

# FEOS



REVISTA JURÍDICA DA FACULDADE DE DIREITO – V. 2 – Nº 1 – ANO II

ISSN 1980—7430

**DOM**  
BOSCO

## Artigo 09

# A Função Social do Contrato e a Tutela Jurídica do Contratante Vulnerável

Marcelo Junqueira Calixto<sup>1</sup>

**1. A função social do contrato como princípio do direito contratual. 2. A função social e sua ligação com a causa do contrato. 3. A função social do contrato e a proteção do consumidor. 4. Conclusão. 5. Referências.**

## Resumo

O artigo defende a aproximação entre a função social, agora expressamente prevista pelo Código Civil, e o instituto da causa do contrato, que não encontra previsão expressa em nosso ordenamento. A partir desta leitura, defende um maior controle sobre o conteúdo do contrato, em especial quando presente uma relação de consumo, o que se justifica pela proteção constitucionalmente dispensada ao consumidor.

**Palavras-chave:** Função social do contrato; causa contratual; vulnerabilidade do consumidor; proteção constitucional do consumidor; controle do conteúdo do contrato.

## 1. A função social do contrato como princípio do direito contratual

A superação do liberalismo econômico e do excessivo individualismo trouxe como consequência mais evidente a *socialização* de certos institutos jurídicos. De fato, em primeiro lugar, foi possível afirmar a função social da *propriedade* e,

a seguir, passou-se igualmente a falar em função social do *contrato*, a qual restou finalmente consagrada no Código Civil de 2002. É o que se pode ler no art. 421 deste diploma: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”<sup>2</sup>.

Essa função social, no entanto, não deve ser entendida como criação do legislador ordinário, mas deve antes encontrar seu fundamento na Constituição de 1988. Em verdade, é neste último diploma que se observa, como fundamento da República Federativa do Brasil, “os valores *sociais* do trabalho e da *livre iniciativa*” (art. 1º, IV)<sup>3</sup>. Além disso, afirma-se que a “ordem econômica” tem por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*”<sup>4</sup>.

A partir desses dispositivos, é possível dizer que a função social do contrato apresenta-se como princípio de índole constitucional a ser observado tanto pelo legislador ordinário quanto, especialmente, pelos particulares que cotidianamente celebram seus negócios jurídicos. Defende-se, assim, a eficácia *direta* das normas constitucionais, de maneira que a cláusula

<sup>1</sup>Doutor e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), professor adjunto do Departamento de Direito da PUC-RJ e professor dos cursos de Pós-Graduação da PUC-RJ, FGV, UERJ e UCAM, advogado.

<sup>2</sup>Além deste artigo, a função social do contrato foi expressamente referida no § único do art. 2.035, no qual pode ser considerada como requisito de *validade* do negócio jurídico. De fato, afirma o dispositivo: “Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Interessante aplicação do disposto neste artigo ocorreu por ocasião do julgamento do REsp. 691.738/SC (STJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. em 12.05.2005, publ. DJ em 26.09.2005). A questão central versava sobre a possibilidade de aplicação do disposto no art. 1.488 do Código Civil de 2002 a contrato celebrado anteriormente à vigência desse diploma, o que teria, por consequência, o levantamento da hipoteca daquelas unidades imobiliárias que já tinham sido pagas pelos promitentes-compradores. O recurso especial foi parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, tendo o voto condutor da Ministra Relatora afirmado que “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 idéia que está por trás dessa disposição é a de proteger terceiros que, de boa-fé, adquirem 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”. E, logo a seguir, ainda afirma que “o princípio da função social dos contratos, portanto, clama aplicação no caso concreto”. Recorde-se ainda, por oportuno, que o mesmo STJ editou a súmula 308, segundo a qual “a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

<sup>3</sup>O art. 1º da Constituição da República dispõe: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

<sup>4</sup>É o que se lê no art. 170, *verbis*: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Para NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 209, contudo, – por força do entendimento que adota em relação à função social do contrato –, esta “encontra fundamento constitucional no princípio da solidariedade, a exigir que os contratantes e os terceiros colaborem entre si, respeitando as situações jurídicas anteriormente constituídas, ainda que as mesmas não sejam providas de eficácia real, mas desde que a sua prévia existência seja conhecida pelas pessoas implicadas”.

geral prevista no diploma civil, sendo constitucionalmente qualificada, deverá incidir em toda relação contratual celebrada por particulares<sup>5</sup>.

Esta visão permite igualmente que se afirme ser a função social do contrato um *princípio do direito contratual*, a ser acrescentado a outros princípios já estudados há mais tempo pela doutrina nacional<sup>6</sup>.

Mas esta mesma visão não responde a outra grave questão, justamente aquela relativa ao *significado* que se deve atribuir à função social quando aplicada ao direito contratual. Neste sentido, é possível observar ao menos duas posições doutrinárias.

A primeira visão afirma que a função social importa uma releitura do vetusto *princípio da relatividade dos efeitos*

*contratuais*, ao permitir que terceiros não contratantes – mas sabedores da avença estipulada – venham a sofrer alguns efeitos desse contrato, distinguindo-se, assim, entre relatividade e oponibilidade dos efeitos<sup>7</sup>.

A segunda visão procura observar o conteúdo do contrato, afirmando que é a função social que impõe uma equivalência entre as prestações contratuais, garantindo, em um certo sentido, à *justiça contratual*<sup>8</sup>.

Nesse sentido, a função social do contrato diferencia-se, igualmente, da boa-fé objetiva, uma vez que esta observa a conduta das partes em todo o desenrolar da relação jurídica obrigacional, ao passo que aquela fixa-se unicamente no contrato, determinando a validade ou invalidade de suas cláusulas<sup>9</sup>.

<sup>5</sup>Sobre o tema a respeito da eficácia direta das normas constitucionais nas relações entre particulares pode ser visto o artigo de TEPEDINO, Gustavo. “Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira”. In: **Temas de Direito Civil, tomo II**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 21-46. Para um conceito de cláusula geral, técnica legislativa utilizada na redação do art. 421, pode ser vista a obra de MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 273-304.

<sup>6</sup>A constatação de que a teoria geral dos contratos deve ser informada por novos princípios não escapou à observação dos civilistas brasileiros reunidos em Brasília para a III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em 2004. Nesta ocasião, foi aprovado o enunciado n. 167, que dispõe: “167 – Arts. 421 a 424. Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”. Neste sentido, igualmente, a doutrina de MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a nova teoria dos contratos. In: **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 182, quando afirma que “talvez a própria consideração de uma nova teoria contratual fosse desnecessária em virtude do reconhecimento da relatividade histórica dos conceitos jurídicos, rompendo-se com o dogmatismo da ciência jurídica. Entretanto, deve-se concordar que, se é mesmo que não se está diante de uma nova teoria dos contratos, pelo menos se tem hoje, no Brasil, um direito dos contratos profundamente renovado” (grifos no original).

<sup>7</sup>Tal é a doutrina de NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**, cit. p. 266-275.

Essa perspectiva é também desenvolvida por ROSENWALD, Néelson. A função social do contrato. In: HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flávio (Coord.) **Direito Contratual: temas atuais**, São Paulo: Método, 2007, p. 81-111, muito embora o autor, além dessa função social “externa”, também apresenta a função social “interna” do contrato, muito mais próxima da segunda visão doutrinária aqui recordada. Também favorável às duas perspectivas da função social do contrato é a doutrina de FONSECA, Rodrigo Garcia da. **A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 243-249. Neste sentido, pode ser vista, igualmente, a obra de GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004, que fala do conteúdo *inter partes* e do conteúdo *ultra partes* da função social do contrato. Também para TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**, 2ª ed., São Paulo: Método, 2007, p. 239-411, é possível observar uma “eficácia interna” e uma “eficácia externa” da função social do contrato.

É interessante recordar que essa primeira visão foi a que prevaleceu na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 2002, ocasião em que foi aprovado o enunciado n. 21, que dispõe: “21 – Art. 421. A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”. Entretanto, por ocasião da IV Jornada, realizada em 2006, foi aprovado o enunciado n. 360, que afirma: “360 – Art. 421. O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes”.

Propondo uma nova visão sobre o velho princípio da relatividade dos efeitos contratuais pode ser visto o artigo de MULHOLLAND, Caitlin. O Princípio da Relatividade dos Efeitos Contratuais. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.) **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 255-280.

<sup>8</sup>A referência a esta justiça contratual pode ser depreendida, igualmente, do disposto no enunciado n. 22, aprovado na I Jornada de Direito Civil, realizada em 2002, afirma que: “22 – Art. 421. A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

Embora sem se referir à justiça contratual, mas considerando “insuficiente” a análise da “função social do contrato apenas sob a ótica da tutela externa do crédito”, é a opinião de COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) **Obrigações estudos na perspectiva civil-constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 67.

<sup>9</sup>Esta distinção foi encarecida em dois julgados da 3ª Turma do STJ, ambos da relatoria da Ministra Nancy Andrighi (REsp. 783.404/GO, julg. em 28.06.2007, publ. DJ em 13.08.2007 e REsp. 803.481/GO, julg. em 28.06.2007, publ. DJ em 01.08.2007). A situação fática era semelhante e versava sobre contrato com preço fixo, mas cotado em dólares americanos, de compra e venda de safra futura de soja. Os agricultores ajuizaram ações de revisão das cláusulas contratuais, pois se sentiram prejudicados pelo fato de ter havido grande oscilação no valor do dólar americano frente ao real, tendo o Tribunal de Justiça goiano acatado seus argumentos. Contudo, os dois recursos especiais foram conhecidos e providos, por unanimidade, entendendo-se ausentes os requisitos previstos no art. 478 do Código Civil. No que aqui interessa, vale a transcrição de trecho do voto da Ministra Relatora, no qual afirma que “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 benéfica. 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”. E, a seguir, ainda aduz que “quanto à boa-fé objetiva, esta se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal”.

Também por ocasião do julgamento do REsp. 617.045/GO (STJ, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, julg. em 28.10.2004, publ. DJ em 17.12.2004) considerou-se como ofensiva à boa-fé objetiva a conduta da construtora que celebra contrato de financiamento com banco – dando como garantia as unidades imobiliárias – sem, contudo, informar o promitente-comprador da hipoteca que grava o imóvel. Consta, de fato, da ementa deste julgado o seguinte: “É nula a cláusula que prevê a instituição de ônus real sobre o imóvel, sem o consentimento do promitente-comprador, por ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, previsto no Código de Defesa do Consumidor”.

Essa visão da boa-fé objetiva como norma de conduta das partes é, aliás, a que resulta evidente da leitura do art. 422 do Código Civil, *verbis*: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Para uma leitura crítica deste dispositivo pode ser visto o artigo de AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva. In: **Revista dos Tribunais**, n. 775, São Paulo, maio de 2000, p. 11-17.

Observe-se, contudo, que no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 853.052/SP (STJ, 5ª T., Rel. Min. Laurita Vaz, julg. em 26.06.2007, publ. DJ em 06.08.2007), entendeu-se que a análise das cláusulas contratuais, a fim de determinar se teria ou não havido violação à função social do contrato, importaria em ofensa ao disposto nas súmulas 5 e 7, o que é “inviável na via estreita do recurso especial”.

Mas, por ocasião do julgamento do já citado REsp. 783.404/GO (STJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. em 28.06.2007, publ. DJ em 13.08.2007), foi debatida a matéria relativa à eventual abusividade de certas cláusulas contratuais, colhendo-se do voto condutor do acórdão que “eventual abusividade de determinadas cláusulas acessórias do contrato em tela não tem relevância para o deslinde desta ação. Ainda que, em tese, transgridam os princípios da boa-fé objetiva, da probidade e da função social do contrato ou imponham ônus excessivo ao recorrido, tais abusos não teriam o condão de contaminar de maneira irremediável o instrumento, de sorte a resolvê-lo, até porque, como visto, seu objeto principal se mostra absolutamente lícito. Estipulações como o risco exclusivo do produtor pela entrega da mercadoria ou multa em valor excessivo podem eventualmente dar azo à revisão das respectivas cláusulas, mas não facultam, por si só, a resolução do contrato”. Na ocasião foi igualmente recordado o disposto no art. 184, segunda parte, do Código Civil, que se transcreve: “Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal”.

Com fundamento nesta segunda visão, ainda é possível afirmar que a função social, ao permitir um controle sobre a *função* do contrato, aproxima-se do instituto da *causa* contratual, em especial quando se atribui a esta o significado desenvolvido pela doutrina italiana, isto é, o significado de síntese dos efeitos jurídicos essenciais do contrato<sup>10</sup>.

## 2. A função social e sua ligação com a causa do contrato

É corrente na doutrina nacional a afirmação que o direito brasileiro, na esteira do sistema alemão que teria inspirado o codificador de 1916, adotou uma posição *anticausalista* ao prever os requisitos de validade do negócio jurídico<sup>11</sup>. Em verdade, tal como já se observava no diploma revogado, também hoje se afirma que o negócio jurídico, para ser válido, exige tão somente a capacidade do agente, a licitude e possibilidade do objeto e a observância de determinada forma (Código Civil, art. 104)<sup>12</sup>. Da mesma forma, entre as hipóteses de nulidade, ou mesmo de anulabilidade do negócio jurídico, não há referência expressa à sua *causa*<sup>13</sup>.

Em sentido contrário a esta opinião majoritária, porém, levanta-se a voz daqueles que enxergam na *causa* do contrato a possibilidade de dar a esse instituto uma *função*. De fato, esta ilustre doutrina recorda que todo instituto jurídico tem uma *estrutura*, e deve igualmente apresentar determinada *função*<sup>14</sup>. Tal função, por certo, só poderá merecer a guarida

do ordenamento jurídico se for obediente aos ditames constitucionais<sup>15</sup>.

É necessário observar, contudo, que são duas as principais visões sobre o instituto da causa. A primeira, que teve maior prestígio na França, assume uma posição mais *subjetiva* do instituto, aproximando-o dos motivos determinantes que levaram os contratantes a estabelecer o negócio jurídico.

Já a segunda visão ganhou força na Itália e pode ser reputada mais *objetiva*, uma vez que, em seu estágio mais desenvolvido, passou a entender a causa como a síntese dos efeitos (jurídicos) essenciais do contrato<sup>16</sup>.

Dessa forma, aceitando-se este último conceito de causa do contrato, pode ser dito que este somente poderá ser validamente estipulado e executado se aquela atender aos ditames constitucionais, isto é, se os efeitos decorrentes do negócio jurídico concretizarem os princípios consagrados na Constituição da República.

Pode-se ainda dizer que a funcionalização do contrato deve considerar elementos mais concretos e não, por exemplo, a genérica capacidade das partes para celebrar negócios jurídicos bilaterais. Em conseqüência, ao se considerar a relação jurídica estabelecida, pode ser afirmado que se trata de relação jurídica de consumo, o que impõe a observância da legislação especial protetiva do consumidor.

<sup>10</sup>Neste sentido, pode ser visto o “comentário” ao art. 421 constante da obra coletiva TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. *et al.*, **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**, v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 13, onde se lê: “A partir de tal elaboração, aproximam-se as noções de causa e função social. Aquela serve de diretriz à autonomia privada, na medida em que possibilita o controle dos atos negociais. Por outro lado, o negócio jurídico que desatende a função social não terá sua causa considerada merecedora de tutela por parte do ordenamento (...). Tal controle, convém insistir, não se reduz ao exame da licitude dos negócios, mas abrange o juízo de conformidade com o ordenamento jurídico, a ser levado a cabo, casuisticamente, pela jurisprudência, segundo parâmetros e limites constitucionalmente estabelecidos (...)”.

<sup>11</sup>Veja-se, por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. I, 20ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 508-509. (atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes)

<sup>12</sup>Afirma o art. 104 do Código Civil: “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”.

<sup>13</sup>As hipóteses de nulidade do negócio jurídico estão previstas no art. 166 do Código Civil, *verbis*: “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV – não revestir a forma prescrita em lei; V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”. Além desse dispositivo, o art. 167 também prevê a nulidade do negócio simulado, ao afirmar que: “Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”. As hipóteses de anulabilidade dos negócios jurídicos, por sua vez, constam do art. 171, *verbis*: “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I – por incapacidade relativa do agente; II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”.

O fato da causa não constar dos requisitos de validade do negócio jurídico (CC, art. 104) é corretamente elogiado por RENTERÍA, Pablo. “Considerações acerca do atual debate sobre o Princípio da Função Social do Contrato. In: **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**, *cit.*, p. 300, que assevera: “Além do mais, talvez não tenha andado mal o Código ao não incluir a causa no elenco de requisitos de validade do negócio jurídico (art. 104). Afinal, a causa não é um *elemento essencial* do negócio como o são os demais requisitos. A causa é um requisito de outra ordem, é um *quid* que ilumina o contrato na sua dimensão de valor e de regulamento de interesses. Daí que melhor seja prevê-la isoladamente tal como uma cláusula geral, o que evitaria, de passagem, as confusões suscitadas naqueles ordenamentos em que a causa aparece junto com os demais requisitos” (grifos no original).

<sup>14</sup>Recorda-se aqui a doutrina de PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 94, que, ao se referir ao fato jurídico, recorda que “é da máxima importância identificar a estrutura e a função do fato jurídico. Preliminarmente, pode-se dizer que estrutura e função respondem a duas indagações que se põem em torno ao fato. O ‘como é?’ evidencia a estrutura, o ‘para que serve?’ evidencia a função”.

<sup>15</sup>Esclarecedora é a opinião de KONDER, Carlos Nelson. **Contratos Conexos: Grupos de Contratos, Redes Contratuais e Contratos Coligados**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 33, quando afirma: “O principal instrumento de funcionalização no âmbito dos negócios jurídicos – especialmente dos contratos – é a causa. Nos ordenamentos que a prevêm expressamente – como Itália, França e Espanha – a causa desempenha o relevante papel de controle da autonomia privada e, desse modo, de constitucionalização do contrato. Ao se exigir a licitude da causa do negócio, permite-se uma interferência maior na atividade negocial de maneira a exigir sua compatibilidade com os preceitos constitucionais. A causa também funciona como parâmetro de equilíbrio entre as partes e desempenha um papel extremamente relevante no processo de interpretação-qualificação do contrato”.

<sup>16</sup>As noções subjetiva e objetiva da causa são estudadas por MORAES, Maria Celina Bodin de. A Causa dos Contratos. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 21, Rio de Janeiro: PADMA, jan./mar. de 2005, p. 102-110. A autora, após passar em revista os diversos conceitos de causa, afirma (p. 108) que “nesta perspectiva, sendo a causa elemento inderrogável do negócio, e considerando, por outro lado, que não pode existir negócio que, em abstrato, no seu esquema típico, não tenha efeitos, entendeu-se que todo e qualquer negócio tem uma causa e que esta é, precisamente, a síntese dos seus efeitos jurídicos essenciais” (original grifado). Recorde-se que a mesma autora já havia se debruçado sobre o tema no alentado artigo O Procedimento de Qualificação dos Contratos e a Dupla Configuração do Contrato de Mútuo no Direito Civil Brasileiro. In: **Revista Forense**, v. 309, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 33-61.

### 3. A função social do contrato e a proteção do consumidor

Recorde-se, inicialmente, que entre os princípios da ordem econômica, tal como previstos pela Constituição da República, encontra-se o princípio da “defesa do consumidor” (art. 170, V). Essa mesma defesa foi ainda consagrada no Título II da Lei Maior, dedicado aos “direitos e garantias fundamentais”, que diz “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5<sup>ª</sup>, XXXII).

Assim, é possível afirmar que o constituinte originário reconheceu a vulnerabilidade do consumidor, razão pela qual estabeleceu, com prioridade temporal, a necessidade de elaborar de uma lei que tutelasse este ente<sup>17</sup>.

Com a promulgação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor tem-se o reconhecimento desta mesma vulnerabilidade e referido diploma terá, entre suas finalidades, a busca do equilíbrio entre as partes de uma relação jurídica naturalmente desequilibrada<sup>18</sup>.

Dessa forma, é possível afirmar que a função social do contrato adquire especial relevância quando se trata de um contrato em que se observa uma relação jurídica de consumo. A favor deste raciocínio deve ser inicialmente recordado que o próprio CDC consagra, em um rol não exaustivo, uma série

de cláusulas contratuais reputadas *abusivas*, as quais são consideradas “nulas de pleno direito”<sup>19</sup>.

Além dessas hipóteses que, repita-se, não são exaustivas, será possível afirmar a *abusividade* de todo contrato de consumo que não apresenta uma função social conforme os ditames constitucionais ou, em outras palavras, cuja *causa* seja contrária a estes mesmos princípios constitucionais<sup>20</sup>.

Pode ainda ser dito que este caráter abusivo resultará mais evidente quando o contrato estabelecido pelas partes envolver, de forma direta ou indireta, interesses ligados à dignidade da pessoa humana (Constituição da República, art. 1<sup>ª</sup>, III), uma vez que, dentre os fundamentos da República, é este que deve ser considerado com especial destaque. Coerentemente com essa visão, pode ser recordado que é o próprio CDC que determina a observância da *pessoa* potencialmente consumidora, vedando que o fornecedor se aproveite de sua condição de especial vulnerabilidade<sup>21</sup>.

### 4. Conclusão

Concluindo, pode-se constatar que a referência à função social do contrato permite igualmente uma análise de sua causa, reputando-se abusiva e, portanto, inválida, toda cláusula

<sup>17</sup>A prioridade temporal referida no texto consta do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), *verbis*: “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”. Sabe-se, no entanto, que esse prazo foi em muito superado, uma vez que a Lei 8.078, que “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências”, só foi promulgada em 11 de setembro de 1990, entrando em vigor 180 (cento e oitenta) dias após sua publicação.

<sup>18</sup>O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor consta do inciso I do art. 4<sup>ª</sup> do CDC, que dispõe: “Art. 4<sup>ª</sup>. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. A busca do equilíbrio na relação de consumo, além de constar do *caput* deste artigo, consta também do seu inciso III, que se transcreve: “(…); III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

Sobre a vulnerabilidade do consumidor e as consequências daí advindas seja consentido remeter a CALIXTO, Marcelo Junqueira. O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor. In: **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**, *cit.* p. 315-356.

<sup>19</sup>É o que diz o art. 51 do CDC, cujo *caput* afirma: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)”. Deste dispositivo merece ser destacado o consignado no inciso IV, que se transcreve: “IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. Além disso, afirma o § 1<sup>ª</sup> do mesmo dispositivo: “§ 1<sup>ª</sup>. Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: I – ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; II – restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual; III – se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”.

<sup>20</sup>Recorde-se, contudo, que, se for possível isolar a cláusula reputada abusiva, a nulidade não deve atingir todo o contrato, mas só a cláusula contrária ao sistema de proteção do consumidor. Neste sentido, pode ser visto o disposto no § 2<sup>ª</sup> do art. 51 do CDC, que se transcreve: “Art. 51. (...) § 2<sup>ª</sup>. A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”.

Interessante hipótese em que se afirmou o caráter abusivo de determinada cláusula contratual, mantendo-se a validade das demais, ocorreu por ocasião do julgamento do REsp. 476.649/SP (STJ, 3<sup>ª</sup> T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. em 20.11.2003, publ. DJ em 25.02.2004). A questão versava sobre o valor da multa moratória decorrente do atraso no pagamento de mensalidades escolares. O consumidor, aluno da instituição ré, entendia aplicável o limite de 2% (dois por cento) previsto no art. 52, § 1<sup>ª</sup> do CDC, com redação determinada pela Lei 9.298/96; a instituição educacional, por sua vez, pleiteava a aplicação do montante de 10% (dez por cento) sobre o valor da mensalidade, uma vez que seria inaplicável o disposto no art. 52 do CDC, pois não se tratava de empréstimo e sim de prestação de serviços educacionais. O recurso especial não foi conhecido e, em seu voto, a Ministra Relatora afirma que “urge salientar, por último, que a limitação da multa moratória incidente sobre mensalidades escolares determinada na origem encontra amparo na função social do contrato, e se harmoniza até mesmo com o art. 413 do CC/02, que veio tratar da matéria nos seguintes termos: ‘a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e finalidade do negócio’.

<sup>21</sup>Neste sentido, pode ser visto o rol – também não exaustivo – de práticas abusivas, constante do art. 39 do CDC. Destaca-se aqui o disposto no inciso IV, *verbis*: “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.

Perfeita, igualmente, a defesa do paradigma da essencialidade, tal como formulada por NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**, *cit.*, p. 342, que assevera: “Por esta via, sugere-se a consagração, ao lado e como complemento ao paradigma da diversidade, do ‘paradigma da essencialidade’, a um só tempo metodologicamente adequado aos novos critérios de diferenciação dos contratos, como, além disso, axiologicamente congruente com os valores constitucionais. O paradigma da essencialidade consubstancia um modelo de pesquisa contratual, segundo o qual o regime do contrato deve ser diferenciado em correspondência com a classificação do bem contratado. Esta classificação divide os bens em essenciais, úteis e supérfluos, levando em conta a destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado”.

contratual que atentar contra aquela função, uma vez que, em verdade, o que se verificará é a violação dos princípios e valores constitucionalmente consagrados, destacando-se o princípio fundamental da proteção à dignidade da pessoa humana<sup>22</sup>.

Além disso, é possível afirmar que o exame do caráter abusivo de certos contratos de consumo ou, ao menos, de algumas de suas cláusulas, não poderá prescindir da consideração da *pessoa concreta* do contratante, de maneira que, por exemplo, os contratos de crédito em favor de *juvens* consumidores, – ou de idosos –, deverão receber especial atenção por parte do julgador eventualmente chamado a apreciar sua validade.

## 5. Referências

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: 775, maio de 2000, p. 11-17.

BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo *et al.* **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.) **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 315-356.

\_\_\_\_\_. Reflexões em torno do conceito de obrigação, seus elementos e suas fontes. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1-28.

COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 45-68.

FONSECA, Rodrigo Garcia. **A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar: 2000, p. 163-186.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Causa dos Contratos. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: PADMA, v. 21, jan./mar. de 2005, p. 95-119.

\_\_\_\_\_. O Procedimento de Qualificação dos Contratos e a Dupla Configuração do Contrato de Mútuo no Direito Civil Brasileiro. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 309, 1990, p. 33-61.

\_\_\_\_\_. BARBOZA, Heloísa Helena; TEPEDINO, Gustavo *et al.* **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, 2006.

MULHOLLAND, Caitlin. O Princípio da Relatividade dos Efeitos Contratuais. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.) **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 255-280.

<sup>22</sup>Neste sentido, é lapidar a afirmação de TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: **A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. XXXII, quando afirma que: “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 extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos *consumidores*, à livre concorrência, ao meio ambiente, às relações de trabalho” (grifou-se).

Tal perspectiva é compartilhada por MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 4ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 210-222, quando analisa o contrato “como ponto de encontro de direitos fundamentais”.

Essa nova percepção da função social do contrato não escapou à arguta observação da Ministra Nancy Andrighi que, por ocasião do julgamento do já citado REsp. 691.738/SC (STJ, 3ª T., julg. em 12.05.2005, publ. DJ em 26.09.2005), afirmou o seguinte: “Assim também ocorrerá com o princípio da função social dos contratos. Para que essa evolução se possa verificar, todavia, é necessário que esse princípio seja, reiteradamente, submetido ao duro teste da realidade. Somente a prática demonstrará quais os limites em que o magistrado transitará em sua aplicação. Por isso é importante, em cada caso, relembrar o que levou o legislador a introduzir essa inovação em nosso sistema jurídico e, especificamente para cada caso concreto, verificar se há harmonia no sistema, se há uma situação de fragilidade de uma das partes e se, dado tudo isso, a aplicação do princípio se justifica”.

Embora sem fazer alusão à causa do contrato, é válida a referência ao enunciado n. 23, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em setembro de 2002, que afirma: “23 – Art. 421. A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2004. (Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes)
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Trad. por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- RENTERÍA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o Princípio da Função Social do Contrato”. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 281-313.
- ROSENWALD, Néelson. A função social do contrato. In: TARTUCE, Flávio; HIRONAKA, Giselda. **Direito Contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007, p. 81-111.
- TARTUCE, Flávio. **Função Social dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2007.
- TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. In: **Temas de Direito Civil, tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 21-46.
- \_\_\_\_\_. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) **A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. XV-XXXIII.
- \_\_\_\_\_; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de *et al.* **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, 2006.