

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO (CAUSA OU MOTIVO)

Daisy Gogliano

Professora Doutora do Departamento de Direito
Civil da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo.

Diretora Científica do Centro de Estudos e
Pesquisas de Direito Sanitário-CEPEDISA/USP.

Resumo:

O presente artigo visa conduzir uma reflexão sobre a função social do contrato, como razão e motivo determinante da liberdade de contratar (*rectius* -liberdade contratual) inserida no art. 421 do atual Código Civil. As críticas têm sido levantada de longa data, notadamente pelos juristas italianos, na polêmica suscitada em torno da teoria causalista e que não foi adotada por Clóvis Bevilacqua no Código Civil de 1916, que se limitou a cuidar da ilicitude do objeto como requisito essencial de todo ato jurídico na configuração de sua validade. Demonstramos, por outro lado, que a função social do contrato ou função econômico-social, como motivo, que deve ser ilícito e comum a ambas as partes, reconhecido pelo Direito não se confunde com a noção da função social da propriedade (*numerus clausus*), admitindo-se somente certas limitações ou tipos, objetivamente considerados para que a propriedade alcance a sua utilidade econômico-social. Nessa linha de pensamento, nos conduzimos à luz da fenomenologia existencial de Martin Heidegger, tecendo considerações sobre o habitar, preservando a “quadratura”, no sentido de construir e pensar. A função social do contrato, como razão e motivo, nos moldes em que está sendo proposta, cai no vazio, no subjetivismo, apta a conduzir à arbitrariedades, dada a sua relatividade, porque o que é social para um poderá não sê-lo para outro, e em nome do “social” como função, facilmente instaura-se a insegurança jurídica, adotando-se uma teoria revisionista dos contratos, influenciada pela compreensão vaga e imprecisa do negócio jurídico, nessa tendência cada vez mais presente para generalizações e abstrações. Toda a obrigação tem um conteúdo patrimonial, não se admitindo contratações para fins fúteis e de mero capricho, daí a necessidade da ilicitude do objeto, de sua conformidade ao

Direito. Finalmente, a adoção da teoria da função social, nebulosa e imprecisa, como expressão de utilidade social, faz com que, na sua imprecisão, a referida relevância jurídica, seja difícil de concretizar-se e estabelecer-se. O que conduz à nulidade do contrato ilicitude do seu objeto. O que se deve buscar é o justo.

Abstract:

The present article aims to lead to a reflection on the social function of the contract, as reason and determinative motive of the freedom to contract (*rectius* - contractual freedom) inserted in article 421 of the current Civil Code. The critics has been raised of long date, especially by the Italian jurists, in the controversy around the causal theory and that it was not adopted by Clóvis Bevilacqua in the Civil Code of 1916, that it was limited to take care of the illegality of the object as essential requisite of all legal act in the configuration of its validity. We demonstrate, on the other hand, that the social function of the contract or economic-social function, as reason, that must be illicit and common to both parts, recognized for the Law is not confused with the notion of the social function of the property (*numerus clausus*), admitting only certain limitations or types, objective considered so that the property reaches its economic-social utility. In this line of thought, in them we lead to the light of the existencial fenomenology of Martin Heidegger, weaveeing considerations on inhabiting, preserving the “quadrature” in the direction to construct and to think. The social function of the contract, as reason and motive, in the molds where it is being proposed, falls in the emptiness, apt to lead to the arbitrariness, given its relativity, because what is “social”, as function, easily restores legal unreliability, adopting a revisionist theory of contracts, influenced for the vacant and inexact understanding of the legal transaction, in this trend each more present for generalizations and abstractions. All the obligation has a patrimonial content, not admitting acts of contract for vague ends and of mere whim, from there the necessity of the illegality of the object, of its conformity to the Law. Finally, the adoption of the theory of the social, misty and inexact function, as expression of social utility, makes that, in its imprecision, the related legal relevance, either difficult to materialize themselves and to establish themselves. What it leads to the nullity of the contract illegality of its object. What must be searched is the just.

Unitermos: função social do contrato; natureza das coisas; causa e motivo; negócios inválidos; causalidade e instrumentalidade em Martin Heidegger; vontade, possibilidade de ser.

Keywords: social functions of the contract; contractual freedom; adoption of the social theory; cause and motive in Martin Heidegger.

1. Introdução

O presente estudo nasceu de uma reflexão acerca da “função social” do contrato, como barreira a limitar a liberdade de contratar, inscrita no art. 421 do Código Civil, ou seja “*a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”. A palavra “social”, em sua acepção mais ampla sempre causa um certo “frenesi”, no sentido de nos remeter a uma certa segurança, bem-estar, proteção ao economicamente débil, naquela lembrança, sempre esquecida, de que “somos-com-outrem” na expressão heideggeriana e que nos conduz ao abandono do individualismo.

A regra contida no art. 421 coloca a “função social” como razão da “liberdade de contratar” além de sua baliza. É nesse momento que questionamos: o que é ser livre para contratar? Como se exerce a aludida “função social”? Como a “liberdade de contratar” deverá ser exercida em razão da função social?

Por sua vez, cerceada a “liberdade de contratar” na razão e nos limites da função social do contrato, observa-se, em face de sua péssima redação - será exercida - a ausência de qualquer possibilidade de eventual infração ao preceito ali contido, que, no seu imperativo categórico revela-se inarredável, dada a sua fatalidade inexorável, automática, alheia a qualquer dever-ser ou poder-dever, sem qualquer destinatário, como disposição geral e preliminar, no momento em que o Código Civil passa a tratar “*Dos Contratos em Geral*”

Por outro lado, a função social do contrato, revelando-se nebulosa e intangível, como modelo e parâmetro, não se confunde em hipótese alguma com a “função social da propriedade” nessa forçada e artificial analogia que muitos pretendem construir, tergiversando a realidade e a verdade, decantada em comentários apressados.

Não é sem razão que o então deputado Tancredo Neves propôs nova redação ao art. 420 do Projeto (mensagem 160/75 - Do Poder Executivo), com a Emenda n. 371, (atual art. 421), sob a seguinte fundamentação: “*É uma disposição da maior inconveniência, porque significa que, fora dos limites da “função social” do contrato, não pode ser exercida a liberdade de contratar*”

“*Acontece que o conceito da “função social” do contrato é impreciso. A consequência será que, subordinada a estes requisitos, a liberdade de contratar, que é fundamental dentro do regime da livre iniciativa, fica fundamentalmente atingida*”

Buscando conciliar os interesses, propõe: “Melhor será dizer: ‘*Ao interpretar o contrato e disciplinar a sua execução, o juiz atenderá à sua função social*’ (grifos nossos). E, sustenta na sua justificativa: “Será um meio termo razoável: nem despreza a função social do contrato, nem subordina a liberdade de contratar a um conceito que venha instilar insegurança aos negócios” (*In, Diário do Congresso Nacional - Seção I - Suplemento ao n. 111, em 14/09/83*).

II. Resguardando a Quadratura

A propriedade imóvel guarda à sua função social à luz do preceito constitucional, justamente, porque “habitamos a terra” retornando às palavras de Heidegger, no sentido de construir, nas suas várias maneiras e possibilidades, como homens “*são e estão sobre a terra*” e “*pertencendo à comunidade dos homens*” resguardando, cuidando e preservando, demorando-se nas coisas, sem qualquer relação fugaz e transitória, as quais devem ser “*deixadas como coisas em seu vigor*”, ou seja, o sol como sol, o rio como rio, a água como água, etc., de onde se origina a autêntica proteção ambiental. Nas palavras de Heidegger: “*Os mortais habitam à medida que acolhem o céu como céu. Habitam quando permitem o sol e à lua a sua peregrinação, às estrelas a sua via, as estações dos anos as suas bênçãos e seu rigor, sem fazer da noite dia e nem do dia uma agitação açulada*”¹

Na lição heideggeriana, é justamente no perguntar que a verdade sempre encoberta acaba se revelando. Mas, não se trata de um perguntar qualquer. É

1. Construir, habitar e pensar, *in*: Ensaios e Conferências, trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback, Ed. Vozes, Petrópolis, 2002, p. 125-41.

preciso, acima de tudo, saber perguntar e a pergunta de Martin Heidegger, é esta: “Como isso acontece?”²

“Quando os mortais, os seres humanos, protegem e cuidam das coisas em seu crescimento. Quando edificam de maneira própria coisas que não crescem. Cultivar e edificar significam, em sentido estrito, construir. Habitar é construir desde que se preserve na coisa a quadratura. Desse modo, encaminhando-nos para a segunda pergunta: Em que medida construir pertence habitar?”³

Heidegger descreve, a seguir, o construir a partir da essência do habitar, tomado como exemplo, dentro da fenomenologia, para uma reflexão – uma ponte, a qual “*u seu modo reúne integrando a terra e o céu, os divinos e os mortais junto a si*”⁴

Nessa fenomenologia, uma coisa está sendo-com-outra e os homens, os mortais, na quadratura (terra, céu, divinos e mortais), não aparecem como simples expectadores, como sujeitos isolados dessa relação originária, porque também pertencem à quadratura, não são sujeitos em oposição ao objeto, porque a coisa, no caso, a ponte, é reunião integradora. A ponte é ponte, uma coisa, não é um símbolo, porque, de modo autêntico, é a coisa que reúne integrando. Chamamos a atenção, que, embora a ponte possa simbolizar algo e tornar-se um símbolo, para Heidegger, a essência da coisa “*não pode ser fixada de maneira indigente*” porque, nas suas palavras, tudo aquilo que já pertence à essência reunidora e integradora dessa coisa (a ponte) aparece, para nós, como algo acrescentado posteriormente mediante uma interpretação. Contudo, se a ponte não fosse apenas ponte, ela não seria uma coisa. Nessa lição, sobre a coisa, não se trata de “*representá-la como um X, dotado de propriedades sensíveis*” em que se cai, fatalmente na abstração: “*penso, logo existo*” Daí o perigo da palavra em nomear, por mera representação mental, olvidando a essência da coisa. Lembramos, novamente, que resguardar a coisa, é antes de tudo libertá-la, deixa-la em seu próprio vigor, para que a coisa seja em sua simplicidade.

Visando a essência da linguagem; ou nas palavras do filósofo, “*levar à linguagem a linguagem como linguagem*”, adverte Heidegger: “*É que, nas palavras*

2. *Idem; ibidem*, p. 133.

3. *Idem; ibidem*, p. 133.

4. *Idem; ibidem*, p. 133.

*essenciais da linguagem, o que nelas se diz propriamente cai, com muita facilidade no esquecimento, em favor do que se diz num primeiro plano. O homem ainda não chegou a pensar o mistério desse processo. A linguagem retrai para o homem o seu dizer simples e elevado. Mas isso não chega a emudecer o seu apelo inicial. O apelo apenas silencia. O homem não presta atenção a esse silêncio”*⁵

Preservando a quadratura, ou seja, resguardando-a, deixando-a em paz, portanto, livre, para que permaneça, na sua “unidade originária” “pacificada na liberdade de um pertencimento”

Ora, quando Heidegger se refere à ponte, em linguagem poética, como veremos a seguir, todo invisível acaba trazendo o ser, o aparecer nesse visível, em que a ponte revela-se sendo com as outras coisas, ou seja, uma coisa sendo com a outra em sua totalidade, em toda a sua completude, permitindo ao “*mundo se abrir como mundo*” Vejamos essa visibilidade: “*A ponte pende com ‘leveza e força’ sobre o rio. A ponte não apenas liga margens previamente existentes. É somente na travessia da ponte que as margens surgem como margens. A ponte as deixa repousar de maneira própria uma frente à outra. Pela ponte, um lado se separa do outro. As margens também não se estendem ao longo do rio como traçados indiferentes da terra firme. Com as margens, a ponte traz para o rio as dimensões do terreno retraída em cada margem. A ponte coloca numa vizinhança recíproca a margem e o terreno. A ponte reúne integrando a terra como paisagem em torno do rio. A ponte conduz desse modo o rio pelos campos. Repousando impassíveis no leito do rio, os pilares da ponte sustentam a arcada do vão que permite o escoar das águas. A ponte está preparada para a inclemência do céu e sua essência sempre cambiante, tanto para o fluir calmo e alegre das águas, como para as agitações do céu com suas tempestades rigorosas, para o derreter da neve em ondas torrenciais abatendo-se sobre o vão dos pilares. Mesmo lá onde a ponte recobre o rio, ela mantém a correnteza voltada para o céu pelo fato de recebê-lo na abertura do arco e assim novamente liberá-lo”*⁶

Se observarmos, nessa reflexão (jamais pura descrição) da ponte, onde as coisas estão sendo-uma-com-as-outras, o futuro já se faz presente, em cada um dos verbos, na tempestade que virá, no fluir das águas, na neve derretida, etc., nessa antecipação, nessa previsibilidade (ontologia da responsabilidade), em que as coisas

5. *Idem; ibidem.* p. 128.

6. *Op. cit.* p. 131-2.

não estão simplesmente presentes, estáticas e deixadas ali, porque tudo está sendo pensado.

Ora, sem nos afastarmos do tema da – a função social do contrato – considerada pela atual doutrina como, v.g., cláusula geral, “regra extrajurídica” princípio destinado a regulamentar relações econômicas e produção de riqueza, e tantas outras expressões denominadas “modernas”, de conteúdo axiológico a regular toda e qualquer forma de contratação, para que esta, dentro dessa concepção (abstrata) não se afaste de seu momento histórico, a tal ponto, que o contrato passou a ser apenas um mero instrumento de produção e de circulação de riquezas. quiçá, extrajurídico, nessa “indigência” das expressões decantadas ao longo de manuais, artigos e monografias, olvidando, assim, a essência mesma da coisa – contrato – pois repetindo Heidegger, “*tudo aquilo que já pertence à essência reunidora e integradora dessa coisa, aparece, para nós, como algo acrescentado posteriormente mediante uma interpretação. Contudo, se a ponte não fosse apenas uma ponte, ela não seria uma coisa*”..⁷

Assim, quando em matéria de direito agrário o Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64) prevê em seu art. 18 a finalidade da desapropriação por interesse social, entre os seus vários objetivos ali elencados, encontra-se o de “condicionar o uso da terra à sua função social” A função social é exercida, nos termos do preceito constitucional contido no inciso II do art. 185 quando a propriedade é produtiva, insuscetível, portanto, de desapropriação.

E, claramente, o art. 186 da Constituição Federal traça os parâmetros, as diretrizes para que a função social seja cumprida, nestas palavras: “*A função social é cumprida quando a propriedade rural atende simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores*”

7. *Op. cit.* p. 131-133.

Portanto, diante dos requisitos traçados constitucionalmente, não há que se falar em possível analogia entre a função social da propriedade rural com a função social do contrato, ou mesmo com a função social da propriedade urbana.

Voltando à lição de Heidegger, “o habitar é construir” E, adverte o filósofo: *“A crise propriamente dita do habitar consiste em que os mortais precisam de novo buscar a essência do habitar, consiste em que os mortais devem primeiro aprender a habitar. Em suma, “conduzir o habitar a partir de si mesmo até a plenitude de sua essência””*

Observe-se que a expressão habitar não se confunde com moradia. Embora muitos juristas tomem a palavra “de modo indigente” no sentido de moradia, v.g., “direito à moradia” que carrega em si a transitoriedade. O habitar pressupõe o cuidado, a permanência, o demorar-se nas coisas, o construir e acima de tudo o pensar. Não um pensar qualquer. O pensar a partir da essência da existência humana.

Desligados da existência humana, cada dia mais nos lançamos para as generalizações e abstrações, resquícios do jusnaturalismo extremado e racional, portanto alheias à antiga concepção realista de contrato, cujas raízes históricas não comportam desenvolvimento no presente estudo.

Demonstrando o quão são artificiais as nossas noções de contrato, em desacordo com a prática e o ensinamento teórico, valendo dizer, nessa “mesmice” levada a efeito ao longo de séculos calcada na velha e desgastada ideologia liberal do séc. XIII, iniciada com os moralistas, com Grotius, etc., trazemos as palavras de Michel Villey: *“notre théorie du contrat”, “consensualiste” “volontariste” ce ne sont pás vraiment des juristes qui em furnte les auteurs. Elle n'est pas d'origine romaine ni coutumière. Elle n'est née non plus dans le sein du droit canonique medieval comme on le croyait autrefois. On chercherait en vain au Digeste une définition analogue à celle de l'article 1101, et notre “théorie générale” du contrat et des “vices du consentement” tout le monde le sait, est seulement un produit de le pensée moderne”*.⁸ Em suma, todas essas teorias levadas a efeito não foram obras de juristas, mas de filósofos da Europa moderna, ignorantes do direito, ou, como ensina M. Villey: *“L'histoire démontre la dépendance de nos définitions techniques par rapport à dès grands systèmes généreraux de philosophie. Le malheur est qu'en l'occurrence*

8. Martin Heidegger, Construir. Habitar. Pensar. in *Ensaio e conferências*, trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback, Ed. Vozes, S. Paulo, p. 125-141.

nous devons notre science juridique à des penseurs parfaitement ignorants du droit”⁹

A concepção de contrato como “concurso de vontades”; a teoria do negócio jurídico desenvolvida no âmbito da autonomia da vontade cujos efeitos são desejados e queridos pelas partes; a causa considerada como “razão suficiente”; a teoria da função econômico-social do contrato e tantas outras concepções jusnaturalistas, também foram criticadas por Gino Gorla, ao assinalar com a clareza que lhe é peculiar que o contrato parece como um organismo criado pelo poder da vontade de ambas partes ou que as partes têm a faculdade ou poder de criar contratos, o que veio influir na concepção da chamada função econômico-social do contrato. *“Todos estes conceitos de autonomia, de poder da vontade, de reconhecimento jurídico do contrato ou dos efeitos queridos pelas partes, de negócio jurídico como exercício daquele poder da vontade, de liberdade contratual, etc., estenderam uma cortina de fumaça sobre o problema do valor do nu-consentimento (considerado como esquema contratual genérico, com o mesmo alcance da stipulatio romana) e sobre outros problemas”¹⁰*

Na tradução espanhola e notas de comparação e adaptação ao Direito espanhol feita por José Ferrandis Vilella da obra de Gorla “El contrato” que desenvolve seu estudo à luz da “civil law”, nessa crítica séria e honesta ao “dogma da vontade” que veio desaguar na denominada “função social” como veremos a seguir, Gino Gorla assim se expressa com rigor necessário: “Nunca se insistira bastante em poner de relieve el efecto nefasto que en el problema que nos ocupa han producido todos estos errores em torno al “poder de la voluntad” errores que, en definitiva, han sido originados por cierto vacío y retórico jusnaturalismo”¹¹ Na ausência de um pensar mais profundo tais concepções permanecem, nessa planície onde o questionar não tem lugar.

Tecidas essas considerações, retomando a exegese do art. 421 do nosso atual Código Civil, ao prescrever que “a liberdade de contratar será exercida em razão

9. in, *Essais de Philosophie du Droit, L'ê Contrat*, Dalloz, Paris, 1969, p. 237.

10. *Idem; ibidem*, p. 237.

11. *El Contrto*, trad. y notas de comparación y adaptacion al Derecho español, por José Ferrandis Vilella, Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1959, p. 98.

e nos limites da função social do contrato”, podemos facilmente apontar os equívocos ali contidos, notadamente no que diz respeito à causa, ou seja, à razão determinante ou razão suficiente, contida na função social, alheia às nossas tradições mais profundas, vez que o nosso Beviláqua desde logo descartou a teoria causalista do nosso Direito Civil, aludindo apenas à licitude ou ilicitude do ato jurídico. A tormenta do Direito Civil italiano tem sido a “teoria da causa” que se arrasta até os nossos dias.

Cumprе lembrar que Álvaro Villaça Azevedo observa com propriedade que *“esse dispositivo legal (art. 421) não cogita da liberdade de contratar, de realizar, materialmente, o contrato, mas da liberdade contratual, que visa proteger o entabulamento negocial, a manifestação contratual em seu conteúdo”* Esclarece, ainda: *“Percebe-se que o novo Código retrata boa orientação ao referir-se à função social do contrato, pois que, embora exista este principio, reconhecido pela Doutrina, às vezes, ao aplicar da lei, são feridos valores sociais insubstituíveis. Aqui, mas particularizada a recomendação, segundo a qual o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, deve ater-se aos fins sociais a que a mesma se dirige (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, vigente)”*¹²

Esclarece, ainda, o ilustre civilista que *“esse dispositivo (art. 421) alarga, ainda mais, a capacidade do juiz para proteger o mais fraco, na contratação que, por exemplo, possa estar sofrendo pressão econômica ou os efeitos maléficоs de cláusulas abusivas ou de publicidade enganosa”*¹³

Respeitando as mais douras opiniões, a reflexão do nosso estudo tem por escopo uma tentativa de demonstrar que em matéria de direitos patrimoniais ou de crédito o atual Código Civil acabou por adotar como dissemos, a teoria causalista – causa motivo – ao considerar a função social como finalidade da liberdade de contratar. Diante de tais circunstâncias retornamos à velha polêmica sobre causa e motivo na teoria do negócio jurídico, confundindo-se com a própria finalidade do Direito.

Essa teoria da função econômico-social do contrato, em breves indicações feitas por Gino Gorla, não é nova. Surgiu da forçada necessidade dos vestimenta formal-causal ao *“pactum nudum”* do denominado direito dos *“savants”* ou eruditos, cuja tendência, segundo Gorla, bastante excessiva é a de racionalizar os

12. Alvaro Villaça Azevedo, in Ltr, ano 1967, abril, 2003. São Paulo, p. 393-402.

13. *Idem; ibidem*, p. 395.

dados da experiência de sua época e a revesti-los de conceitos, de nomes e idéas próprias, todas elas completamente alheias ao Direito realmente vivido.¹⁴

Nessa evolução histórica, da exigência dos vestimenta, como requisitos de forma, de causa suficiente, razoável, justa e tantas outras similares, foram impostas por exigências de segurança na contratação, de fazer justiça nos negócios entre particulares, etc., assim discriminadas por Gino Gorla: “*estabelecer objetivamente a intenção de contrair um vínculo de caráter jurídico; garantir a segurança das relações ou de certas relações jurídicas; proteger o promitente e a sua família contra decisões não suficientemente ponderadas; satisfazer a necessidade de certa justiça distributiva na sanção da promessa ao se condenar o promitente*”¹⁵

Hoje, esse elenco de “razões suficientes” vai mais longe, no sentido de proteger o mais fraco na relação jurídica, o mais débil, na garantia de um equilíbrio contratual, de conteúdo finalístico, desde que o contrato cumpra a sua “função social” limitando, assim, a autonomia da vontade, não bastando, portanto, a licitude do ato ou negócio jurídico. Esta função revela-se como causa – aquele *quid* a justificar uma sanção jurídica e a intervenção do Direito, ou, nas palavras contudentes de Gorla: “uma justificação nascida do interesse público e no reconhecimento de um determinado contrato pela função econômico-social que tal contrato cumpre”¹⁶

III. Contrato e Propriedade Segundo Enzo Roppo

Deve-se a Enzo Roppo, na sua clássica obra “Il contratto” a distinção entre contrato -- conceito jurídico e contrato-operação econômica, onde alerta para o fato que não podemos nos limitar a visualizar o contrato “na sua essência íntima” como se constituísse uma realidade autônoma, numa dimensão exclusivamente jurídica.¹⁷

14. El Contrato, *op. cit.* p. 243-244

15. Gino Gorl, *op. cit.* p. 243

16. *Idem, ibidem*, p. 244

17. Enzo Roppo, O Contrato, Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Liv. Almedina, Coimbra, 1988, p. 7-8.

Demonstrando a relação entre o contrato e propriedade. Enzo Roppo nos conduz ao contrato, dentro de sua concepção “moderna”, diante de um processo que ele denomina de mobilização e desmaterialização da riqueza, a qual tende a subtrair ao direito de propriedade. Enquanto a única e verdadeira riqueza era a propriedade, diz o autor, o contrato não criava riqueza, antes se limitava a transferi-la.¹⁸

Como exemplo, cita: “Pense na licença da patente, com a qual A, titular do direito de utilização exclusiva de uma invenção industrial, concede ao empresário B a faculdade de desfrutá-la economicamente: B, deste modo, não adquire a propriedade de uma coisa material, mas nem por isso deixa de se apropriar de uma fonte objetiva de riqueza, o pressuposto para conseguir proveitos consideráveis. O mesmo vale para a hipótese em que X concede a Y uma opção, por exemplo, sobre uma área edificável ou sobre uma carteira de ações: Y não se torna proprietário de uma coisa, mas adquire um direito que pode exercer, ele próprio, ou ceder a outrem mediante correspectivo, e que representa, em qualquer caso, um bem econômico”¹⁹ E, assim, alude à força de trabalho, aos títulos de crédito, conhecimentos de carga, ações de sociedade, etc., com a denominação de “contrato-social”

Nessa posição extremada, “contratualista”, onde “o contrato é o instrumento fundamental da gestão dos recursos e da propulsão da economia” assimilando todas essas formas de riqueza imaterial ao direito da propriedade, a tal ponto, que o contrato não se limitaria a transferir a propriedade, mas até mesmo a criá-la,²⁰ constata-se, nessa concepção, o condicionamento do contrato a uma função típica (causal), previamente elaborada - criador da riqueza - no âmbito da teoria da função econômico-social tão bem exposta por Gino Gorla: quando assinala que a sancionabilidade do contrato, que se distingue da licitude, consistira, precisamente, na função social ou econômica que um determinado contrato (lícito) deveria cumprir para merecer a sanção jurídica e caso não cumprida, mesmo sendo lícito, tal contrato seria algo indiferente para o Direito. E, segundo a mencionada teoria, esta função econômico e social do contrato seria a causa (razão determinante), ou seja, aquele *quid* que junto a promessa ou com o valor da palavra dada justifica a sanção jurídica,

18. Enzo Roppo, *op. cit.* p. 44.

19. *Idem*; *ibidem*, p. 64.

20. Gino Gorla, *op. cit.*, v. I, p. 244.

a intervenção do Direito: não uma causa ou justificação consistente na exigência de fazer justiça entre particulares (unida à exigência de segurança), mas uma justificação nascida do interesse público no reconhecimento de um determinado contrato pela função econômico-social que o mesmo cumpre.²¹

Indo mais além, o jurista italiano, explica as razões do “declínio da categoria do negócio jurídico a favor da categoria do contrato”²² Exemplificando, assevera: “hoje a forma economicamente mais significativa de desenvolvimento das atividades empresariais é a do seu exercício, não já individual, mas coletivo, quer dizer, a forma de sociedade: hoje as empresas mais importantes não são empresas singulares (as suas dimensões, as suas complexidades, o vulto dos capitais necessários não o consentiriam), mas são empresas societárias, são sociedades (por ações, em nome coletivo, em comadita, etc.). A sociedade é, por isso um instrumento indispensável à atividade da empresa, é a sua forma jurídica predominante: mas a sociedade mais não é que um contrato (cfr. o art. 2247º cód. civ.); a estrutura típica da empresa capitalista é, portanto, uma estrutura contratual; e participar numa empresa econômica significa hoje, ser parte de um contrato (de sociedade)”²³

A teoria, que podemos denominar “contratualista” de Enzo Roppo não deixa de ser uma criação meramente instrumental e técnica, melhor dizendo, eidética, ao conceber o contrato como categoria distinta do negócio jurídico e como “instrumento fundamental da gestão dos recursos e de propulsão da economia”, completada com a citação de Galgano: “As exigências da produção e dos consumos de massa, a necessidade de acelerar, simplificar, uniformizar a série infinita das relações entre as empresas e a massa de consumidores determinam” um processo de objetivação da troca, o qual tende a perder partes de seus originais caracteres de voluntariedade”²⁴ como posição extremada em reação ao dogma da vontade.

Não resta dúvida que a contratação “standartizada” é uma realidade, notadamente no âmbito das relações de consumo, naquilo que se denomina

21. Enzo Roppo, *op. cit.* p. 66.

22. *Idem; ibidem.* p. 69.

23. *Idem; ibidem.* p. 67.

24. *Idem; ibidem, op. cit.* p. 67.

“despersonalização das relações contratuais”, voltada, como instrumento em busca de uma mobilização e produção de riqueza, típica do capitalismo.

Mas, o contrato não é apenas um instrumento de produção de riqueza, sob uma visão estreita e muito menos, a título de argumentação, poderia ser imposta a sanção de nulidade (invalidade) aos negócios entabulados que não alcançassem o seu objetivo teleológico, o de produzir riquezas, ou a função social.

Não é sem razão que Pontes de Miranda ao tratar do tema das invalidades, (nulo/anulável) adverte tratar-se de uma criação técnica (grifos nossos), ao sustentar: “...*seja como for, é a técnica legislativa que toca discriminar as causas de nulidade e as de anulabilidade para que se observem os dois regimes, internos ao plano de validade, atendidas modificações que se entendem, na lei, indispensáveis. Quase sempre, essas modificações de limite entre as duas espécies de invalidade provêm de causas históricas, de pedaços de sistemas jurídicos diferentes (e.g., o romano, o germânico, o canônico, o foraleiro, que perduram no sistema jurídico vigente*”²⁵

Na doutrina francesa, como teremos oportunidade de examinar, no momento em que o Código de Napoleão se preocupou com a causa das obrigações a conciliação com as restrições da liberdade de contratar, previstas no seu artigo 6º, em que as convenções particulares não podem derogar a ordem pública e os bons costumes, restou tumultuada, principalmente com as orientações jurisprudenciais voltadas para a conceituação dos modos de intervenção de ordem pública definida, a grosso modo, por Ghestin como limitação da liberdade contratual em nome do interesse da sociedade, em nome de um interesse geral²⁶ ou, como é dito entre nós, em nome dos altos interesses da coletividade. Dentro de um sistema fundado no individualismo, a solução foi harmonizar e atender “os efeitos relativos do contrato” com a manutenção do princípio da autonomia da vontade, dando legitimidade às normas de ordem pública, no momento em que o contrato passou a ser visto não mais como expressão da autonomia da vontade, mas, como instrumento a serviço do direito objetivo, subordinado ao interesse geral, porque ele permite operações socialmente úteis.²⁷ A nulidade como sanção, objetivamente considerada

25. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. IV, Borsoi, Rio de Janeiro, 1955, p. 30.

26. Jacques Ghestin, *Lê Contrat*, Université McGill, Montréal, 1982, p. 30.

27. *Ibidem*, p. 233.

vem de encontro com tais princípios, determinada essencialmente em função “du but de la règle violée”, no restabelecimento da legalidade, finalidade de toda a nulidade.²⁸

Qual a causa da obrigação? Qual a causa o contrato? Tal questionamento nos conduz a categorias meramente empíricas, notadamente, quando se coloca um motivo, um fim a ser perseguido pelas partes, “nessas causalidades” obscura - a função social.

Carvalho de Mendonça já vislumbrava esse fato. Discorrendo sobre a evolução histórica das obrigações, pergunta: “mas nas obrigações qual é o fato central? Não existe”²⁹

Delineando cada uma das fontes das obrigações, sustenta: “Não há pois, na doutrina das obrigações um ponto de convergência e de síntese, Não há como poder generalizar. Tudo ai é concreto; tudo é vário, como é vária a relação em que o homem se coloca defronte do homem na vida social e nas questões patrimoniais. É por intermédio da doutrina das obrigações que vêm ter ingresso no direito civil todas as inovações que a evolução dos tempos e das necessidades humanas suscitam; é por esse departamento que penetram no direito privado todas as novas teorias jurídicas provenientes das doutrinas gerais que a ciência elabora sobre o mundo e sobre o homem, individual e social”³⁰ Essa é a verdade que poucos souberam alcançar.

28. Catherine Guelfucci-Thibierge, *Nullité, Restitutions et Responsabilité*, L.G.L.J., Paris, 1992, p. 214 – Refutando as concepções subjetivas da nulidade, calcadas na responsabilidade, em função de interesses particulares ao encontro das partes, ou melhor, “comme une forme de dommages-intérêts”, em razão do prejuízo causado, sustenta que a nulidade é uma sanção em razão da violação da lei quando da conclusão do contrato, como conceito objetivo: ou seja, a sanção de nulidade consiste no restabelecimento da legalidade, de ordem jurídica violada. Conforme suas palavras: “La nullité est, en effet, la sanction de la violation de la loi lors de la formation de l’acte juridique: son principe et son étendue doivent être déterminés uniquement en fonction du but de le règle violée violée, pour reprendre la terminologie moderne, c’est-à-dire proportionnés au rétablissement de légalité, finalité de tout nullité. Ce but objectif de rétablissement de la légalité est indifférent aux circonstance subjectives de faut commesse ou de préjudice subi par l’une des contractans”(op. cit. p. 223). A concepção objetiva da nulidade também se aplica às nulidades relativas, inexistindo qualquer diferença de graus entre nulidade absoluta e relativa, pois o que varia não é o objetivo das nulidades mas a finalidade da regra transgredida. Em suma: “Lê concept de nullité est unitaire: il n’existe pas de différence de nature entre les nullités absolues et relatives”(op. cit. p. 224), em razão de que a sanção de nulidade se reveste de um caráter proporcional à violação da lei.

29. Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito*, 4.ed., aumentada e atualizada por José de Aguiar Dias, T. 1. Forense, RJ, 1956, parágrafo 30, p. 141.

30. *Idem, ibidem*, p. 141.

Anos-luz à frente de seu tempo, Carvalho de Mendonça diz: “Não pode ter outra explicação a uniformidade dos princípios relativos aos direitos de crédito em todas as épocas da evolução histórica. Eles marcam os tempos; seguem a trajetória de todos os sentimentos e pensamentos da Humanidade e constituem por isso a parte mais variável do direito em geral”³¹

Isto posto, no momento em que o art. 421 do Código Civil estabelece que “a liberdade de contratar (*rectius* – liberdade contratual) será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” a teoria causalista ingressa em nosso sistema civil. Eis a questão: causa ou motivo?

Como o Código Civil trata especificadamente do negócio jurídico, no Livro III – Dos Fatos Jurídicos – a busca da função social como razão determinante a limitar a liberdade contratual, na verdade, fica na dependência da conceituação mesma do negócio jurídico.

Marcos Bernardes de Mello, em sua Teoria do Fato Jurídico (Plano da existência), critica a clássica conceituação de negócio jurídico como “uma manifestação de vontade dirigida a produção de efeitos práticos, no seu entender insatisfatória, porque, “efeitos práticos não seriam efeitos jurídicos, mas aquilo que de econômico, de moral, de religioso, ou de qualquer outra natureza, se possa obter através do negócio”³²

E, com razão, pois os efeitos práticos perseguidos pelas partes, de natureza meramente subjetiva, fogem à esfera do Direito, ou, como assinala Marcos Bernardes de Mello “não podem servir para caracterizar instituição jurídica. Se o dado não integra o suporte fático e, portanto, não tem acesso ao mundo jurídico, qualquer opinião que o mencione não pode ser considerada jurídica, nem cientificamente correta”

Por sua vez, chama a atenção o ilustre jurista que o elemento essencial de todo ato ou negócio jurídico é a licitude do seu objeto (objeto do negócio), pressuposto de todo ato jurídico *lato sensu*.

Diante dessas considerações, Marcos Bernardes de Mello propõe a seguinte conceituação de negócio jurídico: “...é o fato jurídico cujo elemento nuclear

31. *Idem; ibidem*, p. 141.

32. Marcos Bernardes de Mello, Teoria do Fato Jurídico – plano de existência. Saraiva. S. Paulo, 8.ed. Atualizada, 1998, p. 165.

do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico”³³

Portanto, a concepção clássica, sequer atenderia a propugnada função social do contrato, como negócio jurídico, como expressão máxima da autonomia privada, que como vimos em M. Villey não foi obra de juristas.

Barassi, igualmente, chama a atenção para o fato de que o conteúdo de um contrato pode ser variadíssimo, isto é, determinado pelas contingências de um caso concreto e do escopo a que se propõem os contraentes. De um modo geral o declarante busca conseguir um efeito econômico, empírico: não importa, nas palavras do civilista italiano, que tenha, bem claro, na sua consciência qual o negócio que possa produzir determinado efeito, dentro de uma exigência no âmbito de uma visão exata do negócio jurídico com todos os seus efeitos, o que levaria ignorante de direito a não poder realizar um contrato. O que se reclama é o efeito prático, empírico, econômico que, com a via jurídica adequada, possa atuá-lo. Em suma, a crítica conduzida por Barassi demonstra que a doutrina econômica dos fisiocratas, a furibunda reação da revolução francesa a um passado de opressão feudal, a doutrina do direito natural e (sic) dos enciclopedistas prepararam uma revolução que conduziu ao princípio da autonomia individual, consagrada solenemente na proclamação dos “direitos do homem” Autonomia da vontade individual e respeito à propriedade privada, especialmente fundiária, foram os dois braços, as duas pernas da escola

33. *Idem, op. cit.*, p. 165

fisiocrata transmitida às codificações latinas e que hoje se assentam no sistema capitalista.³⁴

Para Barassi, a “causa” do contrato não é outra coisa do que “causa” da obrigação e o que é pomposamente chamado “a função econômica-social” do contrato entra nos motivos, em sentido amplo, o que cada contratante determinou na realização do contrato. A causa, em sentido não-técnico é aquela função econômico-social.³⁵

Como teremos oportunidade de discorrer, em breves pinceladas, a “tormentosa” teoria da causa que tanto tem dado azo a construções cada vez mais abstratas e a polêmicas infundáveis na doutrina italiana e que graças à lucidez de Beviláqua não ingressou em nosso sistema jurídico, no sentido de justificar a licitude do objeto do ato jurídico (em sentido amplo), acaba por ingressar em nosso atual Código Civil como um “princípio ético” (individual). como “novidade”, cujas raízes permaneceram esquecidas no tempo. propugnada no sentido de justificar o *pactum nudum*, a título de um *vestmentum*, ao lado dos contratos típicos, na busca de um razão suficiente a sancionar o nu-consentimento, na pseudo ausência de regras jurídicas aplicáveis aos contratos não-formais ou não consagrados pelo uso, no sentido de interpretar e integrar a vontade das partes, desprovida de conteúdo típico ou usual, dentro de uma mental idade jurídica denominada “primitiva” por Gino Gorla³⁶, “não plenamente desenvolvida que somente vê uma fonte de obrigação sob a forma de uma espécie de valor mágico e inclusive religioso ou como delito pelo fato de cumprir mal ou de não cumprir uma promessa: dolo, fraude, “tricherie” “*deceit*”

34. Ludovico Barassi, *La Teoria Generale delle Obligazioni*, v. II – Le Fonti, Giuffrè -Ed, Milano, 1946, p. 466-467. A nebulosa “função-social vai se refletir de maneira incisiva na interpretação da “real” vontade contratual, vale dizer, da declaração da vontade, que, no dizer de Barassi, “assume vida própria e se destaca do autor”, ao comentar o art. 1372 do Código Civil italiano acrescentando: Questa norma era considerata come uno dei capisaldi dei sistema economico-giuridico in cui vive la società di oggi: essa era lo squillante araldo dell'individualismo ispirante quel sistema. era l'eredità di un'evoluzione accentuata dai fisiocratici e dalla rivoluzione francese.

La dottrina economica dei fisiocratici dapprima, e per la furibonda reazione della rivoluzione francese a un passato di oppressioni feudali. le dottrine del diritto naturale e degli enciclopedisti che prepararono la rivoluzione condussero al principio della libera autonomia individuale, consagrato solennemente nella proclamazione del «diritti dell'uomo». Au.tonomia della volontà individuale. e rispetto della proprietà privata. specialmente fondiaria ; ecco i due perni della scuola fisiocratica trasmessi alle codificazioni latine. E da queste, sostanzialmente, passate nelle codificazioni piu recenti. Essi costituiscono l'impalcatura giuridica dell'oggierno assetto economico a struttura capitalistica. (r) (c.f. p. 467)

35. *Idem; ibidem*, p. 348.

36. Gino Gorla, *op. cit.* p. 20-21.

(na *common law*), furto, dano aos bens ou a pessoa de outro, etc”., em que se concede no lugar de uma ação contratual. uma ação *ex delicto*”³⁷

IV. Causa e Motivo

Silvio de Salvo Venosa afirma que “causa é o motivo juridicamente relevante. Os motivos podem ser muitos e geralmente o são, mas causa e deve ser entendida como aquele motivo gerador de conseqüências jurídicas”³⁸

Lino de Moraes Leme, em 1936 já escrevia sobre a confusão existente na doutrina sobre causa e motivo: “Nos trabalhos de elaboração do Código Civil se vê a controvérsia que houve entre Clóvis Beviláqua e Amaro Cavalcanti a respeito da causa nas obrigações. Não é de se admirar que isso tenha sucedido: levanta-se um causalista, surge um anti-causalista. Atentando para o artigo 9 do Código Civil, que expressamente alude à causa como razão determinante do negócio jurídico, ao prescrever que só vicia o ato a falsa causa, quando expressa como razão determinante, ou sob forma de condição” conclui, embora partidário da teoria da causa, “que o negócio jurídico tem uma legítima, visto que a causa falsa vicia o ato. Embora não a considere um elemento do ato jurídico, no entanto, como sua razão determinante, não é objeto de indagação senão no caso de ser alegada a sua falsidade, vale dizer – a falta de causa e vicia o ato, em sendo expressa e falsa. Se o direito não cogita da causa, isto é, da razão determinante, não lhe devia importar fosse ela verdadeira, a legítima, ou falsa, a ilegítima, para negar o valor ao acto jurídico, neste caso”³⁹

O atual Código, em seu art. 140 substitui causa por motivo consoante se vê no art. 140: “O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante”

37. *Idem*; *ibidem*, p. 21.

38. Silvio de Salvo Venosa, *Direito Civil – Parte Geral*, 3.ed., Atlas, São Paulo, 2003, p. 413-4.

39. Lino de Moraes Leme, *Do Erro de Direito em Matéria Civil*, Empresa Graphica da “Revista dos Tribunais”, SP, 1936, p. 109. Veja-se o exemplo: “Para nós, em todas as obrigações há os motivos impulsivos e os motivos finais. Quem adquire uma propriedade é levado por um motivo impulsivo o desejo de aplicar o dinheiro, e um motivo final – o de obter lucro com esse emprego da capital. A causa porém, não se encontra ali: eles são apenas as razões psicologicas que determinam o negócio. Ao lado, porém, dessas razões psicologicas, há o escopo jurídico – dar uma quantia por cousa, e é este escopo jurídico o que recebe a tutela do direito, embora também reciba o motivo, quando expresso como razão determinante ou condição” p. 114-115.

É de se observar, entretanto, que a causa como motivo ou razão determinante não se confunde com o objeto de negócio jurídico. Sílvio de Salvo Venosa distingue o objeto imediato ou conteúdo “que são os efeitos jurídicos a que o negócio tende, de acordo com as manifestações de vontade e a lei aplicável; e o objeto mediato, ou objeto propriamente dito, que é aquilo sobre o que recaem aqueles efeitos”⁴⁰

Esclarece o autor: “No sentido de objeto imediato ou conteúdo, estamos no campo de “constituição, modificação ou extinção” de relações jurídicas. Desse modo, o conteúdo imediato de um contrato de compra e venda, por exemplo, será a transferência da propriedade da coisa alienada, a obrigação de o vendedor entregar a coisa, a obrigação de o comprador pagar o preço”⁴¹ Nesse caso, é o correspectivo do contrato sinalagmático.

Por sua vez, “no sentido de objeto imediato ou objeto propriamente dito, diz Venosa, temos a própria coisa ou o próprio interesse sobre os quais recai o negócio. No contrato de compra e venda, o objeto mediato será a coisa vendida. Se se tratar de negócio que visa a bens incopóresos, então mais propriamente diremos interesse do negócio”, na expressão de Emílio Betti.⁴²

Com maior abrangência, Marcos Bernardes de Mello estabelece “a distinção entre as diversas expressões em que se faz referência ao objeto no trato do direito, “com a precisão terminológica que se impõe ao cuidar do objeto do Direito, da relação jurídica, da prestação, do ato jurídico, etc., chamando a atenção para o fato de que “todo ato jurídico, como instrumento de realização do direito, tem uma atribuição específica, de cunho prático que a ordem jurídica encampa e protege. Visa-se, na compra e venda, à promessa de transmissão do bem; na locação de coisas, à cessão de uso; no casamento, à constituição da família legítima, com todas as suas implicações físicas, econômicas e morais; na emissão de cheque, a uma ordem de pagamento ao banco depositário, por exemplo. Essa atribuição constitui o objeto do ato jurídico, e se caracteriza pela eficácia que as normas jurídicas lhe imputam”⁴³

40. Sílvio de Salvo Venosa, *op. cit.* p.411.

41. *Idem, ibidem*, p. 411.

42. *Idem, ibidem*, p. 411.

43. Marcos Bernardes de Mello, Teoria do Fato Jurídico, *op. cit.* p. 124.

Por razões didáticas, alinharemos os conceitos lembrando que para Bernardes de Mello, “o sentido de objeto como atribuição específica se confunde com o de fim do ato jurídico, não, porém, com o de causa ou de motivo, porque, em relação a esses, é bem mais abrangente”⁴⁴

Em nota de rodapé, o professor Bernardes de Mello nos brinda com os seguintes conceitos:

“I – *Objeto de direito*. As normas jurídicas se dirigem aos homens, regulando-lhes os interesses, em relação aos bens da vida que ela procura distribuir. Todo bem da vida que possa constituir elemento de suporte fático de norma jurídica, porque seja regulado por uma norma jurídica, de algum modo, para atribuí-lo a alguém, é objeto de direito. Esse conceito dado *in abstracto* torna-se concreto no sentido de esfera jurídica, ou seja, quando define o conjuntos de objetos de direitos relacionados a alguém. Assim, constituem objeto de direito e, portanto, integram a esfera jurídica das pessoas: (a) as *coisas*, representadas pelos bens materiais (ex.: bens móveis e imóveis); (b) os bens *imateriais* que consistem na chamada propriedade intelectual, artística, literária, industrial e comercial (ex.: direitos do autor e obra literária, nome comercial, direito da invenção); (c) *créditos*, no sentido de direitos economicamente mensuráveis (ex.: direito à remuneração pelo trabalho prestado, direito ao uso do bem dado em comodato, direito a receber a quantia dada em empréstimo, direito da vítima à indenização por ato ilícito); (d) interesses juridicamente protegidos sem valor econômico, pelo menos imediato (ex.: direito à vida, à liberdade, ao nome, à imagem, à honra, à saúde). Os objetos referidos nos itens (a), (b) e (c) constituem a parte

44. *Idem; ibidem, cit. p. 124.*

do ativo que se chama de patrimônio, porque tem sido econômico. Com a adição dos objetos mencionados no item (d), tem-se a esfera jurídica das pessoas”⁴⁵

II – *Objeto da relação jurídica*. O objeto de direito que constitui matéria de relação jurídica, isto é, sobre o qual recaem os direitos que formam o conteúdo da relação jurídica, denomina-se objeto da relação jurídica. Na relação jurídica de direito real de propriedade, os direitos recaem sobre a coisa que é o seu objeto. Na relação jurídica pessoal, o objeto é a *promessa* de ato humano (ex: no mútuo, a promessa de pagar no dia aprazado), não o ato humano em si, *porque este é* (grifos nossos).

III – *Objeto da prestação*. O objeto da prestação se constitui sempre em um ato humano (ação e omissão) devido em decorrência de uma relação jurídica: o fazer e o não-fazer (há quem pretenda incluir o dar, como o Código Civil, mas a rigor o dar é, apenas uma maneira de fazer).

Na relação jurídica de propriedade, as pessoas cumprem a sua obrigação *abstendo-se* de violar os direitos do proprietário (não-fazer). Na relação jurídica de mútuo o devedor cumpre a sua obrigação pagando a dívida (fazer).

IV – *Objeto do ato jurídico* consiste na atribuição específica que lhe é imputada pelas normas jurídicas que criando, modificando ou extinguindo relação jurídica, de algum modo, altera o conteúdo da esfera jurídica dos figurantes. Sempre que se pratica um ato jurídico válido criam-se direitos e obrigações, os quais evidentemente, constituem modificação naquilo que integra a esfera jurídica dos interessados.

Como se vê, o conceito de objeto de direito é fundamental e dele decorrem todos os outros. Porque para

45. *Idem, ibidem*, p. 124-125.

ser objeto de ato jurídico, de prestação ou de relação jurídica é necessário que seja, antes, objeto de direito.

V – Finalmente, objeto do Direito define a matéria de que cuida a Ciência do Direito: as normas jurídicas, no nosso entender. Essa questão é extremamente discutida, pois que envolve aspectos relativos à própria natureza do Direito, portanto, de cunho filosófico, variando as opiniões segundo a convicção doutrinária de cada um (p.ex. a Teoria Ecológica de Carlos Cossio, que tem por objeto do Direito não as normas jurídicas, mas a conduta humana em sua interferência intersubjetiva).⁴⁶

Observamos, entretanto, com o devido respeito que o ilustre civilista, que o objeto do ato jurídico “como atribuição específica que lhe é imputada pelas normas jurídicas”, não se identifica, segundo a noção de Enzo Roppo, com o conteúdo do acordo e com efeitos que lhes correspondem, na identificação de objeto com o regulamento contratual. No âmbito de uma acepção restrita, o jurista italiano considera objeto do contrato específico bem (coisa ou direito) sobre o qual incide os efeitos do contrato, v.g. a coisa cedida ou locada, o crédito cedido, etc.⁴⁷

Por outro lado, a causa do contrato, reside, segundo Roppo, na razão justificativa da transferência ou da circulação do patrimônio. Esclarece que no passado quando se aludia à causa do contrato, na consideração do contrato como fonte de obrigação, era preferível falar em causa da obrigação, porque a circulação de riqueza determinado pelo contrato se exauria no nascimento da obrigação.⁴⁸

Por sua vez, dentro de um plano objetivo, Enzo Roppo considera causa, “não a contraprestação que justifica a prestação, e vice-versa. A causa é a contextual existência de prestação e contraprestação, justificando-se reciprocamente e simultaneamente: a causa é (nos contratos sinalagmáticos protótipos de contratos) a troca”; e numa acepção mais ampla, a operação econômica que dá substância e razão

46. *Idem, ibidem* p. 125.

47. *Contratto, in* Digesto delle Discipline Privative – Sezione Civile, IV. UTET, 4.ed. 1998.

48. *in, Digesto, cit.* p. 112.

de ser do contrato. Em suma, a causa como síntese dos efeitos essenciais do contrato, sob uma noção unitária e objetiva, projetada além do ponto de vista e do interesse subjetivo de qualquer uma das partes, porque à diferença da prestação e contraprestação – o contrato não é de uma ou da outra parte, mas de todas ao mesmo tempo, determinando, assim, o superamento da concepção atomística e subjetiva, como fonte unitária de diversos possíveis tipos de circulação de riqueza, como, criação de obrigações, transferência de coisa e direitos.

Todas essas explanações levadas a efeito vêm demonstrar o quão é confusa, na doutrina, toda a tentativa de se estabelecer uma distinção entre causa e motivo. No sentido de desvelar a questão, retornamos às palavras de Heidegger, sempre no plano concreto, existencial e originário. Sintetizando o seu pensamento, o motivo é o porquê. A vontade (*Verlagen*) não é determinada por uma pulsão psicológica ou por um estímulo qualquer, mas, pela tarefa que temos diante de nós. Essa tarefa é determinante e decisiva, ou, como diz o filósofo: “...o determinante não é uma ânsia ou pulsão que me faz ansiar e que me impulsiona por trás para algo, mas sim algo que está à minha frente, uma tarefa na qual estou empenhado, algo de que sou encarregado. Isto, por outro lado, esta relação com algo de que sou encarregado só é possível se estiver adiante de em relação a mim mesmo” nesse devir, nesse futuro, que se faz presente, esse futuro que vem ao nosso encontro constantemente, na tarefa na qual estamos empenhados. como é o caso, por exemplo, do presente trabalho, que deve ser concluído e com cuidado, com responsabilidade, no tempo devido. Assim, voltando ao início do presente estudo, uma reflexão, retornamos à “quadratura” (céu, terra, divinos e mortais), em que as coisas sendo-umas-com-as-outras, no tempo, nessa dinâmica, que a simples relação mecanicista de causa-efeito não pode explicar, vislumbramos que essa interpretação superficial do motivo como determinante, como algo que nos impulsiona por trás, em manifesta distorção, nos retira, de antemão, todo o cuidado (cura) que devemos ter quando nos posicionamos ADIANTE DE em relação a nos mesmos, v.g. o contrato a realizar; a promessa a ser feita; a locação; a doação; etc., todas as obrigações (deveres em sentido amplo) e que permeiam todos os ramos do direito. Por isso, causa e efeito, é uma maneira mecanicista de se explicar certos fenômenos, excluindo toda a referência ao ser-no-mundo, de que fala Heidegger, vale dizer, excluindo a existência mesma e que nos impõe retornar ao magistério de Carvalho de Mendonça delineado linhas atrás. “Qual o fato da obrigação? Não existe!” Todo o querer, desejar, toda a vontade, etc., cinge-

se na estrutura de um cuidado, modo de ser-no-mundo, além de tantos outros, jamais um motivo pré-determinado ou determinante que nos impulsiona, para o qual não importa nenhum cuidado, nenhuma responsabilidade, porque, igualmente, podemos não-desejar e rejeitar (outro modo de ser-no-mundo), fundamentado na estrutura de um cuidado. Finalmente, quando colocamos a função-econômica social como motivo determinante, que deve nos impulsionar por trás, principalmente por se tratar de um motivo discutível, etéreo, abstrato – previamente decidido e estabelecido – negamos ao homem toda a possibilidade de ser adiante de *si* (no mundo) e de estar-junto a entes que vêm ao nosso encontro no mundo, ou seja, nas palavras do filósofo: “querer, ansiar e desejar trata-se sempre dos três momentos estruturais do cuidado, isto é, do ser-adiantede *si*, do sempre-já-ser, do estar junto a..,” considerados como momentos equiprimordiais.⁴⁹

Com uma visão comparada, no estudo de alguns sistemas estrangeiros, poderemos vislumbrar com maior facilidade a causalidade considerada como motivo (finalístico) a ser perseguido pelas partes na relação contratual como algo determinante e condicionante, que impulsiona o ser humano por trás para algo, no lugar de algo que deve estar à sua frente, no devir, no tempo, negando-lhe toda possibilidade. É o que veremos a seguir.

V. Visão Comparada

Na elaboração dos confrontos a serem desenvolvidos tomamos por base o profundo estudo de Pier Giuseppe Monateri (“*La Sineddoche – Formule e Regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*” – 1984), prefaciado por Rodolfo Sacco, que enaltece o seu valor sistematológico, como teórico do direito, cuja obra veio completar a de Gino Gorla sobre o contrato, na crítica comparatística que faz dos

49. Martin Heidegger, *Ser e Tempo*, Parte I, 4ª ed. Trad. Márcia de Sá Cavalcante, Ed. Vozes, Petrópolis, 1993, p. 244 e segs. Obs. Relação, para Heidegger, dever ser entendido como um portar-se em e junto a algo, jamais como uma mera relação de um pólo com outro, de algo com algo, de A com B. É suportar a abertura, a manifestação do ente. Nessa abertura para o ser, própria do homem, toda a pergunta deve ser dirigida pelo sentido do ser em geral, pela abertura de ser possível, o que nos conduz a uma mudança de pensar. Maiores digressões não cabem no presente estudo.

procedimentos lógico e metodológico das dogmáticas com fundamento no dado jurídico efeito e concreto.⁵⁰

a) Sistema Francês

No confronto entre a regra do Código de Napoleão com a aplicação jurisprudencial, demonstra Monateri que o diploma civil francês tecnicamente não nos dá uma definição de contrato, limitando-se, apenas a estabelecer no art. 1.101 “le contrat est une convention par la laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose”

Contrato, portanto, est une convention, cuja validade deve preencher quatro condições essenciais enunciadas pelo seu art. 1.108: “Quatre conditions sont essentielles pour la validité d’une convention: le consentement de la partie qui s’oblige; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l’engagement; une cause licite dans l’obligation”

A causa é o seu *vestmentum*, expressamente formulada no art. 1.108, como condição essencial de validade, eis que o “*pactum nudum*” não tem condições de produzir efeitos jurídicos. A causa deve ser lícita como condição de validade.

Por sua vez, com referência à causa da obrigação preccitua o art. 1.131 do Código de Napoleão que: “l’obligation sans cause, ou sur une fausse cause, or sur une cause illicite. ne peut avoir aucun effet”. Observe-se a correspondência com o art. 90 do Código Civil antigo ao aludir a falsa causa que vicia o ato, hoje substituída pela palavra motivo no correspondente art. 140 o atual Código Civil.

Demonstra Monateri, reforçando, assim, todas as nossas considerações levadas a efeito no presente estudo, que o simples consentimento não é suficiente para ligar as partes e produzir efeitos jurídicos. O defeito da causa ou a sua ilicitude gera a invalidade máxima.

Na longa e erudita referência que Monateri faz dos autores franceses, tais como: Larombière, Delvincourt e Toullier, Zancharie, Aubry e Rau, Marcadé, Demolombe, e dos autores mais recentes, como Marty e Raynaud, Weill e Ghestin encontramos a “ausência de causa” ou “defeito de causa” como elementos essenciais das condições de validade do contrato. A nulidade, no caso, é absoluta.

50. P.G. Monateri, La Sineddoche, In, “Studi di diritto comparato”, diretti da Mauro Cappelletti, Milano, Giuffrè, 1984.

Lino de Moraes Leme assinala, igualmente, em pioneirismo, que a equiparação de causa como motivo juridicamente relevante deveu-se a Domat, a Pothier que empregava o vocábulo em duplo sentido – de causa geradora das obrigações e no de causa final das obrigações.⁵¹

Vejamos Ghestin, com sua moderníssima obra “Le contrat” onde alude expressamente à causa como finalidade do contrato, ao confundir a causa ilícita ou imoral com a noção de “but illicite ou imoral”⁵² No seu entender a causa não deixa de ser uma mera “representação intelectual”. um elemento objetivo.

Sucedem que a Corte de Cassação francesa em freqüentes intervenções, como demonstra Monateri, notadamente nos contratos sinalagmáticos, definiu a causa do modo seguinte: “Dans un contrat synallagmatique, l’obligation de l’une des parties a pour cause l’obligation de l’autre et reciproquement” Em outras ocasiões, do seguinte modo: “Dans une convention synallagmatique, l’obligation de chacune des deux parties a pour cause l’execution de l’obligation de l’autre partie” Nas palavras de Monateri: “Comunque, è certo che, operazionalmente la non esistenza oggettiva di una controprestazione, promessa od esequita, viene presa in considerazione attraverso l’indagine sulla causa, e la constatazione della sua assenza rende nullo In modo assoluto il contratto”⁵³ É o seu correspondente, lembrando Lino de Moraes Leme. Considera-se nulo o contrato por ausência de causa, quando a venda tem por objeto preço vil ou simbólico. Do mesmo modo, quando a prestação não tenha valor jurídico, sem qualquer importância prática.

Na maioria das decisões, a aplicação do preceito deu-se objetivamente, sem qualquer exame dos motivos psicológicos das partes, justamente para evitar a confusão terminológica entre motivo (subjetivo) e causa. O valor objetivo, sustenta Monateri se deve ao fato de que a existência de um valor real na contraprestação não resulta da indagação à situação pessoal das partes contratantes.

Nas palavras de Monateri: “A tutta prima l’osservazione dell’uso della causa da parte della giurisprudenza dovrebbe mettere a tacere qualunque dubbio. Ma è sufficiente l’analisi di alcune decisioni per mostrare come i giudici francesi non solo

51. Lino de Moraes Leme. *op. cit.* p. 112.

52. J. Ghestin, *op. cit.* p. 272.

53. P.G. Monateri, *op. cit.* p. 150.

usino tale elemento, ma come, anzi, ne abusino. Talchè, se nella definizione il consenso abbonda, nelle massime la causa sovrabbonda. Basti ricordare una decisione in cui una vendita di vino avariato fu posta nel nulla ricorrendo all'idea del difetto di causa, laddove si sarebbe benissimo potuto invocare la teoria dell'oggetto o del consenso. Si possono cioè avanzare seri dubbi sul fatto che le enunciazioni dei giudici siano sufficienti a svelare la realtà operativa del diritto.⁵⁴

Os críticos da teoria da causa não deixam de afirmar a inutilidade de sua constatação, como Planiol, Marty e Rynaud, Starck e outros, como observa Monateri, dada a dificuldade em conceituá-la, além do seu difícil manejo e aplicação, justamente em razão da confusão de causa com objeto do contrato.⁵⁵

Simplificando a polêmica Ghestin conclui: “ j'en parlais récemment avec monsieur Paul-André Crepeau et j'en étais arrivé à la conclusion suivante: au fond, lui ai-je dit, vous parlez de but, mais vous pensez cause, tandis que moi, je parle de cause, mais je pense but”⁵⁶

b) Sistema Italiano

Seguindo os passos do sistema francês, o Código Civil italiano em seu artigo 1.321 assim define: “Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”

Completando o dispositivo, o art. 1.325 elenca os elementos da estrutura do contrato: “Il requisiti del contratto sono 1) L'accordo delle parti; 2) La causa; 3) L'oggetto; 4) La forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di multa”⁵⁷

É de ser observar que o Código Civil italiano trata pormenorizadamente de cada um dos elementos do contrato, dedicando à causa os arts. 1.343-1.345, cuidando este último da causa ilícita, ou melhor, do motivo ilícito. Por sua vez o art. 1.343 determina quando a causa deve considerar-se ilícita, e o art. 1.344 equipara o caso do contrato em fraude à lei com a hipótese de contrato com causa ilícita.⁵⁸

54. P.G. Monateri, *op. cit.* p. 160.

55. J. Ghestin, “L'ĕ contrat”, *op. cit.* p. 279.

56. P.G. Monateri, *op. cit.* p. 190 (obs. grifos nossos)

57. *Ibidem*, p. 190.

58. *Apud*, P.G. Monateri, *op. cit.* p. 194.

Leciona Monateri que os intérpretes do Código Civil tratam do contrato como um acordo de vontade, à luz do modelo francês, e quando aludem ao contrato bilateral, reduzem-no a uma declaração bilateral de vontade. No uso da linguagem vulgar e na prática da vida social a utilização do vocábulo contrato é tida como acordo.

Percorrendo vários autores, mais recentes, mostra-nos, que Santoro Passarelli reduz a noção tradicional de contrato com a de acordo de vontade, ou seja, contrato e acordo são sinônimos. Sconnamiglio mantendo a definição do Código considera contrato como consenso. Burdese, desenvolvendo a teoria, seguindo a definição legislativa, acrescenta que a causa não parece consistir “un um elemento a sè della fattispecie contrattuale” em razão de que a fattispecie contrattuale consiste em um comportamento declarativo da vontade bilareral, ou plurilateral, tendo por objeto um regulamento de interesses entre duas ou mais partes contratantes, à luz da teoria de Betti que vê na autonomia da vontade caráter preceptivo, como autoregramento de conduta. No mesmo sentido, o prestigioso Enzo Roppo, “Il contratto è di regola un atto, o un negozio bilaterale. Perché vi sia un contratto occorre cioè, di regola, che vi siano almeno due parti e che ciascuna esprima la sua volontà di stostare a qual certo regolamento dei reciproci patrimoniali...”.⁵⁹ “Il Contratto, 1977”, (posteriormente traduzida para o português).

A indispensabilidade da causa é demonstrada na generalidade dos autores, acrescentando ao consenso o elemento ou requisito “causa”, ou melhor, a vontade das partes na formação do acordo e a causa no reconhecimento de sua eficácia.

Adverte Monateri que Galgano “riporta legale per cui “contratto = accordo”, e poi solo in séguito, e quase naturaliter, avverte in dettaglio che la concorde volontà delle parti è...requisito necessario, ma non ancora sufficiente del contratto. Occorre altresì una causa”⁶⁰

Em matéria de invalidade, o sistema italiano, por influência da “pandectística”, reconhece a invalidade absoluta do contrato por defeito de causa. A nulidade aparece como invalidade absoluta, que pode ser declarada de ofício,

59. P.G. Monateri, *op. cit.* p. 196.

60. P.G. Monateri, *op. cit.* p. 202.

enquanto a anulabilidade se apresenta como invalidade relativa, prescritível, que não pode ser declarada de ofício. Por outro lado, na linha do sistema francês, parte da doutrina italiana reconhece ao lado da nulidade e anulabilidade, a inexistência do ato.

O fato é que a causa é considerada por muitos autores como requisito de validade e o consenso, requisito de existência. O problema exsurge em relação aos múltiplos significados do vocábulo causa, que pode ser utilizado, tanto no aspecto interno como externo da relação jurídica, tendo em vista, principalmente, a vastidão de trabalhos na doutrina italiana sobre o negócio jurídico.

Com apoio em Monateri temos as várias acepções: 1) causa, como elemento interno da estrutura da “fattispecie” contratual, no sentido de “causa da obrigação” de que deriva o contrato; 2) causa, como atribuição patrimonial, como sua razão justificativa, revelando-se tanto no lado interno como externo da matéria do contrato; 3) causa, pode referir-se ainda, a qualquer coisa inerente à própria figura ampla do negócio jurídico, a qualquer coisa sempre presente em qualquer negócio; 4) no sentido de “causa civilis” coincide com a ‘fonte’ da relação, com o título da qual deriva a relação jurídica, e finalmente 5) causa como função do negócio.

Para Monateri, do ponto de vista do controle normativo de redução do contrato a um acordo, ocorre na Itália o mesmo problema já visto na França, isto é, o reconhecimento do papel da causa no âmbito interno do contrato tem a sua importância operacional distinta daquela objeto da vontade.⁶¹

Esclarecendo a questão, explica o jurista italiano que se a causa fosse considerada um elemento ínsito da vontade ou escopo imediato voltado ao conteúdo típico do contrato ou aos seus efeitos típicos, não haveria qualquer divergência entre a definição “contrato = acordo” e a regra na qual se faz menção à causa.⁶² Com efeito, o art. 1.321 do Código Civil italiano considera como requisito do contrato, não só o acordo das partes, o objeto, a forma, como também a causa.

O fato é que entre os autores italianos as tentativas doutrinárias no sentido de conceituar a causa resultaram em verdadeira polêmica, principalmente em razão de que a regra do art. 1.321 do Código italiano alude expressamente à causa do contrato e não da obrigação, eis que na doutrina francesa contrato e obrigação são empregados em similitude. Giorgi, citado por Monateri justifica dizendo que a causa

61. *Ibidem*. p. 203.

62. *Ibidem*, p. 204.

do contrato (causa contractus, cur contraxit), deve ser entendida a causa da obrigação contratual (causa debendi, cur se obligavit).⁶³

A teoria que se propagou com ênfase entre muitos doutrinadores foi a identificação da causa (motivo) como função econômico-social do negócio jurídico (V. Scialoja), ou, “rapporto econômico sociale” (Alessi). Carnelutti, na sua “Teoria generale del reato”- 1993, considerada um clássico, identifica a causa com o interesse que, mediante o negócio jurídico, o agente deseja perseguir.⁶⁴

O conceito de Roppo tem-se expandido, ao identificar a causa como o escopo imediato como função econômica e social. como “operação realizada tipicamente em determinado contrato”, como razão e sentido da transferência de riquezas que o contrato visa realizar, do qual é instrumento.⁶⁵

Nessa “onda” da causa-função, dominante, na visualização do contrato como instrumento de circulação de riquezas, iniciada com Scialoja, a noção de causa ilícita (objeto ilícito) encontra o seu apoio em razão de que a idéia de função se identifica com a de tipo negocial, e, portanto, de tipo contratual, cuja “função” encontra-se abstratamente previstas na lei. Daí a juridicização, por força direta e imediata da lei, da incidência da norma no suporte fático, no mero enquadramento típico, sem qualquer preocupação, e aqui, lembramos Pontes de Miranda, com a

63. Carnelutti, Teoria Generale del reato, Padova, 1933, p. 153, apud, P.G. MONATERI, *op. cit.* p. 206.

64. P.G. Monateri, *op. cit.* p. 207.

65. P.G. Monateri, *op. cit.* p. 209. A teoria que adota a identificação da causa como função econômica e social do contrato, com seu escopo prático, segundo Monateri, não consegue explicar a causa dos contratos ou negócios abstratos, bem como a ausência de causa, que resultaria na sua invalidade. Ora, o negócio abstrato tem a sua função. MONATERI se vale dos exemplos de BENSA e de GALGANO, respectivamente. que tentam solucionar “operacionalmente”. a questão, como intento típico presente em um determinado contrato: Quest’ autore (BENSA), dopo aver enunciato l’idea della funzione econômico-sociale, passa ad individuare empiricamente la causa in questi modi: nei contratti bilaterali essa sarebbe l’obbligazione che si assume la controparte; nei contratti unilaterali onerosi, sarebbe la prestazione ricevuta da colui che se obliga; nei contratti gratuiti la causa consisterebbe nello spirito di liberalità. Gli autore che utlizzano l’idea della funzione econômico-sociale, quando passano alle esemplificazioni operazionali, giungono a esemplificazioni che sono consuete anche per coloro Che rigettano (o Che non hanno mai conosciuto) tale Idea. Anche Galgano, ad esempio, passando all’analisi di dettaglio, fa corrispondere la funzione econômico sociale del negozio con la controprestazione nei contratti onerosi, e rispetto alla donazione aggiunge...ache i contratti a titolo gratuito hanno una propria causa...è lo spirito di liberalità”. Così, dopo molto parlare di oggettivismo, e di ragione oggettiva, si há che volontà Del donate è un tale tipo de giustificazione oggettiva, econômico-sociale (si entende), dello spostamento di ricchezza realizzato tra le parti”

eficiência do fato-tipo. A função social e econômica prevista na lei e comum a todos os tipos contratuais a que pertence aquele contrato típico, conduz à noção de causa ilícita, reprovada pelo ordenamento como negócio típico ilícito.⁶⁶

Em suma, a idéia de conceber a causa como escopo típico do negócio, como função econômico-social do contrato. no enquadramento com o “esquema típico” faz com que, na doutrina italiana permaneça frágil e insegura a concepção da invalidade por ausência de causa ou em razão da ilicitude da causa, confundida esta como seu objeto, não obstante o legislador italiano expressamente se referira à causa como um dos elementos indispensáveis do contrato. No exemplo dado por Monateri, conclui-se facilmente a confusão de causa com o objeto do contrato: “A” conclui uma compra e venda por vários motivos, mas o seu intento último e imediato é o de obter a propriedade do objeto que comprara, assim como o da contra-parte “B” é o de lhe transferir tal propriedade e obter o preço avençado. Deste modo, a causa se confunde com a vontade (intento último) e com o objeto. Por sua vez, no caso de doação, a causa é o próprio “animus donandi” identificada com o intento de liberalidade.⁶⁷

Os anti-casualistas consideram, portanto, meramente fictícia a noção de causa como requisito de validade do contrato, tal como sucede no modelo francês. Assinalando a inutilidade do conceito, Monateri cita Barbero: “Scambiare la cosa con il prezzo non è il motivo nè primo nè ultimo, nè remoto, nè prossimo della vendita, ma è l'intento, cioè il risultato, che si vuole raggiungere il contratto di vendita”⁶⁸

Por outro lado, sem qualquer indagação mais profunda, pode parecer fácil abolir simplesmente a causa como elemento da obrigação ou do contrato (utilizando a similitude francesa), pela sua desnecessidade prática, pelo seu “bizantinismo” Mas, o fato é que, conforme demonstrado, o simples consenso não produz efeitos jurídicos. Não é sem razão que Monateri sustenta a impossibilidade da produção de efeitos jurídicos com a simples configuração do acordo: “prometto di darti il fondo Capenate/acetto perchè la dichiarazione del promittente, avente ad oggetto il fondo Capenate, non è sostenuta della promessa di un sacrificio economico da parte del promissario”⁶⁹ Assim, v.g. a compra e venda deve ter uma causa, isto é.

66. P.G. Monateri, *op. cit.* p. 212.

67. *Ibidem*, p. 212.

68. *Ibidem*, p. 219.

69. *Ibidem*, p. 157.

não pode ser gratuita. Se se pretende transferir a propriedade de um bem a título gratuito, importa empregar a forma de doação.

Como se vê, a matéria é árida e espinhosa. O *pactum* sem o seu *vestmentum*, por si só, não é capaz de produzir efeitos jurídicos. O contrato sinalagmático v.g., não se forma com ausência do consentimento ou no objeto. Por outro lado, o contrato sem causa ou sem razão de causa ilícita, do mesmo modo, resta inválido. O que não se pode é confundir os vícios do consentimento (erro, dolo, etc.), com a ilicitude do objeto e com a ilicitude ou a inexistência de causa. Não é sem razão que, modernamente, a noção de ordem pública econômica vem sendo utilizada para considerar ilícita a causa e, negar eficácia a determinados acordos contratuais. Nos contratos de adesão, o apelo que se faz é o mesmo, e a jurisprudência anula, v.g., as cláusulas limitativas de responsabilidade que possam extravasar os limites do equilíbrio contratual.⁷⁰

c) Sistema Alemão

As considerações sobre as particularidades desse sistema serão breves, feitas, por assim dizer, a grosso modo, dadas as diferenças entre os negócios unilaterais e bilaterais que não podem permanecer circunscritas a ampla categoria dos contratos. Ensina Monateri que no direito francês o contrato é uma categoria ampla, generalíssima. Já no sistema “tedesco” o “*Vertrag*” é uma categoria que se insere como um dos possíveis tipos de “*Rechtsgeschäft*” (negócio jurídico) e que os franceses denominam “ato jurídico” Em face da posição sistemática do contrato, a indagação sobre a causa pode referir-se tanto ao negócio jurídico, em geral, como à categoria que se lhe insere do contrato.⁷¹

Com apoio em Monateri, observa-se inicialmente que o BGB não nos dá uma definição de contrato, o “*Vertrag*” que se insere na categoria ampla do negócio jurídico, cujo florescimento se deu precisamente na Alemanha, ou seja, o negócio jurídico entendido como a “declaração privada da vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos” e, portanto uma declaração de vontade de duas ou mais partes.

70. *Ibidem*, p. 157.

71. P.G. Monateri, *op. cit.* p. 174.

Diferentemente da concepção francesa e italiana, o simples *pactum* é suficiente a produzir efeitos jurídicos. É o primado da vontade.⁷²

O BGB dedica ao negócio jurídico toda uma seção, da parte geral, nos §§ 145-157, do título III, da mesma seção do livro primeiro. Resumindo, o BGB trata especialmente do contrato sinalagmático, objeto de um único título, (§§ 320-327, Título II) enquanto os vários contratos típicos são tratados no livro II, dedicado ao Direito das Obrigações.

O Código Civil alemão, como se ensina Monateri, não cuida da causa como um dos elementos essenciais da obrigação ou do contrato, como faz o sistema francês e o italiano. O que proclama o BGB é a nulidade do negócio jurídico contra os *bons costumes*, compreendendo o contrato, sem qualquer alusão à causa, expressa no seu § 183, na parte geral, dedicada ao negócio jurídico.⁷³

Considerando que na Alemanha o BGB divide os contratos em várias classes, cujos requisitos lhe são particulares e correspectivos, distinguindo o negócio de disposição do negócio fundamental, etc., o “*pactum*” como dissemos é suficiente à produção de efeitos jurídicos.

Nos informa Monateri que em se tratando de “contrato obrigatório”, ou seja, aquele que é de regra causal (em contraposição aos negócios abstratos), é suficiente a presença de uma prestação correspectiva, isto é, o correspectivo de que fala Lino de Moraes Leme, típico dos contratos bilaterais onerosos. É o que nos diz Monateri: “In essi è sufficiente la presenza di una repromissione, e, non si richiede che il suo oggetto debba essere (economicamente) equivalente a quello dell’obbligazione che si assume il promittente; ovvero è sufficiente che sia considerato tale nell’intenzione dichiarata delle parti. Fuori del caso del contratti sinallagmatici si parla (come nel caso della società) dell’interesse al perseguimenti dello scopo comune, che può anche consistere in una serie di incrementi patrimoniali”⁷⁴

Cumprе salientar que nos termos do BGB os negócios de disposição⁷⁵ são considerados abstratos, isto é, independem da causa, tais como: o contrato de

72. *Ibidem*, p. 173.

73. *Ibidem*, p. 174.

74. *Ibidem*, p. 176.

75. P.G. Monateri, *op. cit.* p. 178.

transferência da propriedade; os contratos que constituem, extinguem e transferem direitos reais; a cessão de crédito; a assunção de débito; a promessa aceita de débito; a emissão de título ao portador; a letra de câmbio e outros negócios abstratos de direito comercial. Basta, portanto, o simples consentimento, sem qualquer indagação da causa. Em relação à promessa aceita considera-se abstrata a promessa de débito, o reconhecimento de débito (se feito apenas com o mero escopo de querer assumir, desde que não existe qualquer intenção de reconhecer qualquer coisa que efetivamente existia), como diz Monateri, porque como negócios abstratos o BGB omite conscientemente a causa como requisito.⁷⁶

No sistema alemão, por outro lado, existe a possibilidade da denominada causalidade facultativa aposta nos contratos abstratos, vinculando a sua eficácia com a inserção de uma condição “*ad hoc*” como v.g., nos negócios jurídicos de disposição. E, inversamente, existe a possibilidade de se considerar abstrato um negócio normalmente causal.⁷⁷

No que concerne aos negócios jurídicos em geral, em matéria da teoria das invalidades, no sistema alemão os atos inválidos são considerados como ineficazes, mas com caráter específico, eis que os atos ineficazes (utilizando a terminologia comum) são de duas espécies: 1ª) os atos relativamente ineficazes: 2ª) os atos provisoriamente ineficazes.

Os atos relativamente ineficazes, em princípio, são desprovidos de todos os seus efeitos; eles são nulos relativamente a certas pessoas. Guggenheim nos dá os exemplos: “A alienação pelo falido dos bens que pertencem à massa, será ineficazes em relação aos credores; a representação sem poderes, quando ocorre a sua extinção, é ineficaz em relação a determinadas pessoas”⁷⁸

O ato relativamente ineficaz, não se confunde com o ato nulo, pois ele se reveste de características de um ato “simultaneamente válido e ineficaz”, nas palavras de Guggenheim. A ineficácia relativa enseja a possibilidade de sua convalidação, no momento em que a causa de sua ineficácia (relativa) desaparecer, distinguindo-se do ato anulável. Como diz Antonio Junqueira de Azevedo: “(...)

76. *Ibidem*, p. 179.

77. *Ibidem*, p. 183.

78. Daniel Guggenheim, *L'invalidité des actes juridiques*. L.G.L.J., Paris, 1970, p. 33.

ocorre ineficiência relativa, ou inoponibilidade, se o contrato, válido entre as partes, não é oponível a terceiros”⁷⁹

Enneccerus e Nipperdey ao cuidarem do tema das invalidades dos negócios jurídicos, em sentido amplo, não deixam de criticar a construção proposta no direito alemão, ao colocar um *tertium genus*, a ineficácia em sentido estrito, ao lado dos negócios nulos e anuláveis, afirmando que, o que o Código Civil qualifica como ineficaz, esta ineficácia não é um conceito unitário e não se contrapõe de modo algum à nulidade, pois em muitos negócios que se qualificam de meramente ineficazes o efeito está definitivamente excluído de um modo absoluto igual aos dos negócios nulos, sendo conveniente, portanto, qualifica-los, também como nulos.⁸⁰

Completando, em rápidas pinceladas, a teoria das invalidades no sistema alemão, certos negócios são considerados incompletos ou pendentes e não se confundem com os atos nulos, na rigidez que estamos acostumados a visualizar. Os negócios pendentes são aqueles em que não existem ainda, em sua totalidade, todos os elementos de que se compõe o negócio. Como exemplo, podemos citar: os negócios sob condição suspensiva ou a termo; os negócios “*mortis causa*” enquanto vive o autor da herança; o acordo sem entrega; a transmissão formal sem inscrição; os negócios do representante sem poderes de representação e as disposições do titular feitas sem consentimento, etc.

Enneccerus e Nipperdey explicam que a lei determina em cada caso quais os efeitos do negócio incompleto, “especialmente si em los contratos existe un vinculo y si el producirse la parte del supuesto de hecho que aun falta surte efecto *ex nunc* o *ex tunc*. Los negócios pendiente por falta de asentimento de un tercero se hacen reatoadtivamente eficaces por la ratificación y definitivamente nulos por la no ratificación”

79. Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico*, S.Paulo, Saraiva, 1974, p. 63.

80. Ludwig Enneccerus - Hans Carl Nipperdey, *Derecho Civil, Parte General*, v.2, trad. Da 39.ª ed. Alemã por Blas Perez Gonzalez e José Alguer, Bosch, Barcelona, 2ª ed., 1950, p. 365/366. Obs.: Antonio Junqueira de Azevedo referindo-se às observações de Enneccerus sustenta: “quer nos parecer que as ambigüidades e as hesitações, entre os próprios autores, que admitem a ineficácia em sentido estrito como sendo situação diversa da nulidade, se explicam pelo fato de que a questão não foi, até agora, colocada de um ponto de vista positivo. Torna-se, pois indispensável, completar o exame do negócio jurídico, analisando-o no plano da eficácia, e, aí, tentar deslindar exatamente quais os seus fatores de eficácia”

Quanto aos atos provisoriamente ineficazes, segundo Guggenheim são aqueles em que falta uma condição de validade. onde não há certeza da realização dessa condição. Se a condição se realizar, o ato será válido, caso contrário, restará nulo. Durante esse período transitório as partes a ele ligadas não podem revogar, salvo por comum acordo.⁸¹

É o caso dos atos que demandam o concurso de terceiros (§§ 182 e segs., do BGB), ou de uma autoridade (§ 108, BGB); os atos das pessoas portadoras de capacidade restrita (§ 108, BGB).⁸²

Em conclusão, a matéria das invalidades está ligada intimamente ao tratamento empírico que o BGB propõe aos vários casos particulares considerados, seja em relação aos contratos, à declaração de vontade ou a todos os negócios. Considerando que o contrato encontra-se condicionado à noção ampla de negócio jurídico, como “declaração de vontade proveniente de uma ou mais partes” dado o papel relevante da vontade, o trabalho do jurista desenvolve-se no âmbito do aspecto interno do consentimento, na verificação da divergência entre a vontade e a declaração, na qual ela resulta viciada, caso a divergência seja voluntária ou involuntária.

VI. Causalidade e Instrumentalidade

Tivemos oportunidade de ver em Pontes de Miranda que o problema da causalidade nos atos e negócios jurídicos que deságuam no plano da teoria das invalidades (nulo/anulável) é questão de mera técnica legislativa, resquícios de várias correntes, pedaços de vários sistemas.

Não é sem razão, porque, como adverte Heidegger, “a própria técnica é também um instrumento, em latim *instrumentum*”,⁸³ na medida em que pertence à técnica a produção e o uso de ferramentas, aquilo que ele denomina a determinação instrumental e antropológica da técnica. É meio para um fim.⁸⁴

81. D. Guggenheim. *op. cit.* p. 33.

82. *Ibidem*, p. 34.

83. Martin Heidegger, *Ensaio e Conferências, A Questão da Técnica*, trad. Emmanuel Carneiro Leão, Ed. Vozes, Petrópolis, 2002, p. 13.

84. *A Questão Técnica, op. cit.* p. 14.

Buscando descobrir a essência da técnica, Heidegger questiona:

“Embora correta, a determinação instrumental da técnica não nos mostra a sua essência. Para chegarmos à essência ou ao menos à sua vizinhança, temos de procurar o verdadeiro através e por dentro do correto. Devemos, pois, perguntar: o que é o instrumental em si mesmo? A que pertence meio e fim? Um meio é aquilo pelo que se faz e obtém alguma coisa. Chama-se causa o que tem como conseqüência um efeito. Todavia, causa não é apenas o que provoca um outro. Vale também como causa o fim com que se determina o tipo do meio utilizado. Onde se perseguem fins, aplicam-se meios, onde reina a instrumentalidade, aí também impera a causalidade”

A filosofia ensina há séculos que existem quatro causas: 1) a *causa materialis*, o material, a matéria de que se faz um cálice de prata; 2) a *causa formalis*, a forma, a figura em que se insere o material; 3) a *causa finalis*, o fim, por exemplo, o culto do sacrifício que determina a forma e a matéria do cálice usado; 4) a *causa efficiens*, o ourives que produz o efeito, o cálice realizado, pronto. Descobre-se a técnica concebida como meio, reconduzindo-se a instrumentalidade às quatro causas.

E se a causalidade for obscura justamente em sua essência, naquilo que ela é? Sem dúvida, há séculos considera-se a doutrina das quatro causas uma verdade caída do céu, clara como a luz do sol. E, não obstante, já é tempo de se perguntar: por que existem precisamente quatro causas? No tocante às quatro causas, o que significa “causa” em sentido próprio? De onde se determina o caráter de causa das quatro causas de modo tão uniforme a ponto de se pertencerem uma à outra numa coerência?

Enquanto não nos empenharmos nestas perguntas, a causalidade permanecerá obscura e sem fundamento e, com ela, a instrumentalidade e, com esta, a determinação corrente da técnica”

Nas suas palavras, “de há muito costuma-se conceber a causa como o que é eficiente. Ser eficiente significa aqui, alcançar resultados e efeitos. A causa efficiens, uma das quatro causas, determina de maneira decisiva toda causalidade”

Na teoria do fato jurídico o que se leva em conta é a eficiência do suporte fático, ou seja, a necessidade de um suporte fático eficiente para que ocorra a incidência da norma jurídica na concretização de um fato jurídico e tantas outras considerações sobre os elementos que integram um suporte fático no sentido de sua juridização.

Mas, como adverte Heidegger, a finalidade (causa finalis) não pertence à causalidade. “Causa, casus provém do verbo cadere, cair. Diz aquilo que faz com que algo caia desta ou daquela maneira num resultado. A doutrina das quatro causas remonta à Aristóteles. No entanto, para o pensamento grego e no seu âmbito, tudo o que a posteridade procurou entre os gregos com a concepção e com o título de “causalidade” nada tem a ver com a eficiência e a eficácia de um fazer. O que os alemães chamam de *Ursache*, o que nós chamamos de causa, foi chamado pelos gregos de aition⁸⁵ aquilo pelo que um outro responde e deve. As quatro causas são os quatro modos, coerentes entre si, de responder e dever. Um exemplo pode aclarar.⁸⁶

“A prata é aquilo de que é feito um cálice de prata. Enquanto uma matéria (...) determinada, a prata responde pelo cálice. Este deve à prata aquilo de que consta e é feito. O utensílio sacrificial não se deve, porém, apenas à prata. No cálice, o que se deve à prata aparece na figura de cálice e não de um broche ou anel. O utensílio do sacrifício deve também o que é ao perfil (eidos) de cálice. Tanto a prata, em que entra o perfil do cálice, como o perfil, em que a prata aparece, respondem, cada uma, a seu modo, pelo utensílio do sacrifício”⁸⁷

Heidegger designa os quatro modos de dever e responder, os quais entre si, embora diferentes, pertencem um ao outro na unidade de uma coerência, vale dizer, articulados, no sentido de se alcançar a instrumentalidade daquilo que repousa numa causal idade. Por fim, “um quarto modo responde ainda pela integração do utensílio pronto: o ourives. Mas, de forma alguma, como causa efficiens, fazendo com que, pelo trabalho, o cálice pronto seja efeito de uma atividade. Nesse dar-se e propor-se levam o cálice a aparecer, em sua vigência, em pleno advento”

Ora, retornando à nossa reflexão sobre a função social, como motivo finalístico a que todo contrato deve ser conduzido, pelas partes, por se tratar de mera técnica legislativa, no sentido de produzir uma “função-social” como meio e fim, como instrumentalidade, tal fato conduz à concepção errônea de motivo como “causa finalis” No exemplo dado por Heidegger, demonstrando a produção do cálice sagrado, em que a quatro causas são os quatro modos de dever e responder, embora

85. *Idem; op. cit.* p. 14. Obs: com a tradução da palavra escrita em grego.

86. *Idem; ibidem*, p. 14.

87. *Idem; ibidem*, p. 14.

diferentes entre si, pertencem a uma unidade coerente e articulada, no momento em que o cálice circunscreve-se como utensílio sacrificial, finalizando-o, nas suas palavras, “o utensílio não termina ou deixa de ser, mas começa a ser o que será depois de pronto. É, portanto, o que finaliza, no sentido de levar à plenitude, o que, em grego, se diz com a palavra telos. Com muita freqüência, traduz-se telos por “fim” entendido como meta, e também por “finalidade”, entendida, como propósito, interpretando-se mal essa palavra grega. O telos responde pelo que, na matéria e no perfil, também responde pelo utensílio sacrificial”⁸⁸

O motivo, por sua vez, é sempre dinâmico, sempre movimento, jamais estático. Sustenta Heidegger: “O caráter do motivo é que ele me move, que interpela o homem, uma razão de movimento, do agir do ser humano” De modo incisivo e verdadeiro, Heidegger afirma que a “motivação refere-se à existência do homem no mundo como um ente que age, que tem experiências”

Como vimos, a motivação, o que move é a tarefa a realizar, o trabalho a ser concluído, “no tempo e modos devidos” de que fala o Direito Civil, base de todo o fenômeno jurídico, nas palavras de R. Limongi França.

Já, a causalidade é vista como determinação ontológica,⁸⁹ própria das ciências naturais, ou seja, “faz parte da determinação da estrutura do ser da natureza”⁹⁰

VII. Conclusão

Considerando que a razão (determinante) da liberdade contratual reside na função social do contrato, portanto, como motivo, nos socorremos da lição do filósofo, quando Heidegger assinala que “motivo é uma razão isto implica que ele seja sabido” “Por ser motivo, não pode ser separado do compreender”. Porque, “faz parte da essência do motivo que ele seja compreendido como tal para dar-lhe seqüência. É absurdo afirmar que deva primeiro haver um motivo ao qual se acrescentaria um eu. Isto é um hipostasiar do motivo”

88. A Questão Técnica, *op. cit.* p. 14

89. *Idem; ibidem*, p. 17 e segs.

90. *Idem; ibidem*, p. 25 e segs.

O motivo em suma, pertence à experiência da vida. Não é uma antecipação, como ensina Heidegger. Portanto, esse motivo – função-social – só pode ser visto a partir do experienciado e para tanto, precisamos compreender o que se entende por função social.

Cada qual a seu modo dirá que está a realizar uma “função social” O capitalista, o empresário, etc., naquele “slogan” como “gerador de empregos” O consumidor, o cidadão comum, o hiposuficiente, igualmente, arguirá em seu benefício a “função-social” a reclamar o abatimento do preço em face da onerosidade excessiva. Não se sabe o que é função-social. Depende do tempo.

Justamente é o que conduz a norma contida no art. 421 do Código Civil, no exercício da liberdade contratual. Cada sujeito buscará, dentro de uma possível compreensão subjetiva a sua função social. O que é social para um, não será para o outro, dada a relatividade do conceito. Em nome da “função social” etérea, abstrata, em nome e por conta da proteção do mais débil e do mais fraco, instala-se a insegurança jurídica, no tráfico social. Institutos decantados ao longo de séculos perdem-se no esquecimento, a saber: a teoria da imprevisão, a cláusula “*rebus*” a resolução por onerosidade excessiva e todos os demais princípios que informam o contrato.

Facilmente, a decantada função social pode tornar-se impregnada de ideologia, quando em nome dela, o aplicador do Direito, segundo a sua concepção subjetiva, buscará um motivo para arrancar o contrato de seu equilíbrio natural. E, a justiça contratual será pisoteada, no momento em que a função social ficar a mercê de mecanismos políticos-institucionais.

Outro exemplo, que pode aclarar a questão diz respeito ao contrato de trabalho, onde o direito do trabalho (denominado “direito social” por excelência), busca no direito comum (direito civil) a sua fonte subsidiária, “naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais “do próprio direito do trabalho (§ único, do art. 89 da C.L.T.), onde se determina que “nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”

Lamentavelmente, de longa data, notadamente nos manuais, nos tratados, nas monografias especializadas em contratos não se constata qualquer alusão à justiça distributiva de Aristóteles (social por excelência), ao lado da justiça comutativa, melhor dizendo, articuladas, em sua estrutura. A equidade, por sua vez, a

justiça do caso concreto, deixou de ser intrínseca ao jus como nos informa Calasso, permanecendo ao lado, de fora.⁹¹

Retornando ao magistério de M. Villey, sempre presente, quando disserta sobre a noção de synallagma segundo Aristóteles, a demonstrar o apogeu do direito natural (que não se confunde com jusnaturalismo), onde não se constrói a ciência do direito sobre idéias do homem isolado ou do produto de duas vontades individuais e o consentimento, corolário do mito do indivíduo livre. Nem mesmo, sob o mito da soberania da lei estática. Aristóteles descreve a natureza, e o funcionamento da atividade jurídica, dentro da natureza tal qual é, vale dizer, imediatamente social.⁹²

O motivo essencial, no âmbito do synallagma, nas operações de trocas, onde se compreende operações de “circulação de bens, etc”., nas palavras de M. Villey “est le déplacement d'un bien, d'un patrimoine à l'autre .C'est ce déplacement qui donne lieu (par la justice dite “corrective”, a fin de rétablir l'équilibre) à “restitution” d'une valeur autant que possible équivalente. Voilà le motif essentiel”⁹³

Mas, como a noção de synallagma permaneceu sepultada no tempo completamente esquecida e a natureza das coisas, é relegada como algo incompreensível e sem qualquer serventia, abandonada nas Institutas de Gaio (D. I.1.10.2),⁹⁴ e como nota M. Villey ao ensinar que a jurisprudência dos romanos é voltada para o conhecimento das coisas (jamais mera observação), “as Institutas de Gaio são uma descrição das coisas e da natureza das coisas” E, acrescenta: “Les negotia cela existe, tandis que notre contrat-convention n'est qu'une construction de l'esprit”⁹⁵ Por sua vez, no que concerne à causa da obrigação, sem deixar de observar que a noção de causa restou deformada no pensamento jurídico moderno, M. Villey diz textualmente que esta causa “génératrice” aparece mais freqüentemente situada na

91. Francesco Calasso, *Médio Evo del Diritto*, i – Le Fonti, Giuffrè, Milano, 1954, 331/332. Obs. A aequitas que a idade média herdava imediatamente da tradição antiga, conserva agora o traço de sua origem de um mundo não jurídico. No direito romano clássico, ensina Calasso, a aequitas designava um princípio estritamente jurídico, fim supremo de todo Direito e que informa todo o direito positivo, a tal ponto que Cícero pode definir o ius civile como “aequitas constitua iis qui eiusdem civitatis sunt” intrínseca ao próprio sistema de direito positivo (jus), e não fora ou acima dele. Hoje, vislumbramos uma antítese entre aequitas e ius, resquícios do direito Justiniano.

92. Michel Villey, in, *Essays...*, *op. cit.* p. 240.

93. *Idem; ibidem*, p. 240.

94. *Idem; ibidem*, p. 241.

95. *Idem; ibidem*, p. 242.

res que no consentimento.⁹⁶ Importa observar que o direito natural clássico, de que tanto fala R. Limongi França, igualmente permaneceu sepultado e o social de Aristóteles naufragado nas brumas do tempo.

É neste momento que, igualmente, nos socorremos da filosofia da existência, ouvindo as palavras da professora Jeannette Antonios Maman, em sua “Fenomenologia Existencial do Direito” neste momento em que nos deparamos com um – imperativo categórico – a liberdade contratual será exercida em razão e nos limites da função social do contrato: “O problema da liberdade (a liberdade objetiva) não se resolve com o pensamento dos liberais, mas sim na questão da igualdade e do homem solidário. Não há liberdade do homem isolado, a liberdade está no todo social; enquanto individual, é um âmbito, um resíduo, já que o essencial é o social. O homem só tem direito na medida em que a sociedade lhe dá (segundo a distribuição dos bens e ônus sociais); existir é existir no social, é compatibilizar-se com os outros num plano material, sabendo que o nosso ser resulta do que recebemos da sociedade”⁹⁷

Na verdade tudo se resume na sua frase lapidar, quando buscamos seus ensinamentos e perguntamos (perguntamos, obviamente depois do ensinamento de saber perguntar): “O que é ser livre? Como a função social acontece? – Na vida, na própria vida, ou, “é no mundo da vida que vivem os homens” jamais na abstração racional das partes na realização do contrato.

Nas suas palavras, “o homem livre nunca está próximo do tipo ideal, suas situações são variáveis e seu justo é também relativo e mutável. A lei deve consagrar o resultado da pesquisa, da investigação do justo, fruto da obra falível do homem livre, variável e contingente. Por isso, as regras escritas mostram-se insuficientes no plano dos fatos e sua constante mutabilidade”⁹⁸

No momento em que se busca a eticidade no Código Civil, no contexto da boa-fé objetiva e da função social, em normas de conduta e comportamento (deveres) no entabulamento contratual, segundo uma possível moral individual, relegamos o éthos – vale dizer, na lição de Aristóteles, aquilo que concerne aos seres viventes em geral, o “hábito”, o costume de cada tempo e lugar particular, que, para

96. *Idem; ibidem*, p. 243.

97. Fenomenologia Existencial do Direito, Edipro, S. Paulo, 2000, p. 62.

98. *Idem, ibidem*, p. 95.

Heidegger é o “ser-no-mundo” na explicação de ENRICO BERTI ⁹⁹ “o ser-em”, como determinação existencial, constitutiva do ser do Ser-aí (do homem, naquele significado próprio do resguardo da quadratura, do habitar, do demorar-se com ... do habitar com..., ser familiar a. “O éthos no caso funda-se na linguagem, na “morada do ser”, a morada essencial do homem, porque somente o homem fala.” ¹⁰⁰

Da ética individual alcança-se o éthos, do homem sendo um-com-outros (moral e social), nesse relacionar-se, que de modo algum pode ser confundido como uma relação de um sujeito a outro, de um pólo com outro, mas, no sentido de “portar em e junto a algo”, nessa abertura que exige, na exigência da presença, suportando a abertura. Esse “ser-uns-com-os-outros não é uma relação de um sujeito com outro” na expressão heideggeriana, nesse fenômeno, num estar-junto do que vem ao encontro em comum, nesse envolver-se, nessa abertura do ser.

Como Jeannette Antonios Maman adverte, não se deve confundir a moral individual com direito: “Dizer que o direito é justo parece a alguns definição de filósofos, ampla, vaga e sem atender à especialização do direito. Por vezes parece que se confunde com a moral. Não devemos, entretanto, confundir direito com moral individual. De um lado, temos o direito, a coisa justa, isto é, a justa estrutura de relações, a situação justa; de outro, a virtude subjetiva da justiça, um homem justo, de intenção justa (o que leva a um problema de consciência e não de fato). Há um justo objetivo, independente de seu autor, que é a ação justa, que não se opõe ao útil, à utilidade comum, dita bem público, nem aos interesses privados, que invocam o bem comum em nome da sua segurança” ¹⁰¹

E, chama a atenção: “Mas o caráter de utilidade (próprio da economia) não deve substituir o de justiça, já que está referindo-se aos fatos da vida real, leva em conta todos os dados de um problema. Mas ainda, a justiça visa arbitrar as utilidades -- ela é o único fim da parte jurídica, à qual se deve a doutrina das leis. Nesta perspectiva não se desnaturam pois as relações entre o justo e as leis; estas decorrem daquele. Por isso, em última análise, o legal em Aristóteles, é o justo. Textos escritos serão meios específicos para a aplicação do direito, mas é preciso que eles não sejam

99. Enrico Berti, Aristóteles no século XX, trad. Dion Davi Macedo, Ed. Loyola, S. Paulo, 1977, p. 263.

100. *Idem*, p. 264.

101. Jeannette Antonios Maman, *op. cit.* p. 95.

arbitrários, que se prendam à realidade, aos dados da vida, sob a pena de não serem aplicados, serem ineficazes com relação a seus fins e portanto inúteis.¹⁰²

De tudo quanto foi exposto, resta-nos a conclusão compartilhada com o magistério de Carvalho Mendonça, quando assinala que “a sociabilidade humana é a lei fundamental de onde devemos partir para explicar o direito”¹⁰³

Carvalho de Mendonça, não deixou de aludir à função social do “*vinculum júris*” pois “quem quer que exerça de um modo eficaz um trabalho útil à Humanidade, que leve seu livre concurso ao fim comum, à satisfação das necessidades humanas, morais, intelectuais e físicas, preenche por isso uma função social”¹⁰⁴

A tal funcionário (na sua feliz expressão – grifos nossos) é devida a simpatia e estima gerais, além do concurso que todos lhes devem prestar para o cumprimento da tarefa especial que ele desempenha voluntária e livremente.¹⁰⁵

Mas, para que a idealizada função social possa alcançar os mais fracos e oprimidos, é necessário que toda a dogmática do direito resida no fenômeno social. Em matéria de contratos, notadamente os contratos típicos, no seu modelo jurídico devem atender as necessidades sociais. É a lei que deve acompanhar essa evolução. Nada adianta a busca de uma função social, como ônus das partes contratuais, portanto individuais, quando da própria lei não atende os reclamos de, v.g. uma taxa de juros condizente com a realidade social; quando o contrato de empreitada traz dispositivos que colidem com os ditames do Código de Defesa do Consumidor; quando os contratos bancários “standarizados”, não atendem os reclamos da sociedade, alheia-os às condições da vida social. Finalizamos com Carvalho de Mendonça: “No direito das obrigações, além da purificação geral do “*vinculum júris*” que constitui seu fundo, aí existe toda série de contratos com as necessidades morais e sociais de nossos tempos”¹⁰⁶

102. *Idem, ibidem*, p. 95.

103. Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, *op. cit.* p. 14.

104. *Idem, ibidem*, p. 14.

105. *Idem, ibidem*, p. 18.

106. *Idem, ibidem*, p. 18.

Em breves digressões, é a nossa reflexão sobre o tema a reclamar sempre uma visada mais aprofundada e mais alentada, que o pequeno espaço de que dispomos no presente artigo, não comporta.

São Paulo, setembro de 2004.