesses por elas estabelecido.<sup>37</sup>

Na concepção subjetiva, esta sutil distinção entre a relevância e a irrelevância jurídica ou entre o último ou grande motivo e os demais, seria tudo o que separaria o motivo, impulso psicológico que leva um determinado indivíduo a contratar, da causa em sentido subjetivo, o fim almejado pelas partes contratantes que, posto subjetivo, é externalizado e passa a compor o conteúdo do negócio.<sup>38</sup> Das as veementes críticas.

## 2.2. A CONCEPÇÃO OBJETIVA: A CAUSA COMO FUNÇÃO ECONÔMICO-SOCIAL DO CONTRATO

No ordenamento brasileiro, diante da omissão da causa no Código Civil de 1916, algumas foram as críticas, mas poucos aqueles que, a despeito da ausência de supedâneo legal, continuaram a defender a relevância da causa.<sup>39</sup> É o caso de Pontes de Miranda, que

<sup>35</sup> Emilio Betti. Causa del negozio giuridico. *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957, p. 34.

<sup>36</sup> Salvatore Pugliatti. Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici. *Diritto Civile, Metodo* — Teoria — Prática. Milano: Giuffrè, 1951, p. 80.

<sup>37</sup> Pietro Perlingieri. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 372.

<sup>38</sup> Luis Renato Ferreira da Silva. *A noção de sinalagma nas relações contratuais e paracontratuais (uma análise à luz da teoria da causa)*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2001, p. 4-5 e p. 83.

<sup>39</sup> Forquato Castro, Lino de Moraes Leme, entre outros, cf. Paulo Barbosa de Campos Filho. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1978, pp. 44 e ss. Em seqüência a estas

argumentou que a extinção da causa do Código Civil era inoperante, uma vez que todo o seu sistema é fundado na causa: "Algo de equivalente ao grito do professor de obstetria que se dirigisse às internadas: 'Todos os recém-nascidos nasçam sem pernas'. Mas não nascem em milhões".<sup>40</sup> Para estes defensores da causa, o silêncio da lei não afasta a causa da cultura dos juristas: "nos ordenamentos em que o Código ignora a causa, essa, como a fênix que ressurge de suas cinzas, é construída pela doutrina e pela jurisprudência; a doutrina fala dela abertamente, a jurisprudência a usa ocultamente".<sup>41</sup>

O desenvolvimento incipiente do tema na doutrina nacional sob a vigência do Código de 1916 foi impelido pela transformação que se operava no próprio conceito de causa, em especial no ordenamento italiano. A partir do Código Civil de 1942 na Itália a interpretação da causa como um requisito de validade do negócio jurídico ganhou uma concepção mais objetiva. A causa passou a ser associada não à obrigação, mas ao contrato como um todo, concebida como a *função objetiva, a razão justificadora ou a finalidade prática que o contrato persegue*. Superou-se, assim, a unitariedade atomística e individualista visão da causa como causa da obrigação, acusada de destruir a unidade do negócio ao considerá-la apenas do ponto de vista de cada uma das partes, em vez de reconhecer a subordinação de ambos à totalidade funcional de que fazem parte.<sup>42</sup>

manifestações pioneiras, devem ser mencionados, em breve panorama histórico, estudos de viés comparatista (como Judith Martins-Costa. A teoria da causa em perspectiva comparatista: a causa no sistema francês e no sistema civil brasileiro. *Ajuris*, v. 16, n. 45. Porto Alegre, mar. 1989, p. 213-244; e Fábio Siebeneichler de Andrade. Causa e consideration. *Ajuris*, v. 18, n. 53. Porto Alegre, nov. 1991, p. 276-284), orientações mais propeudéticas (como Antônio Junqueira de Azevedo. *Negócio jurídico e declaração negocial*. São Paulo, 1986, e Clóvis Veríssimo do Couto e Silva. Teoria da causa no direito privado. *Revista Jurídica*, n. 2. Porto Alegre, 1954, p. 21-30) e trabalhos monográficos que, dedicados a temas específicos, se valeram da causa para a solução de controvérsias do nosso sistema (tais como Gustavo Tepedino. Questões controvertidas sobre o contratos de corretagem. *Temas de direito civil*, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 148 e ss.; e A responsabilidade civil nos contratos de turismo. *Temas de direito civil*, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 254 e ss.; e, especialmente, Maria Celina Bodin de Moraes. O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do mútuo no direito civil brasileiro. *Revista Forense*, n. 309. Rio de Janeiro, jan./mar. 1990, p. 33-61).

<sup>40</sup> Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*, tomo III, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsari, 1954, p. 100.

<sup>41</sup> Guido Alpa. Lineamenti di diritto contrattuale. *Diritto privato comparato*. Istituti e problemi. Roma: Laterza, 2001, p. 197.

<sup>42</sup> Emilio Betti. Causa del negozio giuridico. *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957, p. 34.



sua inserção no contrato, enquanto a ilicitude da causa resulta da sua dedução do contrato, mais precisamente daquele contrato específico.<sup>48</sup>

Entre as distintas teorias que se embateram pela explicação do que seja a função do contrato que caracteriza a causa, a que ganhou maior repercussão foi sugerida por Emilio Betti, o qual entende a causa como a *função econômico-social do negócio*, *synthese dos seus elementos essenciais*, como totalidade e unidade funcional.<sup>49</sup> Nesta concepção, a causa é entendida não mais em sentido fenomenológico, mas em sentido teleológico e deontológico, afim à exigência de socialidade que preside a função ordenadora do direito.<sup>50</sup> Segundo Pietro Perlingieri, a concepção bettiana tem o mérito de fazer com que a tutela do regulamento de interesses dos particulares não dependa apenas da ausência de infração às normas imperativas; será necessário também que, além das finalidades privadas que o negócio fisiologicamente persegue, ele atenda ainda à finalidade geral fixada no ordenamento, do qual constitui instrumento de atuação — nega-se assim proteção jurídica aos negócios socialmente improdutivos, juridicamente indiferentes ou economicamente fríeis.<sup>51</sup>

Afirmou-se também que a escolha da teoria da função econômico-social não simboliza apenas a mudança da avaliação do fenómeno contratual, passando do perfil subjetivo para o objetivo, mas também a passagem do perfil singular ao social.<sup>52</sup> É exemplificativa desta mudança uma difundida decisão da Corte de Cassação italiana:

O contrato com o qual alguns candidatos às eleições política se obrigam, diante de correspondente pagamento de soma de dinheiro destinada a financiar suas campanhas eleitorais, a fazer convergir os seus votos e daqueles que os apoiam para o candidato da mesma lista, e, os eleitos, a renunciar o mandato parlamentar em favor deste último, é nulo por ilicitude da causa.<sup>53</sup>

Na decisão, tendo em vista que se tratava de uma *fattispecie* negocial atípica, entendeu-

48 Vincenzo Roppo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 399.

49 Emilio Betti. *Teoria geral do negócio jurídico*, tomo I. Coimbra: Ed. Coimbra, 1969, p. 350.

50 Emilio Betti. *Causa del negozio giuridico. Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957, p. 23.

51 Pietro Perlingieri. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 368.

52 Nicola Corbo. *Autonomia privata e causa di finanziamento*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 42.

53 *Cass.* 27.5.1971, n. 1574 *apud* Giovanni Conso. *Il contratto: itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali*, 2. ed. Padova: Cedam, 2002, p. 325.

Esta concepção objetiva reflete uma transformação drástica na perspectiva de leitura da autonomia privada e é nela que encontramos um instrumento fundamental para a funcionalização dos negócios jurídicos. Em oposição à perspectiva tradicional, voluntarista, na qual o contrato produz a disciplina e o ordenamento limita-se a atribuir os efeitos, na perspectiva objetiva o contrato é objeto da disciplina e a fonte de produção dos efeitos jurídicos é o ordenamento.<sup>43</sup> Como explica Maria Celina Bodin de Moraes:

Embora continuando a reputar, acertadamente, o negócio como ato de autonomia privada, no qual o sujeito regula o seu próprio comportamento e os seus próprios interesses, passou-se a sustentar que o ordenamento o toma em consideração não porque emanante da vontade privada, mas por pertencer ao mundo jurídico.<sup>44</sup>

Ao conceber que o contrato preenche uma função e que esta função deve ser lícita para que o negócio seja juridicamente protegido, a autonomia privada deixa de ser o espaço absolutamente livre para qualquer vontade individual — “a expressão incolor e vazia de um capricho individual”<sup>45</sup> — para ser o estabelecimento de um regulamento de interesses a ser avaliado como merecedor ou não de tutela. A nova dimensão funcional que a causa adquire e fundada no debate político e cultural do fim dos anos trinta, inspirado pela experiência soviética e pelo *New Deal*: trata-se da perspectiva funcionalizadora dos institutos fundamentais do direito civil patrimonial, entre os quais a empresa, a propriedade e o contrato.<sup>46</sup>

Esta definição de causa, embora objetiva, distingue-se do conceito de *objeto do contrato*. Enquanto a individualização do objeto é independente da orientação ou da utilização que as partes lhe possam destinar, a causa é mais sensível, porque desempenha um papel coordenador de toda a operação econômica, exprime a tensão da vontade sobre um bem, o interesse que através do negócio se quer realizar.<sup>47</sup> Dessa forma, a ilicitude do objeto se determina através da consideração da prestação contratual em si e por si considerada, prescindindo de

43 Aldo Pellicani. *Causa del contratto e circolazione dei beni*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 10.

44 Maria Celina Bodin de Moraes. *A causa do contrato. Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 295.

45 Emilio Betti. *Causa del negozio giuridico. Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957, p. 32.

46 Giovanni Battista Ferni. *Il problema della causa del negozio giuridico nelle riflessioni di Rosario Nicolò. Europa e diritto privato*, 2007, fasc. 3, pp. 673-677.

47 Giovanni Battista Ferni. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 370.

se necessário avaliar a finalidade econômico-social perseguida, para verificar a correspondência entre, de um lado, os comandos da autonomia privada e, de outro lado, os princípios fundamentais do ordenamento jurídico (ordem pública) e as normas metajurídicas sugeridas pela consciência social comum (bons costumes). Se, em abstrato, poderia ser legítimo o acordo voltado a financiar uma campanha eleitoral e disciplinar seu desenvolvimento, a Cassação considerou que, no caso, a causa era ilícita por visar finalidades de indubitável caráter antissocial, buscando-se “obter, de forma coercitiva, e também em conflito com a vontade popular, a eleição do financiador através do exercício do direito de voto expresso de maneira contratualmente determinada e a renúncia, preventivamente acordada, por parte dos eleitos”.

Outra decisão exemplificativa, também da Corte de Cassação, pode ser referida:

Não está dirigido a realizar interesses mercedores de tutela jurídica e deve, portanto, declarar-se nulo o contrato com o qual o marido, durante um processo de anulação do matrimônio por ele promovido perante o tribunal eclesiástico, promete à mulher pensão alimentícia a partir da anulação e, do outro lado, a mulher promete em troca submeter-se, para o fim de tal anulação, à inspeção corporal na sua esfera sexual.<sup>54</sup>

No caso, o senhor L. B. promovia um processo de anulação do seu matrimônio com a senhora M. perante o Tribunal Eclesiástico baseado na impotência sexual [“impotenza sessuale”] da mulher, mas para comprovar esta circunstância eram necessárias perícias técnicas que invadiriam a privacidade da mulher, dependendo assim de seu consentimento. Em razão disso, fizeram um acordo escrito pelo qual o senhor L. B. se comprometia a pagar à senhora M. três milhões de liras assim que fosse pronunciada a anulação, enquanto a senhora M. prometia em troca submeter-se às inspeções médicas. Todavia, quando ao senhor L. B. se requereu que cumprisse sua obrigação, ele invocou a nulidade do contrato por ilicitude da causa, argumento que foi considerado justificado pela Corte de Cassação, sob a afirmativa de que “repugna à consciência comum e está em contraste com os fins do nosso ordenamento jurídico que a compreensível relutância feminina a inspeções na própria esfera sexual possa constituir ocasião e matéria de comércio”.

<sup>54</sup> Cass., 6.7.1961, n. 1623 apud Giovanni Criscuoli. *Il contratto: itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali*, 2. ed. Padova: Cedam, 2002, p. 327.

### 2.3. A CONCRETIZAÇÃO DA CAUSA COMO FUNÇÃO ECONÔMICO-INDIVIDUAL

A teoria bettiana da causa como função econômico-social, apesar de seu pioneirismo e de sua extensa acolhida, não passou sem críticas. A primeira, diz respeito à sua *contaminação* por elementos metajurídicos. Pugliatti, principal crítico de Betti neste aspecto, destaca que a definição de causa como função econômico-social designa um *quid* de todo estranho ao Direito, gerando uma contaminação capaz de comprometer critérios metodológicos que foram custosamente conquistados e dando origem a uma insanável — e inexplicável — dualidade, uma vez que todo negócio tem, necessariamente, uma função jurídica. Por isso, propõe outra interpretação, na qual a causa seria a *função jurídica* do negócio, expressa pela *síntese de seus efeitos jurídicos essenciais*.<sup>55</sup> A concepção de Pugliatti deu o passo pioneiro de retirar a causa de uma obscura consciência social e localizá-la dentro do ordenamento, priorizando o rito normativo.<sup>56</sup>

A segunda crítica, complementar à primeira, é de que a teoria da função econômico-social acentua os aspectos coletivos do controle de merecimento de tutela, mas descura das peculiaridades providas pelo aspecto privado do ato. Ao ser concebida abstratamente, a causa acaba por *achatar-se ao tipo*, deixando de fora tudo aquilo que excede as suas linhas mestras e que individualizam e especificam a operação perseguida e gerando o empobrecimento e simplificação da avaliação do contrato.<sup>57</sup> A defesa da juridicidade e objetividade da concepção da causa não pode desprezar o papel que desempenha o escopo prático perseguido pelas partes no sentido de identificar o negócio concreto em exame — em comparação com a tipicidade abstrata do ordenamento.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Salvatore Pugliatti. *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. Diritto Civile: Metodo — Teoria — Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 119. Nas palavras do autor: “A causa é elemento [...] que, permanecendo normalmente oculta e em quietude, exprime uma considerável força coesiva e atrativa quanto aos elementos que constituem a organização da estrutura do negócio, e também uma força centrípeta quanto a determinações acessórias do conteúdo daquele. Mas quando, em virtude de forças externas, é compelida a abandonar seu estado normal de quietude e a manifestar-se, tem a força de destruir toda a organização negocial, ou, transformando em força centrífuga a força centrípeta inicial, de excluir ao menos do conteúdo do negócio tais efeitos que são com ela incompatíveis” (*ibid.*, p. 114).

<sup>56</sup> Nicola Corbo. *Autonomia privata e causa di finanziamento*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 45.

<sup>57</sup> Vincenzo Roppo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 364.

<sup>58</sup> Salvatore Pugliatti. *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico. Diritto Civile: Metodo — Teoria — Pratica*. Milano: Giuffrè, 1951, p. 117.

Este movimento de, por um lado, retirar a causa de uma difusa e extrajurídica consciência social e, por outro lado, incluir na causa as peculiaridades relevantes providas pela autonomia privada, tem também raiz histórica. A utilização da teoria da função econômico-social no período fascista é expressiva de uma vocação potencial para a tutela de interesses estranhos à vontade dos particulares, que corre o risco de subordinar o ato de autonomia a exigências gerais variáveis de acordo com a ideologia política, social e econômica dominante no momento.<sup>59</sup> Diante disso, G. B. Ferri contrapôs-se às “visões sociologizantes do fenômeno jurídico”, com a preocupação de que a emergência deste interesse social-geral-estatal, que suprimiria ou absorveria os interesses dos particulares, estaria ligada a uma visão do fenômeno jurídico que rejeita os princípios clássicos do ideário democrático-liberal.<sup>60</sup>

É ilustrativa deste problema uma decisão sobre a situação de um administrador (R. Spera) a quem uma das sócias (G. Zerba Ottolini) prometera uma indenização no caso de extinção do contrato junto àquela sociedade (Ottolini Carta), de forma a compensá-lo por ter abandonado seu cargo anterior para assumir o novo cargo. Ao ser demitido do novo cargo, ele exigiu a indenização prometida, mas a Corte de Milão, ao avaliar o merecimento de tutela deste contrato atípico — “todo se resume a verificar se os interesses perseguidos são correspondentes a uma função útil e se são socialmente apreciáveis” — entendeu que o contrato, ainda que não tendesse a “nenhum fim menos que honesto”, criava o perigo de uma “contaminação dos ingredientes conhecidos e por conhecer da vida da sociedade” e um “risco de adulteração dos resultados da empresa”.

Comentando esta decisão, Ferri critica a “extrema generalidade deste tipo de discurso” e afirma o perigo desta concepção: “... na sentença não vem indicada uma única norma referente à disciplina das sociedades por ações que se considere violada; nem vem indicado um único elemento do qual se possa extrair o conteúdo ou os conteúdos de tais finalidades econômico-sociais do sistema. Se diz que o acordo entre Spera e Zerbi está em conflito com

59 Emanuela Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 209.

60 Giovanni Battista Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 101. Em outra ocasião, afirmou Ferri: “Atualmente, derrubado o sistema político-econômico ao qual se referia originalmente o Código Civil de 1942, recuperados, com a constituição republicana os valores de liberdade e democracia, a autonomia privada, como de resto a iniciativa econômica privada e a propriedade, perderam aquela dimensão funcional que o modelo corporativo e dirigente lhe tinha atribuído” (Giovanni Battista Ferri, *La causa nella teoria del contratto*. In Letizia Vacca (org.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 417).

finalidades econômico-sociais, mas nem se indica de quais finalidades se trata, nem se explica por que e de que forma tal conflito seja determinado”.<sup>61</sup>

Por trás das duas críticas — a perigosa referência a uma tipicidade metajurídica e o descaso quanto as peculiaridades oferecidas pelo ato de autonomia — está o fato de Betti referir-se à submissão das causas a uma tipicidade social, valorando o negócio por sua constância e normalidade na vida de relações.<sup>62</sup> Perde-se, nesse processo, a relevância da causa concreta do negócio que, ainda que se enquadre no tipo legal, pode possuir elementos específicos relevantes na avaliação de merecimento de tutela. A tese de Ferri, em contraposição, afirma que, diante de um contrato concreto, não é suficiente examinar o esquema abstrato ao qual ele corresponde e sobre o qual já se reconheceu cumprir uma função socialmente útil, mas é necessário também avaliar em concreto o modo específico no qual aquele esquema abstrato é utilizado.<sup>63</sup> Sob esta visão, o centro gravitacional da causa se desloca do controle de exigências sociais, cristalizadas no tipo, a reconstrução hermenêutica dos interesses perseguidos pela operação contratual.<sup>64</sup>

Quando se afirma que a causa é a função econômico-social, se faz confusão entre o objeto e o critério na qualificação, entre o fato e o valor, entre aquilo que é avaliado e aquilo que avalia. Explica o autor que fazer referência ao conceito de função implica não somente a existência de uma relação entre situações, mas também que esta relação se colige entre uma situação avaliadora e uma situação avaliada. Assim, uma das duas situações exprime os princípios a partir dos quais se possa, da outra situação, extrair uma função. Quando a causa, elemento do negócio jurídico, se atribui a natureza de função econômico-social — isto é, a

61 Giovanni Battista Ferri, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*. *Revista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, ano LXIX, parte prima. Vallardi, 1971, p. 96. Para o autor: “O critério de socialidade, a inserção do agir dos privados nas finalidades da ordem jurídica, a invocação dos ditames da consciência civil e política, das exigências da economia nacional, além da ordem pública e dos bons costumes, não apenas são expressões da ideologia política dominante naquele período, mas também são o resultado de doutrinas e correntes de pensamento consideradas válidas e largamente seguidas no campo jurídico, no qual aquela ideologia encontra sua base teórica. Não apenas tais visões atendem aos princípios do Estado autoritário do qual tudo deve depender, mas também atendem a construções e técnicas largamente validadas na ciência jurídica, sobretudo por mérito de Kelsen” (*ibid.*, p. 127).

62 Emilio Betti, *Causa del negozio giuridico*. *Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1957, pp. 32-33.

63 Giovanni Battista Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 358.

64 Emanuela Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*. Milano: Giuffrè, 2000, pp. 212-213.

função se exprime em termos de socialidade, de ordenamento — se acabaria misturando elementos do negócio concreto com critérios de avaliação do próprio ordenamento.<sup>65</sup> Em uma explicação enfática:

[...] Na acepção de *função econômico-social* do negócio, a causa acaba por ganhar a *dimensão*, quase *hermafrodita*, na qual ficam confundidos e indistintos, de um lado, o ponto de vista do autor ou dos autores do negócio, isto é, o escopo subjetivo por eles perseguido, conforme *objetivado* na regra negocial (e que, em certa medida, continua a caracterizá-la), e, de outro lado, o ponto de vista do ordenamento estatal, ao qual historicamente foi atribuído o papel de controlar se os valores expressos e as finalidades perseguidas pelo negócio singular estejam (e em que medida) *compatíveis* com os valores fundantes do ordenamento jurídico do Estado.<sup>66</sup>

5. A confusão entre a função do negócio concreto avaliado e os critérios de avaliação do ordenamento conduziria a descon sideração, no julgamento do merecimento de tutela, de elementos importantes para o negócio concreto, mas não reputados essenciais para o modelo abstrato. Quanto aos elementos reputados, em abstrato, essenciais e não essenciais, o negócio forma um bloco unitário e como tal, unitariamente, deverá ser avaliado pelo ordenamento: somente desta maneira — afirma o autor — se pode identificar o sentido e o alcance da operação econômica que o negócio exprime.<sup>67</sup> O interesse individual, perseguido pelas partes através do negócio concreto, modifica-se não somente em razão de uma alteração substancial da estrutura, mas também pela inserção, na estrutura, de determinações acessórias e, por vezes, até mesmo de motivos psicológicos conexos às partes e considerados determinantes da vontade negocial. Assim, um interesse que, sem aquela determinação acessória, ou na falta da inclusão daquele motivo psicológico, seria merecedor de tutela, pode não sê-lo mais quando aquela inserção ocorre.<sup>68</sup>

O argumento conduziu à definição da causa como *função econômico-individual*, com o

objetivo de esclarecer o seu papel unificador dos vários elementos do negócio.<sup>69</sup> A função econômico-individual, sem se confundir com o escopo meramente subjetivo, esclarece que, sendo o negócio expressão de uma regra privada, sua causa é elemento que liga a operação econômica objetiva aos sujeitos que dele são autores e é “índice de como o regulamento negocial de interesses é expressão objetiva de tais finalidades subjetivas”.<sup>70</sup> Ferri faz a reserva, todavia, que a substituição do adjetivo social pelo individual não se deve entender como um enfático retorno a concepções de exasperado (e imotivado) individualismo, mas somente um destaque de como, no sistema desenhado pela Constituição, o ato de autonomia privada volta a ser expressão de interesses privados que, como tais, devem ser avaliados pelo ordenamento jurídico. Segundo o autor, em uma imagem significativa, o indivíduo se liberta da farda de funcionário do sistema corporativo e volta a ser considerado, mesmo sob o perfil econômico, pessoa, certamente não egoísta ou a-social, mas autônomo protagonista na sociedade, da própria existência.<sup>71</sup>

O argumento pertence à distinção entre *causa abstrata* e *causa concreta* e rejeitado por esta linha de pensamento. Para Ferri, dizer que a causa abstrata é fictícia, enquanto a concreta não é, tem todo o ar de ser pouco mais que um inútil jogo de palavras, pois em abstrato, nas figuras contratuais típicas (genais) ou sociais não existe causa, somente um modelo de organização de interesses, não uma hipótese de sua regulamentação concreta, suscetível de ser qualificada e avaliada.<sup>72</sup> Na mesma linha, defende Pietro Perlingieri que não é possível falar de uma causa abstrata porque ela teria que ser imune ao juízo de licitude, o que a privaria da própria essência do conceito de causa: um modelo de organização de interesses não pode ser objeto de um juízo de licitude e de merecimento de tutela.<sup>73</sup>

Também partindo da avaliação da causa somente em concreto — mas reconduzindo-a expressamente aos parâmetros expressos pela legalidade constitucional — Pietro Perlingieri inicia seu exame do tema tomando por premissa a inexistência de uma relação de prioridade lógica entre interesses e efeitos — porque mesmo estes não são um *prius*, mas uma decor-

69 Giovanni Battista Ferri. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 371.

70 Giovanni Battista Ferri. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 372.

71 Giovanni Battista Ferri. *La causa nella teoria del contratto*. In Letizia Vacca (org.). *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 419.

72 Giovanni Battista Ferri. *La causa nella teoria del contratto*. In Letizia Vacca (org.). *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. Torino: Giappichelli, 1995, p. 420.

73 Pietro Perlingieri. *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 370.

65 Giovanni Battista Ferri. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 364.

66 Giovanni Battista Ferri. *Il problema della causa del negozio giuridico nelle riflessioni di Rosario Nicolò. Europa e diritto privato*, 2007, fasc. 3, p. 680.

67 Giovanni Battista Ferri. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 255-256.

68 Giovanni Battista Ferri. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 258.

rência de um procedimento unitário de interpretação e qualificação — para concluir por uma confluência, na constituição da causa, entre o interesse concreto e os efeitos essenciais do contrato.<sup>74</sup> Isto não significa desprezar as definições anteriores — ao contrário, ele destaca a importância das concepções bettiana e pugliattiana no sentido de reconhecer que o regulamento de interesses constituído pela autonomia da vontade só é protegido porque reconhecido digno de tutela pelo ordenamento —, mas critica a identificação da causa com o esquema regulamentar abstrato a que ela conduz.<sup>75</sup>

Afirma ainda que a falta de um consenso acerca da concepção de causa decorre essencialmente do fato de que a causa não se resolve em um elemento estrutural da *fattispecie* negocial, concebível exclusivamente em termos de mais um “elemento essencial”.<sup>76</sup> Para o autor, a superação da perspectiva da subsunção, com o objetivo de valorizar a identificação dos interesses envolvidos e as peculiaridades que distinguem o negócio concreto, dando prevalência ao perfil funcional do negócio, impõe reconhecer na causa um *quid* que ilumina o contrato na sua dimensão de valor, isto é, de regulamento de interesses. Assim, *pr-fere* definir a causa como a *função econômico-individual*, expressa pelo valor e *capacidade que as próprias partes deram à operação negocial na sua globalidade, considerada em sua concreta manifestação*.<sup>77</sup> Exemplificando, demonstra que, em meio a uma pluralidade de compras e vendas, é possível encontrar uma identidade de tipo (caracterizado pela permutação da coisa pelo correspondente preço), mas uma pluralidade de causas (no sentido de que cada uma terá um interesse específico perseguido pelos contratantes).<sup>78</sup>

A jurisprudência superior italiana recentemente vem se manifestando em concordância com esta reformulação, sustentando a obsolescência da matriz ideológica que configura a causa do contrato como instrumento para o controle da utilidade social do negócio e, a partir disso, defendendo uma *fattispecie* causal concreta, que reconstrói este elemento em termos de síntese dos interesses reais que o próprio contrato tende a realizar. Em recente decisão, a Corte de Cassação expressamente define:

74 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 370.

75 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 369.

76 No mesmo sentido, na doutrina nacional, Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 174.

77 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 370.

78 Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli: ESI, 2005, p. 370.

Causa, portanto, ainda inscrita na órbita da dimensão funcional do contrato, mas, agora, função individual do singularizado, específico contrato realizado, prescindindo do relativo estereótipo abstrato, seguindo um *iter* evolutivo do conceito de função econômico-social do negócio que, movendo-se da cristalização normativa dos vários tipos contratuais, volta-se a final a captar o uso que os contratantes entenderam realizar de cada um daqueles, adotando aquela determinada, específica (a seu modo única) convenção negocial. [...] Causa do contrato é o escopo prático do negócio, a síntese dos interesses que ele está concretamente dirigido a realizar (chamada “causa concreta”), como função individual da singular e específica negociação, além do modelo abstrato utilizado.<sup>79</sup>

A despeito das controvérsias sobre o significado da decisão, reconhece-se que ela adota uma perspectiva metodológica sensível às exigências de concretude, mas sem um retorno à concepção subjetiva. Como explica Vincenzo Roppo, não se trata de valorizar as motivações estritamente individuais de uma parte, suas pessoais representações psicológicas, seus interesses particulares cultivados em foro interno, mas buscar uma concretude que se aloca em termos objetivos.<sup>80</sup> O autor exemplifica:

O desejo de utilizar a coisa comprada como presente de núpcias para o amigo, a intolerância por pontos e quinças pronunciadas, são simples motivos que testam conflitos na esfera individual da parte, [mas] se A dá fiança a B para garantir seu ingente crédito perante a devedora sociedade X, impellido pelo interesse que deriva do fato de ser sócio majoritário de X (em virtude de sucessão hereditária do velho sócio falecido), este seu interesse introduz no contrato uma concreta causa de troca empírica ao lado da causa típica de garantia; por isso a dissolução deste interesse (quando, por exemplo, um testamento posteriormente descoberto prive A da herança, e assim da qualidade de sócio) é evento que afeta a causa do contrato, e abre o problema do seu destino.<sup>81</sup>

O critério não é se o interesse da parte é conhecido pela contraparte, nem se ela o externalizou apropriadamente à outra parte — este dado subjetivo, embora relevante, não

79 Cassazione civile, sezione III, 8.5.2006, n. 10490.

80 Vincenzo Roppo, *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 364.

81 Vincenzo Roppo, *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 377.

é decisivo — mas deve ser qualquer outro dado que dê dimensão objetiva ao interesse invocado pela parte e a relevância que este tem para a posição contratual dela própria: "se A dá fiança a B pela dívida de X, e explica que o faz por causa da grande amizade com o devedor, este permanece um motivo irrelevante ainda que comunicado à contraparte; a sucessiva ruptura da amizade com X certamente frustra o interesse contratual de A, mas frustra um motivo e não a causa do contrato".<sup>82</sup>

### 3. A BREVE, MAS TAMBÉM CONTROVERSA, TRAJETÓRIA DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Embora o Código Civil de 2002, em seu art. 104, tenha seguido o mesmo caminho do anterior, é mantido a causa de fora dos requisitos de validade do negócio jurídico, ele foi considerado um novo impulso para os estudos sobre a causa.<sup>83</sup> Para além das hipóteses de nulidade do negócio jurídico por ilicitude do motivo determinante, comum a ambas as partes (art. 166, III), mais próximo da concepção subjetiva de causa, e de ilicitude por abuso do direito (art. 187), atualmente desenvolvida no direito contratual, o dispositivo mais expressivo do Código de 2002 sobre controle da autonomia negocial é a previsão de uma cláusula geral exigindo que a liberdade de contratar esteja em conformidade a *função social do contrato*:

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

O significado e alcance deste novo enunciado normativo, contudo, é bastante controverso. Sua interpretação continua polêmica, reflexo de um debate — de fundo ideológico —

<sup>82</sup> Vincenzo Roppo, *Il contratto*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 378.

<sup>83</sup> Por exemplo, Luciano de Camargo Penteado, *Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros*, *Revista de direito privado*, n. 20, São Paulo, out.-dez. 2004, p. 235-265, na linha da obra do autor *Doação com encargo e causa contratual*, Campinas: Millennium, 2004; e, especialmente, o artigo de Maria Celina Rodin de Moraes, *A causa do contrato. Na medida da pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 289-316.

sobre a redação do dispositivo, que precedeu a promulgação do Código e persiste ainda hoje como tentativa de sua modificação legislativa.

Na primeira versão do anteprojeto de Código Civil o dispositivo enunciava que "a liberdade de contratar somente será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". A inclusão do vocábulo "somente" foi muito criticada, pois se temia que fizesse com que o enunciado fosse interpretado de forma a exigir que a única função que o contrato pudesse ter fosse a social, em oposição à função que ele teria apenas para as partes. Assim, receava-se que as partes pudessem ficar adstritas a abdicar de seus próprios interesses para, ao contratar, servir somente à coletividade. As críticas fizeram com que o termo fosse suprimido e o dispositivo ganhou a redação com que foi promulgado.<sup>84</sup> Mas o receio quanto às potencialidades do dispositivo persistiram, agora com relação à expressão "em razão de": a liberdade de contratar deve ser exercida em razão de sua função social. Este movimento de reticência ao dispositivo, que se poderia chamar "antifuncionalista", afirmava que a função social só poderia servir como *limite*, mas não se poderia exigir que ela fosse *razão* da tutela do contrato.<sup>85</sup>

Contudo, de outro lado, diversos juristas reconheceram a importância do dispositivo, em toda a extensão de seu texto, como indicador de diversas potencialidades normativas relativas a funcionalização da liberdade contratual. A manifestação do legislador foi tomada como o reconhecimento do fim de um isolamento da autonomia negocial, trazendo ao direito contratual a incidência de preceitos constitucionais como dignidade humana, justiça social, solidariedade, erradicação da pobreza, proteção ao consumidor e proteção ao meio ambiente.<sup>86</sup> Para tais autores, a cláusula do art. 421 importava a identificação de um limite interno

<sup>84</sup> Antônio Junqueira de Azevedo, entrevista concedida a *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 34, abr.-jun. 2008, p. 305.

<sup>85</sup> Sua inspiração pode ser atribuída à concepção clássica que infere da atuação do legislador e do judiciário apenas a possibilidade de impor alguns limites externos, negativos e sempre excepcionais ao exercício da liberdade contratual, na linha de que "só a deformidade, o absurdo, e o teratológico exercício do direito de contratar" (Adriana Mandim Theodoro de Mello, *A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil brasileiro*, *Revista Forense*, n. 364, Rio de Janeiro: Forense, nov./dez. 2002, p. 9). Na jurisprudência, também se percebe este movimento: "Em que pese a relativização do princípio *parca sunt servanda*, em atenção à função social do contrato e aos princípios da proibição e da boa-fé, a ingerência do poder judiciário só resta autorizada em hipóteses excepcionais" (TJDF, 1ª Turma Civil, Ap. Civil 20020111044353, Rel. Flávio Rosirola, julg. 11/06/2008, publ. DJU 14/07/2008).

<sup>86</sup> Teresa Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 492. Na

ao exercício da liberdade contratual, signo determinante na própria configuração e identificação do instituto e, portanto, de necessário atendimento para obter a tutela por parte do ordenamento.<sup>87</sup>

A questão que se colocou quanto à função social do contrato — assim como quanto à causa — foi como evitar a ameaça de certo autoritarismo judicial, de invasão estatal das relações intersubjetivas, através de um mecanismo de controle da autonomia? De acordo com a resposta funcionalista, a abertura da cláusula geral do art. 421 não significa uma fórmula vazia que franqueia tal julgamento ao mero arbítrio do juiz. Serão sempre as normas constitucionais que vão reger a avaliação de *meritaveleza* do contrato. Assim explica Gustavo Tepedino:

Entende-se, então, o real significado da cláusula geral da função social do contrato, prevista no art. 421 do Código de 2002, segundo a qual “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. À luz do texto constitucional, a função social torna-se razão determinante e elemento limitador da liberdade de contratar, na medida em que esta só se justifica na persecução dos fundamentos e objetivos da República acima transcritos. Extrai-se daí a definição da função social do contrato, entendida como o dever imposto aos contratantes de atender — ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual — a interesses extrac contratual socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos.<sup>88</sup>

Este alerta, aparentemente, foi captado por parte da jurisprudência superior, ao reconhecer que a exigência de função social, a pretexto de atender a interesses sociais, não pode ter efeitos que sejam completamente incompatíveis com a própria função econômica que o contrato visa desempenhar para as partes:

mesma linha, Paulo Nalin. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado* n. 12. São Paulo, out./dez. 2002, p. 57.

87. Judith Martins-Costa. Notas sobre o princípio da função social do contrato. *Revista Literária de Direito*, n. 37. São Paulo, ago./set. 2004, p. 19. V. também Paulo Luiz Netto Lobo. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 42. São Paulo, abr./jun. 2002, p. 191.

88. Gustavo Tepedino. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In Gustavo Tepedino (org.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XXXII.

A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas.<sup>89</sup>

A divergência acerca do significado do art. 421, que guarda similaridades com aquela referente à causa do contrato, se manifesta com clareza no tocante à atribuição de efeitos específicos ao enunciado normativo.<sup>90</sup> Neste sentido, podem ser identificadas três esferas de efeitos que têm sido atribuídos à função social do contrato.

### 3.1. A TUTELA DE INTERESSES DOS CONTRATANTES

A primeira esfera de efeitos atribuídos ao art. 421 diz respeito à tutela de interesses das partes. Nessa linha, referindo-se a uma *eficácia interna* ou *normatividade endógena* do art. 421, 3º T., REsp 803481, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 28/06/2007, publ. DJ 01/08/2007; STJ, 3º T., REsp 783404, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 28/06/2007, publ. DJ 13/08/2007. V. ainda Pedro de Oliveira Costa. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In Gustavo Tepedino (org.). *Obrigações: Estudos sob a perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 54.

90. É o que destaca Claudio Luiz Bueno de Godoy: “Nesse contexto é que sobressai a função social do contrato, princípio que, positivado no art. 421 do Código Civil, recentemente editado, requer precisa configuração, para não se tornar apenas uma figura retórica do ordenamento, como se não traduzisse uma forma eficiente de prestígio às fontes axiológicas que iluminam todo o sistema jurídico” (*Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1). Na mesma linha, gritou-se que “independentemente da nomenclatura ou natureza jurídica que se propõe à função social, o importante mesmo é que se consiga compreender o seu real conteúdo e alcance e que se implementem de maneira efetiva os instrumentos aptos a cumprir sua finalidade” (Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Caroline Dias Andriotti. Breves notas históricas da função social no direito civil. In Guilherme Calmon Nogueira da Gama (coord.). *Função social no direito civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 4).

contrato, recorre-se à função social para fundamentar a proibição de contratos injustos ou desequilibrados e, dessa forma, a lesão, a onerosidade excessiva e a vedação de cláusulas abusivas seriam dispositivos respaldados pela função social do contrato.<sup>91</sup>

A jurisprudência, especialmente no tocante as primeiras decisões com base no dispositivo, seguiu esta linha, sob a afirmação de que, buscando a compatibilização entre os interesses econômicos das partes e os interesses sociais, a "tendência hodierna em reconhecer a função social do contrato não implica em [sic] socialização das relações jurídicas, mas reconhecimento no sentido de que o contrato deve ser concebido como instrumento materializado que objetiva, precipuamente, a promoção de maior justiça nas trocas econômicas, sem descurar, todavia, da segurança jurídica, decorrente da observância do *pacta sunt servanda*".<sup>92</sup>

Assim foram suprimidas por violação à função social do contrato condições de reajuste que oneram excessivamente o consumidor,<sup>93</sup> cláusulas impeditivas de restituição do valor pago,<sup>94</sup> negativa de renovação automática de contrato mantido por mais de dez anos,<sup>95</sup> multa excessiva em relação de consumo que afronta os dispositivos consumeristas,<sup>96</sup> dispositivo proibitivo de purgação da mora pelo devedor,<sup>97</sup> cláusula abusiva de renúncia à indenização das benfeitorias,<sup>98</sup> desligamento compulsório de empreendimento cooperativo.<sup>99</sup> Na mesma linha, a possibilidade de revisão judicial dos termos do contrato, quando desequilibrado,

91 Carlos Alberto Gouliart Ferreira. Contrato: da função social. *Revista Jurídica*, n. 247. Porto Alegre, mai. 1998, p. 11; Hélio Tarticó. *Função social dos contratos*. São Paulo: Método, 2007, p. 270 e ss.

92 TJS, 8ª C.C., Ap. Cível n. 70017926536, Rel. Pedro Celso Dal Pra, julg. 15/02/2007. Indicam que este tipo de referência à função social do contrato antecede a expressa previsão do Código Civil de 2002. Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Daniel Queiroz Pereira. Função social no direito privado e constituição. In Guilherme Calmon Nogueira da Gama (coord.). *Função social no direito civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 79-80.

93 TJS, 5ª C.C., Ap. Cível n. 70025660218, Rel. Romeu Marques Ribeiro Filho, julg. 15/10/2008.

94 TJS, 9ª C.C., Ap. Cível n. 70025542754, Rel. Léo Romi Pilau Junior, julg. 08/10/2008.

95 TJS, 2ª T.R.C., Recurso Cível n. 71001565050, Rel. Aílton Jorge Simões Neto, julg. 10/09/2008.

96 TJS, 2ª T.R.C., Recurso Cível n. 71000693143, Rel. Mylene Maria Michel, julg. 17/05/2006.

97 TJI, 2ª C.C., Ag. Instr. 2008.002.33382, Rel. Des. Paulo Sérgio Prestes, julg. 13/10/2008; TJI, 15ª C.C., Ag. Instr. 2008.002.15589, Rel. Des. José Carlos Paes, julg. 28/05/2008.

98 TJS, 4ª C.D.P., Ap. com revisão n. 1613954100, Rel. Maia da Cunha, publ. 28/11/2005.

99 TIDE, 3ª T.C., APC 20060110408947, Rel. Humberto Adjuro Ulhoa, julg. 12/03/2008 publ. DJU 03/04/2008.

brados, encontrou amparo reiteradamente na exigência de atendimento à sua função social.<sup>100</sup>

É importante observar que na maior parte destas decisões a função social do contrato vem invocada, sem qualquer esforço no sentido de uma distinção funcional, junto com outros princípios, como a boa-fé, o equilíbrio econômico, a vedação de enriquecimento sem causa e a dignidade da pessoa humana, ou ainda para corroborar hipóteses já solucionadas por outro instituto específico, como a redução da cláusula penal e a proibição de cláusulas abusivas. Daí a crítica que pode ser oposta a esta esfera de efeitos: uma vez que não são efeitos exclusivos da função social, esta interpretação contribui para a confusão com outros princípios e institutos. Em vez de auxiliar na individualização da eficácia jurídica própria da função social do contrato, ela produz uma invocação generalizada e sem conteúdo, banalização que serve apenas a esvaziar suas potencialidades.<sup>101</sup> Como explica Gustavo Tepedino:

A primeira delas [teoria] sustenta que a função social do contrato não é rotunda de eficácia jurídica autônoma, sendo uma espécie de orientação de política legislativa constitucional, que revela sua importância e eficácia não em si mesma mas em diversos institutos que, como expressão da função social, autorizam ou justificam soluções normativas específicas, tais como a resolução por excessiva onerosidade (C.C., art. 478), a lesão (C.C., art. 157), a conversão do negócio jurídico (C.C., art. 176), a simulação como causa de nulidade (C.C., art. 167), e assim por diante. [...] tal posição acaba por esvaziar

100 TJI, 16ª C.C., Ap. 2008.001.49662, Rel. Des. Marco Aurelio Bezerra De Melo, julg. 14/10/2008; TMS, proc. n. 1.0701.06.170086-3/001(1), Rel. Valdez Leite Machado, julg. 24/07/2008, publ. 20/08/2008; TSP, 14ª C.D.P., Ap. n. 1311473700, Rel. Lúcia Araújo Bisogni, julg. 27/09/2008, publ. 24/10/2008; TJS, 14ª C.C., Ap. Cível n. 70025542754, Rel. Dorval Bráulio Marques, julg. 14/08/2008.

101 Pablo Rentería. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In M. C. B. de Moraes. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 287-288. Por isso, diversos autores preferem reservar estes efeitos aos princípios da boa-fé e do equilíbrio econômico, atribuindo à função social somente a chamada eficácia externa. Humberto Theodoro Júnior. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 31; Luis Renato Ferreira da Silva. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In Ingo Wolfgang Sarlet (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 127-150; Jorge Casa Ferreira da Silva. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In Ingo Wolfgang Sarlet (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 99-126.



a importância da função social, vez que esta se expressaria por meio de institutos já positivados, presentes de forma difusa no ordenamento, prescindindo, por isso mesmo, de eficácia jurídica autônoma.<sup>102</sup>

É curioso perceber algumas decisões que, talvez em atendimento a esta crítica, embora cominem aqueles efeitos referidos, fundamentam sua aplicação na existência de um interesse social por trás. Nesta linha, ainda que se tutele a parte envolvida, pelo dispositivo "julgar-se-á não só a letra do contrato, mas a raiz do negócio jurídico, não se atendo somente à visão individualista da utilidade do contrato para os contratantes, mas verificando a sua utilidade para a sociedade, podendo-se determinar que não se seguirá o contrato naquilo que for estabelecido se implicar ferimento à sua função social".<sup>103</sup> Em outras ocasiões, ao contrário, se negou a pretensão da parte (resolução por onerosidade excessiva) que poderia ser suprida por outro instituto destacando a peculiaridade da função social do contrato:

A função social do contrato, princípio de observância obrigatória nas relações contratuais, invocado pela requerida, tem aplicação ao caso. Todavia, não como deseja a ré, que o conclama apenas para justificar o seu descumprimento contratual. Esse princípio vai além do que referido pela demandada, ele transcende a barreira das partes contratantes para alcançar toda a sociedade. Por isso, a função social, nesse caso, deve ser vista por dois enfoques, o da requerida, que foi abatida pela estiação da lavoura, mas, sobretudo, das dezenas, quem sabe, centenas, de produtores agrícolas que ficaram sem receber pelos produtos que venderam à demandada, prejudicando, inclusive, o sustento da própria família.<sup>104</sup>

De fato, se o interesse das partes é protegido juridicamente é porque há um interesse social que justifica esta proteção jurídica. Mas, no extremo, a argumentação culmina com a

102 Gustavo Tepedino. Notas sobre a função social dos contratos. In Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 396-397. Também repita "restritiva ou reducionista" este tipo de interpretação Pedro Modena. *Função social dos contratos: questões polêmicas na doutrina e na jurisprudência do STJ. Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 39. Rio de Janeiro: jul./set. 2009, p. 187.

103 TJSP, 4ª C.D.P., Ap. com revisão n. 1613954100. Rel. Maia da Cunha, julg. 28/11/2005.

104 TJRS, 9ª C.C., Ap. Cível n. 70022386148. Rel. Tasso Caubi Soares Delabary, julg. 18/06/2008.

afirmação de que toda norma de direito contratual está inspirada na função social do contrato e, assim, a cláusula geral do art. 421 é esvaziada de significado. Mais significativas são, portanto, as decisões que entendem que o dispositivo condiciona a tutela da liberdade contratual a interesses superiores ou independentes dos interesses das partes contratantes.

### 3.2. A TUTELA DE INTERESSES DE TERCEIROS

A segunda esfera de efeitos que vem sendo atribuídos à função social do contrato diz respeito ao interesse de terceiros relativamente ao contrato. Na medida em que o contrato é inserido em seu contexto social para que se possa aferir se é com ele funcionalmente compatível, pode resultar um confronto da liberdade de contratar com interesses específicos de terceiros, falando-se assim em uma *eficácia externa (ultra partes)* e de um princípio de direito contratual cuja aplicação contrapõe-se ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato.<sup>105</sup>

Tendo em vista que a lei passa a ser o fundamento da obrigatoriedade do contrato e, portanto, o poder jurígeno deixa de surgir da vontade autônoma e passa a ser derivado e funcionalizado a finalidades heterônomas, o exame da função do contrato permite, em certas hipóteses atingir os chamados terceiros, dado que ele visa à satisfação de finalidades que não se restringem mais ao interesse particular.<sup>106</sup> Esta esfera de efeitos da função social do contrato implica certa *heterogeneização do conceito de terceiro*, pois impõe que não se submeta ao mesmo regime jurídico — a indiferença — todos aqueles que não são partes formais da relação obrigacional constituída.<sup>107</sup> Cumpre verificar, no caso concreto, a função

105 Claudio Luiz Bueno de Godoy. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 110 e 131, Paulo Malin. A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Privado* n. 12. São Paulo, out./dez. 2002, p. 56, e, para um minucioso exame deste princípio, v. Caitlin Sampaio Mulholland. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In Maria Celina Bodin de Moraes (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 255-280.

106 Teresa Negreiros. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 223-224, e, também nesta linha, Luis Renato Ferreira da Silva. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In Ingo Wolfgang Sarlet (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 138.

107 Carlos Nelson Konder. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 70.

daquele contrato, de maneira a perceber as implicações que ele pode ter para com aquele sujeito que não fez parte de sua celebração.<sup>108</sup>

Nesta linha de proteção aos relevantes interesses de terceiros temos, por exemplo, as decisões que autorizam a desistência do participante do contrato de consórcio nas hipóteses em que o seu afastamento não prejudique os demais integrantes.<sup>109</sup> Ou ainda as hipóteses de contratos conexos com partes diferentes, quando dois contratos encontram-se de tal maneira vinculados que aquele que é parte em um deles mas terceiro com relação ao outro deve, mesmo quanto a esse, receber um tratamento jurídico especial, que não seja o mesmo que todos os demais indivíduos que com ele não mantêm vínculo.<sup>110</sup>

Os efeitos perante terceiros costumam ser divididos em duas subesferas: de um lado, as hipóteses em que a função do contrato não é alcançada por causa de uma das partes e isso fere relevante interesse de terceiro (vítima), o qual teria ação direta em face do contratante inadimplente; a segunda, mais controversa, diz respeito aos casos em que a função do contrato não é alcançada por causa da intervenção indevida do terceiro (ofensor), caso em que este será responsabilizado por ato ilícito perante o contratante vítima do inadimplimento.<sup>111</sup>

Hoje tocante à tutela do interesse do terceiro vítima do inadimplemento do contrato, o raciocínio é de que o interesse na execução do contrato não se restringe às partes que o celebraram, pois há um interesse social no cumprimento do pactuado tendo em vista que aquele contrato é um instrumento para a realização de uma finalidade superior, protegida pelo ordenamento, e, no caso, esse interesse social se combina com o legítimo interesse de um terceiro que, embora não tenha participado da celebração do acordo, será beneficiado pelo seu adimplemento — ou será prejudicado pelo seu inadimplemento.<sup>112</sup>

<sup>108</sup> Pedro de Oliveira Costa. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: Gustavo Tepedino (org.). *Obrigações: Estudos sob a perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 16.

<sup>109</sup> TIDF, 1ª T.R., Ap. Cível n. 20060110991482, Rel. Hector Valverde Santana, julg. 14/08/2007, publ. 05/09/2007.

<sup>110</sup> Carlos Nelson Konder. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 245 e ss.

<sup>111</sup> Teresa Negreiros. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 229 e ss.

<sup>112</sup> Carlos Nelson Konder. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 40.

Legislativamente, alguns dispositivos específicos teriam consagrado esta vertente da função social, como é o caso da tutela do consumidor, que permite a ele interpelar outros membros da cadeia de contratos com os quais não teve relações diretas. Assim, por exemplo, a jurisprudência admite que pessoa presenteada com celular tenha legitimidade para acionar a empresa por dificuldade em efetuar as ligações:

Dessa forma, privilegiando a função social do contrato, tenho que devam ser mitigados os requisitos dos negócios jurídicos, devendo ser reconhecido o vínculo contratual, por extensão, existente entre o fornecedor e o seu efetivo usuário do serviço tido como defeituoso.<sup>113</sup>

Igualmente, a jurisprudência do STJ destacou este fundamento no dispositivo do Código que autoriza o fracionamento da hipoteca e que teria, portanto, aplicabilidade imediata:

O art. 1.488 do CC/02 consubstancia um dos exemplos de materialização do princípio da função social dos contratos, que foi introduzido pelo novo código. Com efeito, a ideia que está por traz dessa disposição é a de proteger terceiros que, de boa-fé, adquirirem imóveis cuja construção — ou loteamento — fora anteriormente financiada por instituição financeira mediante garantia hipotecária. Inúmeros são os casos em que esses terceiros, apesar de terem, rigorosamente, pago todas as prestações para a aquisição de imóvel — pagamentos esses, muitas vezes, feitos às custas de enorme esforço financeiro — são surpreendidos pela impossibilidade de transmissão da propriedade do bem em função da inadimplência da construtora perante o agente financeiro. [...] Nos autos, está fartamente comprovada a existência de inúmeras ações, propostas em face da recorrente por terceiros que, tendo pago todas as prestações do financiamento dos imóveis que adquiriram, pretendem ver reconhecido seu direito a transmissão do bem por escritura pública. Trata-se de uma questão que apresenta um reflexo social considerável e que traz, tanto à recorrente como a esses terceiros, um prejuízo considerável.<sup>114</sup>

<sup>113</sup> TIRS, 6ª C.C., Ap. Cível n. 70013514468, rel. Artur Arnildo Ludwig, julg. 31/08/2006.

<sup>114</sup> STJ, 3ª T., REsp 691738, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 12/05/2005, publ. DJ 26/09/2005. Em comentário à decisão, v. Eroulth Cortiano Junior. A função social dos contratos e dos direitos reais e o art. 2035 do Código Civil brasileiro: Um acórdão do Superior Tribunal de Justiça. In: Gustavo Tepedino e

Fora das hipóteses previstas em lei, a jurisprudência também contribuiu para criar novas hipóteses de ação direta do terceiro lesado frente ao contratante. Na mesma linha do dispositivo supra citado, afirmou-se que a instituição financeira não pode executar a hipoteca de unidade imobiliária que garantia o financiamento concedido para a construção do imóvel porque o comprador do imóvel já havia quitado sua obrigação de pagamento perante a construtora que o vendeu.<sup>115</sup>

Ou ainda o reconhecimento da possibilidade de "a vítima em acidente de veículos propor ação de indenização diretamente, também, contra a seguradora, sendo irrelevante que o contrato envolva, apenas, o segurado, causador do acidente, que se nega a usar a cobertura do seguro".<sup>116</sup> De fato, em que pese a opinião dos doutrinadores que identificam nesta decisão o mero reconhecimento de uma estipulação em favor de terceiro, não se pode deixar de constatar que a própria qualificação do contrato neste sentido encontra respaldo na sua função social, como se identifica na fundamentação de diversas decisões.<sup>117</sup>

Em tais hipóteses não há ligação contratual direta entre a vítima e a seguradora, entre o comprador da unidade e a instituição financeira, mas a função social dos contratos autorizou que tais pessoas jurídicas não fossem consideradas terceiros indiferentes à relação contratual existente.

De outro lado, temos a hipótese do terceiro ofensor, isto é, do sujeito que tem interesse na não-execução do pactuado, no desrespeito ao contrato, e interfere naquela relação jurídica

Luiz Edson Fachin (coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 359-368.

115 STJ, 2ª Seção, EREsp 187940, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julg. 22.09.2004, publ. DJ 29.11.2004.

116 STJ, 3ª T., REsp 228840, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 26.06.2000, publ. DJ 04.09.2000, p. 150. V. altresí STJ, 4ª T., REsp 401718, Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, julg. 03.09.2002, publ. DJ 24.03.2003, p. 228; STJ, 4ª T., REsp 294057, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 28.06.2001, publ. DJ 12.11.2001 p. 155 e LEXSTJ 149/196; e STJ, 4ª T., REsp 97590, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 15.10.1996, publ. DJ 18.11.1996 p. 44.901 e RSTJ 92/320, especialmente STJ, 3ª T., REsp 444716, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 11/05/2004, publ. DJ 31/05/2004.

117 TSP, 35ª C.D.P., Ap. Sem Revisão 1071021000, Rel. Mendes Gomes, julg. 26/11/2007, publ. 03/12/2007; TDF, 3ª T.R.C., Ap. Cível 20060610085403, Rel. Alfeu Machado, julg. 01/10/2008, publ. 07/10/2008; TPRS, 1ª T.R.C., Recurso Cível n. 71001737865, Rel. Ricardo Torres Hermann, julg. 09/10/2008.

de maneira a prejudicar o adimplemento contratual. Aqui a função social do contrato é invocada para respaldar a chamada tutela externa do crédito, ou responsabilidade pela violação do direito de crédito.<sup>118</sup> Embora amplamente difundida, é bastante controversa a utilização da função social do contrato para respaldar aquilo que em outros ordenamentos foi fundamentado pela ideia de oponibilidade ou eficácia indireta ou reflexa do contrato.<sup>119</sup> A ligação estaria no fato de, uma vez que o contrato desempenhe uma relevante função social, será merecedor de proteção também perante terceiros.

A oponibilidade neste caso, de acordo com a doutrina dominante, depende de ser o contrato cognoscível pelo terceiro: diferente da oponibilidade absoluta dos direitos reais, esta oponibilidade dos direitos de crédito é relativa. Tal conhecimento pode até ser presumido — em virtude de circunstâncias especiais, do cumprimento do dever de informar, da publicidade do negócio, do seu registro —, mas é necessário indagar da presença desse requisito no caso concreto.<sup>120</sup> Fica clara, portanto, a necessidade de, para efeito de oponibilidade, diferenciar ainda o terceiro conhecedor da relação jurídica do terceiro que a ignora. Esta concepção, todavia, é criticada por prestigiosa doutrina que afirma que, nos casos excepcionais nos quais se pode impor a responsabilidade ao terceiro pela lesão ao crédito, o seu fundamento seria a boa-fé:

Tal concepção, nesta esteira, concebe a função social do contrato como forma de reforçar a proteção do contratante mesmo em face de terceiros, alcançando a funda-

118 Sobre o tema, v. Antonio Junqueira de Azevedo, *Princípios do novo direito contratual e destreguidamento do mercado* — Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento — Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, n. 750. São Paulo, abr. 1998, p. 113-120, Patrícia Silva Cardoso. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 20. Rio de Janeiro, out.-dez. 2004, p. 125-150; Pedro de Oliveira Costa. Aparentamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In Gustavo Tepedino (org.), *Obrigações: Estudos sob a perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 66; e, fora da doutrina nacional, E. Santos Júnior. *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*. Coimbra: Almedina, 2003.

119 Sobre o tema, v. Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 1, 5. ed., Madrid: Civitas, 1996, pp. 427 e ss.

120 Patrícia Silva Cardoso. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 20. Rio de Janeiro: Padma, out.-dez. 2004, p. 134.

mento de tutela na lesão contratual provocada por terceiro cúmplice. Dito por outras palavras, a função social do contrato imporia aos terceiros o dever de colaborar com os contratantes de modo a respeitar a situação jurídica creditória anteriormente constituída da qual têm conhecimento. [...] Todavia, esta posição acaba por reduzir a função social a um instrumento a mais para a garantia da posição contratual, sem se dar conta que a função social pretende impor deveres aos contratantes e não, ao contrário, servir para ampliar os instrumentos de proteção contratual.<sup>121</sup>

### 3.3. A TUTELA DE INTERESSES COLETIVOS

A terceira esfera de efeitos atribuídos à função social do contrato diz respeito à tutela de interesses da coletividade. Trata-se da proibição de contratos que repercutam negativamente sobre a comunidade e da conservação ou tratamento diferenciado de contratos que repercutam positivamente junto à sociedade. Nesta terceira série de efeitos, já se enfatiza mais o caráter "social" da função que guia a normatização do contrato. A função do contrato tem que estar de acordo com certos interesses que são independentes das partes, afirmam-se assim que "a liberdade de contratar está limitada não só pela supremacia da ordem pública, mas também pela função social do contrato, que o condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais".<sup>122</sup>

A referência genérica a interesses sociais ou coletivos não autoriza — na linha do que já foi exposto — impor aos contratantes um viés assistencialista na execução do contrato guiado pelo puro arbítrio do juiz. Não são quaisquer interesses do grupo que devem ser atendidos, mas aqueles interesses positivados pelo direito como merecedores de tutela.<sup>123</sup> O regula-

121 Gustavo Tepedino. Notas sobre a função social dos contratos. In Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coords.). *O direito e o tempo: Embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 398.

122 TJSP, 11ª C.D.Publ., proc. n. 7248535000, Rel. Francisco Vicente Rossi, publ. 23/10/2008.

123 O alerta é de que a expressão função social no direito privado "pode ser utilizada por diversas teorias econômicas para justificar inumeráveis ações estatais limitadoras das liberdades individuais. Do socialismo ao fascismo, a exigência de uma conduta privada na conformidade com o coletivo espalhava-se com relativa aceitação nas sociedades europeias da segunda década do século XX" (Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Felipe Germano Cacicado Cidada. Função social no direito privado e constituição. In Guilherme Calmon Nogueira da Gama (coord.). *Função social no direito civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 19).

mento negocialmente estabelecido deve ser condizente com certos valores reputados socialmente relevantes, quais sejam, aqueles que se encontram positivados no ordenamento por meio dos princípios constitucionais.<sup>124</sup>

O referido art. 170 da Constituição, complementando os princípios fundamentais do ordenamento, elenca uma lista destes interesses que condicionam a atividade econômica, tais como a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a dignidade humana, a justiça social, a soberania nacional, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente, o pleno emprego, a proteção das microempresas, etc.<sup>125</sup> Assim, de acordo com esta esfera de efeitos da função social do contrato, um contrato cuja função seja incompatível com esses interesses coletivos não poderá surtir os efeitos pretendidos.<sup>126</sup>

Eventualmente, como já foi destacado, isto pode significar proteger uma das partes também, por exemplo quando o contrato se contrapõe à dignidade humana, pode ser a dignidade de uma das partes que esteja sendo lesada e que vai ser protegida pela extinção do contrato.<sup>127</sup> Mas nestes casos o interesse tutelado é coletivo porque vai além do interesse das partes, podendo, em certos casos, até mesmo se contrapor à vontade de ambos contratantes. Assim, a violação da função social do contrato ocorreria na hipótese de restarem atingidos pelos efeitos do contrato interesses *metaindividuais juridicamente relevantes*, como se destaca também na jurisprudência:

124 Paulo Luiz Netto Lobo. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 42. São Paulo, p. 191.

125 Incluem-se ainda nesta lista "o respeito à cultura, ao desenvolvimento do ensino científico e do desporto, além do meio ambiente" (Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Felipe Germano Cacicado Cidada. Função social no direito privado e constituição. In Guilherme Calmon Nogueira da Gama (coord.). *Função social no direito civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 35).

126 Pablo Rentería considera que este tipo de efeitos já poderia ser atribuído através da ilicitude do objeto do contrato em razão da aplicação direta dos princípios constitucionais (Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In Maria Celina Bodin de Moraes (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 291).

127 Assim, Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Felipe Germano Cacicado Cidada. Função social no direito privado e constituição. In Guilherme Calmon Nogueira da Gama (coord.). *Função social no direito civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 32, para quem "o intérprete, ao realizar sua atividade de concretizar cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, deve considerar os direitos fundamentais previstos no texto constitucional sem que, por isso, o iudex deixe de ser de natureza intersubjetiva (privada), mesmo que informado pelos valores e princípios constitucionais".

Não ofende o princípio da função social do contrato a cláusula que prevê o pagamento de multa caso o contratante empregue um dos ex-funcionários ou representantes da contratada durante a vigência do acordo ou após decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua extinção, porquanto não existe proibição a tal contratação, encontrando-se ausente qualquer interesse metaindividual, seja coletivo ou difuso.<sup>128</sup>

A consequência da proteção aos interesses da coletividade pode ser não apenas a privação de efeitos dos negócios que afrontam tais interesses, mas também a conservação ou o tratamento jurídico diferenciado de um contrato que tenha grande repercussão no atendimento de um interesse socialmente relevante. Na jurisprudência, podem ser identificadas decisões que, seguindo esta linha, invocam a função social do contrato para conferir tratamento jurídico diferenciado aos chamados “contratos de gaveta” no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional (SFH) de modo a assegurar o acesso popular à moradia,<sup>129</sup> para interpretar ampliativamente a cobertura do contrato de seguro-saúde de modo a assegurar o direito à saúde,<sup>130</sup> para determinar o parcelamento de débito de usuário de serviço de fornecimento de eletricidade evitando, assim, que ocorra a sua interrupção, em nome da proteção à dignidade humana,<sup>131</sup> ou para condenar o fiador a manter-se garantidor da locação na prorrogação automática do contrato por seu afastamento, genericamente, “atender interesses sociais previstos na Constituição”.<sup>132</sup>

128 TJDF, 4ª T. C., proc. 20070111078052, rel. Maria Beatriz Parrilha, julg. 02/07/2008, publ. 08/09/2008.

129 STJ, 3ª T., REsp 811670, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 16/11/2006, publ. DJ 04/12/2006, TJRS, 9ª C.C., Ap. Cível n. 70022284731, rel. Odone Sanguiné, julg. 16/04/2008, TJSP, 9ª C.D.P., Ag. Instr. 5245314900, Rel. Grava Brazil, julg. 25/09/2007, publ. 17/10/2007. No caso específico de atribuição de legitimidade para a cessão do financiamento, STJ, 1ª T., REsp 627424, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 06/03/2007, publ. DJ 28/05/2007.

130 TJRS, 5ª C.C., Ap. Cível n. 70026788521, Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, julg. 15/10/2008; TJRS, 5ª C.C., Ag. Instr. n. 70026516435, Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, julg. 15/10/2008; TJRJ, 15ª C.C., Ap. Cível 2008.001.42010, Rel. Helda Lima Meireles, julg. 01/07/2008; TJSP, 4ª T.C., Recurso Inominado 11449, Rel. Maria do Carmo Honorio, julg. 08/07/2008, publ. 23/10/2008; TJDF, 1ª T. C., Ag. Instr. 20080020101970, Rel. Natanael Caetano, julg. 24/09/2008, publ. 29/09/2008.

131 TJRJ, 2ª C.C., Ap. Cível 2008.001.47220, Rel. Carlos Eduardo Passos, julg. 10/09/2008.

132 STJ, 3ª S., EDEf nos REsp 791077, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julg. 23/04/2008, publ. DJ 21/08/2008.

É importante destacar que nesta esfera de efeitos já se ressalta a relevância da função específica daquele contrato para determinar sua compatibilidade com a função social que lhe garante juridicidade.<sup>133</sup> Os efeitos aqui cominados, seja no tocante à privação de eficácia por incompatibilidade com interesses metaindividuais, seja no tocante ao tratamento diferenciado por atendimento àqueles interesses, só são determinados em virtude da comparação da finalidade daquele contrato individualizado com relação aos interesses coletivos.<sup>134</sup>

Em doutrina se indica o tratamento especial dado pela lei à assunção de débito hipotecário,<sup>135</sup> com consentimento presumido em razão da relevância social deste tipo de dívida, e o direito de preferência nos contratos agrários.<sup>136</sup> Na jurisprudência, por exemplo, na análise do merecimento de tutela da cláusula penal de um contrato de prestação de serviços, a fundamentação se diferencia na medida em que se trata da prestação de serviço educacional e, em virtude desta especificidade, a “limitação da multa moratória incidente sobre mensalidades escolares determinaria na origem encontra amparo na função social do contrato”.<sup>137</sup> Na mesma linha, a ruptura de um contrato de seguro e reputada especialmente injustificada por tratar-se o segurado de pessoa idosa.<sup>138</sup>

Mesmo hipóteses que se poderiam considerar enquadradas na esfera de efeitos de mera tutela de interesse das partes encontram justificativa em interesses coletivos na medida em que a razão da intervenção reequilibradora passa a ser uma especificidade funcional do contrato em exame. Por exemplo, a cláusula resolutiva que priva o devedor do direito a purgar a mora, é especialmente abusiva por se tratar de um contrato de financiamento habitacional:

133 Sobre a importância de considerar as distinções entre os contratos ao aplicar a função social, v. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Direito contratual contemporâneo: a função social do contrato. In Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 369-393.

134 Gustavo Tepedino. Notas sobre a função social dos contratos. In Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 402.

135 Sérgio Cavalieri Filho. O novo Código Civil e o Código do Consumidor: convergências ou antinômias. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 20. Rio de Janeiro: EMERJ, 2002, p. 110.

136 Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. A função social do contrato. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 45. São Paulo, jul./set. 1988, p. 138.

137 STJ, 3ª T., REsp 476649, Rel. Min. Nancy Andrichi, julg. 20/11/2003, publ. DJ 25/02/2004.

138 TAPR, AC n. 263.725-6, Rel. Des. Wilde de Lima Pugliese, publ. 10/09/2004.

"isto porque o contrato, na modalidade apontada, contempla manifesto interesse social — obtenção de moradia".<sup>139</sup>

De fato, a mudança de foco, que deixa de estar exclusivamente sobre a função genérica atribuída ao tipo contratual e passa a buscar a função específica desempenhada pelo contrato concreto em exame, é especialmente perceptível nos contratos de financiamento habitacional. Assim, a revisão deste contrato de mútuo é guiada por regime especial tendo em vista a função de aquisição da casa própria:

A função social, aqui, evidencia-se pela finalidade da venda da casa própria, mediante financiamento dirigido pelo Estado em cumprimento a um dos principais objetivos da República democrática: reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inc. III, da CF), pela promoção dos direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia etc. (art. 6º da CF). Sobre o tema, de acordo com o e. Des. Sylvio Capanema de Souza, do e. TIRJ, a "função social do contrato é fazer com que o contrato se transforme num instrumento da construção da dignidade do homem, da eliminação da miséria, das injustiças sociais, fazer com que os contratos não estejam apenas a serviço dos contratantes, mas também da sociedade, construindo o que se convencionou chamar o Estado do bem-estar. Essa função social dos contratos também está referida no campo nos direitos reais no que tange a posse e à propriedade".<sup>140</sup>

A aferição da compatibilidade do contrato com sua função social só pode se realizar levando em conta diversas características que não se enquadram no modelo típico abstrato, mas são determinantes sobre a sua função específica, no sentido de que "a análise da demanda não pode se dar exclusivamente sob o aspecto legal. Tratando-se de contrato para aquisição de moradia popular entabulado entre o poder público e família de baixa renda, ganha relevo a função social do contrato".<sup>141</sup>

Fazendo uso de um exemplo específico, observe-se o caso de um contrato de gaveta de permuta de imóvel em financiamento: ao analisar o caso, o STJ entendeu que a morte do

139 TSP, proc. 4500574100, Rel. Elcio Fujillo, publ. 25/09/2006.

140 TDF, 1ª T. C., Ap. Cível 20050110818407, Rel. Vera Andrighi, julg. 03/09/2008, publ. 22/09/2008.

141 TDF, 2ª C. C., Emb. Inf. 19990110809806, Rel. Sandoval Oliveira, julg. 18/06/2007, publ.

13/09/2007. V. também TDF, 1ª T. C., Ap. Cível 20050110268770, Rel. Nívio Geraldo Gonçalves, julg.

12/04/2007, publ. 26/06/2007.

devedor e a conseqüente quitação do saldo devedor em virtude de seguro de vida habitacional imporia revisão dos termos da permuta, tendo em vista que o seguro deveria reverter em benefício dos dependentes do mutuário falecido: "o seguro habitacional tem dupla finalidade: afiançar a instituição financeira contra o inadimplemento dos dependentes do mutuário falecido e, sobretudo, garantir a estes a aquisição do imóvel".<sup>142</sup>

#### 4. CONCLUSÃO: A FAVOR DA COMPLEMENTARIDADE, MAS DISTINÇÃO, ENTRE CAUSA E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Este panorama revela a similaridade funcional entre o papel assumido pela causa do contrato em outros ordenamentos e os efeitos atribuídos à função social do contrato entre nós, o que justificou a associação entre os dois institutos por alguns juristas nacionais de relevo.<sup>143</sup> Um cenário que, por um lado, revela como o disposto no art. 421 significou uma profunda conquista em termos de funcionalização dos contratos.

142 STJ, 3ª T., REsp 811670, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 16/11/2006, publ. 04/12/2006.

143 Maria Celina Bodin de Moraes em posição mais representativa desta tendência, afirma: "isto, na verdade, confirma que o ordenamento civil brasileiro não dá qualquer guarida a negócios abstratos, isto é, a negócios que estejam sujeitos, tão-somente, à vontade das partes, exigindo, no contrato, que os negócios jurídicos sejam causais, cumpridores de uma função social. Nesta linha de raciocínio, teria o legislador exteriorizado, através dos termos da cláusula geral do art. 421, o princípio da 'causalidade negocial'. Embora nós talvez continuemos a dizer, simplesmente, que determinado negócio 'não cumpre a sua função social' (Maria Celina Bodin de Moraes. A causa dos contratos. Na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 316). Antônio Junqueira de Azevedo destaca a utilização da função social do contrato com efeitos similares à teoria da base de negócio alemã e, especialmente, à "causa final concreta" (Antônio Junqueira de Azevedo. Entrevista concedida à Revista *Trimestral de Direito Civil*, n. 34, Rio de Janeiro, abr./jun. 2008, pp. 305). Em linha similar, ao menos quanto a efeitos específicos, v. Pablo Rentería. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. In Maria Celina Bodin de Moraes (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 312; Rodrigo Xavier Leonardo. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, n. 832. São Paulo, fev. 2005, p. 100-111; Antônio Junqueira de Azevedo. Natureza jurídica do contrato de consórcio: classificação de atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos; os contratos relacionais; a boa-fé nos contratos relacionais; contratos de duração; alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva; sinalagma e resolução contratual; resolução parcial do contrato; função

No entanto, por outro lado, a evolução do conceito de causa nos últimos anos e os fundados receios quanto à utilização inadequada da função social do contrato parecem justificar a conveniência da distinção entre os dois institutos, mesmo no ordenamento brasileiro. O que se percebe é que, embora o dispositivo trazido pelo codificador de 2002 tenha acenado com uma bem-vinda ressurreição do tema da causa entre nós, a associação se deu mais centralmente com a concepção *bettriana* da causa como função socioeconômica.<sup>144</sup> Esta versão, contudo, como foi observado, tem pontos problemáticos, os quais podem ampliar em vez de reduzir os temores quanto à aplicação do art. 421, a justificar uma compreensão mais adequada da comparação.

O espaço de identidade entre causa e função social do contrato é claramente superior ao espaço das diferenças, não apenas quanto aos efeitos de cada instituto, mas também quanto aos debates e às controvérsias por trás de ambos, tanto em sede jurisprudencial como doutrinária. Sobre ambos chocam-se tendências mais e menos controladoras da liberdade contratual, todas na busca do equilíbrio delicado entre dois perigosos extremos: de um lado, a ausência de controle jurídico embasada na premissa de uma falsa liberdade absoluta de contratar, de cunho individualista, patrimonialista e voluntarista, características do liberalismo do século XIX; de outro, o controle total, a demandar a satisfação de exigências indefinidas, abstratamente sociais, mas na realidade estatais, modelo característico dos regimes totalitários do século XX.

Cabe ao comparatista compreender as causas das relações, a razão das diferenças, examinando também o papel dos fatores metajurídicos, de caráter econômico, político e social do contrato (parecer). *Revista dos Tribunais*, n. 832, São Paulo, fev. 2005, p. 113-137; Claudio Luiz Bueno de Godoy. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 112; e Carlos Nelson Wander. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 228.

144 Assim: "A este respeito, propõe-se a seguinte interpretação: quando a lei diz que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato", a expressão "em razão" serve para opor justamente a autonomia privada à utilidade social. Assim, a liberdade de contratar não se dará, pois, em razão da vontade privada, como ocorre anteriormente, mas em razão da função social que o negócio está destinado a cumprir. Do mesmo modo, os limites da liberdade de contratar não mais estão, como já se tratou de explicar, na autonomia dos privados, mas são estabelecidos pelo ordenamento, estando a lei encarregada de preservar, ou recepcionar, justamente a função social dos institutos jurídicos" (Maria Celina Bodin de Moraes. *A causa dos contratos. Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 315-316).

social, para entender as condições reais nas quais os institutos se formam e funcionam,<sup>145</sup> é necessário mencionar o fato de que tanto o ordenamento italiano, no qual a causa se desenvolveu, quanto o brasileiro, que deu berço à cláusula geral de função social do contrato, ao longo do século passado, diante dos dramáticos efeitos econômicos dos excessos ou deturpações do liberalismo, ambos tornaram-se vítimas de regimes autoritários que constrangeram as liberdades fundamentais. Talvez daí a origem e a força desta constante preocupação em satisfazer ambas as necessidades: a proteção da liberdade de contratar e o seu controle em busca de efeitos compatíveis com a convivência social.

Por isso em ambos se verifica o esforço para: evitar o subjetivismo que decorreria da incorporação de motivos pessoais e contingentes à esfera jurídica; prevenir a arbitrariedade que poderia decorrer da contaminação por elementos extrajurídicos no processo de avaliação do merecimento de tutela, concretizar este processo de avaliação sobre o contrato específico e individualizado, de modo a evitar a confusão entre causa e tipo e assegurar um controle funcional mais justo.<sup>146</sup> Para evitar estes riscos, entende-se que a cláusula geral da função social do contrato, apesar de sua relevante importância na funcionalização dos contratos, não serve a suprir a ausência de causa em nosso ordenamento: embora em sua atuação os respectivos papéis sejam bastante complementares, como forma de reduzir as problemáticas expostas, convém diferenciar os conceitos, em termos de estrutura e de função.

Assim, a cláusula geral prevista no art. 421, ao determinar que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da sua função social, estabelece a exigência de um controle funcional de qualquer contrato no tocante à sua compatibilidade com interesses socialmente reputados merecedores de tutela — a "funcionalização" da liberdade contratual. A "função social do contrato" nela referida é exatamente o parâmetro contra o qual se confrontará o contrato concreto, é o critério ao qual o exercício da atividade negocial dos particulares deve adequar-se. A "função social do contrato" é, portanto, o elemento valorador, avaliador, "agente", por assim dizer, do processo de controle em termos de merecimento

145 Léontin-Jean Constantinesco. *Il metodo comparativo*, 2. ed. Torino: Giappichelli, 2000, p. 190.

146 Esta preocupação em "juridizar" a "socialidade" imposta à função do contrato se percebe mesmo entre os autores que entre nós vieram a defender a concepção *bettriana* em associação à função social do contrato: "Quando a causa é típica, é porque foi previamente determinada e aprovada pela lei, quando é atípica, deve obedecer às normas gerais do Código (CC, art. 425), bem como a tipicidade social (*tipicità sociale*, segundo Betti), contida na *tábua axiológica constitucional*" (Maria Celina Bodin de Moraes. *A causa dos contratos. Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 316 — grifou-se).

de tutela. Trata-se, sem dúvida, de conceito flexível, na medida em que não há uma única função social, específica e identificada, à qual todos os contratos devem adequar-se, mas isto não significa que sua determinação seja arbitrária: seu conteúdo deve, necessariamente, ser preenchido exclusivamente através da legalidade constitucional, das normas jurídicas positivas, com base em uma leitura adequada à sistematicidade e hierarquia do ordenamento. O termo "social", contudo no significante, indica a amplitude da repercussão do parâmetro de valoração necessária, porém não suficiente: função reputada socialmente relevante e, por isso, juridicamente protegida.

*Se a função social do contrato é aquilo que avalia — ou perante a qual se avalia — a causa do contrato é aquilo que é avaliado. Trata-se da função que aquele contrato específico visa a realizar — seu "perfil funcional" — e que, para tanto, deverá ser compatível com o ordenamento, isto é, com a finalidade, socialmente relevante, em virtude da qual se concede este poder aos particulares, enfim, a dita função social do contrato. A causa do contrato, em consequência, é causa daquele contrato específico e individualizado, com suas peculiaridades e circunstâncias, e por isso referida como função econômico-individual, expressa pelo valor e capacidade que as próprias partes deram à operação negocial na sua globalidade, considerada em sua concreta manifestação.<sup>147</sup> Expressa-se igualmente na síntese dos efeitos jurídicos essenciais: não os efeitos tipicamente atribuídos àquela estrutura negocial, mas os efeitos essenciais daquele negócio concretamente firmado. Como já indicado, entra nessa esfera não aquilo que seja motivação pessoal das partes, mesmo que partilhada entre elas — o conhecimento pela outra parte, em que pese ser relevante, não é necessário nem suficiente —, mas sim aquilo que se tenha objetivado como parte daquela situação contratual específica.<sup>148</sup> A síntese destes efeitos essenciais em concreto é que deverá ser objeto de avaliação pelo ordenamento, para aferir se compatíveis com os referidos preceitos gerais do ordenamento.*

A distinção entre função social do contrato e causa do contrato, apesar de sua complementariedade, percebe-se pela própria estrutura do mecanismo de avaliação de merecimento de tutela. Se, conforme o disposto na lei, a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites de sua função social, não existe contrato juridicamente protegido que apresente algum tipo de incompatibilidade com essa função social. Conseqüentemente, deve-se evitar falar de ausência de função social ou, contraditoriamente, de função social ilícita. A função

social é o parâmetro avaliador estabelecido pela norma. De outro lado, a causa do contrato, como núcleo funcional do negócio, será objeto de avaliação, podendo-se reputá-la, em concreto, ilícita ou inexistente, e, conseqüentemente, o ato de autonomia será inapto para produzir efeitos. Por exemplo, quando um contrato é firmado em vista de uma determinada razão de ser (como para complementar outro contrato, no caso de coligação), não sendo mais possível atender a esta razão de ser deve o contrato ser extinto, por superveniente ausência de causa. Ainda que se tenha, na falta de melhor solução, invocado a função social do contrato, neste caso a causa do contrato seria o instituto mais adequado a ser referido, pois não há comparação da causa com outro parâmetro.<sup>149</sup>

Esta concepção de causa do contrato, distinta porém normalmente complementar à aplicação da cláusula geral de função social do contrato, desvincula-se das duas críticas opostas à concepção bettiana. Primeiro, remove a associação com uma perigosa "socialidade" extrajudicial, remetendo-a ao interno do ordenamento — ou, ao menos, através de elementos que lhe são internos, e assim equilibra liberdade e segurança, flexibilidade e rigor científico. Segundo, ao ater-se a análise da causa apenas em concreto também serve para desvinculá-la da indevida associação com o tipo, que obscura da flexibilidade necessária à funcionalização do processo de interpretação e aplicação das normas de direito contratual.

CARLOS NELSON KONDER  
Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Especialista em  
Direito Civil pela Universidade de Camerino (Itália).  
Professor adjunto de Direito Civil da UERJ e da PUC-Rio.

147. Pietro Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, 5. ed. Napoli, 2005, p. 370.

148. Vincenzo Roppo, *Il contratto*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 378.

149. Sobre a utilização da causa para a qualificação dos contratos, v. Carlos Nelson Konder, *Qualificação e coligação contratual*, *Revista Forense*, vol. 406, Rio de Janeiro, nov./dez. 2009, p. 55-86.