

JUTAHY MAGALHÃES NETO

CONTRATOS:

Do pacta sunt servanda à função social

Artigo apresentado como requisito para a conclusão da pos graduação em contratos e responsabilidade civil do Instituto de Direito Público de Brasília - IDP.

Orientador: Paulo Roque

BRASÍLIA
2010

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso visa demonstrar a transformação do paradigma liberal. Destarte, o brocardo romano do *pacta sunt servanda* não é mais entendido da forma que fora inicialmente idealizado pois, atualmente, a liberdade contratual deverá ser exercida nos limites da função social. Desse modo, percebe-se que o contrato não pode ser impermeável as condicionantes sociais que o cercam; assim, mitigando o paradigma liberal, a liberdade contratual deverá ser restringida pela função social quando a autonomia privada se mostrar incompatível com a socialidade.

Palavras chaves: Paradigma liberal, *pacta sunt servanda*, mitigação, liberdade contratual, função social e condicionantes sociais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	04
1 PACTA SUNT SERVANDA	06
5 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	09
5.1 Conceito	09
5.2 Função social na propriedade	10
5.3 Função social no contrato	12
6 PACTA SUNT SERVANDA: SUAVIZAÇÃO DO PARADIGMA	15
6.1 Mitigação na higidez do princípio	15
6.2 Aplicação prática do embasamento teórico	19
CONCLUSÃO	22
REFERÊNCIAS	26

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como principal objetivo demonstrar a evolução do paradigma contratual partindo do modelo liberal e chegando, hoje, à função social do sinalagma que, em linhas gerais, passa a idéia de que o negócio jurídico não deve ser entendido como uma relação jurídica que só interessa as partes contratantes, impermeável às condições sociais que o cercam.

Nesse passo, buscou-se analisar o princípio da obrigatoriedade das convenções que reflete-se no brocardo *pacta sunt servanda* e refere-se a vinculação das partes ao que fora pactuado. Necessário ressaltar, contudo, que o sentido absoluto que possuía tal preceito não é mais admitido pois, atualmente, ocorre a mitigação que era antigamente recusada pela doutrina individualista.

Dentro desse contexto ponderou-se os aspectos da função social na propriedade e, logo em seguida, da função social do contrato que, em suma, visa atender os interesses coletivos limitando os institutos de conformação nitidamente individualistas.

No entanto, a questão crucial gira em torno da mitigação do *pacta sunt servanda* visto que, com o passar dos tempos, esse axioma jurídico não é mais entendido da forma que inicialmente fora idealizado. Hoje a função social do contrato tem um peso específico que “é o de entender a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma exceção a um direito absoluto, mas como expressão metaindividual que integra o direito”.¹

Por fim, já na conclusão, verificou-se a imprecisão terminológica do artigo 421 do código civil brasileiro cuja determinação é que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Conforme será demonstrado, inadequada é a afirmação de que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social pois, esta, deriva exclusivamente da expressão da autonomia privada.

¹ MARTINS COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 160.

Ante o exposto, conforme já dito anteriormente, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar a evolução do paradigma contratual desde os tempos do modelo liberal até a atual conjuntura onde a função social do contrato vem ganhando cada vez mais força. Dessa maneira, percebe-se a suavização do paradigma secular do *pacta sunt servanda*, visto que, existe uma reação ao excessivo individualismo da era oitocentista, visando, assim, atender a socialidade conforme expressamente demonstra a exposição de motivos do código civil.

1 PACTA SUNT SERVANDA

Conforme já mencionado anteriormente de forma superficial, o **princípio da obrigatoriedade das convenções** ou, segundo alguns, da força obrigatória dos contratos reflete-se no brocardo *pacta sunt servanda* e refere-se a vinculação das partes ao contrato.

A norma geral da obrigatoriedade das convenções consubstancia-se na “regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários a sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos”.²

Não obstante a isso, observa-se que:

Com o passar dos tempos o pressuposto liberdade deixou de existir na forma inicialmente idealizado. Muito embora houvesse uma lei reguladora, o poder econômico retirou o poder de barganha do menos rico, que passou a aceitar as condições impostas pela outra parte se desejasse contratar algo.³

Nessa linha de raciocínio, destacando a suavização⁴ de tal princípio, dispõe Arnold Wald que em um mundo que nada mais é absoluto, o contrato, para subsistir, “aderiu ao relativismo, que se tornou condição *sine qua non* de sua sobrevivência no tempo, em virtude da incerteza generalizada, da globalização da economia e da imprevisão institucionalizada”.⁵

Por seu turno, o *pacta sunt servada*:

Mantêm-se no direito atual dos contratos com atenuações que lhe não mutilam a substância. As exceções preconizadas e já admitidas, (...), revelam forte tendência para lhe emprestar significado menos rígido, mas não

² SANT’ANNA, Valéria Maria. **Manual prático dos contratos**. São Paulo: Edipro, 2005, p. 36.

³ *Ibidem*, p. 51.

⁴ Utiliza-se essa palavra no sentido de mitigação do supramencionado princípio da obrigatoriedade das convenções.

⁵ WALD, Arnold. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e do código civil. **Revista síntese de direito civil e processo civil**, nº 12, jul/ago de 2001, p. 49.

indicam o que venha ser abandonado, até porque a sua função de segurança lhe garante a sobrevivência.⁶

Dessa forma, importante ressaltar que o sentido absoluto que possuía tal preceito não é mais admitido; hoje, ocorre a mitigação que, anteriormente, a doutrina do individualismo recusava.

Observe-se, portanto, que, além das limitações que a função social impõe a esse brocardo, a teoria da imprevisão que tem o *rebus sic stantibus* como cláusula freqüente, em casos excepcionais, também atenua a clássica regra do *pacta sunt servanda*.

Assim, preceitua Carlos Alberto de Arruda Silveira sobre a cláusula *rebus sic stantibus*:

A cláusula *rebus sic stantibus*, antiga construção do direito canônico, considerava-se inserida nos contratos de longa duração, como condição obrigatória dos mesmos. Pressupunha, em síntese, que se mantivesse iguais as condições de fato existentes no momento da formação do contrato para que suas cláusulas contratuais se mantivessem obrigatórias.⁷

Importante salientar que tal cláusula, aos poucos, foi sendo substituída pela teoria da imprevisão. Tal teoria dispõe, em resumo, que “não basta que o estado inicial se mantenha inalterado, é necessário que a parte legitimamente suponha a inalterabilidade superveniente”.⁸

Destaca-se, ainda, que “modernamente a teoria da imprevisão ganhou nova condição. Entende-se necessário também que a alteração imprevisível imponha ao contratante um ônus excessivo impossibilitando-o de cumprir a obrigação ou tornando-a economicamente inviável”.⁹

Prosseguindo, Arruda Silveira anota que:

A possibilidade de intervenção judicial no contrato ocorrerá quando um elemento surpresa, uma circunstância nova, surja no curso do contrato,

⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.37.

⁷ SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. **Contratos**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2004, p. 19.

⁸ *Ibidem*, p. 19.

⁹ SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. **Contratos**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2004, p. 20.

colocando em situação de extrema dificuldade um dos contratantes, isto é, ocasionando uma excessiva onerosidade em sua prestação.¹⁰

Desse modo salienta-se que, em alguns momentos, ocorre uma:

Oposição entre o princípio do respeito absoluto ao que foi contratado – *pacta sunt servanda* – e a regra moralizadora, ética, humana de perceber que em certas circunstâncias, para as quais as partes não tenham contribuído e nem poderiam prever, o contrato pode ser revisto – teoria da imprevisão.¹¹

O princípio da força obrigatória dos contratos, portanto, sustenta-se no direito moderno com atenuações que não lhe tiram a subsistência; o que ocorreu foi a sua mitigação, ou seja, a nova tendência é dar um significado menos rígido ao brocardo romano *pacta sunt servanda* sem lhe tirar a sua importância visto que, este, é fundamental para proporcionar a segurança jurídica.

¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 478.

¹¹ FRANCIULLI NETTO, Domingos; FERREIRA MENDES, Gilmar; MARTINS FILHO, Ives Granda. **O novo código civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003, p. 382.

2 FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

2.1 Conceito

Superadas as considerações até aqui mencionadas, segundo os ensinamentos de Wellington Pacheco Barros, função social significa proteger juridicamente os pobres e desamparados através de leis protetivas ou de decisões jurisdicionais que contemplem este universo¹². “É a busca da igualdade substantiva através do direito diante da constatação de existência de uma desigualdade real. É, em outras palavras, a utilização do direito como elemento político do Estado”.¹³

Paulo Antônio Begalli, nesse mesmo sentido, afirma que segundo esse princípio, “o direito deve ser encarado como um dos meios pelo qual o homem procura o seu desenvolvimento, distribuição de oportunidades e riquezas, com escopo de atingir o bem comum”.¹⁴

Os institutos de conformação nitidamente individualistas devem, assim, ser limitados com a finalidade de “atender os ditames do interesse coletivo, acima daqueles do interesse particular, e importando, ainda, em igualar os sujeitos de direito, de modo que a liberdade que a cada um deles cabe seja igual para todos”.¹⁵

¹² BARROS, Wellington Pacheco. **Contratos: estudos sobre a moderna teoria geral**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 36.

¹³ *Ibidem*, p. 36.

¹⁴ BEGALLI, Paulo Antônio. **Direito contratual no novo código civil**. São Paulo: Editora de direito, 2003, p. 76.

¹⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil**. Belo Horizonte: Del rey, 2000, p. 101.

2.2 Função social na propriedade

Feitos os esclarecimentos acerca do conceito de função social do contrato, de acordo com Ruy Geraldo Camargo Viana, em 1921, a República alemã em sua constituição socialista e progressista afirmava em seu artigo 160 que a propriedade obriga.¹⁶

A asserção do supramencionado artigo da constituição alemã gerou uma grande perplexidade na sociedade germânica, no entanto, tal espanto dissolveu-se quando León Duguit revelou o que é a função social da propriedade.¹⁷

Ensina Duguit que todo indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade uma certa função na razão direta do lugar que nela ocupa. O detentor da riqueza, pelo próprio fato de detê-la, deverá exercer uma certa missão que só ele pode realizar por ser detentor da riqueza¹⁸. Somente ele pode aumentar a riqueza geral, assegurar a satisfação das necessidades gerais fazendo valer o capital que possui. Está em consequência socialmente obrigado a desempenhar esta missão e não será socialmente protegido se não cumpri-la. A propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário, é a função social do detentor da riqueza.¹⁹

Tal idéia decorre dos pensamentos de São Tomás de Aquino que muito influenciou a construção do jus naturalismo. “A defesa da posse dos bens materiais está colocada ao exercício da garantia da manutenção, sem, contudo, desprezar o aspecto social imanente aos bens oriundos da ação da natureza”.²⁰

Em síntese, o supracitado pensamento revela que a propriedade é uma riqueza; desse modo, deve o possuidor desta fazê-la frutificar para com isso beneficiar a sociedade de um modo geral. Tem-se assim o exemplo do proprietário da terra que

¹⁶ VIANA, Ruy Geraldo Camargo apud **Encontro sobre o projeto de código civil** – Centro de estudos judiciários do Conselho da Justiça Federal.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Trad. Carlos G. Posada. Madrid: Librería y Extranjería, 1912, p. 10.

¹⁹ VIANA, Ruy Geraldo Camargo apud **Encontro sobre o projeto de código civil** – Centro de estudos judiciários do Conselho da Justiça Federal.

²⁰ COLARES, Marcos. **Breves notas sobre a função social da propriedade**. Disponível em www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 17/08/05.

encontra-se improdutiva; para o INCRA, nesses casos, é preferível que tais terras sejam desapropriadas para fins da reforma agrária.²¹

Convém consignar, contudo, a crítica feita por Giselda Hironaka à Duguit:

Toda sua teoria baseou-se na concepção de propriedade, não como direito subjetivo, mas como um dever. Suas idéias encaminham à conclusão do que se convencionou chamar de propriedade-função. Desta forma, entendeu ele que o homem não tinha direito, mas seria, tão-somente, um instrumento a serviço da sociedade. Assim, pelo fato de ser membro de uma coletividade, cada um teria obrigações a cumprir, tudo embasado no sistema da função social, de tal sorte que, segundo ele, ninguém possui mais direitos senão aqueles de cumprir seu dever.²²

Não obstante a esse entendimento nota-se que hoje não mais prevalece a idéia de coisa comum, de propriedade de todos. Com a evolução da sociedade, consumou-se a idéia da separação da riqueza e, conseqüentemente, o prédio tornou-se privado.

Entretanto, conforme já mencionado anteriormente, em razão do princípio da função social da propriedade deve o possuidor do bem fazê-lo frutificar para com isso beneficiar a sociedade de um modo geral. Assim, traçando essa mesma linha de raciocínio, afirma Eros Roberto Grau que, embora passe despercebido para alguns, o pressuposto necessário para a função social do bem é a propriedade privada.²³

Desse modo infere-se, portanto, que o proprietário tem e merece a proteção do Estado desde que dê a sua contrapartida, ou seja, deve fazer a propriedade frutificar e gerar riqueza. Para tanto, cumpre observar que “não é a coisa objeto da propriedade que tem a função, mas sim o titular da propriedade. Em outros termos, quem cumpre ou deve cumprir a função social é o proprietário da coisa”.²⁴

Dessa forma, depreende-se que a propriedade não é uma função social, mas contém uma “função social, de tal forma que o proprietário deve ser compelido a dar aos bens um destino social, além daquele que atende ao seu próprio interesse, na intenção de,

²¹ VIANA, Ruy Geraldo Camargo apud **Encontro sobre o projeto de código civil** – Centro de estudos judiciários do Conselho da Justiça Federal.

²² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil**. Belo Horizonte: Del rey, 2000, p. 106.

²³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 211.

²⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 219.

harmonizando o uso da propriedade ao interesse coletivo, se chegar ao plano da justiça social”.²⁵

2.3 Função social no contrato

Ultrapassados os esclarecimentos acerca da função social da propriedade, mister observar que a sedimentação do princípio da função social dos contratos teve origem como um efeito perverso produzido pela revolução industrial na Europa a partir de meados do século XIX, que levou milhares de pessoas ao desemprego ou ao subemprego.

A rescisão imotivada nos contratos ou a submissão do trabalhador ao patrão gerou, no campo dos contratos, o pensamento de que inexistia autonomia de vontade para o trabalhador já que, tendo como único patrimônio o trabalho, não podia opor, em igualdade de condições, manifestação livre ao patrão detentor do capital e, portanto, de uma vontade bem superior.²⁶

A partir daí, paulatinamente, vem se desenvolvendo o princípio da função social que visa, *verbis*:

Limitar institutos de conformação nitidamente individualista, em contraposição aos ditames do interesse coletivo – que se apresentam acima dos interesses particulares – concedendo aos sujeitos de direito não só uma igualdade em seu aspecto estritamente formal, mas permitindo uma igualdade e liberdade aos sujeitos de direito os igualando de modo a proteger a liberdade, de cada um deles, em seu aspecto material.²⁷

Ressalta-se que se anteriormente “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”.²⁸ De modo que o preceito da função social “importa redefinir o alcance daqueles outros princípios da teoria clássica, constituindo-se em um condicionamento adicional imposto à liberdade contratual”.²⁹

²⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil**. Belo Horizonte: Del rey, 2000, p. 106.

²⁶ BEGALLI, Paulo Antônio. **Direito contratual no novo código civil**. São Paulo: Editora de direito, 2003, p. 37.

²⁷ TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 115.

²⁸ TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.130.

²⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 207.

Por seu turno, com a instituição do código civil brasileiro, a função social passa a receber uma positivação infraconstitucional explícita conforme preceitua o artigo 421³⁰ desse diploma legal.³¹

Assim, pode-se abordar a concepção desse novo princípio com o significado de que “o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas”.³²

Essa nova concepção de contrato é entendida da seguinte forma por Teizen Junior, *verbis*:

Diversamente daquela leitura individualista que limitava externamente as relações contratuais, ou seja, em que as convenções só tem efeito entre as partes contratantes, não prejudicando terceiros, conforme concepção do código civil francês (art. 1.165), e também o nosso código civil de 1916, tem hoje os seus horizontes ampliados, porém compreendidos em uma análise funcionalizada das situações jurídicas delineadas nas ordens programáticas da Constituição brasileira.³³

Nesse mesmo sentido é o pensamento de Teresa Negreiros:

A noção de função social convida o intérprete a deixar de lado uma leitura do direito civil sob a ótica voluntarista e a buscar em valores sociais que o ordenamento institui como fundamento de todos os ramos do direito - sejam eles predominantemente públicos ou privados – novos horizontes de aplicação dos tradicionais princípios norteadores do direito dos contratos. Assim, muito além da liberdade individual, passam a integrar a axiologia contratual a justiça, a igualdade, a solidariedade, e demais valores que, sob a ótica civil-constitucional, são essenciais à tutela da dignidade humana no âmbito da ordem econômica.³⁴

Percebesse, portanto, a perseguição não do absolutismo de composições “legislativas insuperáveis, mas, antes, medidas que permitam o equilíbrio entre justiça e

³⁰ **Art. 421.** A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

³¹ TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. *Op. cit.* p. 130.

³² NEGREIROS, Teresa. *Op. cit.* p. 206.

³³ *Ibidem*, p. 131.

³⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 223.

segurança, cabendo à ética dar contornos, sem se descurar da importância econômica das relações sociais”.³⁵

A função social visa despertar a “atenção para o fato que a liberdade contratual não se justifica, e deve cessar, quando conduzir a iniquidades, atentatórias aos valores da justiça, que igualmente tem peso social”³⁶, ou seja, é “uma preocupação com o bem estar comum, de modo a conduzir o seu uso às melhores formas de justiça social”.³⁷

Na verdade, o que se busca com o princípio da função social do contrato é harmonizar a relação entre os contratantes, bem como a relação entre o contrato e a sociedade. Dessa forma, a função econômica não pode ser anulada com o fim de cumprir-se, por exemplo, uma atividade assistencial ou caritativa, posto que a função social do contrato não se confunde com função de “assistência social”³⁸.

Nesse passo, tem-se hoje um modelo normativo no qual a força obrigatória do contrato “repousa, não na vontade, mas na própria lei, submetendo-se a vontade à satisfação de finalidades que não se reduzem exclusivamente ao interesse particular de quem a emite, mas igualmente à satisfação da função social do contrato”³⁹; caso contrário, a função social do contrato sufocaria a sua função econômica, o que seria gravoso para a sociedade.

³⁵ TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 133.

³⁶ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 81

³⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil**. Belo Horizonte: Del rey, 2000, p. 103.

³⁸ ZARDI FERREIRA, Gustavo. **A função social do contrato**. Dissertação de mestrado na área de ciências Jurídico-Civilísticas da Universidade de Coimbra, 2009, p. 144.

³⁹ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 224.

3 PACTA SUNT SERVANDA: SUAVIZAÇÃO DO PARADIGMA

Passando-se agora ao elemento central do presente estudo, esclarece-se que o brocardo *pacta sunt servanda*, conforme já demonstrado anteriormente, impõe aos pólos contratantes a responsabilidade pelo compromisso assumido, isto é, refere-se à vinculação das partes ao que fora pactuado. Estabelece que o acordado no ajuste de vontades deve ser cumprido pelos contratantes vez que o ato negocial cria um elo entre os pólos, observadas, logicamente, as vedações legais.

Ocorre que, com o passar dos tempos, o *pacta sunt servanda* não é mais entendido da forma que inicialmente fora idealizado. Na antiga realidade jurídica contratual, o denominado modelo liberal era tido como um inabalável paradigma cujo objetivo era estabelecer “um dogma entre os operadores do direito em torno dos princípios da autonomia da vontade e força obrigatória, desde que livremente formalizados e com observância a ordem pública e aos bons costumes”.⁴⁰

3.1 Mitigação na higidez do princípio

Prosseguindo o supramencionado raciocínio, pondera-se que tal teoria liberal da independência contratual sempre esteve limitada ao respeito à ordem pública e aos bons costumes. Exalta-se que esses limites são mantidos até hoje no novo contexto do direito privado, no entanto, “agora a liberdade contratual também deve ser exercida tendo em mira a função social do contrato, de modo que o instituto em análise deverá ser amoldado aos ideais do estado social, sob pena de não ser válido”.⁴¹

Ramon Junior, nesse sentido, expõe seu raciocínio da seguinte forma, *verbis*:

O advento do novo código civil, que traz em seu bojo a adoção expressa da função social e do princípio da boa-fé objetiva, consumou-se nas relações intersubjetivas privadas, a proteção das pessoas envolvidas, mormente aquelas consideradas hipossuficientes para que não sejam, diante da

⁴⁰ 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 02.03.2010.

⁴¹ 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 02.03.2010.

inferioridade social – econômica ou cultural, submetidas a alguma armadilha contratual que as coloquem em desvantagem, exigindo dos contratantes, além disso, um comportamento transparente, digno, onde não prepondera a excessiva ganância lucrativa mas a dignidade da pessoa.⁴²

Nesse contexto, o princípio da função social ganha força e passa, em linhas gerais, a idéia de que “o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável à condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas”.⁴³

A problemática dos efeitos do supramencionado princípio da função social é analisada por Teresa Negreiros em face de terceiros, isto é, estuda-se os efeitos do sinalagma observando a responsabilidade desses que encontram-se envolvidos nessa nova visão contratual.

Desse modo, há de ser percebida a interação entre o princípio da função social e o entendimento que os modernos doutrinadores estão dando ao clássico preceito da relatividade que estabelece: “a avença apenas vincula as partes que nela intervieram, não aproveitado nem prejudicando terceiros”.⁴⁴

Ressalte-se que tradicionais e significativas são “as correntes de pensamento jurídico que identificam na vontade não apenas um elemento essencial ao contrato, mas precisamente a razão de ser de sua força obrigatória”.⁴⁵

Teresa Negreiros, louvando-se em modernos doutrinadores, afirma-se que “o princípio da função social encontra fundamento constitucional no princípio da solidariedade, a exigir que os contratantes e os terceiros colaborem entre si”.⁴⁶

Em sendo assim, tal preceito socializante poderá alterar o arcaico quadro contratual, “desafiando as categorias dogmáticas clássicas e enfatizando os contornos sociais

⁴² Ibidem.

⁴³ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 206.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 3 volume. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 40.

⁴⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 216.

⁴⁶ Ibidem, p. 207.

do contrato – aqueles que o tornam um fato social diante do qual os terceiros não estão, nem devem estar, indiferentes”.⁴⁷

Assim, infere Teresa Negreiros que:

A conclusão de que o fundamento legal da força obrigatória do contrato repercute na interpretação do princípio da relatividade, na medida em que desloca a vontade do centro da teoria contratual, conduz a necessidade de se analisar a eficácia relativa do contrato à luz dos novos princípios.⁴⁸

Prosseguindo no seu entendimento, afirma a supracitada Autora:

Assim, na outra ponta do arco histórico traçado a partir do modelo de contrato fundado na vontade individual, tem-se hoje um modelo normativo no qual a força obrigatória do contrato repousa, não na vontade, mas na própria lei, submetendo-se a vontade à satisfação de finalidades que não se reduzem exclusivamente ao interesse particular de quem a emite, mas igualmente a função social do contrato.⁴⁹

Destarte, “a afirmação da lei como fundamento da força obrigatória de todo e qualquer contrato implica funcionalizá-lo aos valores cuja realização ele passa a servir de instrumento”⁵⁰, isto é, o sinalagma deve desempenhar uma função que transpassa a esfera dos meros interesses individuais.⁵¹

Da mesma forma que ocorre com a função social da propriedade, a “atribuição de uma função social ao contrato insere-se no movimento da funcionalização dos direitos subjetivos: atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função”.⁵² Portanto, assevera Judith Martins Costa:

O direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela sua funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para satisfação de interesses não meramente

⁴⁷ Ibidem, p. 217.

⁴⁸ Ibidem, p. 223.

⁴⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 224.

⁵⁰ Ibidem, p. 228.

⁵¹ MARTINS COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 157.

⁵² ALMEIDA COSTA, Mario Júlio. **Direito das obrigações**, 8 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 60.

próprios ou individuais, podendo também atingir a esfera dos interesses alheios.⁵³

Complementa seu raciocínio atestando que:

A cláusula geral da função social do contrato desempenha um duplo papel. A função social é, evidentemente, e na literal dicção do art. 421, uma condicionante posta ao princípio da liberdade contratual, o qual, reafirmado, está na base da disciplina contratual e constitui o pressuposto mesmo da função (social) que é cometida ao contrato. Ao termo “condição” pode corresponder uma conotação adjetiva, de **limitação da liberdade contratual, podendo e devendo a consideração da função social restringir o exercício da autonomia privada quando esta se mostra incompatível com as exigências da socialidade**. Na sua concreção o juiz poderá, avaliadas e sopesadas as circunstâncias do caso, determinar, por exemplo, a nulificação de cláusulas contratuais abusivas, inclusive para efeito de formar, progressivamente, catálogos de casos de abusividade.⁵⁴(grifos nossos).

Inferre-se, portanto, que integrando o próprio conceito de contrato, a função social “tem um peso específico, que é o de entender a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma exceção a um direito absoluto, mas como expressão metaindividual que integra aquele direito”.⁵⁵

Utilizando-se de outras palavras, a solidificação específica da norma, em vez de estar pré-constituída, preposta pelo legislador, “há de ser construída pelo julgador, a cada novo julgamento, cabendo relevantíssimo papel aos casos precedentes, que auxiliam na fixação da hipótese”.⁵⁶

Assim, destaca-se que, apesar das resistências à adoção da função social do contrato, este é um princípio que integra a teoria contratual contemporânea, voltado a aperfeiçoar o instituto do contrato, porquanto abarca hipóteses até então lacunosas. Ademais, representa um importante instrumento de garantia e promoção de valores inerentes à dignidade da pessoa humana, à justiça social, e à solidariedade entre todos, consagrados pela Constituição.

⁵³ MARTINS COSTA, Judith. Op.cit., 2002, p. 158.

⁵⁴ MARTINS COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 159.

⁵⁵ Ibidem, p. 160.

⁵⁶ Ibidem, p. 160.

3.2 Aplicação prática do embasamento teórico

Dando concretude a formalização teórica, expõe-se o caso da região do Paranapanema. Área esta conhecida pela sua capacidade rural visto que possui terras férteis, irrigadas; local privilegiado pela hidrografia generosa e com uma malha rodoviária estrategicamente localizada entre os pontos de consumo.

Nessa região que, conforme já dito, é muito valorizada pelos agricultores, formula-se a seguinte hipótese: suponha-se que determinado produtor rural receba uma gratificante proposta para que venda sua propriedade a um grupo de empresários que têm o intuito de instalar uma fábrica de amianto tendo em vista, dentre outras vantagens, a existência de malha rodoviária que propiciaria um rápido deslocamento da produção ao centro econômico.

Supondo-se que o supramencionado produtor rural realize um contrato de compra e venda com o grupo de empresários, estaria tal sinalagma perfeito, acabado e em conformidade com a legislação?

Analisando-se tal contexto fático percebe-se claramente a aplicação do *pacta sunt servanda* e do princípio da autonomia da vontade pois, após firmado o contrato de compra e venda, o valor oferecido pela terra foi pago e a propriedade rural foi cedida e registrada no cartório de imóveis, em nome dos empresários, respeitando-se todas as formalidades legais.

Entretanto, destacando-se o texto do artigo 421 do código civil, observa-se que a liberdade de contratar deverá ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Dito isso e superando, conforme será demonstrado, a imprecisão dos termos utilizados no artigo 421, nota-se que a liberdade de contratar poderá ser exercida livremente, pois deriva da expressão da autonomia privada, contudo, não poderá ultrapassar os limites da função social do contrato.

Sendo assim, considerando que em decorrência de um contrato de compra e venda uma fábrica seria instalada na região e traria reflexos negativos, defende-se o entendimento que, tendo em vista a função social, o contrato deveria sofrer restrições.

O *pacta sunt servanda* deve ser aplicado desde que a sociedade de determinada região não seja afetada, isto é, a função social do contrato deve prevalecer em determinados casos em que os ideais do estado social estejam sendo violados. Em outras palavras: o acordo deve ser respeitado desde que a autonomia privada não se mostre incompatível com as condicionantes sociais.

CONCLUSÃO

Após alguns esclarecimentos acerca de pontos específicos que cercam os pactos, percebe-se que o preceito da obrigatoriedade das convenções ou da força obrigatória dos contratos apóia-se no direito moderno com atenuações que não lhe tiram a subsistência. O *pacta sunt servanda* ainda impõe a responsabilidade pelo compromisso assumido, pois, se assim não fosse, em risco estaria toda a segurança do ordenamento jurídico.

Entretanto, urge esclarecer que, se anteriormente “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”.⁵⁷

Nesse passo, tem-se em nossos dias o fortalecimento da função social. Esse preceito reflete-se na idéia que o contrato deve ser permeável as condicionantes sociais que o cercam, ou seja, o negócio jurídico não deve ser concebido como uma relação jurídica que interesse apenas as partes contratantes e venha, assim, prejudicar o coletivo.⁵⁸

Mister lembrar que os contratos possuem tanto princípios tradicionais como autonomia da vontade e força obrigatória dos contratos quanto princípios liberais, onde se tem como exemplos às normas gerais da relatividade dos efeitos dos contratos como a boa fé e a função social do sinalagma. Cabe aqui esclarecer que, apesar da limitação imposta a autonomia privada quando esta se mostrar incompatível com o meio social, os princípios gerais merecem respeito visto que ainda representam o espírito do ordenamento jurídico.

De outra parte, enfocando os preceitos liberais, o artigo 421 dispõe: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Tal artigo não encontra parâmetros no código civil de 1916. Entretanto, esse dispositivo enfoca o contrato com uma nova visão e “constitui a projeção do valor constitucional expresso como

⁵⁷ TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 115.

⁵⁸ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 206.

garantia fundamental dos indivíduos e da coletividade que está no art. 5º, XXIII⁵⁹, da Constituição Federal”.⁶⁰

No entanto, interessante notar a imprecisão nesse dispositivo infraconstitucional que, desse modo, impede a plena consagração da supramencionada idéia de função social, que realmente é um **limite** para a liberdade contratual, ou seja, liberdade de contratar o que e como quiser o **conteúdo** do contrato.

Todavia, não é, conforme dispõe o texto legal, a razão para a liberdade de contratar (celebrar ou não um contrato com quem, quando e se quiser). Percebe-se assim a imprecisão terminológica do artigo 421 do código civil, pois, esse, determina textualmente que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social.

Em verdade, “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”.⁶¹

Além disso, a liberdade de contratar poderá encontrar na função social, que é inerente ao contrato, “uma limitação à sua extensão meramente volitiva, uma vez que nem sempre os contratantes poderão, sem estes freios, fixar livremente as cláusulas de seu contrato”.⁶²

Em desacerto ainda está em dois momentos de sua composição. Quando descreve que a “liberdade de contratar” será exercida “em razão” e no limite da função social do contrato.

Conforme já dito anteriormente, inadequada é a afirmação de que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social visto que, esta, deriva da

⁵⁹ Art. 5º, XXIII. A propriedade atenderá a sua função social.

⁶⁰ MARTINS COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 157.

⁶¹ 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.

⁶² BURGARELLI, Aclibes...[et al.]; organizadores: Frederico A. Paschoal e José Fernando Somões. **Contribuições ao estudo do novo direito civil**. São Paulo: Millennium, 2003, p. 52.

expressão da autonomia privada. No entanto, mister esclarecer que a liberdade contratual, ou seja, a liberdade de estabelecer o conteúdo do contrato, esta sim, deverá ser exercida nos limites da função social.

Ante o exposto e, apesar da imprecisão terminológica do artigo 421 do código civil, infere-se que a nova realidade contratual deve ser exercida tendo em mira a função social do contrato, de modo que o instituto em análise deverá ser amoldado aos ideais do estado social, sob pena de não ser válido.⁶³

Diante disso, parece ser mais correta a expressão liberdade contratual (liberdade de estipular o conteúdo do contrato), pois, essa sim, deverá ser exercida nos limites da função social.

A partir dessa análise deduz-se que, atualmente, o direito civil está marcado pela socialidade, isto é, reage ao excessivo individualismo característico da era oitocentista, conforme expresso pelo coordenador dos trabalhos do código civil em sua exposição de motivos.

Desse modo, há de se concluir que os interesses individuais ainda prevalecem, ou seja, os pactos previamente estipulados devem ser respeitados, no entanto, tais negócios jurídicos sofrerão restrições a partir do momento que invadirem rispidamente a seara dos interesses sociais.

⁶³ 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 02.03.2010.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA COSTA, Mario Júlio. **Direito das obrigações**, 8 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

BARROS, Wellington Pacheco. **Contratos: estudos sobre a moderna teoria geral**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

BEGALLI, Paulo Antônio. **Direito contratual no novo código civil**. São Paulo: Editora de direito, 2003.

BURGARELLI, Aclibes. **Contribuições ao estudo do novo direito civil**. São Paulo: Millennium, 2003.

COLARES, Marcos. **Breves notas sobre a função social da propriedade**. Disponível em www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 17/08/10.

DINIZ, Maria Helena. **Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**, 3 volume. São Paulo: Saraiva, 2002.

DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Trad. Carlos G. Posada. Madrid: Librería y Extranjería, 1912.

FRANCIULLI NETTO, Domingos; FERREIRA MENDES, Gilmar; MARTINS FILHO, Ives Granda. **O novo código civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

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 02.03.2010.

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

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVEIRA, Carlos Alberto de Arruda. **Contratos**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2004.

TEIIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WALD, Arnold. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e do código civil.

ZARDI FERREIRA, Gustavo. **A função social do contrato**. Dissertação de mestrado na área de ciências Jurídico-Civilísticas da Universidade de Coimbra, 2009.