

OS LIMITES DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS *PACTA SUNT SERVANDA* E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Jackelini Kennedy Onassis dos Santos¹

Gustavo Grossi²

RESUMO

O contrato sempre foi e será ferramenta de grande importância para o trânsito de capital na sociedade. O Código Civil retrata os valores e princípios reconhecidos na Constituição Federal e assim todos os institutos jurídicos, dentre eles o contrato, passa a desempenhar uma função social.

Percebe-se o declínio do princípio da obrigatoriedade dos contratos, o “*pacta sunt servanda*” após a interferência do Estado nas relações entre particulares. O Código Civil em vigor, disciplinado nas bases sociais, éticas e eficientes, determina que as partes respeitem o princípio da boa-fé objetiva. Neste sentido, não se admite cláusulas abusivas nos contratos.

O atual Código Civil visa às circunstâncias, as quais serão permitidas a reexame ou a resolução do contrato. O mesmo já acontecia no Código de Defesa do Consumidor que engloba um rol ilustrativo de cláusulas abusivas. Nos contratos, não existindo previsão expressa, o julgador da lei valer-se-á das cláusulas gerais para coibir a prática de abusos. Desta maneira protege-se o contrato para que atinja sua finalidade, seja para o interesse dos contratantes ou sua função social. O intuito deste estudo consiste em analisar a aplicabilidade da *função social do contrato*, como limitador da autonomia da vontade, relativizando o princípio do *pacta sunt servanda*. Como a utilização deste novo princípio é muito complexa, este trabalho busca compreender como é possível harmonizar os institutos da força obrigatória e da função social dos contratos, sem abolir a individualidade da relação privada, prevenindo o dano social sobrevivendo desta relação.

¹Acadêmica de Direito, pela Faculdade Doctum da Serra, Espírito Santo.

²Especialista em Direito Securitário e Ressecuritário pela PUC/MG; Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação do Ministério Público de Minas Gerais; Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce; Presidente do Conselho de Administração da Viação Riodoce Ltda; Membro da AIDA (Associação Internacional de Direito do Seguro); Membro da ABAMI (Associação Brasileira de Advogados do Mercado Imobiliário).

Palavras-chave: Contrato. Obrigação. Função Social.

1 INTRODUÇÃO

Com base na análise histórica dos contratos e nos princípios que o cercam, constata-se que durante a vigência do Código Civil de 1916, pouco valor se dava ao princípio da função social dos contratos. Tal fato sustenta-se ao verificar que a sociedade da época ainda tinha resquícios de um período turbulento marcado pelo fim da escravidão e início de uma República. Assim, os valores da época estavam voltados ao individualismo e tradicionalismo, de maneira geral.

Somente após a implantação efetiva do Estado do Direito, em detrimento a Constituição Federal de 1988, a esfera cível teve uma nova interpretação. Em contrapartida ao tradicionalismo da época, o Código Civil de 2002 surgiu com uma nova roupagem, voltado aos anseios da sociedade. A partir disso, foi instituído no artigo 421 do Código Civil o princípio da função social dos contratos. O princípio da Função Social dos Contratos foi criado em detrimento ao art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal, que limita o direito de propriedade ao atendimento da função social.

Dessa forma também, ele determina que o interesse geral seja recepcionado em relação ao individual. Entretanto, o mesmo Código não trouxe definição do conceito de tal princípio, dando ao aplicador da lei o poder de interpretá-las e, consigo a possibilidade de declarar nulidade total ou parcial de determinado contrato.

Destarte, o princípio da obrigatoriedade dos contratos, também chamado de *pacta sunt servanda*, foi perdendo sua força, gradativamente, com o advento da função social dos contratos. O presente trabalho tem como finalidade elucidar como o princípio da função social do contrato pode coexistir simultaneamente com o *pacta sunt servanda*, mas sem que o contrato perdesse sua eficácia e conseqüentemente a segurança jurídica – princípio consagrado no ordenamento jurídico.

Para a compreensão do tema, esta pesquisa trará inicialmente a definição de contrato e sua evolução histórica dando ênfase à passagem do liberalismo adotado no código napoleônico até a intervenção estatal do Estado social.

Por fim, o terceiro tópico, base desta dissertação, esclarecerá a problemática acerca da predominância do princípio da função social dos contratos, mas mantendo

simultaneamente sua força obrigatória, decorrente do princípio do *pacta sunt servanda*. Esta pesquisa aplicará ao método indutivo de abordagem, utilizando a técnica da pesquisa de natureza bibliográfica, empregando consulta doutrinas e legislações acerca do tema.

2 ELEMENTOS CONCEITUAIS

2.1 História dos contratos

Não se pode afirmar, uma data, ou contexto histórico preciso ou exato para o surgimento do contrato, pois seria uma tentativa pretensiosa ou uma aventura sem validade científica.

O que se pode buscar são indícios de seu surgimento, em diversas civilizações, neste sentido ARNALDO RIZZARDO indica alguns desses exemplos:

No antigo Egito, conheciam-se formas rudimentares de contratos, uns disciplinando o casamento, exigindo a sua inscrição no registro público, para estabelecer a filiação; outros relativos à translação da propriedade. (...) Na Grécia, onde predominavam as letras, o direito não teve grande esplendor. Mas conheciam-se, desde os primórdios das cidades estados Esparta e Atenas, formas rudes de relações jurídicas, especialmente ligadas ao casamento e aos bens materiais, não raramente inspiradas em práticas rituais. O casamento se estabelecia em um contrato, proibindo-se a poligamia, mas sem restrições legais ao concubinato (RIZZARDO, 2011, p. 7 e 8).

Apesar de não existir um momento exato para o surgimento do contrato pode-se afirmar que existiu um período em que a sua formação se tornou mais nítida, ou seja, mais detectável pelos estudiosos do direito ou historiadores.

Segundo a maioria da doutrina, foi na época clássica, em Roma que se começou a introduzir efetivamente o elemento do acordo contratual, assim alcançando-se um conceito mais estrito de contrato.

Durante a História do direito Romano ocorreu uma enorme evolução do contrato, se manifestando de formas bem diversas nos períodos clássico e Justiniano.

O termo contrato, no mais antigo Direito Romano, equivalia ao ato pelo qual o credor submetia o devedor a seu poder, em virtude do inadimplemento de uma obrigação. Neste período, Segundo RIZZARDO:

Foi justamente na Tábua VI que apareceu a origem da obrigação e do contrato, ao consignar a norma cum *nexumfacietmancipiumqueuti língua nuncupassit ita jus esto*. O vocábulo *nexum* exprime um elo, uma cadeia, significando, também contrato. O conceito de obrigação emana desta regra, induzindo a concluir que o credor podia dispor do corpo do seu devedor no caso de impontualidade ou de inadimplemento da obrigação (RIZZARDO, 2011, p. 8).

Ainda conforme RIZZARDO (2011) seria o período Justiniano o momento supremo do direito romano, onde se consolidou o conceito de contrato, onde o gênio jurídico dos romanos, distinguiu em três formas: a convenção, o pacto e o contrato. Conforme ensinava Ulpiano, a convenção era um termo geral que compreendia o pacto e o contrato. Interpretava-se como o consentimento de duas ou mais pessoas para formar entre elas algum acordo, ou para resolver, ou solucionar alguma obrigação. Assim o pacto ou *pactum*, compreendia às convenções não reconhecidas pelo direito civil, desprovido de ação e de força obrigatória. Já o contrato ou *contractum* referia-se às convenções previstas e reconhecidas pelo direito Civil, munidas de força obrigatória e dotadas de ação.

Na Idade média, com fortes influencias do direito canônico, o contrato se consolidou, assegurando à vontade humana a possibilidade de criar direitos e obrigações. Surgiu o princípio “*pacta sunt servanda*” o qual será estudado adiante.

A esse respeito CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA assenta que:

O Direito medieval, conservando embora a concepção obrigacional da época clássica, introduziu lhe maior teor de espiritualidade, confundindo na ideia mesma de *peccatum* a falta de execução da obrigação, que era equiparada à mentira, e condenada toda quebra da fé jurada. E, pelo amor à palavra empenhada, instituíram os teólogos e canonistas o respeito aos compromissos (*pacta sunt servanda*), que lhe instilaram maior conteúdo de moralidade com a investigação da causa. (DA SILVA PEREIRA, 2003, p.14.)

O exemplo do direito romano, o código napoleônico, por sua vez, foi a primeira grande codificação moderna e conceituava a convenção como o gênero, do qual o contrato era uma espécie (art. 1.101) e define o contrato como "Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.", que traduzido significa, “uma convenção pela qual uma ou várias pessoas se obrigam, para com a outra ou outras dar, fazer ou não fazer qualquer coisa”.

Decerto define mais obrigação do que contrato, contudo, tem sua relevância

ao concluir ser o contrato uma convenção dotada de efeitos obrigacionais. Arquitetado sob o calor da Revolução de 1789, o referido documento disciplinou o contrato como mero mecanismo para a aquisição da propriedade. O convênio de vontades representava, em verdade, uma garantia para os burgueses e para as classes proprietárias.

A transmissão de bens passava a ser dependente exclusivamente da vontade, como caracteriza Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

O código napoleônico de 1804 - grande código da idade moderna e o primeiro dos códigos burgueses — associava o contrato à liberdade e o conectava, em um binômio indissolúvel, ao direito de propriedade (categoria-chave do sistema jusprivatístico). O contrato seria o instrumento técnico-jurídico adequado de transferência da riqueza das classes vencidas para a nova classe nascente. Mediante o igualitário acesso à propriedade - pela via do contrato-, a propriedade se liberta dos pesos de origem feudal que impedem o seu uso capitalista, adentrando o bem no ciclo produtivo. (Farias e Rosenvald, 2013, p.54).

Além disso, na opinião de Gagliano e Pamplona Filho (2014, p.42) “inegável contribuição seria dada pelo movimento iluminista francês, o qual, segundo uma escancarada vocação antropocêntrica, firmara a *vontade racional do homem como centro do universo*”. Conforme os autores, por consequência desta concepção, ocorreram uma supervalorização da força normativa do contrato, levando suas últimas consequências pela consagração fervorosa do *pacta sunt servanda*.

Dentro desta mesma ótica antropocêntrica e patrimonialista, a autonomia privada elevou-se a quase que um mandamento, refletindo amplamente em toda a concepção dos contratos até o final do século XIX e início do seguinte.

Ainda de acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2014, p.42), “Essa tendência individualista, entretanto, acabaria por gerar sérios desequilíbrios sociais, somente contornados pelo dirigismo contratual do século XX, reflexo dos movimentos sociais desencadeados na Europa Ocidental”, para eles, “*relocariam o homem na sociedade*, retirando-o do pedestal a que acendera, após a derrocada do antigo regime, quando pretendeu assumir o lugar de Deus”.

Neste diapasão, podemos depreender que, o contrato sofreu claras e consideráveis transformações ao longo do século XX, passando por um inegável processo de solidarização social, adaptando-se à nova sociedade de massa que se formava. Dessa feita, o consumismo impulsionado pelo capitalismo, provocou a escassez do contrato paritário dando lugar aos contratos de massa (contratos de

adesão).

Esse novo direito privado exigiu reflexões dos dogmas clássicos, mediante preceitua Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.24):

A economia de massa exige contratos impessoais e padronizados (contratos-tipo ou de massa), que não mais se coadunam com o princípio da autonomia da vontade. O Estado intervém, constantemente, na relação contratual privada, para assegurar a supremacia da ordem pública, relegando o individualismo a um plano secundário. Essa situação tem sugerido a existência de um dirigismo contratual, em certos setores que interessam a toda a coletividade. Pode-se afirmar que a força obrigatória dos contratos não se afere mais sob a ótica do dever moral de manutenção da palavra empenhada, mas da realização do bem comum (Gonçalves, 2012, p.24).

Nesse rumo, iniciou-se um novo modelo social que se denomina sociedade de consumo.

Assim, com o crescimento da indústria, o modo de produção também modificou, sendo então organizado em categorias, onde, cada operário seria responsável por um único segmento da produção. Esse padrão instituído resultou um aumento da produção e barateamento do produto final. Sob esse prisma de constatação de transformação social, que implicou na necessidade de proteção jurídica adequada a essa realidade.

(A partir deste raciocínio, colacionamos a lição de Paulo Roberto Nalin, 2002, p.109):

O homem contratante acabou, no final do século passado e início do presente, por se deparar com uma situação inusitada, qual seja a da despersonalização das relações contratuais, em função de uma preponderante massificação, voltada ao escoamento, em larga escala, do que se produzia nas recém-criadas indústrias (Nalin, 2002, p.109).

Devido à modificação da sociedade o modo de contratar se modificou, passando de um acordo personificado, no qual, era permissível se discutir as cláusulas contratuais, para a um modelo de contrato despersonalizado, uniformizado e objetivado. Assim com a ascendência do sistema capitalista o rito de contratar passou a ser cada vez mais célere.

Neste contexto, são oportunos os comentários de Gagliano e Pamplona Filho:

De fato, nos dias que correm, em que a massificação das relações contratuais subverteu radicalmente a balança econômica do contrato, a avença não é mais pactuada sempre entre iguais, mas converteu-se, na

grande maioria dos casos, em um negócio jurídico standardizado, documentado em um simples formulário, em que a uma parte (mais fraca) incumbe aderir ou não à vontade da outra (mais forte), sem possibilidade de discussão do seu conteúdo.

Devido a essa celeridade nas contratações passou a ser estipulado um novo tipo contratual, qual seja, o contrato de adesão, onde as cláusulas contratuais já estão antecipadamente fixadas, sendo suficiente a uma das partes anuir ou não a esse contrato, ou seja, não se questiona o teor dessas cláusulas contratuais.

Contratos de cartões de crédito, de fornecimento de água e luz, de telefonia fixa ou celular, de empréstimo, de seguro, de transporte aéreo, terrestre ou marítimo, de financiamento habitacional, de alienação fiduciária, de consórcio, de leasing, de franquias, de locação em shopping center, de concessão de serviços públicos, de serviços via internet, de TV a cabo, enfim, as mais importantes figuras contratuais são pactuadas, hoje, sob a forma de contrato de adesão, modalidade contratual forjada no início do século XX, e cuja especial característica consistiria exatamente no fato de apenas uma das partes ditar o seu conteúdo, redigindo as suas cláusulas, impondo-se a outra, portanto, aceitar ou não a proposta que lhe fora apresentada. (Gagliano e Pamplona Filho, 2014, p 44).

Apesar de essa nova forma de contratação não permitir a ampla e exaustiva discussão de suas cláusulas, o que seria ideal para um modo de contratação justo, este sistema é sem dúvidas, uma ferramenta extremamente necessária e economicamente útil, considerando o incontável número de pessoas que dia a dia contratam esses repetidos serviços indispensáveis. Desde que atenda o princípio da função social e respeite a dignidade da pessoa humana.

A esse respeito, o legislador no intuito de atrair à norma a realidade na qual vivemos, tornou irrefutável no novo código, a moderação de admitir a função social dos contratos. Como se pode ver esta inovação representou o nítido cuidado com as tutelas sociais daqueles que frequentemente estão contratando.

Através desse raciocínio Gagliano e Pamplona filho criam uma antítese:

De fato, a mesma sociedade, que contrata em massa e exige respostas imediatas e praticamente padronizadas para demandas repetidas, não pode desprezar o ser humano, enquanto indivíduo, com liberdade e consciência, que busca a forma adequada e segura para o cumprimento de sua livre e consciente vontade (Gagliano e Pamplona Filho, 2014, p 46).

Enfrentar essa antítese, e aplicar estes interesses contrapostos, é sem dúvidas um dos maiores desafios dos civilistas atuais. Em decorrência desse liberalismo, criou-se um grave desequilíbrio nas relações comerciais, obrigando o

Estado a intervir criando leis que coibissem essas cláusulas abusivas, protegendo assim a parte mais fraca dessas relações, isto é, os consumidores. Com a criação dessas leis que visavam proteger os consumidores, e alcançar o equilíbrio nas relações contratuais, chegou-se mais próximo do conceito dos contratos com adesão que temos hoje em dia.

3 CONCEITO DE CONTRATO

Assim como qualquer outro tema, não existe definição absoluta sobre o instituto do Contrato, entretanto, podemos encontrar inúmeras definições criadas pelos mais diversos doutrinadores acerca deste título.

Em sua obra, Tartuce (2011, p.35), cita os conceitos apresentados pelos maiores civilistas clássicos.

Clóvis Beviláqua afirma ser o contrato 'o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos' (Código..., 1977, p. 194). Para Orlando Gomes o contrato é 'o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeira as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que a regulam' (Contratos..., 1996, p.10). Washington de Barros Monteiro conceitua o contrato como sendo 'o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito (Curso..., 2003, p.5).

Por outro lado, Paulo Nalin, 2005, também citado por Tartuce (2011, 35), trouxe uma visão contemporânea de contrato, para ele, o contrato constitui: “ a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também para terceiros” (do contrato... 2005, p.255).

No mesmo sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 49), dão uma concepção ainda mais moderna à clássica definição de contratos, quando incluem os princípios da função social e da boa-fé objetiva: “[...] entendemos que o contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades” (grifos do autor). GAGLIANO E PAMPLONA FILHO (2014. p. 49.)

Indispensável também são os ensinamentos de Caio Mário Da Silva Pereira (2011, p.7) quando conceitua o contrato: “É um negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o consentimento; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a

ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos”.

Por sua vez, enorme contribuição também fora dada pela civilista Maria Helena Diniz, em sua obra “Curso de direito civil brasileiro”, traz a definição de Contrato como sendo “o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”. DINIZ (2008, p30)

É importante mencionar a extrema relevância do contrato no Direito Civil, e sua utilidade no meio social.

Mais uma vez, sob os ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 39), observa-se seu valor:

Trata-se, em verdade, da espécie mais importante e socialmente difundida de negócio jurídico, consistindo, sem sombra de dúvidas, na força motriz das engrenagens sócio-econômicas do mundo.

Desde os primórdios da civilização [...] o contrato passou a servir, enquanto instrumento por excelência de circulação de riquezas, como a justa medida dos interesses contrapostos.

[...] poucos institutos sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou a sociedades com estruturas e escalas de valores tão distintas quanto às que existiam na Antiguidade, na Idade Média, no mundo capitalista e no próprio regime comunista.

Nota-se, então, no que se refere ao negócio jurídico, Contrato é sua espécie mais importante, sendo este capaz de sobreviver ao tempo e adaptar-se aos moldes do meio social no qual está inserido.

4DOS PRINCÍPIOS

4.1 Conceito de princípio

Em termos gerais, entende-se como Princípio, o início, fundamento ou essência de algum fenômeno. Também pode ser definido como a causa primária, o momento, o local ou trecho em que algo, uma ação ou um conhecimento tem origem. Sendo que o princípio de algo, seja como origem ou proposição fundamental, pode ser questionado. Pode ser compreendido também como norma de conduta, seja ela moral ou legal.

O Código Civil atual é considerado um Código de Princípios, tendo em vista sua enorme presença neste. Completando essa linha de raciocínio, conceitua o ilustríssimo doutrinador Flávio Tartuce (2011, p.87 e 88):

Pode-se conceituar como sendo regramentos básicos aplicáveis a um determinado instituto jurídico, no caso em questão, aos contratos. Os princípios são abstraídos das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais.

E, com uma visão um pouco mais aprofundada sobre o assunto, aduz WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, citado por GAGLIANO E PAMPLONA FILHO (2014, p.65).

Princípios, por sua vez, encontram-se em um nível superior de abstração, sendo igual e hierarquicamente superiores, dentro da compreensão do ordenamento jurídico com uma 'pirâmide normativa' (Stufenbau), e se eles não permitem uma subsunção direta dos fatos, isso se dá indiretamente, colocando regras sob o seu 'raio de abrangência'.

Logo, dentro de um âmbito jurídico, podemos dizer que Princípios são normas básicas inquestionáveis. Formam, as alegações primárias do direito, e estão vinculados àqueles valores consolidados da sociedade, que expõem o que foi por ele concebido como sendo o digno/correto.

4.2 O princípio do “pacta sunt servanda”

Como exposto neste trabalho, o Pacta Sunt Servanda tem fundamentação histórica no direito canônico, onde o princípio da obrigatoriedade contratual deveria ser obedecido em seu sentido estrito, ou seja, o contrato não poderia ser modificado ou extinto, pois tal feito seria considerado pecado.

Seguindo neste raciocínio histórico, este princípio não permitia relativização, nem extinção deste contrato sob nenhuma hipótese, conforme expõe Caio Mario da Silva Pereira (2011, p.13), ao dizer que “ O Direito Romano, resumindo talvez milênios de evolução da ideia contratual, já enunciara a regra, com o caráter absoluto e irrefragável, de um postulado de sua vida social e política, fundada no mais extremado individualismo”.

Decorrente do princípio da autonomia privada, o princípio da obrigatoriedade dos contratos, também conhecido como "*Pacta Sunt Servanda*" refere-se aos contratos privados. Destaca-se que os pactos e cláusulas ali contidos, logo depois

de declaradas, tem força de lei entre as partes contratantes, ou seja, impõe os mesmos preceitos coativos que esta tem.

Segundo Orlando Gomes, citado por TARTUCE (2011, p. 115),

O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. O contrato obriga os contratantes, sejam quais forem as circunstâncias em que tenha de ser cumprido. Estipulando devidamente o seu conteúdo, vale dizer, definidos os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes, força obrigatória.

Pactuado validamente o conteúdo do contrato, cumpre dizer, estipulados os direitos e obrigações de cada parte, as respectivas cláusulas têm, para os contratantes força obrigatória. Este é entendimento tradicional dos contratos que se mantém desde o direito romano. Não poderia, sem qualquer razão plausível, ser o contrato rediscutido ou anulado, sob pena de promover insegurança jurídica na sociedade. Em outras palavras, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam:

Tendo o contrato como fundamento a vontade intersubjetiva, em princípio, ninguém é obrigado a se vincular, mas, se o indivíduo assim o fizer, o contrato deverá ser cumprido em todos os seus termos. A confiança na palavra empenhada impede que uma das partes se exima de suas obrigações (...). Em atenção ao primado da segurança jurídica, a parte recalcitrante se curvará à coerção estatal, tal e qual prescreve o art. 389 do Código Civil. Afinal, é justo o conteúdo do pactuado, posto decorrente da vontade soberana das partes. Se o contrato é justo e útil, faz lei entre as partes (Farias e Rosenvald, 2013, p.154)

Corroborando com essa ideia, Caio Mário da Silva Pereira ensina:

O contrato obriga os contratantes. Lícito não lhes é arrependem-se; lícito não é revogá-lo senão por consentimento mútuo; lícito não é ao juiz alterá-lo ainda que a pretexto de tornar as condições mais humanas para os contratantes. Com a ressalva de uma amenização ou relatividade de regra [...], o princípio da força obrigatória do contrato significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada. A ordem jurídica oferece a cada um a possibilidade de contratar, e dá-lhe a liberdade de escolher os termos da avença, segundo as suas preferências. Concluída a convenção, recebe da ordem jurídica o condão de sujeitar, em definitivo, os agentes. Uma vez celebrado o contrato, com observância dos requisitos de validade, tem plena eficácia, no sentido de que se impõe a cada um dos participantes, que não têm mais liberdade de se forrarem às suas consequências, a não ser com a cooperação anuente do outro. Foram as partes que escolheram os termos de sua vinculação, e assumiram todos os riscos, a elas não cabe reclamar, e ao juiz não é dado preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas, que não podem ser atacadas sob a invocação de princípios de equidade, salvo a intercorrência de causa adiante minudenciada (PEREIRA, 2011,

p.13).

Tal entendimento já foi superado e adaptado dentro de uma realidade mais contemporânea, tendo em vista que a obrigatoriedade das convenções continua previsto em nosso ordenamento jurídico, entretanto, não mais como regra geral, mas sim constituindo uma exceção à regra geral da sociedade, secundária à função social do contrato.

Partindo dessa premissa, a realidade jurídica e fática no mundo hodierno não possibilita mais a concepção estagnada de contrato tornando o princípio relativizado e permitindo a extinção em caráter de exceção conforme preceitua Maria Helena Diniz “o contrato é intangível, a menos que ambas as partes o rescindam voluntariamente ou haja a escusa por caso fortuito ou força maior (CC, art.393, parágrafo único).

Dentro dessa realidade, constata-se que “podemos facilmente perceber como o *pacta sunt servanda*, nos dias que correm, tornou-se visivelmente menos rígida, da mesma forma como vislumbramos no princípio da autonomia da vontade ou do consensualíssimo” (Gagliano e Pamplona Filho 2014, p.77).

Vale ressaltar que o princípio da força obrigatória dos contratos tenha perecido em razão da atual codificação. Todavia, existe a real possibilidade desse princípio ser substituído por outro, como o da boa-fé objetiva, ou mesmo da conservação do contrato.

4.3 O princípio da função social dos contratos

O legislador não dirimiu a aplicação do princípio da função social dos contratos, bem como uma definição. Cabem então, aos doutrinadores, a função de suprir tais lacunas. A partir de tal necessidade, passa-se então a esclarecer esses pontos.

Definem Gagliano e Pamplona Filho, “para nós, *função social do contrato* é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum”. GAGLIANO E PAMPLONA FILHO (2014, p.84).

A função social do contrato não tem conceito determinado. Entretanto, é

possível delimitar sua atuação no espaço jurídico em que se projeta.

Dentro desta ótica, EDUARDO SENS SANTOS, citado por GAGLIANO e PAMPONA FILHO, considera que:

(...) o contrato não pode ser mais entendido como mera relação individual. É preciso atentar para seus efeitos sociais, econômico, ambientais e até mesmo culturais. Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir equidade nas relações negociais em nada se aproxima da ideia de função social. O contrato somente terá uma função social uma função pela sociedade – quando for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral. Acima do interesse em que o contrato seja respeitado, acima do interesse em que a declaração seja cumprida fielmente e acima da noção de equilíbrio meramente contratual, há interesse de que o contrato seja socialmente benéfico, ou, pelo menos, que não traga prejuízos à sociedade – em suma, que o contrato seja socialmente justo. GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2014, p. 83,84).

Esta colocação do autor não está tendenciosa a abolir os princípios da autonomia da vontade, nem o próprio *pacta sunt servanda*. O que se pretende é fazer com que haja um equilíbrio entre os princípios acima mencionados, conjuntamente com o da função social dos contratos, de forma não confrontante aos valores constitucionais superiores no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A crítica de CAIO MÁRIO foi colocada nestes termos:

É de bom conhecimento repetir que o equilíbrio contratual repousa no balanceamento da autonomia da vontade e do princípio da ordem pública. A primeira significando a faculdade de concluir cada um o contrato de suas conveniências, e segundo os seus interesses. Mas tendo em vista que a liberdade levada ao extremo pode gerar o desequilíbrio econômico, vem o Estado e contém o excesso de individualismo ou reprime as expansões egoístas, mediante a edição de normas de caráter proibitivo ou imperativo. Cabe, então, ao legislador (note-se bem, ao legislador) definir até onde impera o preceito de ordem pública, permitindo que a liberdade de contratar opere sempre que não sofra a restrição imposta pelo dirigismo estatal; obedecendo, contudo, à traça impressa pelo Legislador. Não foi isto que fez o Anteprojeto. Em face deste conflito entre a autonomia da vontade e os excessos individualistas, enunciou a regra de contenção dela, subordinando-a à função social do contrato, e ao mesmo tempo negou a 'liberdade de contratar', tendo-se em vista que não poderá ser exercida sem aquela subordinação.

Prossegue o doutrinador:

Acontece que esta ideia não é precisamente definida. Assemelha-se ao contexto do art. 1º do Código Civil Soviético, que condiciona a proteção dos direitos individuais ao seu exercício em consonância com a sua destinação econômica e social. Mas no direito soviético este preceito tem significação precisa, em razão de todo o sistema jurídico ser a expressão filosófica do

marxismo e ter a definição econômica que o direito necessariamente há de realizar ali. Mas num sistema jurídico que se não subordina a uma escola filosófica preordenada, e no qual o substrato econômico se funda no princípio da livre iniciativa, torna-se perigosamente inseguro o princípio que subordina a liberdade de contratar à função social do contrato. Não passará de uma alegação a mais, no propósito de invalidar as avenças, e de um fundamento a mais para a manifestação de recursos. pp. 156/157, do Livro Reformulação da Ordem Jurídica e Outros Temas. (9).

5 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E 2002

O Código Civil de 1916 ignorou a função social do contrato e da propriedade. O mesmo absorveu, exageradamente, os valores individualistas, patriarcais e conservadores da sociedade de então. A legislação contratual civil, no que tange a sua função social, apenas começou a valer com a implantação efetiva do Estado de Direito, em detrimento da Constituição da República de 1988, uma vez que esta não ocupava papel central em nosso ordenamento jurídico, sendo então o próprio Código Civil detentor de tal colocação.

Isto posto, vale ressaltar um ponto crítico mencionado pelos autores GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2014, p. 87): “Se, em nossa sociedade, a cultura que diz respeito a Constituição fosse mais valorizada e incentivada, talvez não precisássemos de tantas leis, medidas provisórias, decretos ou regulamentos, os quais, muitas vezes, explicitam simplesmente o óbvio”.

O Código Civil, em termos gerais, prevê regras de conduta a todos seres viventes em sociedade. A partir desse ponto, o código de 2002 estabeleceu capítulo direcionado à teoria geral dos contratos, em que foi consagrado um dos mais importantes preceitos, que em seu art. 421, prevê: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Sob forte influência do liberalismo econômico, estabeleceu-se que Contrato não poderia mais ser interpretado como direito absoluto, devendo estar ligado ao instituto jurídico da igualdade. Antes, cabia ao Estado disciplinar e corrigir as vontades das partes. Contudo, com o advento da nova Constituição, os contratos passaram a ter interpretação mais abrangente, estendendo às partes o direito de escolha de seus contratantes, bem como de seu conteúdo.

Partindo desse entendimento, esclarece GAGLIANO e PAMPLONA FILHO

(2014, p. 90):

(...) essa liberdade negocial deverá encontrar justo limite no interesse social e nos valores superiores de dignificação da pessoa humana. Qualquer avanço para além dessa fronteira poderá caracterizar abuso, judicialmente atacável. Nesse ponto sim, andou bem o legislador, ao impor limite à liberdade de contratar, em prol do interesse social.

Em suma, tem-se nitidez no que tange a distinção do recepcionamento do princípio da Função Social dos Contratos, em ambos os Códigos. Em um primeiro momento, tínhamos no Código de 1916 um padrão mais individualista, sem previsão expressa. Entretanto, o Código de 2002 trouxe consigo uma compreensão da liberdade de contratar dentro de uma concepção social mais contemporânea, sendo reconhecido como princípio delimitador da liberdade contratual.

5.1 Função Social dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor

O princípio da função social dos contratos, no Código de Defesa do Consumidor, é recepcionado como não só como preceito geral, mas também como preceito de ordem pública. Vale ressaltar que o mesmo também é empregado para os contratos de consumo.

Existe a chance de revisão contratual no domínio do Código de Defesa do consumidor, (art. 6º, V), ou mesmo de resolução ou declaração de nulidade do contrato, em virtude de abusos de direitos cometidos pelos fornecedores e prestadores. Podem ser mencionados os arts. 39 e 51 do CDC, que preceituam, respectivamente, as práticas e cláusulas abusivas, que podem criar a alteração do acordo ou a sua invalidade, findando seus efeitos.

Os artigos acima citados têm relação direta com a função social, propondo a pacificação do princípio do pacta sunt servanda. De qualquer forma, a maneira como os contratos eram empregados mudou, com a evolução da sociedade no que se refere a um mundo mais capitalizado, e, com isso, deve-se mudar a forma com que são analisados os pactos, especialmente os contratos de consumo.

Lobo (2002), posiciona-se quanto a função social dos contratos no CDC:

No Código de Defesa do Consumidor os princípios estão referidos no art. 4º, não especificamente dos contratos, mas do sistema das relações de consumo. Existe certa imprecisão entre o que se denomina princípios e as diretrizes gerais contidas no mencionado artigo. As expressões empregadas

no referido artigo podem ser agrupadas segundo classificação dos princípios sociais:

- “Compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica”: esse trecho do inciso III do art. 4º, implicitamente, conduz ao princípio da função social;
- Transparência, “boa-fé”, “informação”: princípio da boa-fé;
- Vulnerabilidade, “harmonização dos interesses”, “equilíbrio nas relações”: princípio da equivalência material.

O princípio da função social do contrato também compreendido pela interpretação contratual mais benéfica ao consumidor, mediante previsão do art. 47 do CDC, é um preceito relacionado com o comando social evocado.

O art. 51 do CDC, prevê que são nulas de pleno direito as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. Quando o Código reconhece tal fato está totalmente antenado com intervenção estatal nos contratos e com aquilo que se espera de um Direito pós-moderno mais justo e equilibrado.

5.2 Colisão dos Princípios / Pacta Sunt Servanda X Função Social do Contrato

Após uma análise histórica sobre os contratos, conceitos e princípios percebemos sobre os institutos da obrigatoriedade dos contratos, ou *pacta sunt servanda*, tem como base o direito contemporâneo com enfraquecimento que não removem sua existência. Os princípios da obrigatoriedade dos contratos ainda determinam o encargo pelo acordo contraído, dado que, se não fosse desta forma, estaria sob ameaça toda à proteção do sistema normativo jurídico.

Contudo, é imperioso ressaltar que, se previamente, de acordo com TEIZEN JUNIOR A autonomia da vontade era o lema do direito contratual, hoje, os dísticos como boa-fé, equilíbrio contratual e função social do contrato se impõem (2004, p. 115).

Neste sentido, para Negreiros (2002, p.206), temos na atualidade a fortificação da função social dos contratos. Tal princípio se reflete na ideia de que todos os contratos devem ser adaptáveis as condições da sociedade que o evoluem, desta forma, todos os negócios jurídicos não poderão ser admitidos como um vínculo jurídico que seja benéfico apenas ao lado contratante e venha, por conseguinte, penalizar o sistema coletivo.

Por outro lado, destacando os princípios, o artigo 421 do Código Civil vigente dispõe à liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Os dispositivos não eram previstos no código civil de 1916. Todavia, o referido artigo destaca o contrato com uma nova concepção e, como descrito por Martins Costa, constitui a projeção do valor constitucional expresso como garantia fundamental dos indivíduos e da coletividade que está no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal (2002, p.157).

Entretanto, é interessante perceber a inexatidão nesse artigo infraconstitucional que, conseqüentemente, interdita consagração da aludida ideia das funções sociais, pois certamente é uma limitação para a libertação contratual, isto é, autonomia de admitir o que achar melhor ou como preferir o teor do contrato. Certamente, na visão de BURGARELLI (2003, p.51)

Trata-se de liberdade contratual, aquela pertinente à limitação do conteúdo do contrato, por força de norma de ordem pública, e não de liberdade de contratar, esta sim fundada na dignidade da pessoa humana e resultante da alta expressão da autonomia privada.

Ainda sob os ensinamentos de BURGARELLI, quando se descreve a liberdade de contratar será exercida “em razão” e no limite da função social do contrato (2003, p.52). Ainda assim os referidos trechos estão em desacerto com sua concepção.

Com base nessa interpretação notamos que, hodiernamente, todo o direito civil está amplamente apontado pela sociedade, ou seja, reage ao exagerado egoísmo peculiar sobre a oitocentista, conforme ilustríssimo doutrinador coordenador do código civil, Miguel Reale.

6 CONCLUSÃO

Mediante o exposto, nota-se que os contratos passaram por grandes mudanças com o passar dos anos, adequando-se aos interesses econômicos e sociais do meio em que esteve introduzido. Dentro dessa ótica, assenta-se a tese de que o contrato se tornou mais evidente em Roma, ora em seu período clássico, ora em seu período Justiniano.

Sob forte influência do Direito Canônico, surge o princípio do *pacta sunt servanda*, marcando o momento máximo da tendência individualista. Como consequência, houve uma supervalorização da força normativa do contrato, erguendo a vontade das partes à categoria de lei.

Moldando-se às necessidades da sociedade, surge então Estado Social, com intuito de adverso ao liberalismo extremo, onde era imprescindível a intervenção do Estado para limitar a igualdade entre os contratantes. A Carta Magna de 1988 trouxe, inicialmente, previsão da expressão “função social” para segurar o direito de propriedade. Por conseguinte, o Código Civil de 2002, agregou também, no livro das obrigações, o princípio da função social dos contratos.

Constatou-se, nesta pesquisa, a enorme relevância que trouxe a inserção do princípio da função social dos contratos no Código Civil de 2002 na esfera contratual. Sem dúvidas, tal princípio foi introduzido em nosso ordenamento jurídico em função de proteger o interesse geral em detrimento da vontade particular.

Em conformidade com a análise feita até aqui, observa-se que, ainda que a obrigatória dos contratos esteja mais enfraquecida, ela ainda é um dos princípios que norteiam o sistema contratual, sendo este primordial para celebração do negócio jurídico. O mencionado princípio é fundamental, pois reflete a força que tem o contrato ao vincular as partes, obrigando-as a cumprir o pacto. Dessa forma, preserva a segurança jurídica do contrato e confiabilidade.

Destaca-se, que por tratar-se de norma inteiramente aberta, a aplicação do princípio da função social não se perfaz de maneira simples. A ausência de conceito predefinido para este princípio, acarreta lacunas para sua interpretação. Partindo dessa linha de raciocínio, entende-se que assim como o contrato não pode ser aplicado de maneira individualista antiga, da mesma forma não pode dizimar sua obrigatoriedade e autonomia privada das partes contraentes.

Agrega-se como dogma, que a função do aplicador da lei é essencialmente importante. Compete a ele então, o ofício de cumprir o papel social, interpretando o caso concreto e adotando os princípios cabíveis com base na proporcionalidade e razoabilidade.

CONSIDERATIONS THE LIMITS OF THE APPLICATION OF THE PRINCIPLES PACTA SUNT SERVANDA AND SOCIAL FUNCTION OF THE CONTRACT

ABSTRACT

The contract will have been of great importance for the transfer of capital in society. The Civil Code portrays the values and reforms in the Federal Constitution and so all legal institutes, including the contract, have a social function.

We can see the decline of the principle of obligatory contracts, the "*pacta sunt servanda*" after the state interference in relations between individuals. The Civil Code in force, disciplined on the social, ethical and efficient bases, determines that the parties are considered the principle of objective good faith. In this sense, unfair terms in contracts are not allowed.

The current Civil Code consequences, such as those that will be allowed a review or a resolution of the contract. The same has happened in the Code of Consumer Protection that includes an illustrative role of abusive clauses. In contracts, if there is no express time, the judge of the law shall use the general clauses to restrain the practice of abuses. In this way the contract is protected to reach its purpose, either for the interest of the contractors or their social function. The intention was a study composed of analyzing the application of the social contract, as a limitation of the autonomy of the will, relativization of the principle of *pacta sunt servanda*. As a new experience is very complex, this monograph seeks to integrate as an example of mandatory force and the social function of contracts, without abolishing the individuality of the private relationship, preventing social harm through the relationship.

Keywords: Contract. Obligation. Social role.

REFERÊNCIAS

[3] Instituições de direito civil - vol. II. Autor: Caio Mario Da Silva Pereira EBRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**, promulgada em 05 de outubro de 1988 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28, maio de 2018.

BURGARELLI, Aclibes...[et al.]; organizadores: Frederico A. Paschoal e José Fernando Somões. **Contribuições ao estudo do novo direito civil**. São Paulo:

Millennium, 2003, p. 51 apud Giselda Novaes Hironaka.

BURGARELLI, Aclibes...[et al.]; organizadores: Frederico A. Paschoal e José Fernando Somões. **Contribuições ao estudo do novo direito civil**. São Paulo: Millennium, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 30.

EIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.em: 28, maio se 2018.

FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3830> Acesso em :28, maio de 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Vol. 4. Saraiva, 2014. p. 49.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 3: **contratos e atos unilaterais** / Carlos Roberto Gonçalves. 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

Guilherme Calmon Nogueira Da Gama. Edição: 2012. Editora: Forense. http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3830.

Jornada de Direito Civil – Conselho Justiça Federal – Brasília – 2003.

MARTINS COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATEO JUNIOR, Ramon. **A função social e o princípio da boa-fé objetiva nos contratos do novo código civil**. Disponível em www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 02, de agosto 2018.

NALIN, Paulo. Do Contrato: Conceito Pós-Moderno – **Em busca de sua formulação na Perspectiva Civil-Constitucional**. Pensamento Jurídico, Curitiba: Juruá, 2002, vol.II. Pág. 109.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.