Contratualismo e Teoria Geral dos Contratos Privados

Prof. Darcy Paulo Gonzales de Moraes

Ante certas peculiaridades do texto, poder existir certa dificuldade em distinguir o que seja a noção contratualista da sociedade, e suas consequências, e a teoria dos contratos na ordem jurídica privada.

Conforme esclarece Norberto Bobbio, o *Contratualismo* compreende variadas e complexas definições, podendo sê-lo por perspectivas diversas. Em um amplo sentido, compreende todas as teorias políticas que visualizam a origem da sociedade e o fundamento do poder político, do Governo, da soberania e do Estado a partir de um *Pacto Social*, expresso ou tácito, havido entre a maioria dos indivíduos, cuja ocorrência encerra o *Estado Natural* (correspondente aos indivíduos antes desse pacto), inaugurando o *Estado Social* e *Político*. Em um sentido mais delimitado, compreende a escola filosófica que surgiu na Europa entre o século XVII, até o século XVIII, entre os quais destacaram-se J. Althusius, T. Hobbes, B. Spinoza, S. Pufendorf, J. Locke, J.-J. Rousseau, I. Kant¹.

Ainda segundo Bobbio²:

“É igualmente necessário fazer uma distinção analítica entre três possíveis níveis explicativos: há aqueles pensadores que sustentam que a passagem do estado de natureza ao estado de sociedade é um fato histórico realmente ocorrido, isto é, estão dominados pelo problema antropológico da origem do homem civilizado; outros, pelo contrário, fazem do estado de natureza mera hipótese lógica, a fim de ressaltar a idéia racional ou jurídica do Estado, do Estado tal qual deve ser, e de colocar assim o fundamento da obrigação política no consenso expresso ou tácito dos indivíduos a uma autoridade que os representa e encarna; outros ainda, prescindindo totalmente do problema antropológico da origem do homem civilizado e do problema filosófico e jurídico do Estado racional, vêem no contrato um instrumento de ação política capaz de impor limites a quem detém o poder.”

Observe-se que o Contratualismo, em princípio, parece opor-se à teoria do Direito Natural, que assevera ter a sociedade formado-se a partir de um natural instinto do homem. Todavia, nele se assentam seus princípios básicos, evoluindo apenas em suas formulações. Basta verificar a síntese do pensamento dos seus principais filósofos, fundamentada em que a propriedade

¹ BOBBIO, Norberto. (Orgs.). *Dicionário de Política*, 11ª ed. Brasília: UNB, 1997. f. 272-275.

² BOBBIO, Norberto. *Op. e loc. Cits.*

é um direito natural do homem. O *Estado de Natureza* é um estado de liberdade perfeita, organizado por uma lei natural que a todos obriga; portanto, quando a razão humana estabelece que todos são iguais, independentes, nenhum deve criar conflitos para os outros em suas vidas, suas liberdades e, principalmente, relativamente aos seus bens, pois só assim cumpre-se aquela lei natural obrigatória a todos.

Modifica-se um pouco esse entendimento, quando Rosseau propõe, no seu livro *O Contrato Social*, que o povo é soberano, pois ele é, ao mesmo tempo, parte ativa no processo de elaboração das leis, e parte passiva, pois as obedece dentro da sociedade. Esse pensamento, influencia a revolução francesa, pois visava a retirada do poder da monarquia. O *Estado Convencional* é resultado de uma vontade geral, manifestada pela maioria dos indivíduos. A nação (o povo organizado) é superior ao rei, pois não existe direito divino ao poder da realeza. O Direito é decorrência legislativa da *Soberania Popular*. O Governo é instituído para promover o bem comum, e só é suportável enquanto justo, pois se assim não ocorrer, o povo tem o direito de substituí-lo, refazendo o *Contrato Social*.

Noutro recorte histórico, Bobbio verifica que no século XIX, o *Contratualismo* parece sair de cena, porque a origem de um *Estado de Natureza*, do qual os homens teriam saído mediante um contrato, mostra-se abstrata e irreal, após a realização de estudos antropológicos, retirando do *Contratualismo* possibilidades teóricas para explicar a ordem orgânica e a mudança social, resultante dos conflitos. Porém, partindo do *Pacto Social* (regras de jogo que devem ser estabelecidas antes do seu início), os teóricos do *Contratualismo* buscam justificar um fundamento para a obrigação política e para o cumprimento da lei: John Rawls visa a uma maximização da igualdade; James Buchanan, a readequar os princípios liberal-democráticos ao Welfare State (Estado de Bem-estar Social); Robert Nozick, a rerepresentar de modo tão radical a liberdade individual que acaba por defender a anarquia; todos traduzindo diferentes soluções de maior ou menor interferência do Estado na vida social e econômica³.

³ BOBBIO, Noberto. *Op. e loc. Cits.*

A visão dos contratos privados não é necessariamente uma oposição ao denominado *Contrato Social*, mas é totalmente diferente quanto aos seus fins. Enquanto o pensamento contratualista busca explicar o mundo e as relações de poder nele estabelecidas, na relação contratual privada tem-se a tentativa de resolução de conflitos entre indivíduos, revelando grande importância social, haja vista constituir instrumento jurídico fundamental nas relações da sociedade contemporânea.

Etimologicamente, contrato refere-se ao vínculo jurídico estabelecidos entre vontades diversas, com um determinado objeto específico, criador de direitos e obrigações. A expressão *contractus*, tem significado de unir, de ajuste, de pacto ou de convenção. Pacto origina-se de *pacis si*, estar de acordo. De sua vez, convenção, provém de *conventio*, de *cum venire*, vir junto. Constitui, portanto, o concerto estabelecido entre duas ou mais pessoas, que assumem certas obrigações ou regulam entre si direitos⁴.

Com efeito, na teoria clássica, *Contrato* é o acordo de vontades, entre duas ou mais pessoas, com conteúdo patrimonial, para adquirir, modificar, conservar ou extinguir direitos. Trata-se espécie de *Negócio Jurídico*, isto é, ato humano que atende aos elementos da ordem jurídica, que a vontade humana declara para a produção de efeitos esperados pelas partes.

O *Contrato*, por sua vez, possui uma dupla função: a econômica, dado o seu conteúdo patrimonialístico, fazendo circular a riqueza, dentro do sistema em que é privilegiado o *Direito de Propriedade*; e a social, porque ele possibilita as relações equilibradas dos indivíduos em sociedade, pela exigência de respeito aos pactos assumidos.

Os contratos exigem elementos (pressupostos) necessários para sua existência, validade e eficácia. Os elementos subjetivos são a existência de duas ou mais pessoas para a sua formação; a aptidão específica para contratar; a capacidade para a prática da vida civil e consentimento das partes contratantes. Os elementos objetivos são a licitude do objeto; a possibilidade física e jurídica do objeto; a determinação do objeto (certo, determinado ou determinável); a economicidade do objeto. Além disso, podem existir requisitos

⁴ LARROUSE. *Grande Enciclopédia Larousse Cultural*, vol. 7, São Paulo: Nova Cultural, 2004. f. 1598.

formais, isto é, pertinentes a formula do contrato de acordo com as disposições legais sobre o assunto.

Norteia-se a *Teoria Geral dos Contratos* clássica em três princípios básicos: 1) *Autonomia da Vontade*: significando a liberdade das partes de contratar, de escolher com quem contratar, o tipo e o objeto do contrato e de dispor do seu conteúdo, de suas cláusulas, conforme os interesses que pretendem auto-regulados; 2) *Obrigatoriedade do Pacto*: significando que o contrato faz lei entre as partes (*Pacta Sunt Servanda*); 3) ***Relatividade dos Efeitos do Contrato***: os efeitos do contrato só se realizam entre as partes que nele intervêm manifestando a sua vontade, vinculando-os e não afetando a terceiro nem a seu patrimônio.

Contemporaneamente, a *Teoria Geral dos Contratos Privados* tem-se modificado, pois o contrato não interessa mais apenas às partes contratantes, deixando de ostentar uma característica essencialmente privada. Seu fundamento primeiro não está mais no Direito Privado, mas no *Direito Constitucional (Direito Público)*. Daí, o surgimento de novos princípios a orientar a matéria com máxima amplitude.

Destaquem-se da Constituição Federal brasileira de 1988, o *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana* (art. 1º, III, CF), o *Princípio da Solidariedade Social* (art. 3º, I, CF), o *Princípio da Igualdade* (art. 5º, CF), o *Princípio da Proteção de Direitos da Personalidade* (art. 5º, V, X, CF), e os *Princípios da Propriedade Privada e da Função Social da Propriedade* (art. 5º, XXII e XXIII e 170, III, da CF).

Esses princípios constitucionais incidem diretamente sobre o *Direito Privado*, sobre os *Contratos* gerando efeitos que atenuam a perspectiva individualista clássica da matéria, para torná-la ética, social e eficiente, acrescentando nova base principiológica à *Teoria dos Contratos*, concorrentes com os demais princípios individuais tradicionais.

Assim, tem-se o *Princípio da Função Social do Contrato*, estabelecendo que a “liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, como dispõe o art. 421, do Código Civil brasileiro, significando que qualquer contrato deve ter utilidade social, deve conter justiça, não deve se prestar para abuso econômico e deve respeitar as normas de ordem pública e os bons costumes. Exige o respeito ao princípio da dignidade

da pessoa humana, relativização do princípio da igualdade das partes contratantes, consagração da cláusula implícita de boa fé objetiva, respeito ao meio ambiente e ao valor social do trabalho.

Outro princípio é o da *Boa Fé Objetiva*, impondo às partes contratantes agir com lealdade, honestidade, honradez, probidade e confiança recíproca, objetivamente significando o modo concreto de agir das pessoas, de modo adequado e conforme a lei, e subjetivamente, a intenção da pessoa ao contratar, devendo prevalecer sua intenção verdadeira e não as fórmulas contratuais adotadas. Esse princípio exerce a função de interpretação dos contratos, conforme a real intenção das partes, visando a manter o equilíbrio do contrato, como consta, exemplificativamente, do art. 113 do Código Civil brasileiro; também, impõe limitação do direito subjetivo dessas, permitindo revisar o abuso de direito (art. 187 do mesmo Código Civil) e, por fim, visa a atender aos deveres acessórios ao contrato, como a proteção, a informação e a lealdade entre todos os pactuantes (art. 422 do CC).

Enfim, o *Princípio da Equivalência Material*, implicitamente deduzido de diversos dispositivos normativos, cuida do atendimento à igualdade ou isonomia constitucionais (tratando os iguais de modo igual e os diferentes de modo diferente). Segundo este, no contrato entre as partes, deve existir equivalência de obrigações, reciprocamente. Se esse equilíbrio é abalado, deve ser permitido revisar o pacto, inclusive judicialmente, para seu restabelecimento ou sua rescisão sem ônus. Dele derivam, no Código Civil brasileiro a proteção do aderente em contrato de adesão (arts. 423 e 424), na possibilidade da resolução por onerosidade excessiva (cláusula “rebus sic stantibus” implícita em todos os contratos, arts. 478/480) e na anulabilidade da convenção pelo vício da lesão (art. 157).

Retomando o texto *O Caso dos Exploradores de Cavernas*, verifica-se da brevíssima análise das matérias discutidas, como antes expostas, que a solução para o caso é de extrema complexidade e, em qualquer visão doutrinária, não se poderá ter um verdadeiro sentido de justiça.

De um lado, é muito improvável a ideia de considerá-los em *Estado de Natureza*, pois se nessa situação fosse possível criar regras particulares, por que não o seria em outras tantas, em que os limites humanos são testados. O risco de se cair no descumprimento contumaz da lei, por sempre ser possível

(ao menos em tese) sustentar circunstâncias em que o Direito regular não poderia (ou não deveria) alcançar as pessoas, tornando-as legisladores, juízes e executores individuais de normas particulares, é inevitável. A insegurança jurídica, então, é consequência óbvia.

Noutro norte, a aplicação sem qualquer medida da lei, sem consideração aos fatores humanos envolvidos, igualmente levaria a outras dificuldades. Se assim pudesse ocorrer, não seriam necessários juízes, nem Poder judiciário, bastariam rotinas de leitura das leis e aplicação incontinenti de seus efeitos (contemporaneamente, qualquer programa de informática resolveria de modo muito eficiente todos os julgamentos). Ora, nem os mais prosaicos e rotineiros contratos privados podem renunciar à eventual interpretação de suas cláusulas. Menos ainda, tratando-se de vidas humanas. Igualmente, não haveria segurança jurídica nessas rotinas, sem contar a necessidade de que o ordenamento jurídico pudesse prever todas as situações da vida, de modo a disciplinar integralmente todas as relações. Isso é impossível.

Igualmente, não se pode admitir que possam as pessoas contratar visando objetos ilícitos, imorais, com flagrante violação dos princípios fundamentais que norteiam uma sociedade (v. g. *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*). Menos ainda, poder-se-ia admitir a imposição desse contrato a qualquer das partes, com base em qualquer doutrina jurídica, pois o simples conhecimento basilar dos conteúdos principiológicos, que devem nortear essa matéria, afasta por inteiro essa pretensão. Admitir-se essa situação de máximo privilégio ao Contrato, tornando-o absolutamente intangível, também geraria circunstâncias de extrema insegurança jurídica. Basta imaginar situações como comercialização de órgãos humanos, ou o contrato de trabalho escravo ou absolutamente subserviente.

Então, verifica-se que o Direito exige constante adequação e atualização permanente pela sociedade, a fim de conseguir dar conta da resolução de conflitos cada vez mais complexos. Por isso, a adoção de qualquer sistema fechado, para aplicação do Direito à vida, esbarrará na insuficiência de argumentos para uma solução justa.

Daí, a necessidade de migração do Direito para novos horizontes de fundamentação, assentados intransigentemente nos *Direito Humanos*

Universais e em suas consequências lógicas para qualquer ordenamento jurídico, como única forma de busca de sentido de justiça.