

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

SANDRA SUELI FERREIRA NUNES

**SOBRE A RELAÇÃO ENTRE ÉTICA E CONTRATO:
JUSPOSITIVISMO E CRÍTICA**

São Paulo
2012

SANDRA SUELI FERREIRA NUNES

**SOBRE A RELAÇÃO ENTRE ÉTICA E CONTRATO:
JUSPOSITIVISMO E CRÍTICA**

Dissertação apresentada ao Departamento de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientador: Prof. Dr. Vicente Bagnoli

São Paulo
2012

N972s Nunes, Sandra Sueli Ferreira

Sobre a relação entre ética e contrato: juspositivismo e crítica. / Sandra Sueli Ferreira Nunes. – 2013.

145 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2013.

Orientador: Vicente Bagnoli

Bibliografia: f. 139-145

1. Direito 2. Contrato 3. Ética 4. Justiça I. Título

SANDRA SUELI FERREIRA NUNES

**SOBRE A RELAÇÃO ENTRE ÉTICA E CONTRATO:
JUSPOSITIVISMO E CRÍTICA**

Dissertação apresentada ao Departamento de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovada em

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Vicente Bagnoli – Orientador
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Alysson Leandro Mascaro
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Jonathan Hernandez Marcantonio
Universidade de São Paulo

A meus pais, pelo cuidado,
apoio e constante incentivo ao
longo da minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte de todas as coisas, inclusive do conhecimento, sem cuja força e cuidado certamente não teria concluído este trabalho.

A meu orientador, Prof. Dr. Vicente Bagnoli, pela ajuda inestimável na conclusão deste trabalho, sobretudo pela paciência e constante disponibilidade dispensadas ao longo deste período de pesquisa.

A meus pais, que me possibilitaram adequada formação, e sem os quais seria impossível chegar ao término deste trabalho.

Aos meus amigos, aos quais deixo de nomear a fim de não incorrer na possibilidade do esquecimento. Cada um teve a sua importância neste período de trabalho, quer com uma palavra de incentivo, com sugestões para o aprimoramento da dissertação, com o ombro amigo nas horas de desânimo.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a relação entre ética e contrato, partindo dos dois paradigmas hegemônicos do saber jurídico, isto é, o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, para concluir com uma análise crítica acerca da existência de uma possível justiça contratual no âmbito de um sistema jurídico positivado, ainda que com novos paradigmas sustentadores. Considerando que o conceito de direito e moralidade varia de acordo com o momento histórico, o contexto econômico e social, a abordagem acerca da justiça contratual será feita levando-se em consideração o pensamento moral e jurídico predominante em cada época, tendo-se como marco temporal o pensamento dominante na modernidade, especialmente a partir do século XVIII.

Palavras-chave: Direito. Contrato. Ética. Justiça.

ABSTRACT

This study aims to analyze the relationship between ethics and contract, leaving the two hegemonic paradigms of legal knowledge, the natural law and legal positivism, concluding with a critical analysis of the possible existence of a contractual justice in the context of a positivised legal system, albeit with new paradigms supporters. Whereas the concept of law and morality varies according to the historical moment, the economic and social context, the approach regarding the contractual justice will be done taking into consideration the moral and legal thought prevailing in each period, taking as march time the dominant thought in modernity, especially from the eighteenth century.

Keywords: Right. Contract. Ethics. Justice. Critical.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE I - DIMENSÃO PROPEDEÚTICA DO CONTRATO	17
CAPÍTULO 1 - O CONTRATO NA PERSPECTIVA JUSNATURALISTA	18
1.1 O jusnaturalismo jurídico: o antigo e o moderno	18
1.2 O contrato na perspectiva do jusnaturalismo moderno	28
1.3 A justiça contratual na concepção moderna jusnaturalista	33
CAPÍTULO 2 - O CONTRATO NA PERSPECTIVA DO JUSPOSITIVISMO	45
2.1 Direito positivo: o nascimento de um novo paradigma	45
2.2 O contrato na concepção juspositivista estrita	57
2.3 A justiça do contrato na perspectiva do juspositivismo	60
CAPÍTULO 3 - CONCLUSÃO	65
PARTE II – DIMENSÃO DOGMÁTICA DO CONTRATO	67
CAPÍTULO 4 - O CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916	68
4.1 O contrato: um instrumento econômico, social e jurídico	68
4.2 Normatização contratual: concepção clássica do contrato	69
4.3 Mudança de paradigmas: relativização dos clássicos princípios informadores do contrato.....	83

CAPÍTULO 5 - O CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	94
5.1 Uma nova teoria dos contratos fundada nos valores constitucionais.....	94
5.2 A normatização do Código Civil: posituação de novos princípios informadores dos contratos.....	97
5.3 A justiça contratual no Código de 2002.....	113
CAPÍTULO 6 - CONCLUSÃO.....	118
PARTE III - SOBRE A RELAÇÃO ENTRE ÉTICA E CONTRATO: JUSPOSITIVISMO E CRÍTICA	120
CAPÍTULO 7 - CONSIDERAÇÕES FINAIS SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA CRÍTICA	121
CAPÍTULO 8 - CONCLUSÃO FINAL	135
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	139

INTRODUÇÃO

A discussão a respeito da relação existente entre moral e relações intersubjetivas, ou ainda, entre moral e lei, embora sempre atual, não é uma questão nova. De forma reiterada as diversas relações sociais remetem a questionamentos acerca da justiça ou injustiça de certas condutas, da maneira correta ou incorreta de agir em relação ao outro e à sociedade em geral e, ainda, se o Estado deve interferir nessas questões e de que forma deve fazê-lo.

Um dos institutos jurídicos que mais enseja questionamentos a respeito de condutas éticas é o contrato, isso porque, ao longo dos tempos demonstrou ser o meio mais comum de estabelecimento de relações intersubjetivas de cunho econômico e, conseqüentemente, um dos principais instrumentos de troca na sociedade; e no âmbito das economias capitalistas, traduz-se no instrumento que viabiliza a circulação mercantil, permitindo a dinamização da economia e a movimentação de riquezas na sociedade.

Por outro lado, o contrato também pode ser um instrumento fortemente utilizado para legitimar o poder econômico e o seu abuso. Com efeito, sob o manto de um contrato celebrado com a observância de ditames legais, podem ser camufladas situações de verdadeira injustiça, decorrentes da superioridade econômica de uma das partes, que claramente subjuga os interesses da contraparte aos seus próprios interesses.

Assim, é natural que se pergunte a respeito da justiça fundada na livre manifestação de vontade, por exemplo, em contrato de financiamento que estabelece juros remuneratórios a taxas exorbitantes; se é justo aumentar o preço da mercadoria quando a necessidade é mais premente; se no contrato de trabalho é justo pagar salários ínfimos aos empregados, enquanto o empregador auferir lucros elevados.

No mesmo sentido, questiona-se se é justo que as empresas seguradoras, embora vinculadas a um contrato em que assumem o risco, busquem junto ao causador do dano a diferença entre o valor que pagou ao segurado para restabelecer o seu prejuízo e o valor da franquia já recebida, reduzindo praticamente a zero o seu risco e sua perda econômica em um contrato que, eminentemente, é um contrato caracterizado pela álea.

Enfim, são inúmeras as situações que se verificam nas relações contratuais e que remetem a questionamentos sobre a moralidade, isto é, acerca das condutas dos sujeitos de um contrato ao longo do estabelecimento das diversas relações negociais que corriqueiramente entabulam, classificando-as em boas ou más, a partir da análise da motivação que determinou tais condutas, bem como dos resultados delas decorrentes.

Esta preocupação com as condutas éticas nas relações contratuais se revelou no ordenamento jurídico brasileiro por ocasião da promulgação da Lei n.10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, ao estabelecer no artigo 422 que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Referida norma, que impõe às partes de um contrato a adoção de uma conduta escorreita, socialmente aprovada, pretende ser o instrumento garantidor da moralidade das condutas das partes de um contrato, visando, sobretudo, a realização da justiça contratual. Entretanto, surge daí, de plano, pelo menos duas questões: se de fato a norma for observada e cumprida, terá o condão de realizar a pretendida justiça contratual? Qual a concepção de justiça de que trata a norma?

Ressalte-se que o objetivo do presente trabalho não consiste em perquirir acerca da existência de contrato ético em si mesmo considerado, mas analisar a conduta que um contratante adota em relação ao outro por ocasião da realização e cumprimento de negócios jurídicos contratuais, e que repercute no âmbito destes, na sua legalidade, legitimidade e justiça.

Com efeito, como bem esclarece Adolfo Sanchez Vázquez (2011, p 149) “os objetos úteis, ainda que se trate de objetos produzidos pelo homem, não encarnam valores morais”, mas tais valores existem em atos ou produtos humanos, na medida em que são realizados consciente e voluntariamente. Assim, buscar-se-á perquirir acerca dos atos do homem que levam à realização de um contrato e que devem resultar na realização do valor justiça.

A utilização dos termos ética e moral, no presente trabalho, não atenderá a uma rigorosa diferenciação, mas os tratará como sinônimos. Esclareça-se, entretanto, que embora estreitamente vinculados, até pelo significado dos termos em

sua origem¹, tais palavras ética e moral recebem diferentes acepções; por Ética entende-se a ciência que estuda o comportamento moral dos homens na sociedade, ao passo que por moral o entendimento tem a ver os hábitos e os valores de certa comunidade sendo esta, portanto, o objeto de estudo da ciência ética.

Apesar desta distinção, fato é que ética e moral estão relacionadas ao modo de viver, à conduta dos homens em sociedade, às regras de ordem moral que conduzem os homens à realização do bem, e é neste sentido que se utilizará os termos, ética e moral, no presente trabalho, sem que se faça uma precisa distinção entre eles, tal como anteriormente apontado.

O objetivo primordial é analisar a conduta moral dos homens no seio das relações obrigacionais, bem como os reflexos jurídicos e sociais gerados pelo bem agir e pelo bem viver das partes de um contrato, especialmente os contratos enquadrados no âmbito do direito privado, excluindo-se, pois, qualquer análise no âmbito das relações contratuais administrativas.

Portanto, a relação entre ética e contrato aqui considerada, parte da análise das ações praticadas pelas partes de um contrato e que deve resultar em um bem, a saber, na garantia de justiça na relação contratual, não a justiça que resulta do mero cumprimento das leis e das cláusulas contratuais, mas aquela que garante igualdade substancial às partes, decorrente da confiança, lealdade, transparência e cooperação nas ações dos contratantes.

São as ações humanas em consonância com as virtudes ou valores morais dominantes na sociedade, que serão a base para a análise da relação entre ética e contrato. Valores tais como cooperação, solidariedade, lealdade, coexistentes com o valor maior denominado Justiça, devem ser o fundamento e o ideal do direito.

Apresenta-se, de certa forma intuitiva, a ideia de que o direito deve realizar a justiça, tanto é assim que os romanos definiam o direito como a arte do bem e da equidade, identificando-o, portanto, como algo que tem um objetivo moral. Nesse sentido, não se pode separar de forma absoluta a moral do direito, porquanto a ideia de justiça não é outra, senão uma ideia moral (RIPERT, 2002).

Entretanto, a ideia sobre o direito e o justo não é unívoca e se transforma através dos tempos, de sorte que para se pensar sobre a relação entre ética e contrato, necessário se faz entender o pensamento moral e jurídico presente em

¹ A palavra ética é originária do grego *éthos*, ao passo que moral deriva do latim *mos*, podendo-se atribuir a ambas as palavras, grega e latina, o mesmo significado, a saber, *costumes, modo de ser*.

cada estrutura social, de acordo com as conjunturas históricas, ou seja, a forma de pensar a justiça e conceber o contrato sob a ótica dos antigos, dos medievais, dos modernos e contemporâneos.

Reale (1998, p. 28) bem aponta essa variação de concepções ao dizer:

A experiência tem, com efeito, demonstrado que todo ideal de justiça depende de conjunturas históricas, e, mais ainda, que a mesmíssima tese sobre a justiça como valor absoluto assume um significado ou valor distinto em função de fatos emergentes, às vezes com paradoxal inversão de sentido.

O autor finaliza que a justiça deve ser analisada sob a ótica da sua “concreta projeção na experiência”, de sorte que não se pode pretender “alcançar uma ideia universal de justiça”, tampouco se pode “reduzi-la a um conjunto de perspectivas ou de requisitos formais, capazes de legitimar as relações jurídicas” (1998, p. 41). A noção de justiça, portanto, se tornará precisa e se modificará, conforme o seu uso.

A tese de Reale se contrapõe ao pensamento clássico, que estabelecia o conhecimento verdadeiro e a ação livre como aqueles que tinham uma conformidade a uma ordem previamente constituída a qualquer ação humana, formada de princípios e verdades necessárias, imutáveis, aferidas pelo pensamento racional, que era guia e fundamento da sabedoria. Havia uma nítida tendência de valorizar o teórico, o contemplativo, em detrimento da ação.

Nessa conformidade, a correção da ação ou do comportamento, isto é, a ação virtuosa era aquela que estaria em conformidade com uma ordem estabelecida revelada pela razão. Ademais, nessa concepção o indivíduo era considerado isoladamente em face do universo, de sorte que o pensamento era formado a partir do real, desconsiderando-se totalmente o meio social que se interpunha entre o indivíduo e o universo, e que efetivamente influenciou na formação do conhecimento e nas condutas adotadas.

Hegel, por sua vez, entende que a vida moral só pode ser concebida dentro de uma determinada comunidade, sendo que cada comunidade estabelece os valores que lhe são indispensáveis; o indivíduo isolado pode escolher livremente os seus valores, mas enquanto inserido em uma sociedade esta escolha não se apresenta livre, daí a possibilidade de sancionar escolhas morais (FERREIRA, 2003).

No tocante ao Direito, desde os primórdios da organização do homem em sociedade percebeu-se a necessidade de adoção de regras para regular as diversas relações entre eles estabelecidas; mas nem sempre se atribuiu a esse conjunto de regras tendentes a organizar o convívio social a denominação de Direito, tampouco tais regras se constituíram em um conjunto escrito e sistematizado de normas, e muito menos se pensava em uma ciência do direito.

No mundo antigo até a Idade Média a religião era a base de comando da sociedade, o que implicava em uma forte intersecção entre direito e religião. Além do fenômeno religioso os costumes também influenciavam diretamente as leis escritas, de sorte que a lei não era, como hodiernamente, uma norma meramente técnica decorrente da vontade do legislador, mas trazia em si a própria essência moral da sociedade, pelo menos de forma preponderante.

Dessa forma é apontado por Reale (1998) que não se concebia a justiça no plano da subjetividade, como virtude ou como inclinação natural, porquanto a ordem humana era traçada pela divindade.

Ao longo da História, contudo, ocorreu o que o referido autor denomina de conscientização do Direito, marco inicial de uma Ciência do Direito. A partir deste ponto surge a preocupação em definir o Direito e investigar qual o seu fundamento de validade, a sua natureza, e nessa caminhada o conceito variou em cada período histórico, de acordo com a ideologia predominante em cada momento, por vezes aproximando o direito da moral e da ética, por vezes afastando-o de tais fenômenos sociais.

Mascaro (2010) esclarece, que da Idade Antiga até a Idade Contemporânea a idéia do direito e do justo variou segundo as estruturas de cada sociedade. Na antiguidade, sob a concepção Aristotélica, grosso modo, justiça é dar ao indivíduo o que é seu, e o critério determinante para se avaliar o que cada um merece são as virtudes dignas de recompensa.

Na Idade Média, o referido autor ainda explica que o direito e o justo estavam relacionados a um querer divino, ao passo que na Modernidade, embora ainda sobrevivesse a concepção medieval de direito e justo, sob a influência da burguesia, teve início uma nova concepção, entendendo-se, o direito e o justo, como produtos de uma razão universal.

Na Idade Contemporânea o direito já passa a ter a estrutura específica de um sistema de normas emanadas do Estado, de cunho formal, e de certa forma,

desvinculado de fatores outros como a moral, a ética, a religião e os costumes. Sobre isto, Mascaro (2010, p. 24) alerta que “não é a teoria jurídica que se tornou ímpar; é a necessidade social do capitalismo que singularizou o próprio direito em face da moral e dos costumes”.

No presente trabalho a análise que se pretende fazer acerca da relação entre a ética e o contrato terá por base a ótica de três manifestações de pensamento jusfilosófico, a saber, o jusnaturalismo, o juspositivismo e a crítica. No entanto, sendo variável a concepção do direito e do justo, o objetivo não é responder de forma taxativa se há ética nas relações contratuais, mas mostrar como esta relação é concebida segundo estas três formas de pensamento.

Ressalte-se, todavia, que a concepção do contrato como fenômeno jurídico variou conforme a estrutura do direito em cada sociedade, de sorte que é preciso que se pense no contrato inserido em cada momento histórico e social e, sobretudo, inserido na estrutura econômica predominante. De igual forma, a concepção de moral como “conjunto de normas que se destinam a regular as relações dos indivíduos numa comunidade social dada” (VÁZQUEZ, 1989, p. 25), deve ser entendida a partir de cada momento histórico considerando as diferentes sociedades.

O contrato moderno e contemporâneo é o que servirá de base para a análise que se pretende desenvolver no presente trabalho; conseqüentemente, as manifestações de pensamento jusfilosóficas já apontadas, serão as da filosofia do direito moderno e contemporâneo.

O fato de não ser certo que nesta análise se resolverá os problemas que constantemente assolam os indivíduos em suas relações sociais, especialmente nas relações ditas contratuais, isso não retira a importância desta reflexão, porquanto a busca do justo sempre esteve presente no espírito humano e deve ser incessantemente perseguido, quer como forma de alcançar o bem-estar, respeitar a liberdade ou promover a virtude.

Em tempos em que as relações contratuais se despersonalizaram e se apresentam de forma massificada; em que a autonomia da vontade é relativizada e mascarada, na medida em que se reduz à mera aderência de termos unilateralmente estabelecidos; em que a liberdade de contratar está subjugada ao poderio econômico, mais do que nunca se faz necessário refletir sobre a relação

entre o direito e o justo, e aqui de forma restrita no âmbito de uma das principais relações jurídicas na sociedade, qual seja, as contratuais.

Repensar a forma de se conceber o direito, buscando sua fundamentação no conjunto de elementos que integram as relações sociais concretas, como fatores econômicos e sociais, lançando os olhares para o homem concreto, o cidadão que anseia não só pelo reconhecimento de direitos, mas, sobretudo, pela concretização desses mesmos direitos como forma de garantia da dignidade humana.

O trabalho será desenvolvido em três partes. A primeira parte denominada de dimensão propedêutica do direito analisará o contrato e a justiça contratual nas perspectivas do jusnaturalismo e do juspositivismo.

Como já foi dito, o recorte temporal para esta reflexão será a Idade Moderna, uma vez que, segundo esclarece Mascaro (2010, p. 22), a modernidade “se revela, na filosofia do direito, pelo embate entre duas correntes específicas de pensamento”, a saber, o Absolutismo e o Iluminismo, sendo diversas as concepções de ambas acerca do direito e do justo; a primeira ainda se lastreia em elementos jusfilosóficos teológicos, ao passo que a segunda tem o direito e o justo como produto de uma razão universal. Interessa aqui mais de perto a segunda corrente, que estabeleceu as bases para o instituto jurídico aqui analisado.

Não será adotado um autor específico do jusnaturalismo como base para a reflexão aqui desenvolvida, mas os pensamentos de jusnaturalistas como Rousseau, Pufendorf e Kant, pela importância de suas obras e reflexões para o período, serão ressaltados.

No segundo capítulo desta primeira parte será analisado o contrato sob a perspectiva do juspositivismo predominante a partir do Século XIX, quando o fenômeno jurídico começou a se apresentar em seu caráter técnico-formal.

Na segunda parte do trabalho nomeada de dimensão dogmática do contrato, far-se-á a análise do instituto jurídico no âmbito do direito brasileiro, abordando no quarto capítulo a concepção de contrato no Código Civil de 1916 que retrata a clássica teoria do contrato, calcada no individualismo e na autonomia da vontade, e no quinto capítulo o contrato no Código Civil de 2002, que se abre para uma nova concepção de contrato, fundado nos valores constitucionais.

Com o intuito de finalizar o trabalho, na terceira parte far-se-á uma breve análise da relação entre ética e contrato sob a perspectiva de uma teoria crítica do direito, a fim de refletir a concepção positivista do contrato sob o ponto de vista da

realidade que se apresenta, fugindo das abstrações formais do Direito, colocando o instrumento técnico-formal em contato com as relações sociais concretas e com uma moralidade deduzida não apenas da conformidade das condutas com o ordenamento, mas, sobretudo, da adequação dos comportamentos aos valores pretendidos na construção de uma sociedade justa e solidária.

Repensar os valores que determinam as condutas dos indivíduos nas suas relações intersubjetivas, especialmente nas contratuais, que se constituem no instrumento a serviço do capitalismo, pode ser um caminho para gerar o esclarecimento e a emancipação, necessários à condução da cidadania, permitindo-se que cada cidadão desenvolva suas potencialidades e possibilidades nas suas relações sociais.

E um cidadão consciente do seu papel é, sobretudo, um indivíduo moralmente consciente das suas responsabilidades, sabedor de que embora dotado de liberdade de ação, o exercício desta liberdade está limitado ao bem-estar coletivo e que por isso, deve reconhecer como válida a ordem jurídica estabelecida, e para cujo aperfeiçoamento deve contribuir ativamente.

PARTE I - DIMENSÃO PROPEDÊUTICA DO CONTRATO

É objetivo aqui fazer alguns apontamentos iniciais com vistas a conhecer as bases teóricas sobre as quais se fundaram o contrato, bem como o panorama socioeconômico que deu origem a este instituto, a fim de que seja possível analisar as mudanças de paradigmas que ocorreram ao longo do tempo, sobretudo no que tange à concepção de justiça contratual.

Para tanto, será utilizado como critério para o desenvolvimento do estudo, as duas teorias jusfilosóficas que predominaram entre os períodos Moderno e Contemporâneo, a saber, o jusnaturalismo e o juspositivismo, posto que sob a ótica de cada uma delas, varia a forma de pensar e explicar o Direito e, portanto, a maneira de entender a sua finalidade e os seus institutos.

Assim, a partir de cada uma das teorias do direito acima apontadas, analisar-se-á qual é a concepção de contrato, o seu fundamento, bem como a noção de justiça que vigora no âmbito dessas relações.

Neste capítulo será abordada a perspectiva jusnaturalista, mas antes de adentrar no estudo do pensamento jusfilosófico que mais de perto interessa neste trabalho, isto é, o pensamento predominante a partir do século XVIII, ainda que de maneira superficial, serão traçadas algumas considerações acerca do jusnaturalismo na Antiguidade, posto que indispensável para o melhor entendimento do pensamento jusnaturalista moderno e contemporâneo.

No segundo capítulo, por sua vez, a mesma análise será feita sob a ótica do juspositivismo, teoria que se consolidou a partir do século XIX.

CAPÍTULO 1 - O CONTRATO NA PERSPECTIVA JUSNATURALISTA

Como já ressaltado anteriormente, no presente capítulo toda a abordagem acerca do contrato e da justiça no âmbito das relações contratuais será feita sob a ótica da doutrina jusnaturalista, que tem como fundamento a existência de um direito natural.

Procurar-se-á demonstrar o que se entende por direito natural, concepção que varia ao longo dos tempos, mas a ênfase será o pensamento jusnaturalista que vigorou a partir do final da Idade Moderna, isto é, a partir do século XVIII.

1.1 O jusnaturalismo jurídico: o antigo e o moderno

O jusnaturalismo, de forma bastante simplificada, consiste na teoria do direito que propugna pela existência de um direito natural, e que tem por objeto um direito moral que é natural, ou por ser próprio da natureza humana ou por ser acessível por meio da razão; Esse direito natural, portanto, varia a depender do momento histórico e da concepção jusfilosófica que o embasa.

A filosofia do direito natural, conforme assevera Alf Ross (2007), na verdade um crítico do jusnaturalismo, tem uma longa história, iniciando-se com os primeiros filósofos e se estendendo até os nossos dias. Entretanto, como já esclarecido, no presente trabalho será estabelecido como corte temporal o pensamento jusnaturalista predominante no século XVIII, isso porque o instituto jurídico que se pretende aqui analisar é um instituto de concepção moderna e contemporânea.

Apesar de o foco estar no pensamento jusnaturalista moderno, não se pode prescindir, para fins de melhor compreensão deste pensamento jusfilosófico, de um retorno às suas origens e, portanto, de um olhar para o passado do jusnaturalismo antigo e medieval. Com efeito, o retorno ao passado é fundamental para tornar mais compreensível a ideia do direito natural moderno e contemporâneo.

Assevera Alf Ross (2007) que esta doutrina, apesar das suas variações, manteve a sua essência ao longo dos tempos, qual seja, a crença no absoluto, no eterno, em uma ordem cósmica e moral do mundo, de sorte que apenas do ponto de vista científico é possível distinguir fases do jusnaturalismo, que ele denomina de fase mágica, religiosa e filosófico-metafísica.

Sendo o jusnaturalismo a doutrina que se assenta na existência de um direito natural, necessário esclarecer o que se entende por direito natural que, como já dito anteriormente, tem concepção variável, a depender do momento histórico e da teoria jusfilósica que é tomada por base.

Esclareça-se, inicialmente, que direito natural se contrapõe ao direito positivo² e vários são os critérios utilizados para diferenciá-los como anota Bobbio (2006), a saber, as antíteses *universalidade/particularidade*, *imutabilidade/mutabilidade*, a fonte de onde provém, o modo como se faz conhecido, o objeto e, finalmente, o critério de valoração das ações.

Na tarefa de diferenciar o direito natural e o direito positivo, e levando em consideração os pensamentos clássico, medieval e moderno, aponta Bobbio (2006) que no período clássico romano, a distinção se faz a partir da dicotomia existente no direito romano entre o *jus gentium* e o *jus civile*,³ partindo do pressuposto que o *jus gentium* corresponderia ao direito natural e o *jus civile* ao direito positivo.

Assim, a partir dessa dicotomia, estabelece como critérios de distinção entre eles o da universalidade e particularidade, na medida em que o direito natural é aplicável a todos, em contraposição ao direito positivo, aplicável a um número limitado de pessoas, no caso os cidadãos romanos, e o critério da fonte, uma vez que um é posto pelo povo e o outro pela *naturalis ratio*.

Levando-se, pois, em consideração os limites de incidência do direito natural e do direito positivo, pode-se dizer que o direito positivo é aquele limitado a um determinado povo, ao passo que o direito natural não tem limites; ademais, tomando-se por base a fonte desses direitos, o direito natural é aquele posto pela *naturalis ratio*, isto é, a natureza humana comum a todos os povos, ao contrário do direito positivo que é posto pelo povo, ou seja, uma entidade social humana, e este é um dos mais importantes critérios de distinção.

No pensamento medieval a distinção se faz pelo critério da fonte, já que o direito positivo é aquele posto pelos homens, em contraposição ao direito natural que tem sua origem na divindade. Na modernidade, por sua vez, especialmente nos séculos XVII e XVIII, predominou o pensamento de que o direito natural era

² O termo direito positivo, aqui utilizado em contraposição ao direito natural, não é sinônimo de positivismo jurídico, doutrina que teve início no século XIX, e sobre o qual dedicar-se-á capítulo específico.

³ Alf Ross (2007) sustenta que ambos, o *jus civile* e o *jus gentium*, são direito positivo, no entanto, este se apresentava de forma mais livre e mais flexível que o primeiro, e expressava de forma mais direta os princípios básicos do direito natural.

decorrente de uma razão universal dos indivíduos, enquanto o direito positivo aquele posto pelo Estado.

Em decorrência, portanto, dessa variação de concepções acerca do direito natural, base da doutrina jusnaturalista, não se pode entender o jusnaturalismo de maneira uniforme, antes se deve ter em mente que a compreensão do direito e do justo sofrerá variações conforme mude a forma de entender o direito natural.

Assim, retomando a distinção de três fases do jusnaturalismo apontadas por Alf Ross, vê-se que volta do século VIII a.C. o direito estava intimamente relacionado a crenças mágicas e religiosas, e acreditava-se que os deuses reinavam sobre os homens, mas todos, inclusive os deuses, estavam sujeitos ao poder cósmico do destino. A justiça, portanto, estava diretamente ligada à vontade soberana dos deuses do destino, de modo que justo era aquilo que se ajustava à vontade dos deuses, e o descumprimento desta vontade e da ordem cósmica tinha como consequência o castigo.

Nos séculos 490 a 404 a. C. houve uma importante alteração na forma de pensamento, provocada pelos sofistas, que abandonaram a crença no absoluto e no eterno em matéria de conhecimento e moral, conforme aponta Ross (2007), dando início a um pensamento científico baseado na relatividade da apreensão racional e em uma moralidade humanista.

Nesse período cabe ressaltar o pensamento de Protágoras, que embora não tenha representado uma mudança paradigmática, acabou por questionar a crença no absoluto. A partir da fórmula de que “o ser humano é a medida de todas as coisas”, Protágoras entendia que o conhecimento residia na percepção dos sentidos, de sorte que era sempre individual e relativo, mas os homens de mente sadia tendiam a ver as coisas de igual maneira. No mesmo sentido, e já que o homem é a medida de todas as coisas, direito e moral já não eram absolutos, e sendo assim, passou-se a não mais acreditar na origem divinal das leis, visto que estas decorriam da criação humana (Ross, 2007).

Disso decorre o entendimento de que o direito não pode ser universal e eterno, e as leis não têm origem nos deuses, mas resultam da ação humana, que a estabelece por meio de convenções ou pelo poder arbitrário dos que governam; e os governantes criam leis que servem de fundamentação aos próprios interesses, chamando-as de justas.

O justo para os sofistas era, portanto, aquilo que estava em consonância com a natureza humana, tomando-se o homem como a medida das coisas, e não aquilo que era conforme a lei, já que esta era criada pelas convenções e não pela natureza. Nisto está a origem do embate entre direito positivo, instituições históricas, convenções sociais e as exigências da natureza que decorrem das “leis cósmicas”, da “vontade de Deus” ou da “natureza humana”, na visão dos filósofos do direito natural (Ross, 2007), e que implica na distinção entre o justo por natureza e o justo por convenção.

O estoicismo foi outra escola importante no período pós-clássico, especialmente porque introduziu na filosofia moral e jurídica a ideia do dever a partir da consciência do indivíduo, que tinha uma parte do divino, o que tornava todos iguais perante Deus. Sendo todos iguais, a razão e a natureza determinariam que todos vivessem em harmonia, respeitando-se mutuamente como um fim em si mesmo. A desobediência a este comando, contudo, fez com que os homens passassem a viver de acordo com leis humanas, que não refletiam a justiça natural.

A moral dos estoicos não era determinada por fins externos à vontade do indivíduo, mas estava ligada às regras encontradas na própria natureza razoável do homem, cuja razão era idêntica à razão divina. O direito natural dos estoicos, portanto, tinha fundamento religioso e era universal, ou seja, o direito era originário da razão cósmico-divina, e não de uma razão individual.

Na Idade Média, especialmente na concepção de Tomás de Aquino, o direito natural também estava fortemente ligado à religião, e a concepção cristã de Deus se fez presente na filosofia; a luz natural de Deus é o que dirige os homens ao bem, de sorte que estes devem, pela razão, buscar a lei divina, à qual a lei humana deve estar submetida; O direito natural se sobrepunha ao direito humano, e sua validade decorria do fato de ser originário da lei divina.

Nesta concepção entende-se que o homem não pode apreender total e perfeitamente a lei eterna, mas tudo aquilo que pode ser apreendido pela razão humana é chamado direito natural, e ao lado deste, por meio da revelação, Deus permitiu ao homem participar da lei eterna, na criação da lei de Moisés e do Evangelho. O direito natural deste período, portanto, estava impregnado da moral cristã, e se caracterizava por ter um conteúdo mais concreto e aplicável, distanciando-se de um racionalismo meramente abstrato.

O direito natural medieval determina um padrão que deve ser observado no estabelecimento do direito positivo pelo legislador. Mas o direito positivo além de ser justo, na medida em que deve estar em conformidade com o direito natural, deve ser também útil às pessoas, ou seja, deve atender às suas necessidades. Tendo em vista a variação dessas necessidades no tempo e no espaço, o direito positivo também deve se modificar para manter o seu objetivo de atender às necessidades humanas.

Como visto, foi sólido o vínculo do direito natural com a religião, sobretudo na Idade Média, mas este vínculo foi se tornando mais fraco diante do surgimento de uma nova forma de pensamento que caracterizou a modernidade. Na modernidade o direito natural passou a ser concebido como regras ideais que devem dirigir a conduta humana, regras estas que são conhecidas unicamente pela razão.

O pensamento filosófico-metafísico consiste em uma atividade intelectual que compreendia a lei natural como sendo aquela apreendida pela razão, válida em si mesma e para todos obrigatória; ao lado dessa lei natural, contudo, reconhecia-se a existência da lei positiva, posta pelo legislador que, por se constituir em ato legítimo era também um ato justo, cujo fundamento era o direito natural.

Nos séculos XVII e XVIII, conforme Bobbio (2006, p. 20), que se vale da distinção feita por Glück, os jusnaturalistas concebiam o direito natural como o conjunto de leis que se fizeram conhecer pela razão, “tanto pela natureza quanto por aquelas coisas que a natureza humana requer como condições e meios de consecução dos seus próprios objetivos”, ao passo de que o direito positivo se constitui em conjunto de leis emanadas da vontade declarada de um legislador.

Neste período, portanto, a filosofia jurídica de concepção jusnaturalista, passou a compreender o direito sob uma ótica racionalista, isto é, como expressão da razão humana, aquele que se faz conhecido pela razão. Na lição de Bobbio (2006, p. 23) “este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista da filosofia”.

Até o final do século XVIII o direito era definido a partir da existência de duas espécies, a saber, o natural e o positivo, e apesar dos diversos critérios para distinguir um do outro, de regra o direito natural e o positivo não eram colocados em diferentes planos, ou seja, não se considerava um superior ao outro, exceto os escolásticos, que consideravam o direito humano inferior.

Com a concentração no Estado, de todos os poderes, inclusive o de criar o direito, este se transformou em um direito estatal, único válido e aplicável, o que implica em dizer que a partir daí o direito natural já não se encontra no mesmo nível de igualdade do direito positivo.

Retornando à época em que se concebiam claramente duas espécies de direito, natural e positivo, postos no mesmo plano, é ainda Bobbio (2006, p. 28) quem esclarece:

Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas estas regras estavam no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas a aplicar e, portanto, todas, na mesma proporção, constituíam “fontes do direito”. O que permitia aos juristas falarem de duas espécies de direito, natural e positivo, e o juiz podia obter a norma a aplicar tanto de regras preexistentes na sociedade (direito positivo) quanto de princípios equitativos e de razão (direito natural).

Até a formação do Estado moderno, portanto, o direito era pluralista, construído por juristas, não tendo sua origem apenas no Estado; em outras palavras, o direito não era apenas o estatal que, mais tarde, passou a ter primazia, mas convivia com o chamado direito natural, e a existência de um não excluía a existência do outro.

Para se entender a concepção filosófica do direito natural dominante nos séculos XVII e XVIII, é necessário que sejam traçadas, ainda que genericamente, algumas considerações acerca dos principais aspectos históricos, sociais e econômicos vigentes na época.

Na Idade Moderna, período que vai dos séculos XV ao XVIII, a filosofia precisa ser visualizada levando-se em consideração três concepções jusfilosóficas distintas, a saber, o Renascimento, o Absolutismo e o Iluminismo (MASCARO, 2010), interessando neste trabalho, sobretudo, este último movimento caracterizador do pensamento jusfilosófico, que se funda na razão.

Com efeito, além do surgimento do Estado moderno, a Idade Moderna trouxe ainda uma alteração na estrutura econômica da sociedade e que determinou também a estrutura do pensamento jurídico; ora, esse período marca o surgimento e

a consolidação do capitalismo como sistema produtivo, e que trouxe consigo os ideais do individualismo, da propriedade privada, a busca do lucro, todos esses, fatores que tiveram implicação direta na criação da teoria clássica do contrato, objeto de reflexão no presente trabalho.

E conforme assevera Mascaro (2010, p. 133), “só é possível compreender a filosofia do direito moderno tendo por pano de fundo a própria estruturação do modo de produção capitalista”, que se ascendeu com a decadência do feudalismo vigente na era medieval. A queda do feudalismo possibilitou uma dinamização nas relações sociais de troca, o desenvolvimento do comércio e, conseqüentemente, tudo isso serviu de base para a estruturação do capitalismo.

A classe burguesa iniciou sua ascensão, mas em parte da Idade Moderna, iniciando por volta do século XVI, o Absolutismo, doutrina que dava suporte ao poder do Rei, que o exercia de forma absoluta, sem qualquer limitação a preceitos morais, já que era portador de um mandato concedido diretamente por Deus, ainda era a filosofia que predominava e, efetivamente, não se constituía em um terreno fértil a possibilitar o desenvolvimento da classe burguesa que se destacava nas relações mercantis.⁴

A terra que até então se traduzia na fonte de riqueza, perdeu grande parte de sua importância, na medida em que outros bens de produção relacionados ao comércio e à indústria ganharam espaço sob o domínio da burguesia, e para a rápida e livre circulação desses bens era necessário que se estabelecesse um sistema jurídico que a viabilizasse.

Nesse contexto, e em contraposição à filosofia absolutista, surgiu o movimento filosófico denominado de Iluminismo, com o objetivo de se contrapor às teorias legitimadoras do poder absoluto do Estado, poder este concedido pelas mãos divinas, posto que esta filosofia não se ajustava plenamente aos interesses da burguesia, que cada vez mais afirmava seu predomínio.

O movimento Iluminista calcado na reflexão sobre a liberdade individual frente ao Estado, e na liberdade no comércio, assentou as bases que levaram a uma mudança na política, bem como na forma de pensar e conceber o direito,

⁴ Inicialmente o Absolutismo também atendeu de certa forma aos interesses burgueses, mas tal regime, por privilegiar a nobreza, mostrava-se incompatível com as necessidades da classe burguesa, o que gerou um movimento de contraposição aos ideais absolutistas (MASCARO, 2010).

valorizando os direitos individuais e buscando a limitação do poder estatal. Nesse sentido, Mascaro (2010, p. 136):

Na Idade Moderna, com o capitalismo, abrem-se as grandes matrizes do pensamento filosófico que acompanham até hoje o discurso comum da filosofia do direito: individualismo, direitos subjetivos, limitação do Estado pelo direito, universalidade dos direitos, antiabsolutismo, contratualismo. Essas noções jusfilosóficas, surgidas das realidades sociais capitalistas de então, constituem um arcabouço comum que se poderia chamar de pensamento filosófico moderno, iluminista.

Estes moldes, a saber, individualismo, direitos subjetivos, contratualismo, limitação dos poderes do Estado, eram os elementos necessários para garantir que os interesses da burguesia se concretizassem, garantindo o livre comércio e a ampla circulação de bens.

O conceito de individualismo, sobretudo, foi fundamental na modernidade, não pelas mesmas razões que fundamentava as virtudes individuais presentes na filosofia medieval de base religiosa, calcada na relação do indivíduo com o seu criador por meio da fé, mas por mudar o foco para o homem. Sendo o homem um ser dotado de razão, esta razão comum a todos os homens é um dos fatores que os tornam iguais em natureza.

A partir da análise do homem no estado de natureza, indivíduos considerados isoladamente, livres e iguais entre si, estruturaram-se as teorias contratualistas,⁵ e que no âmbito da filosofia política buscaram justificar a origem da sociedade e do próprio Estado no homem e não em Deus, de sorte que o Estado surge em função dos interesses do indivíduo e de seus direitos, especialmente o direito da propriedade privada.

No mesmo sentido a norma reguladora da conduta humana quer de ordem moral, quer de ordem jurídica, também deve atender aos interesses individuais, garantindo a igualdade e a liberdade individual, conforme ressalta Mascaro (2010, p.138):

⁵ As teorias contratualistas, de modo geral, defendem a ideia de que o homem não é um ser social por natureza, mas, ao contrário, a natureza humana é individualista; em razão disso, a sociedade não decorre na natureza humana, mas da própria vontade dos indivíduos que, por meio do contrato, faz surgir-la (MASCARO, 2010).

(...) postularão os modernos iluministas um novo paradigma filosófico: é em função do indivíduo e de seus interesses e direitos fundamentais – entre os quais, asseverarão os iluministas, o de propriedade privada – que deve ser posto o Estado, e as leis morais e jurídicas pensadas racionalmente pelo homem devem atender a esse individualismo originário, de igualdade formal entre todos, e em atenção à liberdade individual.

A formação da sociedade para atender aos interesses humanos bem se verifica no pensamento de Pufendorf (2007), para quem a necessidade de sua própria preservação leva o homem a ser sociável, ou seja, leva-o a se unir aos demais da sua espécie e se comportar de maneira que ninguém lhe cause mal, mas, ao contrário, possa promover e garantir a consecução dos seus interesses; é a partir desta ideia que o autor define o direito natural explicando:

“Então, as Regras desse Companheirismo, que são as Leis da *Sociedade Humana*, por meio das quais os Homens são orientados sobre como se tornar Membros úteis dessa Sociedade, e sem as quais ela faz-se em pedaços, são chamadas de *Leis da Natureza*, ou *Direito Natural*” (2007, p. 95).

Para Pufendorf (2007), pois, decorre do direito natural todas as ações tendentes à preservação da sociedade e indispensáveis a ela, ao passo que todas as ações que venham a perturbar e destruí-la são contrárias ao direito natural. Cabe aos homens, portanto, obedecer à lei fundamental da natureza que determina que todos devam agir de forma a preservar e promover a sociedade, pois, com isso, atenderão aos seus próprios interesses. É nesse dever de sociabilidade, a todos imposto, que se verifica a igualdade dos homens segundo Pufendorf.

A defesa da existência de direitos naturais que fossem leis universais, a todos conhecidos por meio da razão, apresentou-se na Idade Moderna como um elemento apto a fundamentar e resguardar os próprios interesses da classe burguesa, que ascendia com a prática do comércio, em crescente expansão.

A ideia de liberdade e da igualdade de todos perante a lei permite que de alguma maneira nobres, burgueses e povo sejam colocados em um mesmo patamar, todos de igual forma sujeitos de direito e, por isso, capazes de direitos e obrigações, livres para, pela própria vontade, estabelecer relações e se obrigarem nas mais diversas esferas, especialmente na esfera econômica. Com efeito, o novo

modelo de economia exigia a existência de sujeitos capazes de direitos e obrigações que fizessem movimentar as relações econômicas.

Mascaro (2010, p. 156) afirma que “o individualismo é uma das características relevantes do direito natural moderno e se revela, principalmente, na conformação deste ao conceito de *direito subjetivo*, correlato da formação histórica do *sujeito de direito*”. O direito natural se traduz, portanto, no direito do sujeito, estabelecido no total interesse individual.

A pessoa humana tornou-se, sobretudo com base nas ideias de Kant, “a condição de toda a vida ética, da jurídica inclusive”, possuindo um valor em si mesmo, colocando-se como personalidade, que se traduz em liberdade e independência em relação ao mundo da natureza. Não é apenas a razão que individualiza o homem, mas o valor intrínseco à sua humanidade, fundamento da vida ética; o homem passou a ser a fonte fundamental do direito, na medida em que, pela vontade humana, o direito se realiza (KANT, apud REALE, 1998, p. 61).

O direito natural na modernidade, portanto, fundado na razão, mas que deveria servir de arcabouço para legitimar os interesses burgueses teve por base o individualismo e o contratualismo, fundamentado em ideias desenvolvidas no âmbito da filosofia política e que se transformaram no núcleo do Direito Privado.

Pode-se, pois, caracterizar o direito natural moderno como, individual, anterior à sociedade e ao Estado, e por isso mesmo independente destes e, além disso, invariável diante das condições sociais, já que não é na sociedade que ele se origina, mas sim na razão individual. Ademais, o direito natural moderno pretende ser universal e estável, pois só assim os interesses burgueses e a estrutura capitalista estariam resguardados.

Elevar à categoria de direitos naturais do homem a liberdade, a igualdade, a propriedade privada, a partir da ideia de que todos eles eram originados na razão individual que todos têm, e por meio da qual, todos podem conhecer as leis naturais, era fundamental para atender aos interesses da burguesia e do capitalismo.

Na modernidade já se começa a perceber a necessidade de busca da segurança jurídica, realizável a partir de resposta universal a todos os casos, concepção que se afasta do ideal de justo preconizado por Aristóteles, e que se concretizaria em cada caso específico, de acordo com a situação real em análise. Entre a busca do justo que demandaria análise específica para cada caso, e a

aplicação de solução previamente estabelecida, garantidora da estabilidade, os modernos começaram a pender para esta segunda opção.

Resulta do culto ao individualismo a ideia de autonomia da vontade, elemento que ganhou valor jurídico, na medida em que se tornou a fonte suprema de obrigações e de validade das relações intersubjetivas.⁶ A teoria do direito natural, ao substituir a ideia do direito divino pelas liberdades naturais, serviu de base para o estabelecimento da autonomia da vontade como princípio informador, sendo o contrato e a liberdade contratual manifestações da vontade humana e uma das liberdades naturais (OLIVEIRA, 1997).

A ideia de justiça, por sua vez, também passou para o plano das convenções humanas, a partir de uma visão subjetiva e voluntarista do justo. Em outras palavras, a justiça não mais decorre da razão, segundo a natureza das coisas, mas sim da vontade dos homens “que decidem sobre quais inclinações possam e devam ser consideradas naturais” (REALE, 1998, p. 13). O contratualismo vigente na modernidade reduziu a justiça ao convencional.

Assim, pode-se concluir com as palavras de Reale (2011, p. 629), que define o Direito Natural clássico como a própria Moral que serve de pressuposto ao Direito, e que expressa princípios gerais de conduta, “como exigências imediatas e necessárias da racionalidade humana”; o Direito Natural moderno, por sua vez, se traduz em um *código da razão*, que contém *a priori* as soluções necessárias e adequadas para todas as situações concretas que se apresentam.

1.2 O contrato na perspectiva do jusnaturalismo moderno

Um dos principais fatores que caracteriza a Idade Moderna é a colocação do homem no centro do universo. A consciência da racionalidade e da liberdade humana leva o homem à busca de explicação das coisas a partir daquilo que é passível de verificação segundo a ordem racional, afastando-se de explicações a partir da divindade ou metafísicas.

A Razão, explica Reale (2011, p. 645), “como denominador comum do humano, parecerá manancial de conhecimentos claros e distintos, capazes de

⁶ A vontade individual nas relações intersubjetivas já tinha importância no direito canônico, que valorizava o compromisso de cumprimento da palavra dada, considerando como pecado o descumprimento (OLIVEIRA, 1997)

orientar melhor a espécie humana, que quer decidir por si de seu destino”. O indivíduo, com sua capacidade de pensar e agir era posto em primeiro lugar, surgindo a partir dele, da sua autoconsciência, a lei. Firmou-se, pois, a convicção de que o homem, por si, era capaz de estabelecer as regras que deveriam orientar sua conduta.

Disso decorre a ideia de contrato e, como já foi dito, o convencionalismo se estabeleceu como a base da filosofia política e também do direito, de sorte que, tanto o Estado quanto a ordem jurídica se estabelecem pela vontade dos homens, que realizam um contrato social⁷. O fato de a ordem legal ser estabelecida também pelo consenso conduzia, na concepção moderna, a uma ordem justa, racional e natural.

O contratualismo também pode ser analisado a partir da natureza do homem no ato de contratar, conforme afirma Reale (2011), e nesse aspecto o contratualismo pode ser classificado como pessimista ou otimista. O primeiro, do qual Hobbes é o maior expoente, tem o homem no estado de natureza como um ser egoísta e violento, e é o medo de ser destruído pelo outro, ou sob outro prisma, o instinto de preservação, que leva os homens a uma associação por meio de um contrato, sendo este, portanto, o mecanismo hábil a preservar a vida e os direitos de cada um.

Em contraposição ao contratualismo pessimista, ainda na lição de Reale (2011), Rousseau apresenta um contratualismo de ordem otimista, partindo do pressuposto de que o homem, por natureza, é bom, mas foi corrompido com o surgimento da propriedade privada, causa dos sofrimentos sociais. A instituição da vida social se dá com a apropriação dos bens naturais por alguns, que fez gerar um estado de guerra.

Esse estado de guerra decorrente da propriedade privada, que instaurou a desigualdade entre os homens, possibilitou o surgimento do pacto social, mas um falso contrato, posto se tratar de um artifício utilizado pelos mais fortes ou mais abastados, a fim de convencerem os mais pobres dos benefícios da construção de instituições que garantiriam os direitos de todos. O contrato social de Rousseau,

⁷ Reale (2011) explica que no movimento contratualista pode-se verificar várias teorias, e um dos critérios que pode ser utilizado para distingui-las é quanto aos efeitos do contrato. Para alguns contratualistas como Hobbes e Rousseau, o contrato origina tanto a sociedade quanto o Estado e, nesse sentido, o contratualismo é total. Para outros, porém, o contrato dá origem tão somente ao Estado, sendo a sociedade um fato natural, do que decorre o contratualismo parcial.

portanto, nada mais é do que o instrumento de engodo coletivo que fez surgir o Estado e o direito.

Ao lado dessas teorias contratualistas, uma terceira se apresenta com Locke, e que parte do pressuposto de que o homem no estado de natureza tem um direito anterior ao contrato que é o direito de liberdade, e é justamente esse direito que viabiliza a instituição do contrato social. O pressuposto do contrato é, pois, a liberdade do homem e a “projeção da liberdade no mundo exterior, como fundamento da *propriedade*” (Reale, 2011, p. 649).

Esse direito inato de liberdade também aparece em Kant como fundamento do contrato. É o fato de o homem ser livre que o possibilita estabelecer acordos com os demais e é o contrato, segundo Kant, que viabiliza a experiência jurídica, na medida em que harmoniza o arbítrio de cada um, segundo uma lei geral de liberdade.

Pode-se afirmar que o contratualismo é o movimento que tenta explicar o estabelecimento e a legitimidade da sociedade e da ordem jurídica, e serve também de base para a reflexão acerca da delimitação entre Direito e Moral. Apesar de o convencionalismo ser predominante, afirma Reale (1998) que o direito positivo era estabelecido de forma a buscar uma correlação com a ideia de justiça, ou seja, o sistema normativo era construído de forma dedutiva, a partir de princípios racionais, de sorte que deveria corresponder sempre ao justo.

Com efeito, as teorias do conhecimento racionalistas se transportaram para a filosofia do direito, deixando de lado as experiências e as realidades sociais como fonte de conhecimento do jurídico, de sorte que o direito se faria conhecer por princípios, normas ou categorias, cuja apreensão se faria, previamente, pela razão humana, de certa forma ignorando os fatos e os costumes como método de conhecimento do direito (MASCARO, 2010).

Para a teoria jusnaturalista moderna do século XVIII, o direito constitui-se como um conjunto de normas sistematicamente organizadas, sendo que esta organização das normas, sob a forma de um ordenamento decorre da existência de uma simultânea coerência material e formal. Coerência material porque as normas são inferidas a partir de princípios racionais, e formal em razão da estrutura hierárquica que impede que uma norma inferior contradiga norma superior (MUÑOZ, 2008).

O conteúdo da norma, portanto, é o que a identifica como justa, e ela é justa se retratar, isto é, se corresponder ao direito natural, que se pretendia universal; o papel do Estado, pois, é o de positivizar os direitos, não os constituindo, mas apenas declarando os direitos naturais já previamente conhecidos pela razão.

Pretendia-se, pois, que a partir de certos princípios tidos como verdadeiros e diretamente vinculados à natureza humana, se pudesse construir um sistema jurídico. Conforme assevera Ross (2007), a proposição de onde se partiu para a construção desse sistema de normas jurídicas foi a natureza social do homem, que o leva a viver em sociedade.

O direito positivo se traduziu na codificação do direito natural, de forma sistematizada, e cujas bases estavam assentadas no contrato e na autonomia da vontade, esferas na qual o Estado não podia se imiscuir. Constituía-se, ademais, o direito positivo, em um padrão de medida de justiça, cuja validade era retirada do direito natural, que continha os princípios morais e jurídicos que obrigavam o legislador e regulava as relações recíprocas dos indivíduos (ROSS, 2007).

Nesse contexto o ordenamento jurídico positivo era justo se traduzisse as regras do direito natural. Havia, nessa conformidade, uma estreita relação entre direito positivo e natural, sendo este último o pressuposto de justiça daquele. Daí porque afirmar Kelsen (2011), que sob o ponto de vista da doutrina jusnaturalista só o direito natural é válido e não o direito positivo como tal.

O primado da vontade individual, contudo, foi o fio condutor do direito na modernidade, e o contrato se traduzia na manifestação da vontade, razão pela qual se constituía em uma das liberdades naturais. A vontade, na órbita do direito, passou a ser, na visão de alguns pensadores modernos, a saber, Hobbes, Locke, Pufendorf, a única fonte de obrigações (OLIVEIRA, 1997).

Pufendorf nesse sentido assim se manifesta:

Além do mais, para que *Promessas e Contratos* possam ter-nos sob uma plena Obrigação de *dar e fazer* alguma coisa, que tínhamos a liberdade de *não* ter feito; ou de *omitir* o que tínhamos o Poder de *fazer*, é especialmente necessário que tenham sido feitos de nosso *livre Consentimento*. Pois, enquanto o cumprimento de alguma *Promessa* ou *Contrato* pode ser acompanhado de alguma *Inconveniência*, não pode haver mais pronto Argumento por que não devíamos *queixar-nos*, do que termos *consentido* neles de nossa própria vontade, quando estava em nosso poder não o ter feito (2007, p. 172).

Da primazia da vontade se origina a afirmação de que o contrato faz lei entre as partes; em outras palavras, não é a lei posta pelo Estado que valida o contrato, mas é o próprio contrato, porquanto originário da vontade humana, que assume a força de lei, de tal maneira que a lei estatal, o direito positivo, tem por objetivo tão somente garantir que a vontade manifestada seja efetivamente cumprida; a vontade, portanto, se traduz na própria fonte do Direito.

Nesse contexto, nem mesmo a lei posta pelo Estado tem a prerrogativa de limitar a autonomia da vontade⁸, que só encontra limites na ordem pública e nos bons costumes. Todo negócio, portanto, que resultava de um ato de vontade era considerado justo.

A autonomia da vontade é corolário lógico do individualismo, base do direito natural do período moderno e, esse individualismo, se traduz em uma supervalorização do indivíduo, que constitui a causa inicial e final de todo o direito. Em consonância com esta ideia também o Estado fica limitado, de forma que é vedada a sua interferência nas relações intersubjetivas, assim no contrato, por meio do qual toda a movimentação comercial se realizava, bem como na economia como um todo.

As teorias econômicas e o liberalismo, vigentes na época, defendiam a total liberdade na movimentação da riqueza na sociedade, de forma que bastava a liberdade na declaração de vontade e a obediência à lei na celebração do contrato para que ele fosse considerado válido e eficaz, porque justo.

A teoria do contrato social de Rousseau foi sem dúvida a base de afirmação da vontade individual, tornando-a fonte de toda obrigação jurídica e fonte, inclusive, da autoridade pública. As vontades dos indivíduos se unem para formar o Estado, de sorte que o próprio Estado retira sua autoridade de um contrato e, conseqüentemente, a lei também tem sua base no contrato. Desta feita, o contrato obriga não em função do que determina o direito, mas é este que vale porque decorrente de um contrato (MARQUES, 2006).

⁸ A vontade à qual se faz referência no âmbito da doutrina predominante no século XVIII é a vontade interna, que se contrapõe à declaração da vontade que foi manifestada. Dessa diferença duas teorias se formaram, a saber, a teoria subjetiva, de origem romana, e a teoria de declaração, de origem alemã; a primeira valorizava a vontade psicológica, que sempre prevalecia se em conflito com a manifestação da vontade, ao passo que a segunda estabelece como mais relevante a declaração, instrumento de manifestação da vontade. Em outras palavras, para a teoria objetiva independentemente de ter a declaração uma exata correspondência com a vontade interna do agente, prevalece a primeira. De toda sorte, em ambas o voluntarismo se coloca como fundamento do negócio jurídico (OLIVEIRA, 1997).

Rousseau sustenta que não é a força que produz o direito, ressaltando com isso a importância da vontade humana, e nesse sentido diz: “Posto que nenhum homem tem autoridade sobre seus semelhantes, e desde que a força não produz direito, ficam as convenções como base de toda autoridade legítima entre os homens” (ROUSSEAU, 2011, p. 24).

O contrato, eixo fundamental da sociedade liberal, tornou-se um elemento de sua legitimação, de sorte que neste contexto o contrato não é um mero instrumento jurídico-formal, mas, também, instrumento de valor ideológico e político, na medida em que exprime a própria forma de organização da sociedade e serve de justificativa da autoridade do soberano, do poder constituído e da força repressiva do Estado.

Este foi o cenário em que se desenvolveu a teoria clássica do contrato, considerando-se este a fonte do próprio direito, e que influencia até hoje os ordenamentos jurídicos, como é o caso do ordenamento brasileiro, de forma que se deve analisar a relação entre ética e contrato neste período, levando-se em consideração este contexto.

1.3 A justiça contratual na concepção moderna jusnaturalista

Como já foi dito na introdução deste trabalho os valores morais de uma sociedade alteram-se à medida que a realidade humana, social e econômica se modifica. Assim, desde a antiguidade grega até o início da Idade Moderna no século XV, várias foram as doutrinas éticas surgidas em função das transformações históricas da sociedade.

Até então, nos períodos clássico e medieval, acreditava-se na possibilidade de se estabelecerem objetivamente e *a priori*, os imperativos éticos e, nesse sentido, conforme ressalta Reale (1998), não havia espaço para uma concepção convencional da justiça que passou a vigorar na Idade Moderna. A ética clássica e medieval era, respectivamente, de tendência teocêntrica e teológica.

A ética Aristotélica, por exemplo, está vinculada à filosofia política, já que Aristóteles concebia o homem como um ser social, e somente na comunidade política, meio moral, o homem poderia realizar o ideal da vida contemplativa guiada pela razão.

Na concepção Aristotélica de ética havia uma correspondência direta entre o que é bom e o que é justo, e isso se estabelecia de forma objetiva, a partir da própria natureza que contém em si o valor do bem, e o bem é realizado na medida em que as coisas atingem o seu fim natural. Tal relação entre bom e justo também se seguiu com Tomás de Aquino, para quem o homem deve agir em conformidade com o que lhe parece justo como expressão em si do bem (Reale 1998).

A Idade Moderna possibilitou o desenvolvimento de várias doutrinas éticas, mas pode-se apontar como elemento comum a todas elas, como ressalta Adolfo Sánchez Vázquez (2011), a tendência antropocêntrica, colocando o homem como o centro para onde convergem todas as coisas, tais como, política, ciência e moral.

Neste período, sobretudo a partir do século XVIII, que aqui interessa mais de perto, ocorre uma ruptura entre razão e fé, Igreja e Estado, homem e Deus, e o homem passa a ter uma maior consciência do seu valor, como um ser dotado de razão e de vontade e, portanto, capaz de criar e legislar em diferentes esferas, inclusive moral. Nesse sentido, esclarece Reale

Situado o homem no centro da indagação, invertem-se os dados do problema, prevalecendo a ideia subjetiva de *convenção*, como um ato de vontade que modela a sociedade e o Estado segundo *variáveis exigências de justiça*, de conformidade com a concepção ou a imagem que cada autor tem do homem mesmo, como se dá, por exemplo, na visão antropológica pessimista de Hobbes, ou na otimista de Rousseau (1998, p. 14).

E continua o citado autor (1998, p.14) a explicar que a partir desta valorização do homem a ideia de justiça deixa de ser um *“ditame objetivo da razão”*, segundo *“a natureza das coisas”* e se transforma um *“ditame da vontade dos indivíduos”*, passando eles a decidirem as inclinações que deveriam ser consideradas naturais.

Merece destaque, nesse período, o pensamento de Kant, que tem o homem como um “ser ativo, criador e legislador, tanto no plano do conhecimento quanto no da moral”, e que segundo Vázquez (2011), apresentou a mais perfeita ética representativa da modernidade.

O pensamento kantiano transcendeu o racionalismo vigente sem, contudo, apegar-se única e exclusivamente ao empirismo. Sua teoria baseou-se numa busca da relação entre realidade e razão. Trouxe também importante reflexão acerca da relação entre os valores morais e o direito, estabelecendo uma distinção entre dever

e moralidade, distinção esta que permite a estruturação do que denominou razão prática.

Em suas primeiras reflexões acerca da moral Kant, por força da influência de filósofos ingleses, vinculou-a ao sentimento, atribuindo a este o fundamento da moral, na medida em que, para ele, somente o sentimento poderia perceber o bem.

Ao longo do amadurecimento da sua teoria sobre a moralidade, porém, Kant percebeu a dificuldade em definir satisfatoriamente o sentimento e, portanto, em desenvolver uma teoria tendo por base um elemento variável e instável. Nessa conformidade, abandonou a ideia de que o bem só poderia ser percebido pelo sentimento, voltando-se à faculdade cognoscitiva como fundamento da moral.

Constatando o fato de que efetivamente há uma experiência moral, isto é, a partir da realidade da experiência moral, Kant parte para o plano racional na tentativa de explicar a existência de uma lei moral que não se confunde com a lei objetiva, mas que com ela tem relação.

Esta lei moral, conforme assevera Romano Galeffi (1986, p. 119), “se impõe ao nosso pensamento como uma verdadeira *lei a priori*, que se sustenta por si mesma, sem deixar-se determinar por nenhum conteúdo”. Os sentimentos morais, por seu turno, seriam o conteúdo subordinado à lei moral, sendo que desta subordinação decorre o poder de obrigatoriedade que, em princípio, não teriam por si sós.

Disso decorre que a essência da obrigação moral está assentada tanto em um elemento subjetivo-sentimental, interior, quanto em um elemento de caráter universal, racional (GALEFFI, 1986).

A moralidade proposta por Kant difere daquela moralidade pregada por Aristóteles e que se constituía na busca de um fim que era a felicidade, pois para Kant algumas decisões morais, muitas vezes, implicam na renúncia às inclinações naturais e que levariam à felicidade.

Kant desvincula a moralidade de qualquer finalidade, considerando-a em si mesma, independente dos resultados que possa produzir, e em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* procura demonstrar que existe um mundo superior e independente do mundo sensível, ou seja, que existe um ordenamento moral em razão do qual o homem tem a possibilidade de se libertar da lei da necessidade que vigora no mundo sensível (GALEFFI, 1986).

Isso porque, ao desvincular o mundo sensível do mundo racional, Kant reconhece que existe no mundo racional uma causalidade livre que decorre do fato de o homem poder determinar as leis que o comandam, e que se constituirão na moralidade.

A lei moral “é uma máxima segundo a qual, em qualquer circunstância, alguma coisa deveria acontecer, mesmo se não acontece sempre de fato” (GALEFFI, 1986, p. 136), de sorte que se traduz em uma incessante busca por um ideal de conduta, embora nem sempre efetivada.

Este mundo da moralidade proposto por Kant, portanto, é um mundo a ser construído pelo próprio homem; é um mundo do dever-ser, característico da humanidade, que não apenas responde aos estímulos do mundo sensível, mas que sente certas necessidades que decorrem de sua consciência. A moralidade, portanto, está ligada ao instinto, mas, também e, sobretudo, à racionalidade, que constitui e justifica a dignidade humana, no dizer de Galeffi (1986).

Essa racionalidade é o que permite ao homem agir segundo uma determinada lei, em decorrência da sua vontade, ou seja, a razão leva a uma determinada ação prescrita em lei, e o constrangimento da vontade pela lei, ou seja, o comando é representado pelo que Kant denomina de *imperativo*. Este imperativo que expressa um dever é o liame entre a lei objetiva da razão e a vontade.

Conforme Mascaro (2010), o núcleo do pensamento kantiano sobre a moralidade tem por fundamento o conceito de imperativo categórico, isto é, uma orientação para o agir moral racional, de sorte que a moralidade se apresenta, racionalmente como um imperativo, um *dever-ser*, uma máxima universal, e que é anterior à própria lei objetiva.

A lei moral que se revela por meio de um imperativo caracteriza-se por estar assentada em três fundamentos, a saber, em uma regra que pode se transformar em uma lei universal; sob um aspecto subjetivo, em ter como finalidade última o próprio homem, considerado em si mesmo, e em terceiro lugar, o fato de ter a vontade humana como reguladora, ou seja, uma vontade universalmente legisladora e que independe de qualquer interesse. Essa vontade é o fator que determina uma ação moral, na medida em que leva à obediência de uma lei, por se conformar ela com uma lei interior.

Kant vincula o dever às ações decorrentes do cumprimento da lei, ou seja, uma lei que é exterior ao homem, ao passo que a moral vincula-se às ações

praticadas sem qualquer interesse, decorrentes tão somente da vontade de praticá-las por estarem conformes à lei interior. A moralidade, pois, vai além do estrito cumprimento do dever, tratando-se da boa vontade em cumprir o dever, ou seja, a lei, sem qualquer outra intenção que não o seu cumprimento.

É possível perceber a partir da teoria kantiana a existência de um mundo moral que, embora idealizado, pode se transformar em realidade, na medida em que cada indivíduo realize ações que sejam conformes às máximas universais, ao imperativo categórico, ou seja, realize ações morais.

Em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos* Kant assevera que

Uma ação praticada por dever tem o seu valor moral não no propósito que por meio dela se quer alcançar, mas na máxima que a determina; não depende, pois, da realidade do objeto da ação, mas meramente do princípio do querer segundo o qual a ação foi praticada, prescindindo de todos os objetos da faculdade de desejar (2008, p. 27).

Assim, para que o agir tenha um conteúdo moral na concepção kantiana é necessário que o ato seja praticado única e exclusivamente pelo dever de praticá-lo e não em decorrência de outro fator como, por exemplo, o medo ou outras intenções egoístas. O dever, por seu turno, é a necessidade de uma ação por respeito à lei, a qual os indivíduos se subordinam, porque por eles mesmos foi imposta em decorrência da vontade. Nesse sentido diz Kant:

Só pode ser objeto de respeito, e, portanto um mandamento, aquilo que está ligado à minha vontade somente como princípio e jamais como efeito, não o que serve à minha inclinação, mas o que a domina ou que, pelo menos, a exclui do cálculo na escolha, quer dizer, a simples lei por si mesma. Se uma ação realizada por dever deve eliminar totalmente a influência da inclinação e com ela todo o objeto da vontade, nada mais resta à vontade que a possa determinar do que, objetivamente, a lei, e subjetivamente, o puro respeito por essa lei prática, e, portanto, a máxima que manda obedecer a essa lei, ainda que com prejuízo para todas as minhas inclinações (2008, p. 28).

E estabelece a relação entre moral e lei ao dizer que “todo o chamado *interesse moral* consiste simplesmente no respeito à lei” (2008, p. 28) que, ademais, só pode se concretizar pela razão humana. É a razão que leva ao cumprimento do dever, na medida em que o tem como digno de respeito; em outras palavras, como

asseverou Romano Galeffi, só na esfera racional é possível registrar uma verdadeira moralidade (1986).

O homem, na busca de suprir suas necessidades ou, ainda, na eterna busca de felicidade, tem a tendência de anular os mandamentos do dever. Cabe à razão a função de ordenar os preceitos levando ao desprezo das pretensões humanas que tendem a acatar as suas inclinações para o descumprimento do dever.

E é natural, segundo Kant, que disso se origine uma dialética para opor arrazoados e sutilezas às leis do dever, questionando a validade dessas leis, na tentativa de adequá-las aos desejos e inclinações humanas. Há, na verdade, uma natural tendência de amenizar os imperativos legais, ou pior, de pervertê-los, com vistas à consecução dos nossos próprios objetivos. Segundo Kant quando isso ocorre a própria razão prática, decorrente da razão vulgar, acaba por condenar tais atitudes.

Difícil, no entanto, é saber, com absoluta certeza, se em todas as situações em que há o cumprimento do dever isso ocorre de maneira pura, quando, então, tal ação teria conteúdo moral, ou se tal cumprimento ocorreu para atender inclinações outras. Mas apesar da dificuldade em se afirmar a moralidade na concepção kantiana a partir de ações práticas, o fato é que o dever reside na ideia de uma razão que determina a vontade por motivos *a priori*.

Na obra *O Problema da Justiça*, Kelsen (2011) aponta a semelhança do imperativo categórico de Kant com a regra de ouro segundo a qual não se deve fazer aos outros, aquilo que não se quer para si. A semelhança se verifica justamente porque o imperativo categórico aponta para um agir moral, segundo uma determinada atuação que deve coincidir com uma máxima que se pretenda transformar em lei universal.

Kelsen critica a teoria de Kant porque, segundo ele, o conteúdo da lei universal que deve se conformar com a máxima, não é revelado, de sorte que deste imperativo de agir segundo uma lei universal que não se conhece o conteúdo, não se pode deduzir qualquer norma moral que prescreva uma conduta (2011).

Kant, porém, entende ser possível deduzir uma lei moral do princípio da moralidade, e isso se verifica a partir de uma das máximas apontadas por Kant e analisada sob o foco do imperativo categórico, qual seja, aquela de se fazer promessa com a intenção de não cumpri-la, máxima esta que se adéqua ao objeto de estudo do presente trabalho.

Referida máxima não poderia ser querida por alguém como uma lei universal, segundo Kant, porque se pressupõe ou se deduz a existência de uma lei moral, de per si evidente, que diz que todos devem cumprir a promessa feita.

Vê-se na doutrina kantiana a importância da vontade humana na criação, inclusive do mundo moral, e isso reflete o pensamento dominante na época, em que a própria sociedade não era vista como algo natural, mas era fruto da vontade humana que para sua criação estabeleceu um contrato social.

A autonomia da vontade na doutrina kantiana, largamente difundida na época, relaciona-se a um agir conforme a razão, em um caráter moral. Com efeito, para Kant “a justiça se materializava na autodeterminação e no individualismo” (OLIVEIRA, 1997, p. 50); é no agir com autonomia que o homem age livremente, mas agir livremente para Kant “não é escolher as melhores formas para atingir determinado fim; é escolher o fim em si” (SANDEL, 2011, p. 142).

Havia em Kant a ideia de uma autonomia moral que implica no fato de que toda pessoa é livre para determinar as regras que deseja aceitar como parâmetros para o seu comportamento.

Segundo a concepção moderna, ou pelo menos para alguns pensadores da época, a própria sociedade era estabelecida por meio de um contrato e, consoante se viu, as doutrinas contratualistas formaram as bases do pensamento na modernidade, posto ser o contrato o instrumento de garantia da autonomia da vontade.

Nessa conformidade, o contrato se revelava como algo justo, fazendo lei entre as partes. Em uma sociedade em que se cultuava a lei, fácil perceber a força do contrato, cujo poder era absoluto, não podendo o Estado nele se imiscuir, sob pena de ferir o direito fundamental da liberdade. A justiça, pois, estava na garantia de livre manifestação da vontade, ou seja, na autodeterminação do indivíduo, no agir com autonomia.

O mercantilismo capitalista nascente na Idade Moderna precisava para seu completo desenvolvimento, de um amplo mercado, com possibilidade de realização eficiente e dinâmica de trocas, que resultasse na rápida circulação dos bens, e o contrato, por sua vez, era o instrumento jurídico colocado à disposição dos indivíduos para viabilizar essa troca e circulação das riquezas sociais.

A autonomia da vontade, corolário do individualismo, era o elemento que permitia a concretização desse intento capitalista, na medida em que os sujeitos, por

gozarem de liberdade, podiam livremente contratar, escolhendo com quem contratar, bem como, o que contratar.

Bastava, portanto, a vontade para vincular as pessoas por meio de um contrato, e isso propiciava a livre circulação de mercadorias, atendendo aos interesses da classe burguesa em ascensão na época. A celebração de um contrato, ademais, atendia ao ideal social vigente, garantindo que ninguém seria privado dos seus bens contra a sua vontade.

Não era a lei, portanto, que definia e regulava o negócio jurídico, mas a vontade do indivíduo, no exercício de sua liberdade. O contrato realizado mediante livre manifestação de vontade, portanto, se traduzia em um contrato justo, já que garantia a plena liberdade do indivíduo.

Segundo Ripert (2002) foi a Escola do direito natural que convenceu a todos de que o compromisso derivado da livre manifestação de vontade, em razão da voluntariedade do ato, é conforme a lei moral. Isto porque, como já foi dito, a sociedade estava assentada nas bases do liberalismo que defendia a propriedade e a liberdade individual, enfatizando a autonomia da vontade.

Baseado nesses pilares sustentadores da sociedade moderna pode-se sintetizar a ideia de que a justiça do contrato se traduzia: (i) no respeito à palavra empenhada, porquanto decorrente da autonomia da vontade; (ii) na garantia de que ninguém seria privado de seus bens contra a sua vontade; (iii) na igualdade formal dos sujeitos integrantes da relação contratual.

A justiça na percepção moderna está fundada, principalmente, na autonomia da vontade; acredita-se que na medida em que o indivíduo livremente manifesta a sua vontade, obrigando-se a determinada prestação, não há qualquer justificativa para desobrigar-se, estando, pois, irremediavelmente vinculado, devendo cumprir aquilo a que livremente se obrigou.

Nesse sentido, Kern e Müller (2000)⁹ sustentam que qualquer que seja a concepção de contrato social, a ideia comum de que partem é a de que quando alguém realiza um contrato com outro, outorgando sua aprovação quanto aos

⁹ “La idea de la que parten todas las concepciones del contrato social, por más grandes que puedan ser sus diferencias, es manifiestamente la siguiente: cuando alguien realiza un acuerdo contractual con otro, otorga su aprobación a los derechos y deberes que para El resultan de este acuerdo. En La medida em que su aprobación se realiza voluntariamente y bajo La condición de su participación cobn igualdad de derechos em las negociaciones contractuales, no tiene ningún derecho a quejarse de los derechos y deberes que resultan Del acuerdo y tiene que aceptarlos como obligatorios em virtud de La máxima: *Volenti non fit iniuria.*” (KERN E MÜLLER, 2000, p. 23).

direitos e deveres que para ele decorrem do ajuste, e na medida em que sua aprovação se realiza de forma voluntária, sob a condição de igualdade de direitos nas negociações, não tem qualquer direito de reclamar posteriormente quanto aos direitos e obrigações que resultaram do acordo, devendo tê-los como obrigatórios em virtude da máxima: *Volenti non fit iniuria*.¹⁰

Por outro lado, a justiça contratual na modernidade também decorre da garantia de que ninguém será privado dos seus bens contra a sua vontade, e este fato está diretamente relacionado à garantia do direito de propriedade, considerado um direito natural do indivíduo, e do qual não poderia ser injustamente privado, senão pela livre manifestação da vontade, concretizada pelo contrato, instrumento hábil à realização de transferência de riquezas.

Com efeito, a riqueza no período feudal era representada pela terra que estava nas mãos do clero e da nobreza. Com a derrocada dos feudos e a ascensão da burguesia, após a Revolução Francesa houve uma profusa transferência dessa riqueza para a classe burguesa, que almejava desenvolver e aprimorar as atividades produtivas. Essa transferência, contudo, deveria ser feita de forma a evitar atritos entre as classes sociais, garantindo ao mesmo tempo a consecução dos objetivos burgueses e certa segurança ao clero e à nobreza.

O contrato, baseado no consenso, foi o instrumento técnico-jurídico que viabilizou esse encontro de interesses, garantindo à nobreza e ao clero de que a transferência dos seus bens se daria apenas de forma espontânea, sendo indispensável a manifestação da vontade para tanto. Nesse sentido salienta Enzo Roppo:

O princípio do consenso como produtor, por si só, do vínculo jurídico, favorecia a classe mercantil na sua relação com os proprietários dos recursos e, ao mesmo tempo, protegia os proprietários, impedindo que estes pudessem ser privados dos seus bens contra a sua própria vontade (2009, p. 46).

A justiça do contrato se revela, outrossim, pela garantia de igualdade formal dos sujeitos contratantes, na medida em que coloca as partes na mesma condição de sujeitos de direito e, portanto, capazes de livremente autorregular os seus interesses pelo exercício da autonomia da vontade. Supõe-se que as partes do

¹⁰ A quem consente não é feita injúria.

contrato estão em situação de igualdade de direitos e, nessa conformidade, realizam um acordo mediante condições equitativas, excluindo-se qualquer possibilidade de que um reste beneficiado em detrimento do outro.

Alerta Roppo (2009), no sistema fundado na liberdade de contratar não havia espaço para a questão da igualdade intrínseca nas operações econômicas realizadas sob a forma contratual. Era apenas a igualdade das posições jurídico-formais que atribuía a cada um os mesmos poderes, prerrogativas e capacidades que garantia a justiça comutativa.

Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo, o determinavam num plano de recíproca *igualdade jurídica* (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do «antigo regime», afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei) (...). (ROPPO, 2009, p. 35).

Pufendorf (2007, p. 224) refere-se à justiça no contrato fundada na igualdade, sustentando que “em todos os *Contratos que são puramente onerosos* e nada têm de lucrativo em si, em que a Lei e o Mercado fixaram os Preços das Coisas, deve ser observada uma *justa Igualdade*, isto é, uma Parte deveria receber tanto Benefício quanto a outra”.

Mas para a obtenção dessa igualdade Pufendorf sustenta ser indispensável que as partes adotem uma conduta em que divulguem uma à outra todas as informações acerca do objeto contratado, de sorte que tanto as boas qualidades quanto as más sejam de conhecimento de ambas, de forma a se poder fixar o real valor da coisa. A não observância dessa igualdade que consiste em receber igual benefício, implica na injustiça do contrato e permite a sua revogação.

A livre manifestação de vontade que está na base da justiça contratual, para ser válida e vinculante, deve, portanto, ser manifestada com plena consciência e conhecimento de todas as circunstâncias que envolvem o negócio e o seu objeto, pois é o que permite a certeza do justo preço do objeto e do benefício que dele se obterá. A desigualdade, mesmo se descoberta após a concretização do negócio, deve ser corrigida (PUFENDORF, 2007).

Vê-se a partir da compreensão de Pufendorf acerca da justiça contratual baseada na igualdade, a necessidade de uma conduta virtuosa por parte dos contratantes, consistente na lealdade quanto à prestação das informações relativas ao objeto do contrato, de forma a permitir ao outro contratante ter total consciência das vantagens e desvantagens do negócio.

Há que se lembrar, todavia, de que o liberalismo era o sistema político-econômico que vigorava na modernidade, e a liberdade por ele defendida consistia em uma liberdade negativa que impedia a intervenção do Estado na esfera privada, permitindo ao indivíduo agir livremente, incluindo aí a garantia de ação livre de exigências éticas. Nesse contexto, ainda que não houvesse uma conduta de lealdade por parte do contratante como era a proposta de Pufendorf, ainda assim o contrato deveria ser cumprido.

O que prevalecia era a visão de justiça puramente formal, em que se resguardava apenas a liberdade formal de manifestação de vontade contratual, e isso era suficiente para atender o ideal de segurança das relações. O contrato na modernidade era o mecanismo que possibilitava a desejada estabilidade das relações e, por isso, dizia-se justo.

Não havia mais no plano ético a correspondência entre *justo* e *bem* na modernidade, passando a justiça a ser analisada sob o mero plano das convenções humanas, de forma reducionista, predominando não mais uma visão objetiva, mas uma *visão subjetiva*¹¹ e *voluntarista* do justo, e consoante afirma Reale

Essa crescente subjetivação do problema da justiça (o que envolve o da sua redução à análise dos critérios formais de conformidade à ordem tida na conta de justa) reflete-se, durante mais de três séculos, ao longo das diversas formas de *contratualismo* (1998, p. 13).

A justiça, portanto, passou a ser concebida como uma mera conformidade formal com a lei racional, o que corresponderia à realização do bem, ou seja, na concepção contratualista os critérios formais que conduzem a uma perfeita correspondência com a ordem estabelecida e tida por válida é o que constitui o valor justiça.

¹¹ Na modernidade o homem assume posição de destaque e, nessa circunstância, “a ideia de justiça deixa, por conseguinte, de ser um *ditame objetivo da razão*, segundo a *natureza das coisas*, para passar a ser um *ditame da vontade* dos indivíduos que decidem sobre quais inclinações possam e devem ser consideradas naturais (...)”.

Essa ética formal modernista, diante das inúmeras transformações pelas quais passou o mundo, tanto em termos políticos, sociais e econômicos, sofreu alterações, o que se verá nos próximos capítulos, de forma que contemporaneamente busca-se um agir que leve a justiça ao plano do material, do substancial.

CAPÍTULO 2 - O CONTRATO NA PERSPECTIVA DO JUSPOSITIVISMO

O presente capítulo tem por objeto a análise do contrato e da justiça contratual sob a ótica do juspositivismo, teoria explicativa do direito que tem como objeto de estudo o direito posto por uma autoridade, e em razão disso, válido, e que se denomina de direito positivo (DIMOULIS, 2006). Muitos são os sentidos do termo positivismo jurídico, no entanto, será aqui considerado apenas o sentido ora exposto, e que resulta em um modo objetivo de estudar o direito.

O escopo primeiro é observar a mudança de paradigma que ocorreu na passagem da Idade Moderna para a Contemporânea, em termos de definição de direito, o que implica diretamente em uma mudança na concepção do justo, e de modo geral, na maneira de entender os diversos institutos jurídicos, a exemplo do contrato, objeto do presente estudo.

2.1 Direito positivo: o nascimento de um novo paradigma

Na lição de Bobbio (2006, p. 26), “o positivismo jurídico é uma concepção do direito que nasce quando ‘direito positivo’ e ‘direito natural’ não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio”. E isso se deu com o surgimento do Estado, que monopolizou a produção do direito, fazendo nascer a ideia de que apenas o direito positivo seria direito, nele não se incluindo o direito natural.

Bobbio (2006, p. 30) aponta as compilações de Justiniano¹² como o precedente mais remoto da monopolização da produção do direito pelo Estado, e ressalta a importância que o direito romano teve na Idade Média, tendo sido difundido como o “direito comum” a todos os povos e concebido como expressão da própria razão.

Esse “direito comum” se contrapunha ao *jus proprium*, que era o direito que tinha como fonte as instituições sociais. Como a sociedade na Idade Média tinha a característica da pluralidade, esses direitos originários das instituições sociais

¹² Justiniano recolheu o complexo de normas romanas, e que foram formadas ao longo dos tempos no seio social, tendo como base sobretudo os costumes, a jurisdição pretoriana e a elaboração dos jurisprudentes, elaborando o que se denominou de *Corpus júris civilis*, transformando o direito de cunho social em direito estatal (BOBBIO, 2006, p. 30).

também se apresentavam de forma plural, havendo tantos direitos quantos eram os grupos sociais, mas todos eles, de modo geral, subordinados ao direito romano.

À medida que os reinos se proclamavam independentes do Império, também se declaravam detentores do poder de criar o direito, de sorte que nessa caminhada, de forma paulatina, e nem tanto linear quanto possa parecer, o *jus proprium* se sobrepôs ao *jus commune*, reduzindo o direito àquele posto pelo Estado. Afirma Bobbio que:

O termo final do contraste entre direito comum e direito estatal é representado pelas codificações (final do século XVIII / princípio do século XIX) através das quais o direito comum foi absorvido totalmente pelo direito estatal. Da codificação começa a história do positivismo jurídico verdadeira e propriamente dito (2006, p. 32).

Mas até se chegar à negação de existência de um direito natural fazendo surgir o juspositivismo jurídico em sentido estrito, um longo caminho foi percorrido e, nesse percurso, um movimento filosófico-cultural se destaca, a saber, o denominado historicismo, que passou a criticar fortemente a concepção filosófica racionalista dos jusnaturalistas do século XVIII, e no campo filosófico-jurídico originou a Escola Histórica¹³ do direito no final deste mesmo século e início do século XIX (BOBBIO, 2006).

O direito positivo juracional era produto da razão e tinha por características a universalidade, a necessidade e a definitividade, características que passaram a ser criticadas pela Escola Histórica, na medida em que esta acreditava na existência de transformações na vida moral e espiritual do indivíduo e da comunidade, em contraposição ao jusnaturalismo que defendia a imutabilidade da natureza humana ou da razão humana.

Os historicistas confrontavam de forma direta as concepções racionalistas dos iluministas, considerando a história como um elemento irracional, fundamentada na emoção humana, no impulso, de sorte que não acreditavam, mas, ao contrário, faziam sérias críticas à ideia iluminista de que o Estado teria se originado de uma decisão racional com vistas a corrigir os problemas do estado de natureza (BOBBIO,

¹³ Esclareça-se que a Escola Histórica não é um bloco monolítico, mas ao se tratar do pensamento dos historicistas neste trabalho, far-se-á de maneira geral, buscando traduzir a essência da teoria defendida pelos seus adeptos.

2006). Por outro lado, também no Estado não estaria o fundamento do direito, e sim no povo (MASCARO, 2010).

Essa irracionalidade das forças históricas no âmbito do direito implicava no fato de que o direito não se traduzia no resultado da razão humana, mas nascia de um sentimento de justiça incrustado no coração humano e que se revela por meio das forças jurídicas primitivas que se encontram nas origens da sociedade e que está para além das criações artificiais do Estado moderno (BOBBIO, 2006).

Disso resulta um resgate da importância dos costumes como fonte do direito, que nasce do povo e que expressam a tradição e a evolução social ao longo dos tempos. Os historicistas, assim, contrapõem o direito derivado do costume ao direito natural dos iluministas. Essa crítica ao jusnaturalismo de concepção iluminista levada a efeito pela Escola Histórica permite, na visão de Bobbio (2006), dizer que o historicismo é um precursor do positivismo jurídico.¹⁴

Na verdade desde o início do século XIX o pensamento jurídico já está calcado no juspositivismo, entendendo-se este como o direito posto pelo Estado, ou seja, o direito cuja fonte é estatal, mas ainda havia uma ligação ao direito natural, na medida em que se entendia que o direito positivo se consubstanciava no direito natural positivado, fonte da sua legitimidade; mas segundo Kelsen, “na independência da validade do direito positivo da relação que este tenha com uma norma de justiça reside o essencial da distinção entre a doutrina do direito natural e o positivismo jurídico” (2011, p.7).

Afirma Alysson Leandro Mascaro (2010) que nessa mesma época outros juristas já tendentes ao juspositivismo buscavam outros fundamentos para as leis postas pelo Estado e que fossem a ele externos; a essa tendência dá-se o nome de juspositivismo eclético, porquanto embora baseado na técnica normativa, procura dar ao direito, fundamentos de ordem social e histórica, a exemplo justamente da Escola Histórica do direito acima referida.

Mas, o que de fato pode ser apontado como causa do positivismo jurídico são as codificações levadas a efeito no final do século XVIII e início do século XIX, também objeto de crítica pela Escola Histórica, que entendia que o direito, ao contrário do que pretendiam os jusnaturalistas, não poderia ser universal, porquanto

¹⁴ É só em razão da crítica que o historicismo faz ao jusnaturalismo que Bobbio o aponta como precursor deste, ressaltando, por outro lado, que a escola histórica do direito é antes precursora de outras correntes jusfilosóficas, como a escola sociológica e a realista, que mais tarde criticaram o positivismo jurídico (BOBBIO, 2006, p. 54)

era essencialmente histórico e particular; decorrente das experiências de cada sociedade, de acordo com o momento vivenciado, e nesse sentido, a codificação se revelava um fator impeditivo a este natural movimento social.

Assim, a Escola Histórica se opõe à idéia de codificação iniciada na França e Alemanha, que instituíram, respectivamente, um dos primeiros códigos, a saber, o código Napoleônico e o BGB alemão, porque, segundo afirmavam os adeptos da referida escola, a codificação levaria a um afastamento da fonte do direito, isto é, os costumes, que representavam de forma imediata a realidade histórico-social e o espírito do povo, tornando-se, ademais, em um obstáculo ao seu desenvolvimento, já que cada vez mais se afastava de sua fonte de legitimidade.¹⁵

Esse movimento codificatório, segundo aponta Bobbio (2006, p. 54), decorre de um movimento de caráter iluminista, que realizou o que se denomina de “positivação do direito natural”, e que entendia o direito como resultante, ao mesmo tempo, da autoridade e da razão. Resulta da autoridade, porque posto pelo Estado, sendo esta a sua condição de validade, mas embora decorrente da autoridade, não se põe de forma arbitrária, já que se traduz em expressão da própria razão.

A codificação, assim, representou o ápice do racionalismo jusnaturalista, na medida em que uniu a ideia de um sistema de normas descobertas pela razão a um sistema de código decorrente do Estado (BOBBIO, 2006).

Contemporaneamente à Escola Histórica, como já dito, contrária à codificação, surgiu a Escola da Exegese, que defendia fervorosamente a codificação e, de forma coerente ao jusnaturalismo, sustentava a impossibilidade de toda e qualquer criação do direito pelo órgão judicial, defendendo, assim, a tese de que a lei é completa, um dos postulados do jusnaturalismo pós movimento de codificação.

O advento da Escola da Exegese decorreu não apenas do próprio movimento de codificação, mas, também, de outras causas que retratam o pensamento da época, consoante aponta Bobbio (2006). Com efeito, a primeira dessas causas consistia no fato de se acreditar que a vontade do legislador era expressa de modo completo e seguro, de forma que bastava aos aplicadores do direito observar esta vontade.

¹⁵ “(...) segun los defensores de esta escuela, La constante fluencia de los principios juridicos originados naturalmente em La conciencia jurídica de la nación, donde tienen su sede propia.(...)”. (STAMMLER, 1974, p. XIV).

Além disso, a segunda causa apontada diz respeito à doutrina da separação dos poderes, que distribuía as funções do Estado entre os órgãos constitucionais, impedindo que o juiz criasse o direito, sob pena de se imiscuir na função própria do Legislativo.

A crença na certeza do próprio direito que advinha do fato de existir um corpo estável de leis no qual os aplicadores do direito necessariamente deveriam se fundar na solução dos conflitos, também é apontada como causa de surgimento da Escola da Exegese. Por fim, aponta Bobbio uma causa de ordem política consistente na influência exercida pelo governo de Napoleão que obrigava às Escolas de Direito o ensino apenas do direito positivo.

Assim, cada vez mais o direito positivo vai assumindo um papel de destaque, diminuindo a importância do direito natural em contraposição à supremacia da lei como fonte do direito, lei esta originária tão somente no Estado.

Essa supremacia da lei se verifica também no aspecto de sua aplicação, e isto explica Bobbio (2006), fazendo menção à interpretação dada por Portalis acerca do artigo 4º do Código de Napoleão¹⁶. Segundo Portalis por este dispositivo legal era possível a aplicação subsidiária do direito natural na hipótese de lacuna da lei; no entanto, sob a influência da Escola da Exegese, que supervalorizou a lei e a intenção do legislador, a atuação do juiz frente a uma lacuna da lei se limitaria à aplicação da analogia.

Nesse diapasão, o juiz só poderia preencher a lacuna da lei a partir da demonstração de uma consequência evidente decorrente de uma proposição previamente concebida, ainda que não positivada, possibilidade que decorre da generalidade da lei. Somente nesses limites, sob a concepção da Escola da Exegese, poder-se-ia falar em criação do direito pelo juiz, e nunca pela busca de preceitos justos ou pela aplicação de princípios.

A Escola da Exegese, portanto, identificava o direito com a lei escrita, o que resultava em uma submissão do intérprete às disposições da letra da lei contida nos códigos. Além disso, também sob a influência dessa escola salientou-se o princípio da autoridade, necessário para o desempenho da função de organização social do direito, ao estabelecer o que é lícito e o que não é, de forma obrigatória, a todos os indivíduos. Nesse sentido assevera Bobbio:

¹⁶ “4. *Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, l’obscurité ou fr l’insuffisance de la loi, pourra être poursuiivi comme coupable de déni de justice*”. (França, 1804).

Por isto se torna necessário atribuir a uma pessoa qualquer o poder de estabelecer o que é justo e o que é injusto, de modo que sua decisão não possa ser colocada em discussão, e conseqüentemente os juristas possuem um seguro *ubi consistam* em seu raciocínio: este personagem é precisamente o legislador (2006, p. 89).

Todos esses fatores até aqui apontados levaram à ideia restrita do direito como um conjunto de leis escritas, gerais e abstratas, postas pelo Estado e organizadas em um código, noção que foi ganhando força ao longo dos tempos, desenvolvendo-se, assim, a doutrina do positivismo jurídico.

O positivismo jurídico predominou a partir do século XX, e surgiu como uma reação ao pensamento jusnaturalista que, como visto, defendia a existência de um direito natural que não tinha a sua origem no Estado. Passou-se a acreditar que por meio da lei como fonte de direito era possível modificar a sociedade, porquanto pela lei podia-se criar a estrutura social pretendida em dado momento (BOBBIO, 2006). A lei passou, então, a ser a fonte predominante do direito.

Embora seja correto identificar o positivismo jurídico com a concepção legal do direito, segundo aponta Bobbio (2006), não se deve considerá-lo como um bloco monolítico, mas, antes, distinguir nele três aspectos.

No primeiro desses aspectos o positivismo é explicado como método para o estudo do direito, na medida em que considera o direito como fato e não como valor; sob o segundo aspecto explica-se o positivismo como teoria do direito, consistente na busca do conhecimento, de forma objetiva, da realidade do direito, visando informar acerca de aspectos caracterizadores dessa realidade, tais como a coatividade, fontes do direito, da norma como comando, da teoria do ordenamento jurídico e dos problemas de interpretação e, finalmente, o último aspecto vislumbra o positivismo como ideologia do direito, na medida em que o positivismo deixa de ser apenas um modo de entender o direito e passa a ser, também, um modo de querer o direito (BOBBIO, id).

Estas três vertentes apontadas por Bobbio têm aplicação na crítica ao positivismo jurídico, especialmente nos seus aspectos teóricos e ideológicos, levada a efeito, respectivamente, pelo realismo jurídico e pela corrente do jusnaturalismo, esta última ressurgida no século XX, e que interessará mais de perto no presente trabalho, uma vez que critica o positivismo jurídico sob o ponto de vista das conseqüências nocivas dele decorrentes na prática do direito.

Com efeito, o direito concebido pelo jusracionalismo, filosofia que vigorou na modernidade, e que era produto da razão, caracterizado pela universalidade e necessidade, deveria ser, sobretudo, um direito dotado de coerência, não comportando, portanto, qualquer tipo de contradição; e por outro lado, deveria ser um direito completo, entendendo-se como tal aquele que não comportaria lacunas.

Tais características, no entanto, entraram em crise ainda no século XIX¹⁷, o que permitiu o desenvolvimento do juspositivismo, porém não a total extinção da forma jusnaturalista de pensamento do direito.

Os avanços nas ciências experimentais no século XIX foram fator determinante para o desenvolvimento da Ciência do Direito; para suprir as aspirações científicas do homem na área do direito, o positivismo surgiu como o método seguro a fundamentar a existência de uma Ciência do Direito, de caráter objetivo.

Uma das principais características do positivismo, segundo Bobbio, é a consideração do direito como um fato, um conjunto de dados sociais, e não como um valor, do que decorre uma desvinculação do direito de fatores mutáveis como a moral e a ética. Sob este ponto de vista o cientista do direito deve estudar o direito sem formular juízos de valor, limitando-se a descrever a realidade, e disso decorre que o “direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor” (BOBBIO, 2006, p.131).

Nessa linha de raciocínio, esclarece Maynez (1968), baseado em Bobbio, que de acordo com a primeira acepção do termo positivismo jurídico, positivista é aquele que adota, frente ao direito, uma atitude não valorativa, e que para distinguir um preceito jurídico de um não jurídico se baseia apenas em dados verificáveis. Esclarece, ademais, que na visão positivista a definição de direito não inclui considerações acerca da sua finalidade, tais como a de que a finalidade do direito seria realizar a justiça, a liberdade ou o bem comum.¹⁸

¹⁷ Segundo Muñoz (2008, p. 50), os fatores que desencadearam a crise do jusnaturalismo foram, sobretudo, a transformação do direito, na passagem do Estado liberal para um Estado-providência, e a introdução de normas de conteúdo conflitante com os princípios da ordem liberal, decorrentes da autonomia da vontade, da razão e do contrato social, passando de um direito como norma, a um direito como procedimento.

¹⁸ “De acuerdo con la primera acepción del término *positivismo jurídico*, “positivista” es el que adopta, frente al derecho, una actitud no valoradora, o aestimativa, y para distinguir un precepto jurídico de outro no jurídico se basa, exclusivamente, em datos *verificables*. (...) La mentalidad positivista, asevera Bobbio, no incluye em La definición del derecho consideraciones de tipo teleológico, como La de que éste, para ser tal, deba realizar La justicia, La libertad o el bien común”. (MAYNEZ, 1968, p. 10).

Ora, o início do século XX é marcado pelas preocupações com a pureza metodológica das ciências sociais e a exigência de uma desvinculação entre valorações ou juízos de valor e a ciência; acreditava-se que o objetivo da ciência era tão somente descrever a realidade sem, contudo, exercer uma função ativa de guia da ação social.

Essa discussão sobre ausência de juízos de valor nas ciências sociais, segundo aponta Mário G. Losano ao fazer a introdução da obra de Hans Kelsen (2011, p. X), teve como marco inicial o debate, em 1904, entre o grupo de Schmoller, que iniciou a discussão metodológica sobre a economia, e o grupo de Weber, cujo objetivo era “realizar a distinção entre o conhecer e o valorar, ou seja, entre o cumprimento do dever científico de ver a verdade dos fatos e o cumprimento do dever prático de defender os próprios ideais”.

Todos esses fatores tiveram influência na Teoria Pura do Direito formulada por Kelsen, talvez a mais elaborada teoria do positivismo jurídico, e cuja proposta é conhecer o próprio objeto do direito, respondendo a questão “o que é e como é o Direito”, sem questionar o que ele deveria ser ou como deveria ser feito (2006, p. 1).

Enquanto teoria do direito, o positivismo jurídico segundo aponta Maynez (1968), ainda de acordo com as lições de Bobbio, trata-se de uma concepção que vincula o direito a um poder soberano capaz de estabelecer e aplicar sanções, a saber, o Estado, que tem o monopólio da produção jurídica, e nesse contexto, como já referido alhures, cinco teorias se apresentam: a teoria da coatividade, a teoria das fontes do direito, a teoria imperativista da norma jurídica, a teoria do ordenamento jurídico e, por fim, a doutrina interpretativa do direito.¹⁹

A filosofia do direito juspositivista defende a ideia de que o direito, sobretudo na concepção da Escola Analítica fundada por John Austin, ainda no século XIX, se traduz em um sistema de normas positivas, e a ciência do direito tem por objetivo estabelecer a existência dessas normas positivadas, independentemente de valores éticos ou quaisquer outras considerações, sejam de cunho político ou social, ideia

¹⁹ Nesse particular aspecto, Maynez (1968, p. 12) é bastante elucidativo: a teoria da coatividade entende o direito como um sistema de normas que se fazem valer por meio da força ou que regulam o uso desta força na sociedade; no que tange ao conceito da norma jurídica, a teoria imperativista a define como um comando; a doutrina das fontes do direito tem a lei como a fonte suprema; a teoria do ordenamento jurídico traduz a ideia da unidade do ordenamento jurídico formando um sistema que tem as características da completude e da coerência; finalmente, no que tange à teoria interpretativa, considera que a tarefa do jurista e do juiz é essencialmente lógica e hermenêutica.

que no século XX foi revigorada por Hans Kelsen, expoente do positivismo jurídico (ROSS, 2007).

A concepção de direito positivo de Austin parte da distinção entre os tipos de normas, definido ele a lei como um *comando geral e abstrato*; A partir dessa ideia Austin classifica as leis adotando como critério o sujeito que as impõe, dividindo-as em leis divinas e humanas, as primeiras postas por Deus e as segundas pelos homens.

Ainda faz uma segunda subdivisão das leis humanas, dividindo-as em leis positivas, que se traduzem em direito positivo, e moralidade positiva. O direito positivo, por sua vez, se diferencia da moralidade positiva na medida em que é constituído de comandos provenientes de um soberano, no âmbito de uma sociedade política independente, isto é, o Estado, ao contrário da moralidade positiva que não comporta a figura do soberano (BOBBIO, 2006).

Assim, a concepção de Austin de direito positivo, segundo aponta Bobbio (2006), revela três princípios fundamentais do positivismo jurídico, a saber, as concepções *positivista*, *imperativista* e *estatal* do direito, a primeira traduzida na ideia de que o objeto da ciência do direito é o direito como ele é, e não como deveria ser; a segunda, o fato de ter a norma jurídica a estrutura de um comando; e a terceira, a afirmação de que o direito é posto pelo Estado através do seu órgão legislativo.

Hans Kelsen, que mais tarde revigora as ideias de Austin, em sua Teoria Pura do Direito propõe-se a estudar a natureza e a função do direito sob o aspecto meramente teórico e metodológico, acentuando as concepções positivista e imperativista do direito, afastando do seu âmbito de análise todo e qualquer fator de ordem valorativa.

Isso não quer dizer, no entanto, que Kelsen defendia a ideia de que o direito seria um fenômeno absolutamente desligado da realidade e imune às influências de valores morais, sociais ou políticos, mas em sua teoria propôs-se a estudar pura e simplesmente o fenômeno da validade do direito sob o aspecto normativo. Para ele a função do cientista do direito é o estudo da norma, devendo-se abster das realidades sociais, objeto de outra ciência, qual seja, a sociologia.

Tudo isso, repise-se, coaduna-se com as características típicas do positivismo jurídico apontadas por Bobbio (2006), a saber, formalismo e imperativismo; a primeira dessas características define o direito a partir da autoridade que põe as

normas e, portanto, com base em elemento puramente formal, afastando qualquer análise acerca do conteúdo ou finalidade do direito. Já a segunda característica define o direito como um comando, por meio do qual o soberano impõe ou proíbe condutas.

O foco da teoria Kelseniana é o objeto do direito, qual seja, a norma e seu fundamento de validade, cuja pureza metodológica se verifica pela ausência de juízos de valor e pela natureza puramente descritiva na exposição do direito, ou seja, o direito como ele é.

Nesse diapasão, para Kelsen a valoração ética do direito não é objeto da ciência jurídica, cabendo ao cientista do direito apenas descrever o fenômeno jurídico sem adentrar no problema da justiça. Verificar a existência da norma sob o aspecto formal e descrever o seu conteúdo é a função do cientista do direito.

Sob a ótica do juspositivismo, pelo menos de forma preponderante, há que se valorizar o direito enquanto forma, conjunto estruturado de normas que tem como pressuposto de validade uma norma fundamental, afastando-se de qualquer juízo de valor. O método científico consubstanciado na forma de observar e compreender a norma, portanto, é o que determina a ciência do direito.

A teoria do direito desenvolvida por Kelsen afastou-se da discussão a respeito do conteúdo da norma na sua construção, conforme ressalta MUÑOZ (2008), preocupação que predominava até então nas teorias explicativas do direito e seu fundamento de validade, para focar no aspecto formal do sistema jurídico. Nesse sentido, para ele, jurídica é toda e qualquer norma validamente produzida, independente do seu conteúdo.

Mas além do caráter de validade na produção da norma, Kelsen considera como elemento essencial na definição do direito a sanção contida na norma, a sua imperatividade decorrente da coação estatal, sendo isto o que diferencia o Direito da Moral. Nesse sentido, afirma:

Uma distinção entre o Direito e a Moral não pode encontrar-se *naquilo* que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas no *como* elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando - como já mostramos - se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme

as normas e na desaprovação da conduta contrárias às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física. (2006, p. 71)

Em suma, sob o ponto de vista do positivismo defendido por Kelsen na Teoria Pura do Direito, o mundo jurídico deve ser visto como um sistema de normas concatenadas e hierarquizadas, organizado sob a forma piramidal, tendo em seu ápice a norma fundamental, pressuposto lógico do ordenamento jurídico. O sistema de normas dessa forma organizado é a única realidade que deve ser considerada pelo jurista.

Vê-se, assim, que no âmbito do positivismo jurídico sustentado na teoria Kelseniana, direito e justiça estão em esferas diferentes, isto porque o fundamento de validade do Direito não está vinculado ao seu conteúdo, mas, tão somente a um pressuposto metodológico em que se valoriza a forma em detrimento do conteúdo.

Sob o ponto de vista da justiça há um abismo entre o juspositivismo e o jusnaturalismo, uma vez que para Kelsen a valoração ética não é função da ciência do direito, embora, ressalte-se, ele não negue a existência de valoração ética no direito em si, mas tão somente a impossibilidade desta valoração ser objeto de uma ciência do direito²⁰.

Esta tentativa de separar o Direito, da Ciência do Direito, no entanto, é de difícil sustentação no plano prático, e nesse sentido é objeto de várias críticas. Com efeito, a inevitável intersecção do Direito com os demais fenômenos sociais, éticos, políticos e culturais, não raro demanda respostas que o direito, em sua concepção formal e metodológica, deixa a desejar.

Aponta Bobbio (2006) que a ambição do positivismo de estudar o direito como fato, isto é, como algo que é, e não como deveria ser, em outras palavras, como uma teoria e não como uma ideologia, não se concretizou, na medida em que o positivismo jurídico não se apresenta apenas como uma forma de estudar o direito e informar acerca das suas características, mas, também, apresenta-se como uma forma de querer o direito, o que o leva a ser também uma ideologia.

²⁰ “De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (KELSEN, 2006, p. 1).

Enquanto ideologia o positivismo jurídico se traduziria no comportamento avaliativo do homem perante a realidade, isto é, a formulação de juízos de valor acerca da realidade, com o objetivo de conservá-la ou transformá-la. O direito refletiria, assim, as concepções ético-políticas de um ou de vários indivíduos, ou seja, os desejos ou vontade de cada indivíduo perante a realidade. O positivismo nesse sentido não se limitaria à observação da realidade, mas acerca dela formula juízos de valores, avaliando positiva ou negativamente os fatos.

Segundo Bobbio (2006), essa distinção entre positivismo como teoria e como ideologia ajuda a entender as críticas que são dirigidas ao positivismo e que partem de duas correntes, a saber, o realismo jurídico, cuja crítica se dirige apenas aos aspectos teóricos do positivismo, e o jusnaturalismo que dirige suas críticas ao aspecto ideológico do positivismo jurídico, denunciando suas consequências morais e sociais negativas.

Em síntese, o positivismo jurídico em sua visão mais extrema representada, sobretudo, pela teoria kelseniana, se traduz na doutrina que propõe a estudar o direito como um sistema de normas, afastando-se dos aspectos fáticos, mas segundo afirma Reale (2011), o elemento fático acaba por adquirir maior relevo na concepção final de Kelsen, de sorte que é possível concluir que uma concepção meramente normativista do Direito é insuficiente para explicá-lo.

Diante dessa insuficiência é possível identificar não apenas uma corrente do positivismo jurídico, tal como a que aqui se deu relevo, elaborada por Hans Kelsen, e que exacerbou o aspecto técnico do direito, por isso denominada positivismo estrito, mas duas outras correntes podem ser identificadas, a primeira denominada de juspositivismo eclético, da qual já se deu notícia acima, e a segunda de juspositivismo ético.

O juspositivismo eclético se caracteriza por mesclar as esferas da normatividade estatal a valorações sociais; o juspositivismo ético, por sua vez, lastreia-se no pensamento de que “o próprio direito positivo, a depender de suas instituições e de suas diretrizes, passa a ser considerado como valioso a determinados valores éticos e sociais”, não se limitando, pois, ao aspecto normativo, mas preocupando-se em usar de forma ética o direito positivo (MASCARO, 2010, p. 322).

Assim, sem subestimar a importância da teoria pura de Kelsen, cuja proposta é o estudo do direito no seu aspecto científico, abstraindo-se do conhecimento do

direito enquanto fenômeno social é imperioso reconhecer que esta visão parcial do direito não é suficiente para explicar a totalidade do fenômeno jurídico, bem como a sua realidade, daí as inúmeras críticas que se voltam ao juspositivismo.

2.2 O contrato na concepção juspositivista estrita

Como visto, para o positivismo jurídico proposto por Kelsen o direito é um conjunto escalonado de normas que encontra seu fundamento de validade e legitimidade em uma norma pressuposta denominada fundamental. Trata-se de uma concepção puramente formal do direito, que não é analisado sob o aspecto da realidade fática, mas apenas da realidade normativa. De forma resumida, o direito se reduz à lei, na visão positivista.

Nesse diapasão, a análise de um determinado fato sob o ponto de vista do positivismo estrito deve ser realizada sob o aspecto da normatividade, ou seja, de acordo com esquemas de interpretação próprios da experiência jurídica, abstraindo-se de quaisquer outros aspectos de ordem moral, social ou psicológica.

Kelsen esclarece (2006) que nos fatos classificados de jurídicos devem se distinguir dois elementos, a saber, uma conduta humana que se exterioriza e que, portanto, é sensorialmente perceptível, na medida em que se realiza no tempo e no espaço, e a significação jurídica desta conduta, ou seja, o que o ato representa sob o ponto de vista do Direito; e exemplifica com a conduta de um comerciante que envia uma carta a outro com certo conteúdo, à qual este outro responde afirmativamente, do que resultaria, sob o aspecto jurídico, a figura de um contrato.

No entanto, não é o aspecto sensorial, isto é, o aspecto externo do ato ou da conduta humana que identifica a sua juridicidade, podendo inclusive o próprio ato conter uma auto explicação acerca do seu significado jurídico. Segundo Kelsen

O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa (2006, p. 4).

Nesse sentido, um determinado ato ou conduta humana só se enquadra na categoria jurídica de contrato, se houver no ordenamento jurídico certa norma cujo conteúdo se refira ao ato realizado, de sorte que possa ele ser interpretado segundo esta norma que lhe dará significação jurídica. É, pois, o confronto do ato com as normas estabelecidas no Código Civil que determina a figura jurídica do contrato. Em suma, o jurídico necessariamente é aquilo que é legal.

Sob o império da lei o foco se deslocou para o procedimento e os efeitos da adoção do procedimento, sendo certo que de antemão os resultados de uma conduta já são determinados, porquanto expressamente previstos em lei. Sendo assim, para a realização de um contrato devem as partes obedecer aos ditames legais, que tanto conferem juridicidade ao ato, como preveem as sanções para a sua não observância.

Conforme Mascaro (2010, p. 321), “a filosofia do direito burguesa, lastreada no estatismo, no juspositivismo e na visão liberal de mundo, compreenderá o direito como se fosse uma mera e contínua técnica de operação dos instrumentais jurídicos”, de sorte que a ação jurídica se converteu numa ação técnica, baseada na norma.

Nesse diapasão não importam as condutas humanas na realização de um contrato, suas motivações, as razões que levaram os contratantes à prática do ato, mas tão somente o perfeito enquadramento do fato à norma posta, do que decorre a sua juridicidade, e é apenas sob o aspecto da técnica jurídica que o ato deverá ser analisado. Assim, há que se analisar as normas postas em cada sistema jurídico para se aferir a noção de contrato no âmbito do positivismo jurídico.

Ora, as normas reguladoras do contrato, porquanto ditadas sob o modelo do Estado Liberal burguês, baseou-se, de início, em uma maior permissividade, estabelecendo apenas as condições mínimas a serem observadas para a prática do ato e as consequências para a inobservância de preceitos tidos como essenciais à sua validade, especialmente a livre manifestação de vontade, asseguradora da autonomia. O Estado regulava o mínimo, deixando aos próprios interessados a composição dos seus interesses.

Mas à medida que as operações econômicas foram se tornando mais complexas, evidentemente, o número de normas a regular as relações contratuais também foram aumentando, mas de certa forma, ainda hoje há uma margem grande

de autorregulamentação do contrato, evidenciando a presença da ideologia liberal, conquanto relativizadas em função de exigências sociais, conforme se verá.

Por outro lado, há que se salientar que a noção de contrato ao longo dos tempos varia conforme o sistema econômico vigente, bem como de acordo com a organização social, até porque esta, em certa medida, é reflexo daquele. A ordem jurídica, a seu turno, enquanto reguladora da conduta humana na medida em que ela está em relação com outras pessoas, também varia a depender das estruturas econômico-sociais.

Tendo em vista tratar-se o contrato de um instrumento que reflete operações econômicas, na mesma proporção em que tais operações se intensificam e se tornam mais complexas, a ordem jurídica tende a se modificar para atender ao modelo prevalecente e aos interesses sociais que reclamam pela proteção legal e segurança jurídica.

As normas jurídicas, portanto, refletirão os valores vigentes segundo as opções políticas, sociais e econômicas de determinada sociedade, de sorte que a juridicidade do contrato sofrerá variações, tanto na sua disciplina, quanto na sua função e estrutura, de acordo com o contexto social em que esteja inserido, como bem ressalta Enzo Roppo (2009).

Ademais, em uma ordem jurídica posta, a disciplina legal de um instituto jurídico tal como o contrato, resulta da intervenção direta do legislador, segundo sua vontade política e os interesses que visa proteger. Nesse sentido:

Deve ficar claro, de facto, que a disciplina legal dos contratos – longe de limitar-se a codificar regras impostas pela «natureza» ou ditadas pela «razão» (como afirmavam os seguidores do direito natural) – constitui, antes, uma intervenção positiva e deliberada do legislador (das forças políticas que exprimem o poder legislativo), destinada a satisfazer determinados interesses e a sacrificar outros, em conflito com estes, tentando dar às operações económicas concretamente realizadas um arranjo e um processamento, conformes aos interesses que, de quando em quando, se querem tutelar (ROPPO, 2009, p. 22).

A disciplina jurídica do contrato, a sua estrutura, dependerá, ademais, da função que o legislador lhe quer atribuir; com efeito, muitas vezes a regulamentação legal visa atender objetivos de política econômica, como o incremento de certo nicho do mercado, o incentivo ao consumo, dentre outros, de sorte que se percebe, a regulamentação legal não se restringe ao aspecto jurídico-formal do contrato,

incidindo, também, na determinação e orientação das diversas operações econômicas que se realizam na sociedade.

Assim, a partir da ideologia da liberdade contratual, baseada no pressuposto da igualdade formal dos sujeitos, que teve o seu berço na sociedade burguesa do século XVIII, cada país regulamenta o instituto jurídico do contrato segundo seu contexto histórico, econômico, social e cultural, podendo assim assumir as mais diversas formas.

O código napoleônico, sem dúvida, foi o marco inicial da positivação deste instrumento técnico-formal e serviu de base para a legislação do ocidente, inclusive da legislação brasileira da qual se tratará adiante, assim como o Código Civil alemão de 1896, que inseriu o contrato no âmbito de uma categoria mais geral e abstrata, a saber, o negócio jurídico, o que foi seguido pelo código civil brasileiro, consoante se verá.

2.3 A justiça do contrato na perspectiva do juspositivismo

Segundo a concepção positivista do direito, proposta por Kelsen, deve o jurista, abstendo-se de qualquer juízo de valor, se restringir à mera descrição do direito. Do ponto de vista da doutrina do positivismo jurídico estrito o direito é encarado como fato e não como valor, ou seja, como algo que é, e não como deve ser, de sorte que para o positivismo deve-se obedecer as leis enquanto tais, porque são válidas e não porque são justas.

Com efeito, o jusracionalismo burguês fundado na razão universal foi sucedido pelo juspositivismo, também caracterizado por ser um sistema jurídico, fechado e lógico a amparar os interesses da burguesia, no entanto, o seu fundamento passou a ser o Estado. Nesse contexto, esclarece Mascaro (2010), o sistema geral do direito foi privilegiado em detrimento de uma justiça concreta, dando-se maior relevo à segurança do sistema do que a busca do justo em cada caso concreto.

Assim, quando uma determinada norma prescreve uma conduta, a conduta de fato pode corresponder ou não àquela prevista pela norma. O juízo que se formula, segundo o qual uma conduta real está de acordo com a norma válida, diz Kelsen (2006), é um juízo de valor positivo, do que decorre que a conduta humana é

boa; se ao contrário a conduta real está em desconformidade com a norma válida, isto é, se ela não foi realizada conforme deveria ser, o juízo de valor é negativo e, portanto, a conduta real é má.

Tal norma válida para Kelsen funciona como medida de valor em relação a uma conduta real, ao fato concreto, de sorte que o objeto do juízo de valor que se formula é sempre um fato da ordem do ser, que comparado com a norma pode ser tido como valioso ou desvalioso. Mas como as normas, fundamentos dos juízos de valor, são estabelecidas pela vontade humana, tais valores são arbitrários, e podem ser alterados mediante outros atos de vontade, do que decorre que tais valores são sempre relativos.

O que é bom, portanto, segundo uma determinada norma, pode, em razão de outra norma válida, ser considerado mau. Em suma, não é exatamente a conduta humana que é valiosa ou desvaliosa em si, boa ou má em si mesma considerada, mas a sua adequação ou inadequação com os preceitos legais é que permitirá chegar-se a tal conclusão; em outras palavras, é a comparação da conduta real com a norma válida que dará este resultado de uma conduta boa ou má, valiosa ou desvaliosa, independentemente da vontade de quem a pratica.

Ademais, o valor de uma conduta humana relaciona-se com a realização de um fim, de sorte que a adequação ao fim constitui o valor positivo, ao passo que a não correspondência com o fim, o valor negativo. Sustenta Kelsen (2006) que o valor que reside na correspondência-ao-fim é idêntico, tanto ao valor que consiste na correspondência-à-norma válida, ou ao valor que consiste na correspondência-ao-desejo, e nesse sentido, o fim objetivo e o fim subjetivo são coincidentes.

Veja-se que na análise da correspondência da conduta real com a norma válida não se formula um juízo de valor acerca da ordem normativa, ou seja, não se aprova ou desaprova a norma, do que resulta, conforme propôs Kelsen, que dever-ser e o ser estão em esferas distintas.

No dever de aplicar a lei, portanto, não cabe ao juiz formular juízos de valor, mas, ao contrário, deve abster-se de qualquer valoração, limitando-se à mera subsunção da norma ao caso concreto que lhe cabe julgar, atentando apenas e tão somente para a perfeita aplicação da regra jurídica.

Nesse sentido Alf Ross (2007) reafirma que a justiça é a aplicação correta de uma norma, como algo que se opõe à arbitrariedade. A justiça sob a visão positivista reside no império do direito, que garante segurança e previsibilidade nas relações

sociais. Mas esclarece que há conexão entre justiça e direito posto, o que se afere sob dois aspectos, a saber: a exigência de que haja uma norma a fundamentar uma determinada decisão e, em segundo lugar, que a decisão se consubstancie na correta aplicação de uma norma.

Disso decorre a racionalidade e regularidade objetivas do direito e que se traduzem na ausência de arbitrariedade subjetiva na aplicação do direito e, conseqüentemente, na garantia de justiça.

Portanto, um contrato é justo sob o ponto de vista do positivismo jurídico estrito, se a conduta das partes refletirem a adequação com o ordenamento jurídico vigente, independente dos motivos da atuação, ou seja, a despeito das razões que os levaram a agir desta ou daquela maneira; para o positivismo a justiça se identifica com a norma posta, isto é, com o direito positivo.

Entretanto, como apontado por Bobbio, embora a ideia do positivismo jurídico proposta na teoria pura do direito fosse a de se afastar completamente de juízos de valor acerca da norma, ou de uma moralidade nas normas, isso não se revelou uma realidade, havendo um aspecto ideológico do positivismo a que se denominou positivismo ético, e que indaga acerca do que deveria ser o direito.

Rememorando os três aspectos apontados por Bobbio pelos quais se deve analisar o positivismo jurídico, a saber, enquanto método, teoria e ideologia, especialmente os dois últimos relevam, cada qual, uma concepção de justiça no âmbito do positivismo.

Sob o aspecto da teoria, que liga o positivismo à ideia de um direito originado no Estado, capaz de estabelecer e aplicar sanções, a justiça está na lei enquanto tal, porquanto derivada de um poder soberano que pode legitimamente ordenar certos comportamentos. Assim é justo o que a lei ordena e injusto aquilo que ela proíbe, a despeito de qualquer inquirição acerca do conteúdo bom ou mal do que nela é ordenado ou proibido.

Em uma posição extremista da ideologia juspositivista, ressalta Bobbio (2006), uma lei justa é uma lei válida, ou seja, o critério de justiça se baseia no eixo central do positivismo, qual seja, o direito positivo enquanto tal, derivado de um poder soberano. Nesse contexto, a obediência a uma lei válida implica, para o juspositivismo, a realização da justiça, e ao se fazer referência ao dever absoluto de obedecer à lei enquanto tal, já se está em um plano ideológico e não apenas teórico,

na medida em que há uma determinação quanto ao dever, o que conduz a uma valoração do direito.

Ao comentar as teorias apresentadas por Bobbio, Maynez (1968)²¹ esclarece que sob o aspecto ideológico, o legislador não apenas objetiva o cumprimento das normas mas, também, que elas sejam justas; ademais, consideram que a eficácia das leis realiza valores indispensáveis para a existência da sociedade, porque o cumprimento ou aplicação da lei necessariamente garantem a ordem, a segurança, a paz, e pela sua natureza de generalidade, possibilita a justiça inerente ao que é considerado legal.

Em outras palavras, enquanto conjunto de normas criado e imposto pelo poder que detém a força em uma dada sociedade, o direito, pelo simples fato de existir, independente do seu conteúdo, exerce a função de realizar importantes valores sociais, tais como a ordem, a paz, a segurança e a justiça (MAYNEZ, 1968), de sorte que independente de serem justas ou injustas, devem ser cumpridas.

Em razão desses valores que o direito visa realizar, a obediência à norma deve se traduzir em um dever moral, decorrente da consciência do indivíduo acerca da sua importância para a sociedade, não podendo a obediência ser fruto apenas do medo da sanção nela prevista.

Alysson Leandro Mascaro (2010) aponta como uma das correntes do juspositivismo o que ele denomina de juspositivismo ético, que consiste em teoria moralista do direito. Para os teóricos do juspositivismo ético a justiça não decorre da mera observância da prescrição legal e da adequação da conduta à norma ou, ainda, da sua aplicação técnica que garante o resultado do valor segurança jurídica. Para eles, ainda que com base na norma posta e nos princípios gerais é possível valorar as condutas humanas, construindo soluções concretas, efetivamente justas, não apenas sob o aspecto legal ou da técnica normativa.

O que mudou na passagem do jusnaturalismo para o juspositivismo em termos de contrato enquanto instituto jurídico não foi o fato concreto do contrato em si, mas o seu fundamento de validade. Se antes a validade do contrato se assentava

²¹ “(...) Los encargados de legislar no sólo quieren que sus normas sean cumplidas; pretenden también que son justas. Pero no pueden admitir que su validez se haga depender de la opinión de los particulares sobre el contenido de las mismas. Consideran, además, cosa que Bobbio subraya, que la eficacia de aquéllas realiza valores que son condición de existencia de La vida em común, porque el cumplimiento o aplicación (incluso forzada) de esos preceptos necesariamente instaure un orden, garantiza La seguridad y la paz y, por la índole *general* de las normas legales, hace posible la justicia inherente a lo que se llama *legalidad*” (MAYNEZ, 1968, p. 18).

nos pilares da autonomia da vontade e na liberdade de contratar, e disso decorria a justiça do ato, sob o jugo da lei a validade do contrato se estabelece a partir da vontade do legislador, que segundo as necessidades políticas institui as normas reguladoras do instituto, e a adequação à norma implica na justiça do contrato.

No próximo capítulo serão analisadas as normas regulamentadoras do contrato no direito civil brasileiro, que tiveram, como dito, forte influência das ideologias liberais do Estado burguês, e que também serviram de base para as primeiras codificações.

CAPÍTULO 3 - CONCLUSÃO

Os aspectos analisados nesta primeira parte do trabalho são introdutórios e constituem a base para o entendimento do que será tratado na segunda e terceira partes desta dissertação e, por outro lado, também é o ponto de partida para a crítica que se pretende desenvolver na terceira parte.

O que se pode concluir a partir do que até aqui foi estudado, é que a forma de vislumbrar o direito, ou seja, de acordo com cada uma das teorias explicativas do direito, haverá uma diferente maneira de entender os seus institutos, tal como o contrato, bem como o que seja justo.

Nessa circunstância, o contrato, objeto do estudo em testilha, sob o ponto de vista do jusnaturalismo é entendido como o ato resultante do consenso que decorre da autonomia da vontade das partes, e por isso mesmo, fonte de obrigação. Não se trata, nesta perspectiva, de mero instrumento jurídico-formal, mas a própria razão do Estado, do Direito e da sociedade.

A livre manifestação da vontade humana, corolário do dogma da autonomia da vontade era considerada, portanto, o fundamento de validade do contrato, bem como da sua justiça; na medida em que há o consenso dos indivíduos, que livremente manifestam sua vontade em determinado sentido, a justiça se realiza sob a ótica do jusnaturalismo vigente no século XVIII.

Na visão do positivismo jurídico estrito, por outro lado, o que se verifica é a supremacia da lei e o entendimento do direito a partir do seu objeto, a saber, a norma, deslocando o foco para o procedimento e os efeitos da sua adoção.

Assim sendo, a existência de um contrato depende da perfeita adequação do ato realizado pelas partes aos ditames legais, já que é a lei que conferirá juridicidade ao ato, estabelecendo, ademais, os efeitos do seu não cumprimento. O ato, portanto, deve ser analisado sob o estrito aspecto da técnica jurídica.

Por outro lado, como a lei é posta por um ato de autoridade e reflete os valores vigentes segundo as opções políticas, sociais e econômicas de determinada sociedade, a juridicidade do contrato também sofrerá variações, na mesma medida das mudanças que ocorrerem no sistema normativo vigente. A validade do contrato, portanto, se estabelece de acordo com a vontade do legislador que institui as normas reguladoras do contrato.

No que tange à justiça contratual sob a perspectiva do juspositivismo, constata-se que o valor da conduta humana não é o ponto a ser considerado, mas tão somente a sua adequação ou inadequação aos preceitos legais; disso decorre que a conduta humana é valiosa ou desvaliosa conforme se adeque ou esteja em desconformidade com a norma posta.

Nessa conformidade, contrato justo no âmbito do positivismo jurídico é aquele cuja conduta das partes reflita a perfeita adequação com o ordenamento jurídico vigente, independentemente das razões que as levaram à prática do ato. A conformidade com a norma é o que determina a justiça do contrato.

PARTE II – DIMENSÃO DOGMÁTICA DO CONTRATO

Esta segunda parte do trabalho analisará as normas regulamentadoras do contrato no direito civil brasileiro, que tiveram, frise-se, forte influência das ideologias liberais do Estado burguês, e que também serviram de base para as primeiras codificações.

Pretende-se traçar um paralelo entre o Código Civil de 1916 e o seu sucessor, Código Civil de 2002, o que permitirá visualizar a mudança de paradigma ocorrida entre as duas legislações, assim como possibilitará a constatação de que o legislador, por ocasião da elaboração das normas faz escolhas que refletem os valores vigentes segundo as opções políticas, sociais e econômicas da sociedade.

O Código Civil de 1916, que vigorou até o início de janeiro de 2003, refletia os valores de uma sociedade patriarcal, fundada nos pilares da liberdade, igualdade perante a lei e da propriedade privada, pilares estes nos quais se estabeleceu o próprio Estado. Disso decorre a primazia da autonomia da vontade a estabelecer a validade e a justiça do contrato sob a égide da apontada lei.

De 1916 até 2002, quando foi elaborado o novo diploma civil do direito brasileiro, muitas mudanças ocorreram, impactando de forma direta a maneira de contratar e a forma de enxergar tais relações pelo direito. A autonomia da vontade passou a ser questionada ou relativizada, e o Estado, antes um mero garantidor do cumprimento da obrigação, passou a intervir nas relações privadas.

A mudança de paradigma, que levou a uma nova teoria dos contratos, fundada em valores constitucionais, implicou em outra concepção de justiça do contrato, e é a análise dos fatores que conduziram a essa mudança de compreensão do contrato e da justiça contratual na legislação brasileira que será objeto dos capítulos 4 e 5 a seguir desenvolvidos.

CAPÍTULO 4 - O CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

No presente capítulo será analisada, especificamente, a regulamentação normativa do Código Civil brasileiro de 1916 que, como dito, estava calcada nos pilares do Estado Liberal, que enfatizava o dogma da autonomia da vontade. Assim, a normatização do direito brasileiro neste período se fez de acordo com a teoria clássica do contrato.

Ademais, já visando introduzir tais análises, serão traçadas algumas considerações acerca das mudanças econômicas e sociais que levaram à relativização dos princípios informadores do contrato no âmbito da teoria clássica, o que ocorreu, inclusive, ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, e que repercutiram no Código Civil de 2002.

4.1 O contrato: um instrumento econômico, social e jurídico

Cláudia Lima Marques (2006, p. 49) ressalta que “a ideia de contrato vem sendo moldada, desde os romanos, tendo sempre como base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época. O contrato, por assim dizer, nasceu da realidade social”.

Em razão disso, embora o conceito de contrato seja jurídico, como bem afirma Enzo Roppo (2009), não se pode entender o conceito de contrato na sua essência, em uma dimensão exclusivamente jurídica, prescindindo de um conceito de contrato enquanto operação econômica, que remete à ideia de troca de bens e serviços, independentemente da formalização legal. Nesse sentido, salienta o referido autor:

As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de *operação económica*. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediadamente – para a ideia de operação económica (*sic*). (2009, p. 8).

Embora neste capítulo o objetivo primeiro seja enfatizar a acepção técnico-jurídica de contrato, não se pode olvidar que referidas normas são criadas em função do aspecto econômico e social de que se reveste o contrato. Em outras palavras, as normas legais que têm por objetivo regular o contrato devem ser lidas e

interpretadas em função das operações econômicas que se pretende tutelar, e é por isso que Enzo Roppo (2009, p. 9) assevera que “o contrato-conceito jurídico resulta instrumental do contrato-operação econômica” (*sic*).

Acerca da acepção técnico-jurídica do vocábulo contrato, Enzo Roppo a ela alude como sendo aquela que se refere:

(...) às implicações e às consequências legais que o sistema das normas de códigos ou de leis especiais e das regras efectivamente aplicadas pelos juizes, liga à efectivação de uma certa operação econômica, ou então para indicar as elaborações doutrinárias construídas pela ciência jurídica sobre aquelas normas e aquelas regras (*sic*). (2009, p. 8).

Este capítulo, pois, terá por objeto a análise das normas jurídicas previstas no ordenamento brasileiro de 1916, acerca do tratamento dado às relações contratuais, ou para utilizar a ideia acima apontada, as consequências legais que o ordenamento jurídico previa para as diversas operações econômicas entabuladas por meio dos contratos, lembrando, assim, que referidas normas ficam despidas de sentido se não analisadas em conjunto com a acepção econômica do contrato, em razão da qual foram elaboradas.

Em se tratando o contrato de um instrumento econômico-social, constantemente, com vistas a atender aos interesses predominantes no âmbito econômico e social, o legislador estabelece novas regras ou novas formas de regulamento contratual, consoante já foi dito alhures.

Foi o que ocorreu no ordenamento jurídico brasileiro, cujo processo de transformação se pretende analisar aqui, tomando-se como marco inicial o Código Civil de 1916, até o código vigente de 2002.

4.2 Normatização contratual: concepção clássica do contrato

Antes de adentrar nos aspectos estritamente legais de regulamentação dos contratos, necessário se faz voltar aos fundamentos teóricos nos quais se assenta a normatização contratual.

Com efeito, embora o contrato exista muito antes da formação do Estado moderno, teve a sua concepção moldada, tal como hoje se conhece, em conformidade com os pilares sobre os quais se assentou o Estado e o direito neste

período, isto é, a liberdade, a igualdade perante a lei, a propriedade privada e, conseqüentemente, a autonomia da vontade, cujas origens já foram aventadas no primeiro capítulo deste trabalho.

Como instrumento garantidor da circulação das riquezas e, conseqüentemente, viabilizador da propriedade privada, o contrato tornou-se, no âmbito do Estado Liberal, um importante mecanismo regulador das relações interpessoais.

A teoria dos contratos, portanto, construída sob a influência desse Estado Liberal, valorizava a liberdade individual e pretendia manter o Estado afastado da esfera privada do indivíduo e de todas as relações negociais no âmbito privado. Ao Estado cabia, tão somente, zelar pelo cumprimento das obrigações assumidas voluntariamente pelos negociantes.

Foi calcada nestes fundamentos que a chamada teoria clássica do contrato se desenvolveu, teoria esta que foi acolhida pelo Código Civil brasileiro de 1916 e que, a par da relativização de certos princípios informadores de tal instituto, o que se verá mais adiante, permanece muito forte no Código Civil de 2002, que ainda valoriza a autonomia da vontade, permitindo que os indivíduos livremente estabeleçam as regras que regerão as suas diversas relações jurídicas, especialmente as de cunho econômico.

Nessa perspectiva, sob a concepção clássica o contrato pode ser definido como “um acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem” (GOMES, 1996, p.6), ou ainda, na definição de Maria Helena Diniz, “uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para a sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados” (2005, p. 23).

Vê-se a partir de tais definições doutrinárias, que o cerne da relação contratual encontra-se na vontade, que deve ser manifestada de forma livre e com vistas a gerar efeitos jurídicos desejados pelas partes, e isto é o que se constitui no elemento gerador do vínculo, que faz lei entre as partes e, por isso mesmo, de observância obrigatória.

O objetivo imediato do contrato sob uma concepção clássica era atender exclusivamente aos interesses individuais, o que significa dizer que os efeitos gerados pelos contratos se limitam às partes contratantes, não se estendendo a terceiros estranhos à relação contratual, ou seja, não são oponíveis *erga omnes*,

uma vez que ninguém pode ser obrigado se não manifestou a sua vontade. A isto se denominou de princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

Este e outros aspectos, contudo, sofreram muitas alterações em razão das próprias mudanças sociais e econômicas ao longo dos tempos, o que se verá com mais vagar, de sorte que embora a relação jurídica estabelecida pelo contrato, de forma direta, ainda se restrinja apenas aos contratantes, os seus efeitos podem se irradiar para além deles, atingindo a sociedade como um todo, o que passou a ser valorizado pelo direito.

Havendo, pois, livre manifestação de vontade e presentes os demais requisitos do negócio jurídico, o contrato se aperfeiçoa, gerando efeitos para as partes que, assim, vinculam-se ao pacto firmado, assumindo a obrigação de cumprir fielmente ao que foi estabelecido, já que este pacto faz lei entre elas.

A vontade, assim, em uma visão clássica de contrato se constitui na fonte primeira da obrigação, o elemento gerador do vínculo entre as partes, cabendo à lei estatal apenas proteger a vontade geradora do vínculo e garantir a realização dos efeitos pretendidos pelos manifestantes da vontade sem, contudo, nela se imiscuir para alterar aquilo que livremente foi estabelecido pelas partes de um contrato, em decorrência da autonomia contratual²².

Consoante esclarece Cláudia Lima Marques

(...) na concepção clássica, portanto, as regras referentes aos contratos deveriam compor um quadro de normas supletivas, meramente interpretativas, para permitir e assegurar a plena autonomia de vontade dos indivíduos, assim como a liberdade contratual (2006, p. 52).

Assim, diante da primazia da vontade na formação do vínculo, cabia à legislação, tão somente, suprir eventuais omissões das partes quanto a certos aspectos do regulamento contratual, desde que não aqueles de caráter essencial²³, que apenas as partes caberiam estabelecer e, além disso, estabelecer regras para solucionar eventuais problemas que pudessem viciar essa vontade e invalidar o contrato. Não importava à lei, portanto, quaisquer outras questões, sejam de ordem

²² A autonomia contratual se consubstancia na “faculdade de livremente determinar o conteúdo do contrato que às partes é reconhecida pela norma” (ROPPO, 2009, p. 146).

²³ Tratam-se dos elementos essenciais dos contratos, quer sejam aqueles comuns a todo e qualquer tipo de contrato – agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei -, quer aqueles específicos e que integram determinado tipo contratual como sendo de sua essência.

econômica ou social, que pudessem atingir a relação contratual livremente pactuada.

Os pilares nos quais se assentou a teoria clássica do contrato, portanto, foram a liberdade individual e a autonomia da vontade, de forma que toda a legislação destinada a regular as relações contratuais tinha como mote garantir a observância desses dogmas. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques, ainda salienta:

Na teoria do direito, a liberdade contratual encontra um obstáculo somente: as *regras imperativas* que a lei formula. Mas no direito contratual tradicional estas regras são raras e têm como função justamente proteger a vontade dos indivíduos, como por exemplo, as regras sobre capacidade. No mais, as *normas* legais restringem-se a fornecer parâmetros para a interpretação correta da vontade das partes e a oferecer regras supletivas para o caso de os contratantes não desejarem regular eles mesmos determinados pontos da obrigação assumida (...) (2006, p. 62).

Nessa circunstância, a lei não determina o conteúdo das relações jurídicas contratuais estabelecidas pelas partes, que podem conformar o regulamento contratual às suas necessidades e seus interesses, mas, tão somente, complementa aqueles aspectos, que no livre exercício de seus poderes de autonomia privada, as partes não quiseram ou se esqueceram de regulamentar.

Ressalte-se, inclusive, que a despeito da existência de normas supletivas, podem as partes, como bem assevera Enzo Roppo (2009, p. 148), regulamentar seus interesses “em desconformidade com o esquema típico que a disciplina do tipo contratual delineia, na base de situações, exigências e interesses avaliados pelo legislador, de modo necessariamente geral e abstracto” (*sic*).

Nesse contexto, chama a atenção o referido autor para o fato de que, ao estabelecerem regras próprias para reger o contrato, de forma a melhor atender às suas exigências concretas, diferente daquilo que o legislador prevê como sendo equitativo e racional, fogem as partes do critério de justo abstratamente estabelecido pelo legislador.²⁴

²⁴ “Realisticamente, não deve, por outro lado, esquecer-se que, quando as partes constroem um regulamento contratual diverso do esquema legal típico, do mesmo passo decidem dar aos seus interesses, coenvolvidos naquela operação econômica, um arranjo e uma organização diferentes daqueles que o legislador considerou por um critério médio, como equitativos e racionais, e assim operam uma *repartição dos ônus, dos riscos, dos sacrifícios e das vantagens contratuais diferentes* daquela que é tida, pelo legislador como abstractamente justa; assim sucede quando são postos a cargo de um contraente sacrifícios e riscos maiores do que aqueles

Tal alteração das normas legais pelas partes pode resultar tão somente da necessidade de atender aos interesses particulares e concretos dos envolvidos no negócio, mas, também, não raro pode resultar de imposição da parte economicamente mais forte, que procura ajustar o regulamento contratual ao atendimento dos seus exclusivos interesses.

Nessa segunda hipótese, embora restasse prejudicado o equilíbrio contratual, não caberia ao Estado, no âmbito da teoria clássica, intervir na referida relação com vistas ao restabelecimento do seu equilíbrio, porquanto resultante da autonomia privada e da livre manifestação de vontade. Sobre essa questão assim se manifesta Enzo Roppo:

O princípio da autonomia privada, que funda e legitima esta possibilidade, aparece-nos, portanto, aqui em duplas vestes e funções: como meio de superação dos inevitáveis desajustamentos legislativos e de adequação das relações, ao evoluir da praxe sócio-económica, e neste sentido, como *veículo de progresso*; mas, ao mesmo tempo, como possível *instrumento de opressão* e de injustiça substancial. (2009, p. 149).

Foi baseado nesta autonomia da vontade e na liberdade individual que o legislador do Código Civil de 1916 regulamentou os contratos, fundado, portanto na clássica teoria contratual, até porque tais princípios atendiam aos interesses da sociedade patriarcal da época.

O referido diploma legal estabeleceu regras cujo objetivo era assegurar a liberdade contratual e a autonomia da vontade, princípios que foram relativizados, sobretudo, a partir da Constituição Federal de 1988 e, após, pelo Código Civil de 2002, na tentativa de atender aos anseios sociais.

Deve-se ressaltar, contudo, que a par da valorização da autonomia da vontade que, inclusive, pode derrogar algumas normas legais que disciplinam os contratos, há normas ditas imperativas que não podem ser derrogadas pela vontade das partes. Nessa circunstância, a disciplina dos contratos se faz por meio de dois tipos de normas, a saber, as normas dispositivas e as imperativas (ROPPO, 2009).

Sob a influência do direito alemão, especialmente da escola da Pandectística, o instituto do contrato no direito brasileiro foi concebido e construído no âmbito de uma categoria mais geral e abstrata do direito, a saber, a do negócio jurídico, que

pelos quais ao legislador pareceu correcto responsabilizá-lo; ou quando são atribuídos ao outro lucros e vantagens superiores àqueles que, na valoração legislativa lhe deveriam caber.” (ROPPO, 2009, p. 148).

engloba não apenas o contrato, mas também outras figuras, diferentemente do código napoleônico cujas estruturas contratuais estavam fundadas basicamente na propriedade.

Assim, além de normas específicas relacionadas ao contrato e a cada uma de suas espécies, há também normas de caráter geral que disciplinam essa categoria maior – negócio jurídico – do qual o contrato se constitui uma subespécie, e que dão os contornos para a existência, a validade e a eficácia dos negócios, dentre eles o contrato, de sorte que não é possível estudar o regulamento contratual no Brasil sem antes falar do negócio jurídico.

O negócio jurídico é uma espécie de ato jurídico, entendendo-se este, na lição de Emilio Betti (2003), como o ato decorrente do comportamento do homem ao qual o direito dota de relevância jurídica, com base numa valorização da consciência e da vontade.

Com efeito, a ordem jurídica valora determinados comportamentos humanos que entende relevantes para o convívio social, e nesta valoração aprova ou reprova comportamentos que entende serem úteis ou danosos, atribuindo-lhe efeitos jurídicos, quer para dar um tratamento jurídico conforme ao interesse determinante, quer para sancionar as condutas que lhe são contrárias (BETTI, 2003). A partir dessa ideia pode-se extrair uma, dentre as várias classificações dos atos jurídicos, distinguindo-os entre atos lícitos e ilícitos.

Dentre os atos lícitos, ou seja, aquelas condutas humanas que estão em conformidade com a ordem jurídica, e que também comportam outras classificações que não interessam diretamente no presente trabalho, destacam-se os negócios jurídicos, que se destinam a estatuir um dever ser jurídico, isto é, uma norma que tem origem na própria vontade dos indivíduos e que, por isso, têm como característica o fato de serem atos de autonomia, ou seja, atos cujas regras são ditadas pelos próprios interessados (BETTI, id).

A vontade como elemento essencial da definição de negócio jurídico, é decorrência da influência do pensamento jusnaturalista sobre o qual já se falou no primeiro capítulo, e que introduziu a ideia de que a vontade humana é a fonte

criadora de obrigações,²⁵ e que ninguém pode ser obrigado a nada, tampouco dispor de seu patrimônio, senão pela livre manifestação da vontade.

Ao discorrer sobre o reconhecimento jurídico da autonomia privada Betti (2003) esclarece que os interesses disciplinados pelo direito privado existem na vida social independente de qualquer tutela jurídica, e têm uma dinamicidade constante que decorre da iniciativa individual, uma vez que os indivíduos procuram meios aptos a suprir suas necessidades, regulando reciprocamente seus interesses, e esses meios são, por excelência, os negócios jurídicos.

Ainda segundo Betti,

Os negócios jurídicos têm a sua gênese na vida de relações: surgem como atos por meio dos quais os particulares dispõem, para o futuro, um regulamento obrigatório de interesses das suas recíprocas relações, e desenvolvem-se, espontaneamente, sob o impulso das necessidades, para satisfazer diversíssimas funções econômico-sociais, sem a ingerência de qualquer ordem jurídica (2003, p. 64).

O contrato, pois, enquanto subespécie de negócio jurídico, e como já foi apontado alhures, tem a sua origem nas relações sociais, e isso se percebe pelo fato de sua existência remontar às mais rudimentares comunidades, nas quais exercia, sobretudo, a função de troca.

Apesar de prescindir para sua existência ao longo dos tempos, de uma regulamentação jurídica para lhe conferir vinculabilidade, tal é a importância que o direito atribui aos contratos para a realização dos interesses sociais, que entendeu ser necessária a normatização jurídica, normatização essa que, de regra, só ocorre depois que os mesmos atingem certo desenvolvimento.

Segundo Betti (2003) ao elevar o contrato à condição de negócio jurídico o direito apenas reconheceu o vínculo cuja existência, pela consciência social, os particulares já admitiam entre eles, atribuindo a esse vínculo a sua sanção, elemento que segundo os positivistas caracterizam a norma jurídica, diferenciando-a das normas de ordem moral.

²⁵ Antonio Junqueira de Azevedo (2007), a par de definir o negócio jurídico tomando por base a sua estrutura, esclarece que duas são, basicamente, as correntes doutrinárias que trabalham com as concepções do negócio jurídico, a primeira e dominante, chamada de voluntarista, define o negócio pela sua gênese, entendendo-o como um ato de vontade; a segunda corrente, denominada objetiva, o define pela função, entendendo-o como um preceito jurídico, um comando concreto, reconhecido pelo ordenamento jurídico, que o dota de eficácia vinculante. No direito brasileiro predominam as definições voluntaristas.

Os negócios jurídicos dos quais os contratos são o seu melhor exemplo, nada mais são, segundo Betti (2003), que instrumentos que o direito coloca à disposição dos indivíduos para servirem de base aos seus interesses e permitirem o desenvolvimento de suas mais diversas relações.

Ora, a legislação contratual no Código Civil brasileiro de 1916, que sabidamente se assentava na propriedade privada, reconhecendo aos indivíduos um conjunto de bens que lhes pertence, como consequência lógica, reconheceu também a força da autonomia privada como base dos negócios jurídicos, necessária à livre circulação dos bens e serviços.

A autonomia privada, portanto, é reconhecida pela ordem jurídica, especialmente no âmbito do direito privado, como fonte de relações jurídicas que já são disciplinadas pelo direito (BETTI, 2003); sob essa ótica, a ordem jurídica limita-se a reconhecer aos indivíduos o poder de criar vínculos, constituir relações jurídicas entre eles, valendo-se, para tanto, da figura dos negócios jurídicos.

Como foi ressaltado, a vontade, para a maioria dos doutrinadores brasileiros, filiados à corrente voluntarista, é o elemento essencial dos negócios jurídicos, de sorte que a ordem jurídica aos estabelecer os pressupostos necessários para o exercício dessa autonomia privada dos indivíduos por meio da realização de negócios jurídicos limita-se, de regra, a dar garantias relacionadas à livre manifestação da vontade dos indivíduos ao se vincularem juridicamente, renunciando espontaneamente parte de sua liberdade.

Nesse contexto, o conteúdo do negócio jurídico pode ser o mais variado possível, já que o negócio se destina a regular os interesses dos indivíduos e atender as suas necessidades, encontrando limites apenas e tão somente na lei, na moral e nos bons costumes.

Esclarecida a natureza jurídica do contrato, ou seja, partindo da premissa de que o contrato é uma espécie do gênero negócio jurídico, há que se concluir que os elementos que constituem o contrato são aqueles que compõem a estrutura dos negócios jurídicos em geral, ressalvada a existência de elementos que a lei impõe como sendo próprios de determinada espécie contratual.

Como forma sistematizada de analisar a estrutura do negócio jurídico é comum e assente na doutrina fazê-lo, levando em consideração três planos, a saber, os planos da existência, da validade e da eficácia, e é nesse sentido que os

elementos constitutivos do contrato serão aqui apresentados, em conjunto com as disposições legais previstas no ordenamento jurídico.

Sob o aspecto da existência do contrato são quatro os elementos necessários a conferir existência ao contrato, a saber, a manifestação de vontade, agente, objeto e forma.

Quanto à manifestação de vontade é importante aqui distinguir entre a vontade interna, ou seja, a intenção do agente, e a declaração desta vontade²⁶. É a declaração que tem importância no negócio jurídico, e que segundo Betti (2003, p.25), é o fenômeno caracterizado “como uma evasão do pensamento de dentro de nós, uma objetivação, para se tornar expressão dotada de vida própria comunicável e apreciável no mundo social”.

A declaração, portanto, se desprende do pensamento do emissor, e se torna algo por si só apreciável, de forma objetiva, destinada a dar conhecimento a outros, de um determinado conteúdo; a declaração é ato que necessariamente se dirige a outras pessoas, eis que se destina a produzir na mente alheia determinados efeitos, gerando uma confiança.

Ademais, necessário se faz que esta declaração de vontade seja emitida por um agente. Nesse sentido, fala-se em sujeitos de um negócio jurídico ou as partes; Emílio Betti (2003, p. 117) define o sujeito de um negócio jurídico como sendo “aquele a quem, de acordo com a valoração da consciência social que a lei adota, cabe a paternidade do negócio”. Em outras palavras, é aquele a quem deve se referir a declaração da vontade ou o comportamento, bem como o conteúdo do negócio; é a pessoa que diretamente será atingida pelos efeitos do negócio.

Deve haver uma correlação entre o sujeito de um negócio e o seu conteúdo, ou seja, o seu objeto, haja vista que somente alguém que é o titular do interesse a ser regulado pelo negócio pode manifestar a sua vontade e autorregular os seus interesses. Isso não implica, por certo, no fato de o sujeito, pessoalmente,

²⁶ Emílio Betti (2003, p. 25), fazendo menção a classificação proposta por Carnelutti, diz que do ponto de vista da estrutura social e jurídica do negócio estes podem se classificar, adotando-se como critério o evento pelo qual o ato se manifesta, em atos de evento psíquico (interno) e atos de evento material (externo). E quanto aos atos de evento psíquico “distinguem-se, conforme a sede do evento psíquico, isto é, conforme o espírito em que a mudança deva ocorrer seja dos outros (destinatários), ou do próprio autor do ato. Quando o evento psíquico diz respeito aos outros, o ato toma a figura de declaração, nas suas múltiplas variedades; quando, pelo contrário, se refere ao próprio autor, o ato consiste em tomar conhecimento (percepção e interpretação), quer na forma ativa da inspeção, da audição, ou até da interrogação, quer na forma passiva e presuntiva da recepção (...)”.

participar da formação do negócio, e para tanto a lei prevê e regula as hipóteses que configuram exceção a essa regra.

O terceiro elemento que é o objeto do contrato, isto é, o conteúdo da declaração da vontade, consiste sempre na prestação de uma relação obrigacional estabelecida pelos sujeitos do contrato, que pode ter natureza de dar, de fazer e de não fazer.

Finalmente, o último elemento necessário para dar existência ao contrato é a forma, isto é, a maneira pela qual se exterioriza a manifestação de vontade, de modo que de fato seja possível aferir a existência concreta do negócio, que não se limitou a uma mera elaboração mental do sujeito.

Em consonância com os dogmas da liberdade individual e da autonomia da vontade, que dão substrato à teoria clássica do contrato, a legislação brasileira, quer no código de 1916, quer atualmente²⁷, estabelece como regra a liberdade de forma, salvo nas hipóteses em que a lei expressamente exigir a adoção de forma específica.

Embora um negócio possa conter todos os elementos que lhe conferem existência, isso não significa, no entanto, que ele seja válido. Sob o plano da validade deve-se analisar se aqueles mesmos elementos necessários à existência do negócio são dotados de certas características ou qualidades, que se pode extrair da norma do artigo 104 do Código Civil²⁸ e que correspondia ao artigo 82 do Código Beviláqua, que expressamente estabelece os requisitos de validade do negócio jurídico.

Assim, para a validade do contrato indispensável se faz que a manifestação de vontade seja feita de forma livre²⁹, a fim de atender aos princípios informadores da relação contratual assentados nas bases do Estado Liberal.

Neste particular aspecto, o Código Civil brasileiro de 1916 já previa determinadas situações que poderiam macular a livre manifestação de vontade,

²⁷ O Código Civil de 1916 estabelecia no artigo 129 que “A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”, redação que se manteve no artigo 107 do Código Civil de 2002.

²⁸ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I – agente capaz;

II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei.

²⁹ Hodiernamente não basta a livre manifestação de vontade, sendo necessário que tal manifestação seja também emitida de boa-fé, isto é, com a observância de preceitos éticos, como lealdade e transparência, exigência que no âmbito da teoria clássica não tinham o condão de gerar a invalidade do ato.

sancionando tais condutas. Trata-se dos defeitos do negócio jurídico que consistem no erro ou ignorância, dolo, coação e fraude contra credores, e que foram acrescidos do estado de perigo e da lesão no atual código.

Estas duas últimas figuras citadas, e que foram incluídas no código vigente, teriam por objetivo resguardar o equilíbrio contratual, muitas vezes violado em função da superioridade econômica de uma das partes, o que demonstra uma mudança de paradigma do legislador, que passa a se preocupar com o aspecto social e econômico da relação, afastando-se da concepção liberal.

Existentes tais vícios que impedem que a manifestação de vontade se dê de forma livre, o negócio e, portanto, o contrato, é passível de anulação, consoante se depreende do artigo 147 do Código Civil de 1916, correspondente hoje ao artigo 171 do Código Civil,³⁰ dependendo, no entanto, de sentença que declare a anulabilidade do contrato.

Por outro lado, para a validade do negócio o agente que manifesta a vontade deve ser capaz e ter legitimidade, entendendo-se por esta a capacidade específica para a prática de um ato determinado. A capacidade do agente diz respeito à possibilidade de, por si só, atuar nos atos da vida civil, manifestando de forma consciente sua vontade, tendo pleno discernimento quanto às implicações que decorrerão da prática do ato.

O objeto do negócio para ter validade, ademais, deve ser lícito, possível e determinado, o que implica dizer que a ordem jurídica só reconhece a autonomia da vontade na medida em que ela é exercida com vistas a atingir objetivos que sejam com ela consentâneos, bem como com a moral e os bons costumes.

Finalmente no que tange à forma enquanto requisito de validade, vigora no direito brasileiro a liberdade de forma. Assim sendo, não havendo uma forma expressamente prevista em lei como sendo a adequada para a realização do negócio e, por outro lado, não havendo proibição expressa de adoção desta ou daquela forma, qualquer maneira pela qual o ato se realize é plenamente viável.³¹

³⁰ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

³¹ Pablo Stolze e Pamplona Filho (2005, p. 23) esclarecem que “sob o prisma do *Plano de Existência*, a **forma**, entendida como o meio de exteriorização da vontade, é elemento constitutivo ou pressuposto existencial do ato, uma vez que a sua supressão impede a formação ou surgimento do próprio negócio. Sem uma *forma de exteriorização* (escrita, oral, mímica), o intento negocial fica encerrado na mente do agente, e não interessa ao

Sob o plano de eficácia do negócio, qualquer que seja o negócio realizado, uma vez existente e válido, de regra produz efeitos imediatamente. Contudo, é possível que por vontade das partes haja a inclusão de certas cláusulas no contrato que impeçam a imediata produção de efeitos, o que se denomina de elementos acidentais do negócio jurídico. Tratam-se do termo, da condição e do encargo, que interferem na eficácia do negócio, sujeitando-o à verificação de certas circunstâncias.

A formação do contrato tem início com a formulação de uma proposta que, por outro lado, deve ser aceita pelo destinatário para que o contrato efetivamente se aperfeiçoe. O consenso contratual decorrente das manifestações de vontade se dá justamente quando há o concurso entre a proposta e a aceitação, gerando como efeito a criação de direitos e obrigações, vinculando, assim, as partes do contrato.

A proposta rege-se pelo princípio da obrigatoriedade que, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2005) se relaciona diretamente com o dogma da segurança jurídica. Nessa circunstância, feita a proposta de contratar, o proponente a ela se vincula, exceto se a não obrigatoriedade resultar dos termos da proposta, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso³².

Por outro lado, a proposta deve ser aceita, e esta necessidade de aceitação, com vistas à produção de efeitos jurídicos vinculantes, segundo expõe Enzo Roppo (2009, p. 75), decorre do fato de que nas relações ditas contratuais os interessados obtêm vantagens, mas, também, “se expõem a sacrifícios ou pelo menos a riscos económicos” (*sic*), de sorte que a manifestação de uma vontade concordante é de rigor.

Hoje em dia, sobretudo em função das relações massificadas de consumo são comuns as ofertas ao público,³³ que segundo o artigo 429 do Código Civil

direito. Diferente é a hipótese de a lei estabelecer um *determinado tipo de forma* para que o contrato tenha validade.”

³² Art. 1.080 do Código Civil de 1916, com idêntica redação no art. 427 do Código Civil de 2002. “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

³³ Enzo Roppo (2009) explica que a oferta ao público difere da promessa pública porque nesta, aquele que promete se torna imediatamente vinculado pela sua declaração de vontade e, portanto, devedor apenas por efeito desta, ao passo que na oferta ao público é necessário que haja uma aceitação das condições da oferta para que haja a formação de um contrato. Além disso, aquele que faz promessa ao público não pode livremente se arrepender, ao contrário daquele que oferta ao público, que pode revogar sua oferta, desde que o faça pela mesma força que fez a oferta.

brasileiro de 2002³⁴ podem se caracterizar como proposta, desde que nesta oferta estejam presentes os requisitos essenciais de um contrato, como por exemplo, a exposição de mercadorias com preço estipulado.

Para que se configure, no entanto, a oferta ao público, é indispensável que todos os elementos essenciais de um contrato estejam presentes e que, além disso, de fato resulte clara a intenção de concluir um contrato, e não apenas averiguar, conforme aponta Enzo Roppo (2009, p. 81), “a credibilidade da outra parte, ou discutir melhor as condições do negócio, ou de qualquer modo reservar-se a última palavra”, o que se constituiria em um mero convite a contratar.

A conclusão do contrato em uma concepção jusnaturalista e novecentista dá-se quando o consenso contratual se verifica, isto é, quando há o encontro das vontades manifestadas pelo proponente e pelo aceitante. Enzo Roppo (2009, p. 85), no entanto, critica essa concepção, entendendo-a como deturpada, uma vez que “impede uma abordagem correcta do fenómeno jurídico da formação do contrato, e dos problemas reais que aí se colocam” (*sic*), e assim se posiciona:

Numa perspectiva realista, o juízo sobre se um contrato se formou ou não, constitui o resultado de uma qualificação de determinados comportamentos humanos, operada por normas jurídicas. Por outras palavras, a formação do contrato consiste num *processo*, isto é, numa sequência de actos e comportamentos humanos, coordenados entre si, segundo um modelo não já «natural» e «necessário», mas sim pré-fixado de modo completamente convencional e arbitrário pelo direito (pelos vários direitos). (*sic*).

Assim, para se aferir a formação de um contrato, já que o direito hoje é positivado pelo Estado, deve-se verificar se as normas legais regulatórias dos comportamentos humanos destinadas a esse fim foram observadas, no caso do modelo legal brasileiro, as normas previstas nos artigos 1080 a 1.087 do Código Beviláqua, com correspondentes nos 427 a 435 do Código Civil de 2002.

Tais normas disciplinam, basicamente, os conflitos de interesses que podem existir entre proponente e aceitante na fase de formação do contrato, especialmente em razão de circunstâncias que podem ocorrer entre a emissão da proposta e a efetiva aceitação, sobretudo nas hipóteses em que o contrato se faz entre pessoas

³⁴ Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.

ausentes, estabelecendo o momento exato em que o contrato se forma e, portanto, o momento a partir do qual poderá gerar os efeitos jurídicos pretendidos.

Dentre essas normas chama atenção a do artigo 1.082 correspondente ao artigo 430 do Código Civil de 2002³⁵, que encerra conteúdo de cunho eminentemente ético e, por isso, fundamental para a análise que se propõe no presente trabalho.

Com efeito, pela norma referida, se a aceitação da proposta, por questões imprevisíveis chegar tarde ao conhecimento do proponente, de sorte que, por exemplo, já tenha ele se comprometido com outra pessoa, deverá imediatamente comunicar o fato ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos.

A regra do artigo supracitado impõe ao proponente, consoante aponta Gagliano e Pamplona Filho (2005, p. 104), o dever de informar, decorrente da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, tratando-se de “norma clara e de inegável justiça, que se afina com o *princípio da eticidade*, valorizado pelo codificador”.

Antes, porém, de haver a formulação de uma proposta é comum, quiçá necessário, que se passe por uma fase de negociações preliminares, em que os interessados na formação de um contrato discutem os diversos aspectos relacionados ao objeto, forma, modo de cumprimento do contrato, fazem as ponderações acerca dos seus interesses e que deverão ser atendidos pelo contrato, enfim, analisam as vantagens e desvantagens de eventual contratação para, a partir daí, haver a formulação de uma proposta final.

Entretanto, não raras vezes, a despeito das diversas ponderações levadas a efeito pelas partes na busca de um equilíbrio dos interesses contrapostos, não se chega à conclusão do negócio pretendido. A grande discussão que disso surge diz respeito à vinculação ou não das partes já na fase de negociações preliminares. Surgem direitos e obrigações em decorrência das tratativas realizadas por ocasião dessas negociações?

Ora, se é certo que ninguém é obrigado a contratar, eis que vigora no direito brasileiro o princípio da liberdade de contratar, não menos certo é a circunstância de que, ao dar início a tratativas com vistas à realização de um possível contrato, possa ocorrer, a depender do caso, a criação de uma legítima expectativa de contratar, a

³⁵ Art. 430. Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos.

confiança na contraparte em relação à segura conclusão do negócio que, se frustrada, pode gerar danos ao interessado na contratação.

Nessas hipóteses, embora não haja uma vinculação jurídica tal qual a que decorre da conclusão do negócio para os interessados, atualmente, por força do princípio da boa-fé objetiva que também se aplica à fase pré-contratual,³⁶ deve haver a observância de certos deveres, como o de lealdade, de transparência, aos quais se fará menção mais adiante, e que se não observados podem gerar responsabilidade pré-contratual.

Não se pode afirmar que tais deveres não estavam presentes no código de 1916, entretanto não havia positivação do princípio da boa-fé objetiva que tornasse, talvez, mais fácil uma aplicação prática de tais deveres e suas respectivas consequências jurídicas.

Estes são os principais aspectos normativos presentes na legislação brasileira a regular as relações contratuais. Logicamente, como salientado, para cada tipo contratual específico o legislador pode estabelecer regras próprias, adequando a norma à natureza da relação que se pretende regular, bem como às necessidades econômico-sociais vigentes.

Entretanto, como o objetivo do presente trabalho não é o estudo do contrato em si, tampouco a análise das inúmeras figuras contratuais que o legislador regulamenta, tais normas não serão objeto de análise específica, senão em eventuais situações pontuais que possam demonstrar a preocupação do legislador com o aspecto ético da conduta das partes na relação contratual.

4.3 Mudança de paradigmas: relativização dos clássicos princípios informadores do contrato

Tradicionalmente e a partir do que até aqui foi dito, pode-se apontar como princípios informadores do contrato o princípio da autonomia da vontade ou do consensualismo, o princípio da força obrigatória do contrato e o da relatividade subjetiva dos efeitos do contrato, os quais já foram abordados ao longo desse trabalho.

³⁶ Embora o artigo 422 do Código Civil faça menção à aplicação do princípio apenas nas fases de conclusão e de execução do contrato é assente na doutrina e também na jurisprudência a sua aplicação também na fase negocial ou pré-contratual.

Tais princípios estão, porém, diretamente vinculados a uma concepção patrimonialista do contrato, base na qual se estabeleceu, por influência da Revolução Francesa e seus ideais, mas ao longo dos tempos deixaram de se ajustar às exigências e realidade sociais, na medida em que o foco das relações contratuais se desviou do patrimônio para a pessoa humana, dando prevalência a esta e não aos bens.

Em função desta alteração de concepção novos princípios se colocaram na base de tais relações, a respeito dos quais se falará adiante, pois antes se faz necessário traçar considerações acerca das substanciais mudanças que impactaram as relações contratuais e que tiveram o condão de fazer voltar os olhos à pessoa humana, relativizando os princípios que tradicionalmente foram colocados na base do sistema contratual.

Essas mudanças decorreram, sobretudo, de fatores econômicos, sociais, tecnológicos, que repercutiram diretamente no modo de desenvolvimento das diversas relações contratuais e ensejaram a necessidade de uma revisão no tratamento jurídico dos contratos.

A edição do Código Civil brasileiro de 2002, e antes dele do Código de Defesa do Consumidor, além de outras leis esparsas, já contemplaram essa nova realidade positivando normas que, pelo menos em tese, visam à proteção mais direta da pessoa e de sua dignidade, deixando em um segundo plano aquelas direcionadas à proteção do patrimônio.

Sob a ideologia do Estado Liberal, cabia ao Estado e ao Direito, na visão de Locke, tão somente a proteção da propriedade privada, condição da liberdade individual, e na visão de Mill, a preservação da espontaneidade e possibilidade de livre escolha individual sem, contudo, se imiscuir nas relações privadas dos indivíduos (PATULLO, 2009).

Esta era a visão predominante, calcada nas teorias econômicas vigentes e no liberalismo, que como retro salientado, valorizavam a liberdade e pugnavam por uma livre circulação das riquezas sociais, viabilizada pelo instrumento jurídico do contrato.

Tendo em vista esta função fundamental do contrato para a sociedade da época, e em conformidade com a visão econômica e liberal predominante, era necessário que fosse garantida a liberdade contratual com o que, acreditava-se,

seria possível que o contrato trouxesse em si a necessária equidade, proporcionando harmonia social e econômica (MARQUES, 2006).

A autonomia da vontade, da qual a liberdade contratual é uma decorrência, na visão clássica do contrato era pressuposto não apenas de sua validade, mas também da justiça do pacto. Como já se ressaltou, predominou na modernidade a visão antropocêntrica, originada no movimento iluminista e patrimonialista, de sorte que o individualismo era a palavra de ordem, e nenhuma análise do ponto de vista do impacto da relação privada contratual no âmbito social era realizada.

A incessante busca pela felicidade, ínsita do ser humano, que já no século XVIII nasce não como uma conquista individual, mas como um objetivo a ser atingido pela coletividade, não poderia ser alcançada no âmbito de um Estado Liberal, de concepção individualista, e a partir dessa percepção de que o indivíduo não se realiza individualmente, mas depende de um Estado atuante que promova o bem coletivo, muitas transformações se verificaram, atingindo inclusive as relações contratuais que tinham como pilares a liberdade contratual e a autonomia da vontade.

Segundo aponta Cavalieri Filho (2008), a proteção dos direitos subjetivos, que em princípio representou um avanço, com a evolução econômico-social demonstrou-se inconcebível diante da relatividade tanto do Poder do Estado, quanto dos direitos subjetivos, ambos limitados pelas regras de convívio social.

Com efeito, os direitos subjetivos, assim entendidas as prerrogativas que o Direito reconhece aos indivíduos, em uma concepção antiga, eram revestidos de um caráter rígido e absoluto, de sorte que o titular dos mesmos podia exercê-los ilimitadamente.

Disso decorria, por exemplo, que o credor de uma determinada obrigação podia exercer o seu direito com qualquer propósito, ainda que da sua conduta resultasse prejuízo à contraparte, já que os direitos se constituíam fins em si mesmos. Sustenta Josserand (1999) serem tais direitos armas que os poderes públicos atribuem aos particulares, que podem usá-las em qualquer ocasião, com qualquer finalidade, sem nenhuma responsabilidade.³⁷

³⁷ “Los derechos se resumen em otros tantos *dominia*, poderes soberanos; son armas de que los poderes públicos han dotado a los particulares y que estos pueden usar em cualquier ocasión, com cualquier fin, sin que su responsabilidad se encuentre por ello comprometida” (JOSSERAND, 1999, p. 3).

Essa absolutez dos direitos subjetivos, inadequada à realidade contemporânea, passou a ser repensada, daí surgindo a teoria da relatividade dos direitos individuais, que redundou na transformação da tradicional concepção individualista do exercício dos direitos subjetivos, de modo que hoje a busca é pela prevalência da ideia de que cada indivíduo, ao exercer seus direitos subjetivos, deve fazê-lo observando certos limites, impostos pelo fim econômico, social, pela boa-fé e pelos bons costumes, o que revela uma estreita ligação da ordem jurídica à moral.

A partir do século XX as Constituições começaram a tratar de uma forma mais ampla os direitos fundamentais, neles inserindo os direitos econômicos, sociais e culturais, enfatizando mais diretamente o princípio da igualdade. Isso exigiu uma alteração substancial na postura do Estado, que não mais poderia ser a de um Estado abstencionista, mas prestador, iniciando-se, assim, a passagem do Estado Liberal para o Estado Social.

Esta alteração no perfil do Estado teve como consequência, no âmbito das relações privadas, uma maior intervenção estatal; assim, passou o Estado a interferir diretamente nas relações privadas quando a vontade manifestada pelas partes pudesse gerar efeitos contrários aos interesses sociais e coletivos, o que se denominou de dirigismo contratual.

Isso foi consequência direta das profundas mudanças sociais decorrentes, sobretudo, das grandes guerras que assolaram o mundo, e que levaram a uma necessária mudança de postura do Estado, que não mais se limitou, como no liberalismo, ao estabelecimento de normas garantidoras da liberdade privada.

Essa interferência estatal nas relações contratuais, com o objetivo de garantir a igualdade das partes contratantes e a justiça do pacto celebrado foi decorrência de uma alteração na tradicional concepção de que a autonomia da vontade gera um contrato justo. O Estado passou a intervir nas relações negociais com vistas a reequilibrar os polos contratuais, e o fez limitando ou condicionando a autonomia da vontade.

A preocupação com os interesses coletivos quer sob o aspecto social, quer sob o ponto de vista econômico, se verifica no ordenamento jurídico no âmbito das relações contratuais com o estabelecimento de normas que exigem o respeito a princípios como o da função social e o da boa-fé objetiva, cuja função é a de limitar direitos subjetivos e os clássicos princípios da liberdade contratual e da autonomia da vontade.

Além disso, teorias como a da imprevisão, que permite a revisão dos contratos firmados, relativizou o princípio da obrigatoriedade dos contratos³⁸, demonstrando a mudança de concepção a exigir uma postura mais efetiva e direta do Estado.

Tal princípio consoante Gagliano e Pamplona Filho (2005) é fundamental para a segurança das relações negociais, entretanto, apesar disso, não pode ser tomado de forma absoluta, porquanto os fundamentos ideológicos que lhe serviram de base não mais se verificam, eis que a igualdade formal dos sujeitos do contrato, decorrente das ideias liberais e iluministas, vem se demonstrando equivocada, servindo antes de justificativa para a opressão dos mais fracos pelos economicamente mais fortes, o que gera a necessidade de relativização de referido princípio.

A possibilidade de revisão dos contratos foi inicialmente estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Código de Defesa do Consumidor³⁹, que a previu como direito básico do consumidor, sempre que por fatores supervenientes as prestações se tornem excessivamente onerosas ao consumidor.

Posteriormente o Código Civil de 2002, em seu artigo 478⁴⁰, estabeleceu a possibilidade de resolução do contrato nas hipóteses em que as prestações se tornem excessivamente onerosas por fatores extraordinários e imprevisíveis, o que também implica na relativização do princípio da obrigatoriedade do contrato ou do *pacta sunt servanda*.

A despeito da possibilidade de resolução do pacto, no entanto, o legislador incentiva a sua manutenção nos artigos 479⁴¹ e 480⁴², em atendimento ao princípio

³⁸ O princípio da força obrigatória do contrato também denominado *pacta sunt servanda*, implica no fato de que o contrato faz lei entre as partes, ou seja, uma vez manifestada validamente a vontade, com vistas à realização de um contrato, este se apresenta com força de lei, do que decorre a obrigatoriedade do seu cumprimento.

³⁹ O artigo 6º, inciso V, da Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor – estabeleceu como direito do consumidor a “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”.

⁴⁰ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

⁴¹ Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

⁴² Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

da segurança jurídica, propugnando por uma mudança de postura das partes no sentido de reequilibrar as condições contratuais.

Vê-se a partir daí, a mudança de postura do Estado e do direito, mais voltados agora ao aspecto social das relações, ao limitar os tradicionais princípios norteadores da teoria do contrato, sob o fundamento de que se deve buscar o atendimento dos interesses coletivos, de forma a proporcionar o bem-estar da sociedade em geral, e não apenas os interesses individuais.

Ora, na medida em que a vontade livremente manifestada, a par de atender aos interesses individuais dos envolvidos, possa ferir interesses sociais e coletivos, o Estado tem o poder-dever de se imiscuir nesta relação formada, desobrigando os contratantes, mesmo que ela tenha se estabelecido em total conformidade com os ditames legais que regulam a formação e estrutura do contrato.

A obediência à lei e a livre manifestação de vontade não são mais os únicos pressupostos a tornarem o contrato obrigatório, mas também, outros valores garantidores dos interesses sociais.

Fenômenos como a globalização, a massificação das relações, o poderio econômico a enfraquecer a igualdade substancial entre os indivíduos, também foram decisivos na mudança de postura do Estado, levando a uma maior intervenção na regulação das relações privadas, na tentativa de se alcançar o ideal de uma sociedade justa e solidária.

Merece destaque como um dos principais fatores que mudou o rumo da teoria contratual, especialmente no que tange à posição do Estado frente à autonomia da vontade dos contratantes, o fenômeno da massificação das relações contratuais decorrente, sobretudo, do avanço tecnológico ocorrido no século XX.

A crescente industrialização impactou a humanidade como um todo, na medida em que o aumento da produção de bens e serviços e, portanto, a abundância destes bens, tornou-os mais acessíveis, demandando o incremento de mecanismos facilitadores do rápido escoamento dos produtos.

Ao lado disso, o crescente incentivo ao consumo *standardizou* o negócio jurídico levando mais e mais a uma igualdade meramente formal das relações contratuais, com evidente prejuízo a um sem número de pessoas, cuja manifestação de vontade na realização do contrato passou a se resumir à mera adesão aos termos previamente estipulados, sem qualquer manifestação quanto ao seu conteúdo.

A necessidade de escoar a alta produção aliada ao incentivo ao consumo fez surgir uma nova forma de contratar, cuja característica central é a impessoalidade. Os contratantes já não mais estabelecem uma relação pessoal de confiança, já que esta se desloca para outros fatores de ordem objetiva, como a confiança na marca, no poder econômico do outro contratante, dentre outros.

A particularidade e a pessoalidade de cada contrato dão lugar aos contratos de massa, concluídos em sua grande maioria por contratos de adesão, cujas cláusulas são previamente estabelecidas por um dos contratantes, evidenciando uma situação de submissão de um em relação ao outro, e colocando em dúvida os paradigmas da autonomia da vontade e da liberdade contratual sobre os quais a teoria dos contratos foi construída.

Tal forma massificada de contratação gerou o que a doutrina tem denominado de despersonalização das relações, pois como dito, verifica-se uma impessoalidade na relação dos contratantes, que se colocam em posições cada vez mais distantes.

O negócio que antes era realizado mediante ampla discussão das condições a serem observadas e das obrigações que dele decorreriam para as partes, tornou-se, no mais das vezes, uma imposição de um dos contratantes, dada a necessidade de se realizar um grande número de negócios em pouco tempo, para atender às crescentes demandas.

As exigências do mercado econômico impuseram um novo ritmo às relações privadas, e aquela visão de contrato calcada no individualismo sofreu sensível alteração.

Com efeito, a massificação das relações contratuais teve como consequência, em muitas situações, a própria ausência de manifestação da vontade, na medida em que esta se limita à mera concordância em aderir aos termos previamente estipulados pelo proponente. Percebe-se aqui o impacto que sofreu a ideia de autonomia da vontade na qual se fundamentou a clássica concepção de contrato, e que garantiria a justiça do contrato.

A manifestação livre da vontade já não se mostra tão evidente, uma vez que resta a um dos contratantes apenas aderir aos termos contratuais apresentados pelo outro contratante, limitando, assim, sua esfera de liberdade, na maioria das vezes de forma não plenamente consciente, mas muitas vezes para atender a necessidades prementes.

Na verdade, a dinâmica social imposta pelo desenvolvimento econômico e tecnológico atingiu as relações contratuais e seu principal fundamento de justiça sob a ótica do jusnaturalismo, qual seja, a livre manifestação da vontade individual, na medida em que, conforme retro salientado, em muitas situações essa vontade é limitada à simples adesão aos termos do contrato.

O poderio econômico concentrado nas mãos de uma das partes do contrato é fator que relativiza a autonomia da vontade e implica diretamente na justiça contratual. Por outro lado, a própria liberdade de escolher com quem contratar por vezes já não se verifica no atual panorama social e econômico, especialmente quando se vislumbra hipótese de monopólio na prestação de serviços, a exemplo dos serviços de fornecimento de água e energia elétrica, sem falar em outras situações em que mesmo que se não verifique de direito uma concentração da atividade, de fato ela existe.

A forma clássica preconizada no Direito não se mostra adequada à solução dessas questões, e não atende aos anseios sociais, tampouco aos valores constitucionais de garantia da dignidade humana e de construção de uma sociedade justa, livre e solidária. Nas palavras de Paulo Nalin (2001), a liberdade já não justificava a ausência de liberdade material, sobretudo nas contratações sob a forma de adesão.

O modelo clássico de contrato criado na perspectiva do liberalismo e sustentado pelas ideias de liberdade contratual, obrigatoriedade do contrato e relatividade dos seus efeitos, não se enquadra nesta realidade social de relações massificadas, exigindo medidas por parte do Estado com vistas a relativizar aqueles princípios.

A presença do Estado na organização da economia e na regulamentação das relações privadas contratuais, desequilibradas pelo exacerbado individualismo, pelo poderio econômico exercido pelos grandes grupos, que inviabilizam a efetiva manifestação de vontade daqueles que com eles contratam, uma vez que simplesmente aderem a contratos padronizados e com cláusulas prévia e unilateralmente estabelecidas, tornou-se indispensável.

E as medidas interventivas do governo, ensina Hayek, enquanto compatíveis com o Estado de Direito, devem ser aceitas, desde que convenientes e adequadas ao sistema de liberdade. Segundo aduz, “uma verdadeira economia de mercado pressupõe certas atividades da parte do Estado” (1983, p. 269), mas “dentro dos

limites estabelecidos pelo Estado de Direito muito pode ser feito a fim de que o mercado funcione de maneira mais eficiente e regular, mas dentro desses limites, nunca será possível alcançar o que hoje se considera justiça distributiva” (1983, p. 280).

Com efeito, a tendência individualista no âmbito das relações negociais demonstrou-se, ao longo dos tempos, contrária aos interesses sociais e coletivos, de sorte que o Estado, a partir do Século XX, passou a intervir nestas relações, por meio do dirigismo contratual, buscando contornar os desequilíbrios sociais por ela gerados.

Esse dirigismo contratual, caracterizado pela limitação da autonomia da vontade das partes, implica no fato de que a vontade deve estar sujeita às normas cogentes que têm por objetivo resguardar o interesse público (XAVIER, 2006). Trata-se, na verdade, de uma forma de controle da liberdade contratual com vistas a atender interesses públicos, sobretudo de ordem econômica.

Para concretizar este dirigismo contratual vale-se o Estado tanto de mecanismos legislativos, ao editar normas cogentes que limitam a autonomia da vontade das partes, quanto de mecanismos judiciais, especialmente possibilitando que o Poder Judiciário revise o conteúdo dos contratos quando se mostrarem desvantajosos a uma das partes ou contrários aos interesses públicos e, também, de instrumentos administrativos.

Ora, além de reduzir a autonomia da vontade, elemento através do qual se daria, sob a ótica do jusnaturalismo, a justiça do contrato, a massificação contratual reflete em outro aspecto moral do contrato. Com efeito, o homem, considerado em si mesmo, deixa de ser o foco da relação estabelecida, que terá por escopo atender de forma mais direta aos anseios de cunho meramente econômicos, beneficiando a poucos, em detrimento de uma grande parcela da sociedade.

Além disso, a transparência nas negociações se torna cada vez mais um ideal difícil de ser alcançado, uma vez que o grande número de contratos celebrados em um curto espaço de tempo para suprir as demandas do mercado exige mais e mais o distanciamento dos contratantes, que não discutem de forma ampla, clara e precisa os termos do negócio entabulado, levando, não raras vezes, a que uma das partes realize um negócio em situação de total ignorância, haja vista a ausência de transparência nas tratativas.

Essa massificação dos contratos acentuou as desigualdades sociais, o que levou ao início de uma mudança de uma moral individual para uma ética social, apoiada pela Igreja Católica que em suas encíclicas, em especial a Carta Encíclica *Rerum Novarum*⁴³, do Papa Leão XIII, passou a considerar que o papel do Estado é zelar pelo bem comum, garantindo os direitos dos cidadãos e assegurando os interesses dos mais fracos (MARQUES, 2006).

Se é certo que a agilidade nas contratações possibilita o desenvolvimento econômico, menos certo não é, que esse desenvolvimento tem também um viés negativo que leva à exploração do economicamente mais fraco pelo mais forte, fazendo surgir a necessidade, como já salientado, de uma maior intervenção estatal, com vistas a manter o equilíbrio das relações e, assim, buscar a realização da justiça no âmbito do contrato.

Essas mudanças de concepção também impactaram o clássico princípio da relatividade dos efeitos do contrato, que se traduz na ideia de que os efeitos de uma determinada relação contratual se restringem às partes contratantes; atualmente, com vistas ao atendimento da função social do contrato, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros foi revisto, permitindo, inclusive, que os terceiros atingidos por certa relação contratual, reclame diretamente a reparação dos seus prejuízos, embora não participantes da relação.⁴⁴

Segundo Cláudia Lima Marques (2006), em razão das novas realidades econômicas, sociais e políticas o direito dos contratos teve que a elas se adaptar e ganhar uma nova função de realização da justiça e do equilíbrio contratual. Essa nova função do contrato evidencia uma tendência de resguardar a moralidade do contrato, na medida em que busca assegurar a igualdade de condições entre os contratantes.

⁴³ Nesta encíclica o Papa Leão XIII fala sobre a condição dos operários e aponta a necessidade de medidas eficazes para auxiliar os homens de classes inferiores que, em geral, estão em “situação de infortúnio e de miséria imerecida”. Defende o direito de propriedade como direito natural e reconhece que na sociedade civil há desigualdade de níveis, devendo cada um aceitar a sua condição, contudo, diz que não se pode “prover a uma classe de cidadãos e negligenciar outra”. Nesse sentido, aponta que “entre os graves e numerosos deveres dos governantes que querem prover, como convém, ao público, o principal dever, que domina todos os outros, consiste em cuidar igualmente de todas as classes de cidadãos, observando rigorosamente as leis da justiça, chamada *distributiva*”. Assim, sustenta que o Estado deve se preocupar com a proteção dos direitos particulares, mas especialmente, dos fracos e indigentes, protegendo a propriedade particular, impedindo as greves, protegendo o trabalho dos operários, das mulheres e crianças, dentre outros.

⁴⁴ Isto pode ser verificado nos contratos de seguro, em que a vítima de um evento danoso pode, diretamente, propor ação em face da seguradora, mesmo não tendo com esta uma relação direta.

Foi baseado nessas concepções que o legislador de 2002 normatizou o contrato, estabelecendo como objetivos a realização do equilíbrio do contrato e da justiça contratual, valendo-se, para tanto, de mecanismos como a função social do contrato e da boa-fé contratual, princípios de eminente fundamento ético.

Esses novos princípios norteadores da teoria contratual inserem o contrato no contexto social, dando-lhe uma finalidade coletiva e não mais de atendimento a interesses individuais.

CAPÍTULO 5 - O CONTRATO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Neste capítulo são traçadas algumas considerações acerca da mudança de paradigma que se verificou na teoria dos contratos e na concepção da justiça contratual, pela positivação, sobretudo, dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

As mudanças pelas quais passou a sociedade em virtude da industrialização crescente e desenvolvimento tecnológico forçaram um olhar diferenciado para a maneira de se estabelecer as relações contratuais, conduzindo à busca da realização de valores consentâneos com os fundamentos e objetivos da Constituição Federal de 1988.

A consecução dos fins que atendam aos interesses particulares dos contratantes sem, contudo, permitir que interesses sociais sejam violados, constitui-se o objetivo do legislador de 2002, que tenta caminhar na direção do estabelecimento de uma ética social, em contraposição à ética individual até então predominante.

5.1 Uma nova teoria dos contratos fundada nos valores constitucionais

Já se ressaltou que os fundamentos liberais individualistas que embasaram a teoria clássica do contrato sofreram alterações com a mudança de foco das relações patrimoniais para a pessoa humana. Esta mudança de concepção alterou em alguns aspectos o tratamento jurídico dos contratos, embora a base principal permaneça praticamente inalterada.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 definiu em seu artigo 1º, como fundamento do Estado brasileiro, a cidadania, ao lado da dignidade da pessoa humana, e como objetivo fundamental, conforme inciso I do artigo 3º, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Referidos fundamentos e objetivo do Estado Democrático brasileiro, demandam uma releitura das relações sociais no âmbito do direito privado, exigindo um desapego à concepção individualista, calcada nos pilares da autonomia da vontade e da propriedade privada, largamente protegida no Estado Liberal.

Para a concretização de tais fundamentos, necessária se faz uma visão mais voltada às necessidades sociais, e a busca da construção de uma igualdade substancial e, nesse sentido, deve-se hoje analisar os institutos do direito privado de forma vinculada aos princípios e valores constitucionais, que visam a construção de uma sociedade justa e solidária.

Nesta perspectiva, também o estudo dos contratos, principal mecanismo de troca na sociedade, e porque não dizer, forte instrumento de poder, deve também ter como balizas os anseios constitucionais, garantindo pelo seu uso a preservação da dignidade da pessoa humana, e assegurando, por consequência, a cidadania, possibilitando-se a todos o acesso aos bens e serviços úteis e necessários à sobrevivência digna.

Para que sejam atendidos os fundamentos constitucionais, no entanto, esse acesso a bens e serviços deve ocorrer de forma justa e equilibrada, de modo a garantir a todos os figurantes da relação, um tratamento igualitário.

Em decorrência das alterações apontadas acima, a necessidade de reavaliação da clássica concepção do contrato, para adequá-la à realidade socioeconômica e à nova ordem constitucional tornou-se indispensável, o que o legislador de 2002 buscou fazer, seguindo as mudanças legislativas até então empreendidas.

Mediante essa mudança de paradigma Paulo Nalin (2001), em uma proposta de conceituação do contrato sob uma visão pós-moderna, entende-o como uma relação solidária, fazendo cair por terra o individualismo característico das relações contratuais do liberalismo, e inserindo o homem no contexto social.

Entende ele o contrato como “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 perante terceiros” (NALIN, 2001, p. 255).

Dessa definição vê-se que o núcleo individualista do contrato perde importância para dar lugar à solidariedade da relação contratual, elemento que tem por objetivo garantir a justiça na relação negocial e a efetiva realização dos fins que se busca atingir pelo contrato.

A ideia inicial de contrato como relação que atinge apenas as partes contratantes já não deve prevalecer, consoante se ressaltou, uma vez que os efeitos que decorrem das referidas relações ultrapassa os interesses das partes

contratantes para atingir a sociedade como um todo, ou seja, os interesses da coletividade.

Deve-se ter em mente, a partir da adequação do fenômeno contratual aos ditames da ordem constitucional, que o fundamento primeiro da relação contratual deve ser o princípio da dignidade da pessoa humana, limitador de direitos subjetivos, da livre iniciativa e da liberdade econômica, juntamente com outros dogmas de natureza constitucional (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2005).

Referida adequação passa, como dito alhures, também pela análise da solidariedade contratual, a partir da qual os interesses dos contratantes não podem ser vistos como interesses antagônicos, mas, ao contrário, devem os contratantes agir em espírito de cooperação, visando atingir o mesmo fim.

Essa ideia de solidariedade demonstra, igualmente, a ruptura da concepção individualista do modelo liberal, em que os direitos de cada parte eram opostos, em prol da busca de um valor maior, em que se concretizem ao mesmo tempo, os interesses individuais e os interesses sociais.

A solidariedade, valor de ordem constitucional, como bem salienta Nalin (2001), não é algo comum no âmbito do direito privado. Portanto, introduzir essa nova concepção de contrato no seio da sociedade, fazendo com que cada parte, ao invés de buscar apenas o seu interesse pessoal, se una em cooperação com o outro contratante, na busca de um fim comum, ainda requer um período de maturação.

E nessa fase de maturação, a presença cada vez mais forte do Estado talvez se faça necessária, sobretudo por meio do Poder Judiciário, que na aplicação da lei deve levar em conta os valores constitucionais, tornando-os efetivos no caso concreto que se lhe apresentar.

A solidariedade preconizada pela Constituição Federal, na visão de Nalin (2001), é um mecanismo hábil para corrigir as autonomias privadas na relação jurídico-contratual. Na medida em que a conduta solidária verificada na formação do vínculo, na definição do negócio, no senso de cooperação no decorrer da execução do contrato se traduz na imposição de limites à vontade individual em prol da consecução de um objetivo comum que atenderá aos interesses de ambos os contratantes, pode haver a concretização do valor solidariedade.

Este valor complementa a ideia de boa-fé objetiva, ou é antes, um pressuposto para a concretização deste princípio da boa-fé contratual. Como assevera Nalin

De modo ainda mais concreto, já relacionado ao ordenamento jurídico infraconstitucional, é notável a ponte que se estabelece entre um desejado juízo de solidariedade e os princípios norteadores do ordenamento privado, até para se identificar se a postura dos sujeitos envolvidos atende aos anseios da solidariedade contratual. Nesse plano, relaciona-se a solidariedade à boa-fé (2001, p. 182).

A análise da relação jurídico-contratual não pode ser feita na atualidade sob o prisma reducionista do modelo liberal, em que a livre manifestação de vontade era o seu pressuposto de validade e de justiça, sob pena de ferir a ordem jurídica constitucional, na medida em que ideias como a de justiça social, solidariedade, dignidade da pessoa humana e cidadania não serão atendidas.

As alterações introduzidas no Código Civil de 2002 no âmbito do direito dos contratos, especialmente com a normatização de princípios como o da função social do contrato e da boa-fé objetiva, pelo menos em tese, visam a realização desses valores, mas, para isso, a atuação do Poder Judiciário na concretização de referidos princípios é fator fundamental, sob pena de restarem tais normas, letras mortas no ordenamento jurídico, perpetuando a injustiça social por meio das relações contratuais.

5.2 A normatização do Código Civil: posituação de novos princípios informadores dos contratos

O Código Civil de 2002 foi elaborado sob a diretriz de três princípios fundamentais, a saber, o da eticidade, o da socialidade e o da operabilidade, princípios estes que se traduziriam nos valores tidos por essenciais na sociedade atual, que em razão das mudanças sociais e econômicas pelas quais passou não mais se adequavam às normas do Código Civil de 1916.

Buscou-se, sobretudo, ultrapassar o formalismo jurídico característico do Código Beviláqua, introduzindo valores éticos no ordenamento jurídico. A ideia principal é a de compatibilização da técnica jurídica com os valores éticos que devem nortear a sociedade e, para tanto, o legislador se utilizou da técnica legislativa das cláusulas gerais⁴⁵, que tem o condão de, a um só tempo, possibilitar

⁴⁵ Segundo Nelson Nery Júnior (2003, p. 406 e 408), cláusulas gerais são princípios gerais de direito positivados que têm conteúdo normativo e são fonte criadora de direitos e de obrigações; “são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade

certa abertura do sistema normativo e a constante atualização da legislação por meio dos métodos de interpretação.

Na medida em que o sistema jurídico fechado no qual se funda o Direito Civil, não é capaz de atender as necessidades decorrentes do pluralismo e complexidade das relações sociais, tampouco aos anseios constitucionais de garantir a dignidade humana e a cidadania, a inclusão de cláusulas gerais no ordenamento jurídico, como a função social do contrato, a boa-fé, dentre outros, vem possibilitar que o aplicador da lei faça uma interpretação criativa, adequando as normas do direito privado aos valores constitucionais.

A tônica, na visão de Paulo Nalin (2001), deve ser a de um sistema aberto, por meio de cláusulas gerais, que permitem ao aplicador e intérprete do direito, por meio de uma função integrativa, adequar as normas à realidade social, na busca da concretização dos valores de justiça e solidariedade social.

Assim, por exemplo, utilizando-se de conceitos abertos, traçou o legislador a diretriz para a interpretação dos negócios jurídicos, estabelecendo como parâmetros a consonância com a boa-fé e os usos do lugar onde foi celebrado o negócio, de sorte que para se chegar à exata conclusão de que as partes agiram de boa-fé ou que respeitaram os costumes locais, necessário se faz uma maior participação do aplicador da norma, analisando caso a caso as condutas das partes, inserindo-as no contexto histórico, social e econômico, para assim determinar os conceitos que a lei não definiu, a partir da realidade.

Ressaltou Reale ao prefaciar Código Civil (2003, p. 16) que “o que se objetiva alcançar é o Direito em sua *concreção*, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma.”

Termos como boa-fé, fim econômico e social, probidade, correção, função social, retratam os ideais do legislador de 2002 de formular um sistema aberto que possibilite uma constante atualização da lei por meio da interpretação, de forma a

para decidir”. Judith Martins-Costa (2000, p. 274), por sua vez, explica que “as cláusulas gerais constituem o meio legislativo hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de ‘standards’, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo”.

atender os valores nos quais se estabeleceu o Código Civil, da eticidade, socialidade e operabilidade.

Ora, os métodos de interpretação utilizados e que se seguiram ao período de codificação, como o exegetismo e o legalismo, não permitiam ao aplicador da lei qualquer tipo de criação normativa; em função disso, tais métodos acabavam por afastar o fenômeno jurídico da realidade, reduzindo-o ao aspecto formal da lei ditada pelo Estado, garantindo, contudo, a desejada segurança jurídica.

Consoante assevera Judith Martins-Costa (2000, p. 270), “os fatos se encarregaram de provar que o direito nunca esteve exatamente encerrado nos códigos, e a jurisprudência nunca se reduziu a uma mera exegese”, e isto levou o legislador a buscar novos mecanismos que, sem descurar da técnica, permitissem uma maior aproximação da lei com os fatos, como por exemplo, mediante o uso das cláusulas gerais.

Além do objetivo de ir além do formalismo, outra preocupação do legislador de 2002 foi a de superar o individualismo que caracterizou o Código Beviláqua, idealizando a prevalência de valores sociais sobre os individuais, consoante, aliás, já se fez referência.

Foi atendendo aos objetivos acima citados que foram elaboradas as normas relativas à teoria geral dos contratos no Código Reale, estabelecendo novos paradigmas em relação à teoria clássica. Assim, inovou a legislação anterior ao introduzir dois princípios fundamentais a nortear as relações contratuais, a saber, o da função social dos contratos e o da boa-fé objetiva.

José Tadeu Neves Xavier, ao tratar dos princípios da função social e da boa-fé como vetores da nova concepção dos contratos, salienta que

os princípios da função social e da boa-fé objetiva, como padrão de conduta, devem assumir uma posição privilegiada como verdadeiros *princípios-vetores* da teoria contratual moderna – ou pós-moderna, não como meras normas programáticas, mas como a pedra angular que irá ao mesmo tempo dar validade aos demais preceitos da teoria contratual e servirá como mecanismo de dosagem das suas respectivas intensidades, de forma a garantir que o tema não será assolado e sufocado por visões singulares e de caráter padronizante, mas se manterá ostentando a sua vitalidade característica, que credencia o contrato como instrumento indispensável para o adequado funcionamento da engrenagem social. (2006, p. 170).

Além desses novos paradigmas o legislador tratou da interpretação do contrato de adesão, no sentido de que deve ser mais favorável ao aderente sempre que as cláusulas forem ambíguas,⁴⁶ e como já foi apontado, previu também a possibilidade de resolução ou revisão do contrato quando as prestações se tornarem excessivamente onerosas por fatores extraordinários e imprevisíveis, mudanças que demonstram a preocupação com os aspectos sociais antes negligenciados.

Embora tenha havido outras alterações, as mais substanciais e que interessam mais de perto ao presente estudo são as acima indicadas, até porque, manteve o legislador, de certa forma, a normatização contratual anterior, tomando o cuidado, no entanto, de adequar a redação de algumas normas, a fim de sanar dúvidas e constantes questionamentos que foram levantados ao longo dos tempos⁴⁷, incluindo outras que de regra já representavam a prática consolidada dos tribunais, e que, portanto, já eram aplicadas.

Pois bem, conforme salientado, optou o legislador de 2002 por uma nova técnica legislativa na formulação das hipóteses legais, utilizando-se de conceitos imprecisos, abertos, ou seja, conceitos jurídicos indeterminados, de forma a possibilitar a abertura do sistema e, assim, permitir a constante atualização do ordenamento jurídico.

Assim é que a norma do artigo 421 faz referência à função social do contrato e a norma do artigo 422 menciona os princípios de probidade e boa-fé, importantes para a análise do presente trabalho.

Consoante assinala Gerson Luiz Carlos Branco (2006) as cláusulas gerais inseridas no Código Civil são pontos de recepção da realidade ética que está em torno dos contratos, uma vez que por meio deles os juízes preencherão os modelos jurídicos⁴⁸ construídos ao redor dos diferentes referenciais éticos postos no Código Civil, solucionando os problemas a partir das experiências sociais, do comportamento do homem, o que se denomina de ética da situação⁴⁹.

⁴⁶ O artigo 423 prevê esta possibilidade, o que já era objeto de normatização pelo Código de Defesa do Consumidor, no artigo 47.

⁴⁷ A exemplo da nova redação do artigo 496 do Código Civil, que regulamenta a venda de ascendente a descendente, e que apesar de manter a ideia central do Código Civil de 1916, tratou de ser mais elucidativo.

⁴⁸ Esclarece o referido autor que os modelos jurídicos correspondem ao conteúdo das estruturas normativas e dizem respeito à significação, eficácia e aplicação da norma.

⁴⁹ Acerca da ética da situação esclarece Gerson Luiz Carlos Branco que “não remete para elementos externos do sistema, mas consiste em ponto de conexão intersistêmico e mecanismo de juridificação de padrões de comportamento eticamente exigidos socialmente”.

O Código Civil de 2002, a despeito de manter o princípio que embasou desde o nascedouro a teoria clássica dos contratos, a saber, o princípio da liberdade de contratar, impôs limitações ao exercício desta liberdade, na medida em que só pode ser exercida nos limites da função social do contrato⁵⁰. Isso remete a uma concepção finalística do próprio direito, que deve ser analisado também com base na realidade social e não apenas sob o aspecto do método.

A cláusula geral da função social do contrato é, como já dito, um exemplo da flexibilização do sistema jurídico que o legislador de 2002 quis imprimir, e nessa circunstância, não é possível atribuir a ela um único sentido, porquanto sempre deverá ser analisada de acordo com a realidade na qual está inserida, considerando fatores históricos, sociais e econômicos, tendo em vista o sentido aderente à realidade que foi atribuído ao Código Civil.

Mas Gustavo Tepedino esclarece o que pode ser entendido por função social do contrato nos seguintes termos:

A rigor, a função social do contrato deve ser entendida como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) – objetivos da República – impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos (2008, p. 5).

A função social é uma expressão da diretriz da socialidade que está na base do Código Civil de 2002, e em razão disso, um dos papéis que exerce é o de integrar as normas de Direito Contratual, submetendo todos os contratos, quer os previstos no Código Civil, quer aqueles constantes em leis especiais, ao princípio da socialidade.

Disso decorre que a autonomia privada deve estar baseada na socialidade, estabelecendo com ela uma relação de complementaridade, de modo que no exercício da autonomia privada, a liberdade de contratar no que tange ao conteúdo dos contratos esteja alinhada com aquilo que reconhecidamente seja socialmente como útil e relevante, e por isso mesmo digno de tutela jurídica. Na conclusão de Judith Martins-Costa

⁵⁰ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

(...) a autonomia privada (fonte da liberdade de contratar), ressignificada, afastada da perspectiva atomista e voluntarista, assenta-se no *postulado* (concomitantemente *fático e normativo*) da socialidade, é dizer: que todo indivíduo é social e que o telos da individuação só pode ser alcançado socialmente (2005, p.47).

É certo que antes mesmo do Código Civil de 2002 já se reconhecia a necessidade de submissão dos contratos ao princípio da socialidade, no entanto, até então era o próprio legislador que estabelecia os limites de intervenção nos contratos com vistas à consecução da função social; a novidade do código, consoante assevera Gerson Luiz Carlos Branco (2006), está no fato de que ao próprio juiz foi atribuída a competência para identificar e concretizar a função social do contrato, aplicando diretamente o princípio da socialidade.

O contrato deve se identificar com os interesses sociais, realizando as funções de garantia de estabilidade, previsibilidade, segurança jurídica, indispensáveis para o perfeito funcionamento da vida econômica (BRANCO, 2006), e desviado desses motivos a lei impede que o contrato surta efeitos. O conteúdo do contrato na atual conjuntura é indispensável para a sua validade e eficácia, o que demonstra a mudança de concepção de justiça do contrato fundada nas bases liberais e calcada nas proposições jusnaturalistas do século XVIII.

Assim, o reconhecimento de violação à função social do contrato tem por efeito conduzir à ineficácia do contrato, nas hipóteses em que há ofensa a interesses coletivos, como o meio ambiente, a concorrência, bem como nas hipóteses em que o contrato não atingiu a sua finalidade, ou seja, não alcançou o fim para o qual foi celebrado.

O Direito do Consumidor positivado pela Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990 e o Direito da Concorrência regulado na Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011, são ramos em que é bastante perceptível a aplicação e eficácia da função social dos contratos.

Na esfera das relações de consumo há instrumentos jurídicos para viabilizar o controle das relações contratuais⁵¹, ao passo que no Direito da Concorrência o

⁵¹ O Capítulo VI da Lei 8.078/90 regula a proteção contratual nas relações de consumo e prevê, por exemplo, a interpretação das cláusulas contratuais de forma favorável ao consumidor; a possibilidade de desistência do contrato pelo consumidor no prazo de sete dias quando a celebração do ato ocorrer fora do estabelecimento comercial; cláusulas consideradas abusivas e, portanto, nulas de pleno direito, dentre outros instrumentos, que têm o objetivo de controlar tais relações.

controle se dá, sobretudo, pela via administrativa por meio do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, impedindo a concretização de certos contratos cujos efeitos possam gerar consequências econômicas nefastas a um grande número de pessoas e, portanto, à sociedade em geral, como por exemplo, a formação de monopólios que levem à redução da concorrência.

Ao lado da função social do contrato a norma do artigo 422 do Código Civil, também embasa e direciona toda a teoria dos contratos. Referida norma positivou o princípio da boa-fé objetiva, estabelecendo que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

O princípio da boa-fé objetiva, na concepção do legislador, se traduz em um preceito de conteúdo ético, que deve nortear a conduta dos contratantes, de forma que se estabeleça a necessária confiança que deve pautar as relações contratuais. Trata-se a boa-fé objetiva de fonte de obrigação que permeia a conduta das partes, e que tem o condão de influenciar na maneira em que exercitam os seus direitos, bem como no modo em que se relacionam entre si.

A ideia de boa-fé remonta à *bona fides* romana, e a par dos diversos significados que recebeu a *fides*, segundo Judith Martins-Costa (2000), três aspectos são importantes para analisá-la, quais sejam, aquele que a relaciona com as relações de clientela, com os negócios contratuais e com a proteção possessória; eis os três principais núcleos em que se concentrou a ideia.

Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (1997), ao trabalhar a semântica da *fides* romana arcaica, aponta três sentidos para o termo, a saber, a *fides-sacra*, ligada a questões de ordem religiosa, a *fides-facto* que remota à ideia de garantia, e finalmente, a *fides-ética* que vincula a ideia de garantia à qualidade de uma pessoa, o que leva a uma conotação moral.

Sustenta referido autor, no entanto, que quaisquer desses sentidos não levam a uma exata definição do conteúdo da *fides*, cuja força significativa se perdeu ao longo do tempo, de forma que o vocábulo *fides*, isoladamente, não leva à conclusão de qualquer significado, senão quando inserido em um contexto (1997); disso decorre, também, a dificuldade em se estabelecer uma precisa noção da boa-fé.

Retornando aos aspectos citados por Judith Martins-Costa e que guardam estreita relação com os sentidos apontados acima por Menezes Cordeiro, as relações de clientela dizem respeito à estrutura social romana, dividida em classes

sociais, sendo os clientes cidadãos livres *sui iuris*, que estavam sob a proteção do *paterfamilias*, ao qual deviam respeito, lealdade e devotamento, cabendo ao *paterfamilias*, por outro lado, dar-lhes assistência e prestar-lhes socorro (MENEZES CORDEIRO, 1997).

Os clientes, portanto, se colocavam em uma situação de devotamento em relação aos patrícios, mediante uma promessa de proteção; aqui residia o núcleo da confiança depositada em uma promessa, ou seja, depositada na palavra dada, na declaração de uma garantia de proteção, mas também se verifica a *fides* como poder, exercido pelo *pater*.

No âmbito dos negócios contratuais a *fides* tem seu primeiro registro no tratado celebrado entre Roma e Cartago no qual foi estipulada uma cláusula em que ambos os contratantes prometiam *sobre a própria fé*, aquela que vincula a coletividade ao respeito dos ajustes livremente formulados (MARTINS-COSTA, 2000), de sorte que os cidadãos romanos e cartagineses tinham a garantia de cumprimento dos negócios entre eles celebrados, com a tutela estatal.

Mas nem todos os contratos celebrados em Roma tinham a formalidade e a proteção estatal, o que não significa dizer que tais negócios não tinham validade ou deixavam de vincular as partes. É neste contexto dos contratos ditos consensuais, que o qualificativo *bona* foi acrescido à *fides*, retratando a noção que Judith Martins-Costa, citando Paolo Frezza, diz se traduzir no comando de que o comportamento deve ser informado àquele desenho de ação ao qual as partes do contrato consentem (2000). Segundo Menezes Cordeiro foi a partir do acréscimo do qualificativo *bona* que se pôde extrair consequências jurídicas da *fides* (1997).

Vê-se que neste contexto a *fides bona* era o elemento que constrangia as partes ao cumprimento da obrigação, e não o poder do Estado através da norma posta, de sorte que a boa-fé, isto é, a confiança na conduta adotada é que tornava o negócio obrigatório.

Nesse particular aspecto a boa-fé traz ínsita a idéia de que o negócio realizado é obrigatório não em função da lei que obriga o cumprimento dos negócios realizados, mas o espírito dos contratantes que com ele consentem e que têm o interesse de que a palavra dada seja mantida.

A *fides bona* foi o que permitiu a criação de deveres e a possibilidade do juiz, mediante um *expediente técnico preciso*⁵², na lição de Judith Martins-Costa (2000), exigir o cumprimento dos deveres não especificamente previstos no contrato, do que decorre a ideia de boa-fé no sentido objetivo, sendo que neste contexto procurava-se afastar qualquer conotação moral ao termo boa-fé.

Observe-se a partir do que foi dito, que já se tem referências da boa-fé objetiva na Roma antiga, no entanto, este sentido se perdeu ao longo dos tempos, de sorte que na época do Império Romano já havia nele embutido uma conotação de ordem moral. Passou-se a vincular a boa-fé a princípios gerais e seu uso foi direcionado também às questões possessórias, especialmente no âmbito da usucapião, adotando um sentido extrajurídico, qual seja, o de intenção, de estado de ignorância (MARTINS-COSTA, 2000).

No direito germânico antigo a concepção de boa-fé tem uma conotação objetiva, aproximando-se do entendimento atual, uma vez que se direciona ao direito das obrigações e tem por conteúdo o cumprimento exato dos deveres assumidos, ao qual corresponde um dever de consideração para com os interesses da parte contrária.

Assevera Judith Martins-Costa (2000, p. 126), fazendo referência aos dizeres de Menezes Cordeiro, “que é daí que surge a adstrição ao comportamento, segundo a boa-fé, como *regra de comportamento social, necessário ao estabelecimento da confiança geral, induzida ao ‘alter’ ou à coletividade pelo comportamento do que jura por honra*”.

No direito canônico a boa-fé consiste na ausência de pecado e, portanto, tem uma dimensão ética evidente; transportando esta ideia para o âmbito dos contratos, entendia-se que a promessa formulada necessariamente deveria ser cumprida, sob pena de se incorrer em pecado. À promessa, portanto, atribuía-se valor moral, e o descumprimento dessa mesma promessa se constituiria em má-fé. Segundo Martins-Costa (2000, p. 130), “se considerado que quem promete deve cumprir a palavra dada, sob pena de incorrer em pecado, a regra, de preceito moral, se faz jurídica”.

⁵² Conforme esclarece Judith Martins-Costa este expediente técnico consiste nas fórmulas transcritas nas *Instituições de Gaio*; cada fórmula implicava em uma ordem imperativa, dirigida pelo pretor ao juiz, na qual, em termos solenes, o primeiro apontava a questão que deveria ser solucionada.

Embora sejam diversas as concepções que foram atribuídas à boa-fé desde sua origem na *fides romana*, o que se percebe é que, qualquer que seja a conotação dada, há sempre uma vinculação da boa-fé com a promessa feita e com a obrigatoriedade do seu cumprimento, de forma a garantir à contraparte o respeito aos seus interesses. Mas a partir do que foi dito acima, fácil perceber a dificuldade de se encontrar um conceito unívoco para a boa-fé.

Tradicionalmente a boa-fé se bipartiu em boa-fé subjetiva e objetiva, a primeira vinculada ao estado de espírito do indivíduo e a segunda, que no direito brasileiro está positivada no artigo 422 do Código Civil⁵³, que se desvincula do elemento vontade e do estado de espírito da parte em relação ao negócio jurídico, para se referir aos deveres de uma parte para com a outra. A boa-fé subjetiva refere-se, portanto, a um estado, ao passo que a boa-fé objetiva se constitui em um dever.

Miguel Reale (2005, p. 241), ao escrever sobre o novo código civil, ressalta o conteúdo ético da boa-fé e a conceitua como sendo

Uma das condições essenciais da atividade ética, nela incluída a jurídica, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam, em virtude do que se pode esperar que será cumprido o pactuado sem distorções e tergiversações, máxime se dolosas, tendo-se sempre em vista o inadimplemento do fim visado ou declarado como tal pelas partes.

Humberto Theodoro Júnior (2008), por sua vez, define a boa-fé a partir das maneiras pelas quais se pode constatá-la, sustentando que para se aferir a boa-fé objetiva quer na formação quanto na execução do contrato, deve-se recorrer ao que ele denomina costumes do tráfego, isto é, aos usos e costumes que se observam nas pessoas honestas; é a partir daí que se pode exigir o cumprimento de prestações decorrentes de deveres acessórios.

Com efeito, consoante salientado, um dos princípios informadores do Código Civil de 2002 é o princípio da eticidade, e assentado no aludido princípio, ao longo do referido diploma legal, consoante anota Humberto Theodoro Junior (2008), a conduta ética dos contratantes, baseada na boa-fé, é invocada em três diferentes circunstâncias, complementares entre si.

⁵³ Art. 422. “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Assim, no artigo 422 já citado, o princípio da boa-fé atua com função integrativa; no artigo 113⁵⁴ vislumbra-se a função interpretativa da boa-fé objetiva e, finalmente, no artigo 187⁵⁵, exerce função limitativa da atuação da parte, que não pode exceder, abusando dos seus direitos, os limites impostos pela boa-fé.

No mesmo sentido Gagliano e Pamplona Filho (2005) apontam três funções da boa-fé objetiva, a saber, a função interpretativa e de colmatação; função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção e função delimitadora do exercício de direitos subjetivos.

Identificando-se a boa-fé como *dever*, decorre do princípio da boa-fé contratual a obrigação para as partes de cumprir não apenas as disposições que convencionaram, mas, também, as obrigações acessórias consubstanciadas, por exemplo, no dever de informação, confiança, lealdade, respeito, cooperação, dentre outros. Nesse sentido diz-se que a boa-fé objetiva é criadora de deveres jurídicos anexos ou deveres de proteção, atuando como fundamento normativo.

Do dever de boa-fé, portanto, surge a possibilidade de exigir que os contratantes adotem uma postura escorreita, quer no exercício dos seus direitos quer em relação ao outro contratante. E essa postura dos contratantes, ressalte-se, deve ser considerada a partir de padrões ético-sociais aceitáveis, de maneira objetiva, o que exclui da análise a intenção das partes ao adotar determinada conduta.

Nesse sentido, o princípio da boa-fé assenta-se em preceitos éticos anteriores e exteriores à própria norma que o positiva, e que devem ser concretizados, tal como foi dito em relação à função social do contrato, a partir do caso concreto e das condutas das partes, inserindo-as no contexto histórico, social e econômico que permeiam a relação contratual a ser analisada.

Na concepção do legislador o princípio da boa-fé objetiva deve ser a linha mestra, a diretriz que deve servir de esteio à teoria dos contratos, não mais baseada no individualismo que predominou no liberalismo, mas hoje assentada na busca da realização de valores sociais que vão além dos interesses individuais das partes que integram determinada relação, a começar pela fase das negociações, estendendo-

⁵⁴ Art. 113. “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

⁵⁵ Art. 187. “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

se até a fase pós-contratual, quando as obrigações assumidas pelas partes já foram integralmente cumpridas.

Com efeito, o entendimento pós-moderno do contrato aponta três dimensões que devem ser conciliadas, a saber, a relação interna entre as partes, atendendo ao objetivo primordial do contrato que é o ajuste realizado pelos contratantes; em segundo lugar, o contrato deve estar inserido no contexto do mercado, até porque, como já se salientou o contrato tem um aspecto econômico-social e, por último, deve haver uma preocupação em que sejam realizados, por meio do contrato, os valores sociais.

O princípio da boa-fé é apontado como um instrumento que permite a realização dessas três dimensões, de forma conjunta, e isso porque, na sua aplicação, cabe ao juiz instrumentalizar a diretriz contida na norma, preenchendo-a com os valores necessários à solução do caso concreto, atendendo, a um só tempo, aos interesses das partes, conciliando-os com as questões econômicas e os interesses sociais.

Com efeito, a norma que preconiza o princípio da boa-fé, repise-se, tem natureza jurídica de cláusula geral⁵⁶ e, portanto, consoante lição de Rui Rosado de Aguiar (1994) é norma que define valores e parâmetros de interpretação, sendo essa natureza, justamente, que permite que o juiz tenha uma margem maior de atuação, e construa uma norma concreta que atenda aos fins sociais e, portanto, aos anseios constitucionais.

A concretização do princípio da boa-fé objetiva se faz pela análise dos deveres anexos de cuidado, de informação, de segurança e de cooperação que deve existir entre as partes do contrato, e é a observância de tais deveres que teria o condão de resgatar a confiança que deve existir nas relações contratuais, perdida ao longo dos tempos em razão das inúmeras mudanças que alteraram substancialmente a forma de contratar, e que atingiu principalmente o aspecto personalizado da relação.

A grande maioria das contratações são hoje entabuladas sem que os contratantes tenham uma relação de personalidade, de sorte que a confiança já não é mais depositada na pessoa do contratante, mas sobretudo em elementos outros,

⁵⁶ Referido autor define a cláusula geral do Direito como “uma norma jurídica que serve para avaliar a conduta, mas não define essa conduta. É norma em branco que atribui ao aplicador a função de estabelecer, caso a caso, qual a conduta devida, isto é, qual o comportamento esperado do cidadão, naquelas circunstâncias e naquela relação.”

como a marca, a credibilidade da empresa no mercado, nas informações prestadas por terceiros, disso resultando que a boa-fé se efetiva nos deveres de informar, de cooperar com a outra parte, dentre outros.

Com efeito, a confiança é a base das relações sociais e consiste no fator que garante a segurança dessas mesmas relações, tornando-as, inclusive, menos burocráticas. É perceptível a presença desse elemento nas mais simples relações sociais e, tamanha é a sua importância para a sociedade, que se tornou objeto da tutela jurídica, a ponto de falar-se hoje em princípio da confiança.

Nas relações jurídicas contratuais a confiança é elemento essencial e não raras vezes é o que viabiliza a concretização do negócio; é em razão da confiança depositada na outra parte que o vendedor entrega a mercadoria para receber futuramente o pagamento; também é com base na confiança que o empregado exerce suas atividades ao longo de certo período para, ao final dele, receber o seu salário. Enfim, é a confiança que uma parte deposita na outra que, inicialmente, possibilita a realização do contrato.

Na lição de Charles Fried (2008), a confiança e a autonomia individual, bases do instituto de prometer, é o que torna obrigatório o cumprimento de uma promessa, de sorte que ao lado dos deveres previamente estabelecidos nas cláusulas contratuais, aliado àqueles estipulados na lei, existem deveres não clausulados, mas que são indispensáveis para a garantia da confiança depositada no outro contratante e que devem ser integralmente cumpridos, a fim de garantir a estabilidade das relações sociais e jurídicas.

Eichler, citado por Menezes Cordeiro (1997), assevera que a confiança se aproxima da lealdade contratual, e é na lealdade que a confiança se realiza. As relações obrigacionais, continua, são relações de confiança, derivadas da boa-fé. E para demonstrar a íntima relação entre a boa-fé e a confiança sustenta que o “uso comum da locução boa-fé permite afirmar as suas conexões com a ideia de confiança, sendo ainda certo que esta depende, em primeira linha, do relacionar pessoal entre as partes, no que se apresentaria como ‘elemento de confiança subjetivo’ nas cláusulas gerais”.

A confiança, portanto, na lição de Menezes Cordeiro (1997) é protegida na medida em que se verifique que da sua quebra houve violação ao dever de atuar de boa-fé ou abuso do direito.

Cláudia Lima Marques (2006), ao tratar especificamente das relações contratuais no âmbito do Direito do Consumidor, sustenta que para a ciência do direito proteger a confiança será necessário relativizar a clássica distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual e, para tanto, deverá restabelecer a ideia de deveres anexos, que se consubstanciam em deveres de conduta fundados na boa-fé que devem existir em todas as relações sociais, não apenas aquelas originadas em um contrato.

É nesse sentido de resgate de deveres anexos que o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a cláusula geral da boa-fé objetiva, reconhecendo, por exemplo, que o credor tem o dever de não contribuir para o agravamento do seu dano, isto é, tem o dever de mitigar o próprio prejuízo, impondo, dessa forma, limites ao exercício do direito subjetivo do credor na busca do seu crédito.

Nesse diapasão, já decidiu que o ajuizamento tardio da ação judicial para restabelecimento do direito violado fere o princípio da boa-fé objetiva⁵⁷, podendo acarretar penalidades ao contratante desidioso.

Vê-se, daí, que tanto credor quanto devedor têm o dever de contribuir e colaborar para que a relação jurídico-contratual se desenvolva de forma a atingir o objetivo para o qual foi projetada, não apenas se limitando ao cumprimento dos deveres estritamente previstos nas cláusulas contratuais ou daqueles expressos em lei.

⁵⁷ REsp 758.518-PR, DJe 01/07/2010, Min. Vasco Della Giustina – Relator. “DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. *Standard* ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.
2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.
3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.
4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.
5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).
6. Recurso improvido”.

Em outra situação o Superior Tribunal de Justiça reconheceu ter havido violação ao dever de cooperação por parte de credor⁵⁸, pessoa jurídica domiciliada em território estrangeiro, que não regularizou sua situação junto ao Banco Central do

⁵⁸ Este reconhecimento se deu no julgamento, em 13.06.2011, do RECURSO ESPECIAL Nº 857.299 - SC (2006/0077909-0) de Relatoria do MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO, merecendo transcrição de alguns trechos:

“(…)No mérito, o recurso especial deve ser conhecido para se enfrentar a questão central do processo, relativamente à responsabilidade pela mora consistente no atraso no pagamento dos serviços prestados pela empresa recorrida com base na estatuição dos arts. 955, 958 e 963 do CC/16, passando a aplicar o direito à espécie (Súmula 456 do STF e art. 257 do RISTJ).

Segundo o enunciado normativo do art. 955 do CC/16 (394 do CC/02), “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que não quiser receber no tempo, lugar e forma convenionados (art. 1.058)”.

Embora o Código Civil de 1916 relacionasse a mora apenas à obrigação principal, ou seja, ao pagamento, a Professora Judith Martins Costa (*Comentários ao novo Código Civil*, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 228) salienta que: “... os *deveres acessórios*, *instrumentalmente necessários para caracterizar a prestação devida, também podem ser inadimplidos* ...”.

No caso dos autos, a obrigação principal da empresa ora recorrida, o seu “dever de prestação”, consistia em prestar à empresa ora recorrente os serviços de engenharia contratados, ao passo que a esta, completando o sinalagma contratual, incumbia pagar, àquela, os valores correspondentes a estes serviços.

Como já aludido, os pagamentos, objeto desta ação de cobrança – obrigação principal da recorrente, deveriam ocorrer mediante a remessa de liras italianas à conta da recorrida na Itália mediante remessa via Banco Central do Brasil.

A sua realização, contudo, foi impedida em razão de não estar a sociedade italiana com a sua situação regularizada junto ao Banco Central do Brasil, que exigia a apresentação de documentos relativos aos funcionários que prestaram os serviços documentados nas notas e faturas (cópias de passaportes, de declarações de renda etc.).

Em que pese, na linha do afirmado pelo Tribunal de origem, o contrato não previsse “qual dos contratantes estaria obrigado a cumprir as providências ora discutidas.. [junto ao] ..Banco Central do Brasil”, esta obrigação – tida como acessória – pertencia à recorrida.

Na realidade, a verificação de quem detinha esse dever acessório deve ser estabelecida, com fundamento no princípio da boa-fé objetiva, que estabelece uma diretriz ética para as relações jurídicas públicas e privadas. Constitui a boa-fé objetiva um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo o cidadão que, na sua vida de relação, atue com honestidade, lealdade e probidade.

(...)

A boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) apresenta-se, especialmente, como um modelo ideal de conduta, que se exige de todos integrantes da relação obrigacional (devedor e credor) na busca do correto adimplemento da obrigação, que é a sua finalidade.

(...)

No caso dos autos, como os documentos exigidos pelo Banco Central do Brasil para a remessa de valores à Itália diziam respeito a funcionários da ELETROCONSULT, deve-se reconhecer que pertencia naturalmente a ela, em que pese a omissão contratual, essa obrigação, esse dever acessório de cooperação, de regularizar a sua situação.

A ELETROCONSULT, ante a consideração do princípio da boa-fé objetiva, possuía o dever de cooperação com a TRACTEBEL, devedora e recorrente, auxiliando-a a realizar os pagamentos dos serviços mediante a remessa dos valores à Itália: forma de pagamento convenionada e utilizada ao longo de toda a relação contratual. Não havendo desempenhado a contento esse dever de cooperação, fica configurada a sua mora (mora *creditoris*), cuja eficácia liberatória exime a devedora, até o momento em que devidamente purgada (art. 959 do CC/16), documprimento das suas obrigações, em especial a de pagá-la, com a remessa da quantia à Itália, pelos serviços prestados.

(...)

Não recaindo sobre si a responsabilidade pela mora, obviamente não está a empresa recorrente obrigada ao pagamento dos juros moratórios. (...)”

Brasil, de modo a viabilizar o pagamento dos valores pelo devedor, que deveria ser feito em moeda estrangeira, mediante remessa via Banco Central do Brasil.

Nesta hipótese, entendeu que a suspensão dos pagamentos pelo devedor foi legítima e que a responsabilidade pela mora deveria recair sobre o credor, que não cooperou com o devedor para viabilizar o pagamento e, assim, cumprir a obrigação contratual, inadimplindo deveres acessórios.

Esses exemplos demonstram, na prática, uma mudança de concepção na análise das relações contratuais e na forma de aplicação do Direito. Primeiramente vê-se que há um maior aprofundamento na análise dos fatos que circundam a relação jurídica, bem como no comportamento das partes. O aplicador da norma não se limita à mera subsunção da norma ao fato, mas parte do fato concreto para aferir as consequências legais aplicáveis ao caso.

A supremacia da autonomia da vontade, que na concepção clássica do contrato tornava-o de obrigatório cumprimento, pela simples razão de a vontade ter sido livremente manifestada, gerando, por isso, obrigações válidas e justas, já não prevalece como outrora.

A atuação do Estado na análise da conduta dos contratantes, limitada tão somente ao aspecto do cumprimento ou descumprimento das obrigações livremente assumidas sem, contudo, fazer qualquer ingerência no seu conteúdo ou no comportamento das partes, salvo se atingisse de alguma forma a vontade declarada, também tem sofrido sensíveis alterações.

A autonomia privada, por certo, não deixou de existir, e é ainda um dos princípios que sustentam a teoria dos contratos no Código Civil brasileiro, tendo os indivíduos liberdade de estabelecer e normatizar suas relações, mas agora obedecendo aos limites impostos pela função social do contrato e pela boa-fé objetiva.

A intervenção do Estado nas relações entre os contratantes, estabelecendo limites para a autonomia privada tem o objetivo de evitar assimetrias decorrentes, sobretudo, de fatores sociais e econômicos que comprometam todo o sistema, e mais ainda, evitar que apenas aspectos de ordem patrimonial sejam valorizados, em patente detrimento da pessoa humana e da promoção de sua dignidade.

O contrato é, por excelência, o instrumento hábil à troca de riquezas na sociedade, atendendo às necessidades humanas e sociais pela distribuição de bens e serviços. Atua, portanto, como instrumento de realização da ordem econômica,

que nos termos do artigo 170 da Constituição Federal, tem por fim assegurar a todos existência digna.

Assim, o contrato na atualidade não pode ser concebido de forma desvinculada das ideias de justiça social, diminuição das desigualdades, erradicação da pobreza, devendo ser antes um instrumento a serviço da realização dos valores constitucionais da dignidade e desenvolvimento da personalidade humana, o que só é possível se houver a preocupação cada vez mais constante com o padrão de conduta ético ao qual deve se submeter as partes do contrato.

Por outro lado, a busca de realização desses objetivos por meio do contrato é cada vez mais difícil diante da economia globalizada, da sociedade onde a pessoa humana é vista tão somente pela figura do consumidor, e o “ter” é mais importante que o “ser”; daí a importância de um sistema jurídico aberto, que permita ao Estado, por meio do Poder Judiciário, intervir nas relações contratuais para estabelecer o necessário equilíbrio e atender aos valores constitucionais, reduzindo as desigualdades socioeconômicas.

O homem deve ser o centro da tutela das relações contratuais, a fim de que haja uma compatibilização com a ordem constitucional. Disso decorre a ligação dos princípios norteadores da teoria dos contratos, enquanto instrumentos de equalização de interesses socioeconômicos, como meio de realização da cidadania, que é decorrência da dignidade humana.

5.3 A justiça contratual no Código de 2002

A ética contemporânea, conforme Adolfo Sánchez Vázquez (2011, p. 284), no plano filosófico originariamente se apresenta como uma reação ao formalismo e ao racionalismo abstrato kantiano, “sobretudo contra a forma absoluta que este adquire em Hegel”.

O pensamento ético mudou, seguindo as mudanças do mundo social decorrentes do progresso técnico e científico que levaram a um questionamento da própria existência da humanidade. A despeito das várias teorias éticas que podem ser enquadradas na concepção de ética contemporânea, as transformações se direcionaram em favor do homem concreto, do reconhecimento do irracional no

comportamento humano e, sobretudo, da busca de uma fundamentação da ética no próprio homem e não no transcendente (VÁZQUEZ, 2011).

Estes novos paradigmas estão presentes nas diretrizes que embasaram o Código de 2002, até porque, o pensamento de Miguel Reale, que presidiu os trabalhos da comissão elaboradora do projeto que desembocou no código é com eles consentâneo.

Com efeito, Reale reconhece a força do homem no processo histórico, na medida em que o homem é o único ser capaz de atuar no processo dos fenômenos naturais, inovando, modificando, fazendo surgir um novo mundo adaptado às suas feições, com “novas formas de ser e de viver”, denominado mundo histórico ou cultural (REALE, 2011, p. 205); em função disso, só o homem é capaz de valorar e, nessa circunstância, o problema do valor coincide com a espiritualidade humana.

E é partindo dessa ideia que Reale analisa a teoria dos valores, entendendo que o problema do valor não pode ser compreendido fora do contexto da História, e a universalidade do ideal ético só pode ser encontrada com base na experiência histórica, ou seja, a partir do concreto.

Ao projetar o seu espírito humano sobre a natureza, o homem confere uma nova dimensão à natureza, dimensão esta que são os valores. Neste projetar-se histórico, esclarece Reale (2011, p. 206), as doutrinas se divergem quanto ao que leva o homem a mover-se neste sentido. “Dirão uns que são as tendências profundamente éticas, outros que é o anseio de liberdade, outros, ainda, que nos determinam necessidades econômicas inelutáveis no sentido de progressivo domínio sobre a natureza”.

Seja qual for, no entanto, a razão que leva o homem a se projetar sobre a história, transformando a natureza, e fazendo surgir um mundo cultural, o fato é que os valores que se encontram nessa dimensão cultural se tornam obrigatórios ao homem porque a ele mesmo representam, como “autoconsciência espiritual”. É só na História que os valores se constituem porque é nela que o espírito se realiza através das experiências das gerações (REALE, 2011, p. 206).

Disso decorre que os valores não são imutáveis porque constantemente renovados pelo desenvolvimento histórico, pelas experiências históricas do homem, pela sua realidade circundante, havendo entre os valores e a realidade uma relação de complementaridade. Por assumirem diferentes expressões ao longo dos tempos,

pode-se afirmar que os valores não são um ideal, algo etéreo, um modelo definitivo, mas se realizam na experiência humana, sempre na relação entre os homens.

Nesse sentido salienta Reale:

Não compreendemos, pois, teoria do valor como algo de formalmente lógico e de esquemático, quase como modelo espectral, mas, ao contrário, só admitimos uma teoria do valor inserido no processo histórico, como momento ou expressão da experiência humana através dos tempos, traduzindo o ser mesmo do homem em toda a sua imprevista atualidade criadora (2011, p. 213).

Para Reale (2011) é a pessoa, enquanto dotada de autoconsciência espiritual, que dá sentido a toda a experiência histórica, de sorte que a pessoa é o valor-fonte de todos os valores.

Dentre as experiências culturais do homem está a experiência jurídica, que decorre da necessidade que tem o homem de proteger aquilo que cria, que transforma e, sobretudo, da necessidade de garantir que continue a criar livremente, e o direito se apresenta como o mecanismo que lhe confere a possibilidade de tutelar o que é valioso, especialmente a liberdade que permite a constante atuação do homem no processo histórico.

Se a experiência é axiológica, conforme sustenta Reale, pode-se, a partir daí, trabalhar com o conceito de conjectura na Ciência Jurídica, do que decorre a ideia de que as verdades são refutáveis, ao contrário do intento positivista que pretendia a exatidão das ciências e a busca de verdades irrefutáveis.

Essa mudança na teoria do conhecimento e que repercutiu no Direito implicou, no campo da Deontica Jurídica, conforme Reale (1998, p. 131), no fato de que se deixou de “considerar os enlaces normativos como relações proposicionais em si mesmas, para levar em conta também a sua referibilidade a elementos fatuais e valorativos”.

Assim, a análise conjectural da experiência não parte de evidências nem de conceitos extraídos a partir dos dados verificáveis da experiência, mas ao contrário, se funda em “juízos de plausibilidade” (1998, p. 132). No campo da experiência jurídica isto implica no fato de que a lógica do direito não é racional, mas uma lógica do razoável.

Nesse contexto, a interpretação do direito e o problema da justiça, por exemplo, devem ser analisados a partir da natureza existencial da experiência

jurídica, e não apenas do ponto de vista do método formal. Há que se reconhecer as mutações jurídicas decorrentes das contínuas exigências da vida humana, e que dificultam a certeza das demonstrações jurídicas.

Apesar do que foi dito até aqui acerca da experiência jurídica, da sua característica de socialidade, da sua dinamicidade, não é possível afastar do Direito a necessidade de parâmetros normativos que garantam certa estabilidade, organizados na forma de um sistema. Para Reale (1998, p.137) “a ideia de ordenamento jurídico, enquanto expressão da experiência jurídica em sua integralidade normativa nasce tanto de razões éticas quanto científicas”, eis que a causa da Justiça se alinha com o ideal da Ciência Jurídica.

A pretensão de uma integralidade do ordenamento jurídico que ao mesmo tempo é ético e científico gera a problemática corrente no Direito, uma vez que leva à ambição de resolver os problemas da justiça a partir das verdades objetivas constantes das normas, o que muitas vezes não atende às necessidades humanas.

Foi nesse contexto e sob a influência do pensamento de Reale que o Código de 2002 foi elaborado, considerando-se o homem como o valor-fonte de todos os valores, e o direito como experiência e não apenas como forma, consoante propõem os positivistas estritos.

A ética do Código Civil de 2002 é a denominada ética da situação, que remete às condições histórico, culturais e sociais nas quais o indivíduo está inserido; sem as quais o homem não pode ser considerado livre na concepção culturalista, eis que não existe fora desse mundo no qual vive.

É por isso que, como já se observou a técnica legislativa utilizada pelo legislador de 2002 é a das cláusulas gerais. Essa técnica possibilita que o aplicador da norma preencha os modelos jurídicos com os valores retirados do contexto histórico social e cultural, partindo-se da experiência e dela transcendendo de forma a obter uma solução que seja plausível, razoável, verdadeira dentro de um determinado momento histórico.

O critério de justiça, portanto, não é aquele decorrente da lei e aferível a partir da consonância da conduta do indivíduo com os preceitos legais. A justiça do contrato na visão do legislador de 2002 será aferida a partir do caso concreto, caso a caso, analisando-se as condutas das partes no seu contexto social, econômico e histórico em que estas estão inseridas, o que de certo modo representa um retorno à equidade Aristotélica, isto é, à justiça do caso concreto.

A análise das condutas praticadas pelas partes em uma dada relação contratual não pode ser analisada tão somente sob o prisma da livre manifestação de vontade, prescindindo da finalidade para a qual a obrigação foi constituída, dos benefícios e malefícios que poderão decorrer para cada contratante e para a sociedade em geral.

A moralidade da relação contratual deverá ser aferida a partir das relações concretas dos indivíduos, que pautados por deveres de lealdade, cooperação, transparência, caminham juntos com vistas a atingirem os fins da relação contratual, e que ao final deve resultar em um equilíbrio para ambas as partes.

Esse equilíbrio, logicamente, não pode partir da ideia da existência de sujeitos formalmente iguais na relação, mas de indivíduos concretos, inseridos em um contexto de diferenças econômicas, sociais, educacionais, jurídicas, diferenças essas que precisam ser identificadas e colocadas às claras diante do conflito em um caso concreto, de modo que com base nos valores sociais vigentes seja possível uma escolha pautada no compromisso moral.

A justiça contratual no Código Reale se efetiva na medida em que referido instrumento sirva como fonte de realização do homem, valor-fonte de todos os demais valores, da sua liberdade e dignidade humana, não em uma concepção individualista, no sentido de realizar interesses exclusivamente individuais, com a exaltação da ação livre, mas em uma concepção social, em que a ação está limitada aos interesses sociais.

CAPÍTULO 6 - CONCLUSÃO

A título de conclusão desta segunda parte da dissertação, que tem como foco o regulamento normativo do contrato no direito brasileiro, podem ser traçadas as seguintes considerações.

Sob a égide do Código Civil de 1916 o contrato estava assentado nos ideais do Estado Liberal e, nessa perspectiva, predominava a autonomia da vontade como o parâmetro de validade do contrato. O ordenamento jurídico brasileiro primava, eminentemente, pelo estabelecimento de regras protetoras da autonomia da vontade e garantidoras da liberdade de contratar.

A ética predominante era, pois, a ética individualista, de sorte que a ideia do justo estava relacionada à garantia da liberdade individual, que permitia aos indivíduos, com total autonomia, regular as suas relações contratuais, na busca da efetivação dos seus interesses individuais, sem qualquer submissão a interesses de cunho social.

Esse direcionamento mudou com a codificação civil de 2002, na medida em que, apesar da normatização ainda estar assentada no princípio da autonomia da vontade e seu corolário lógico, a saber, a liberdade de contratar, o legislador estabeleceu parâmetros limitadores destes princípios, de sorte que a autonomia da vontade não pode suplantar valores sociais, postos, inclusive, como fundamentos do Estado brasileiro.

O formalismo jurídico caracterizador do Código Civil de 1916 deveria ser suplantado pelo Código de 2002, e para tanto o legislador se utilizou de técnica legislativa que conduz à abertura do sistema, permitindo a introdução de valores éticos no ordenamento jurídico.

A ética, antes individualista, caminha no sentido da socialidade, de forma que a solidariedade se coloca na base da justiça da relação contratual, exigindo dos contratantes uma postura de respeito e cooperação com vistas não apenas à concretização dos seus próprios interesses, mas levando em conta, também, os interesses da sociedade na qual estão inseridos.

No entanto, para a concretização dos valores preconizados pelo legislador de 2002, se faz necessária uma participação efetiva do Poder Judiciário na aplicação da lei, que não pode mais se limitar à técnica da subsunção, mas deve atuar de forma criativa na aplicação da lei ao caso concreto; o juiz não pode ser apenas o

“boca da lei”, mas deve criar também o direito aplicável ao caso posto para solução, sob pena da lei se tornar letra morta.

Cabe ao juiz equalizar os interesses das partes da relação contratual, a partir da análise do contexto histórico, social e econômico na qual elas estão inseridas, relativizando, portanto, o dogma da igualdade dos sujeitos perante a lei, caminhando em direção à igualdade substancial das partes.

A atuação do juiz poderá, a depender da maneira como for exercida, corrigir as disparidades das relações contratuais que decorrem do exercício exacerbado da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, facilitado pelo poder econômico que muitas vezes detém uma das partes do contrato.

Nesse contexto, atualmente o justo não decorre apenas do formalismo legal, ou seja, o justo não se traduz na mera adequação do contrato às normas, mas deve haver uma conciliação do aspecto formal com a realidade circundante a cada caso concreto.

PARTE III - SOBRE A RELAÇÃO ENTRE ÉTICA E CONTRATO: JUSPOSITIVISMO E CRÍTICA

As duas primeiras partes do trabalho deram uma visão, ainda que não aprofundada, das bases filosóficas e do contexto histórico e social nos quais se fundaram as primeiras noções do instituto jurídico do contrato, e que serviram de suporte para a sua normatização pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Com a codificação e o surgimento do juspositivismo, o contrato se reduziu a um instrumento técnico formal, indispensável à necessária circulação da riqueza, no âmbito das sociedades capitalistas. No entanto, vê-se que não é possível conceber o contrato como um mero instrumento jurídico formal, cujas regras são estabelecidas no ordenamento jurídico de certo País, sem inseri-lo em um contexto social e econômico.

Ora, diante da finalidade econômica do contrato, que atende de forma mais direta os interesses da classe capitalista e, portanto, da classe dominante, e considerando-se ser o direito resultado da vontade do homem, não é difícil perceber que as normas legais de um modo geral e, portanto, aquelas que regulamentam o contrato tendem a atender aos interesses da classe detentora dos bens de produção.

É, pois, necessário fazer uma análise crítica acerca das normas regulamentadoras deste instituto e, sobretudo, averiguar em que medida princípios como função social do contrato, boa-fé objetiva, dentre outros mecanismos legais, de fato têm o condão de concretizar um ideal de justiça, e que tipo de justiça se trata.

Assim sendo, nesta última parte, em seu primeiro capítulo, far-se-á algumas considerações calcadas na visão da teoria crítica do direito, não com vistas a dar uma solução para o problema da justiça no contrato, mas, certamente, a fim de levar a uma reflexão que talvez possa conduzir a transformações efetivas em uma sociedade que ainda coloca a sua confiança na lei. O último capítulo consiste em uma conclusão final do trabalho, a partir dos diversos pontos de vista aqui analisados.

CAPÍTULO 7 - CONSIDERAÇÕES FINAIS SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA CRÍTICA

O desenvolvimento humano ao longo dos tempos trouxe consigo uma série de fatores que tiveram implicação direta na tradicional forma de pensar o direito, uma vez que as verdades metafísicas, teológicas e racionais que fundamentaram o conhecimento e o direito não conseguem mais responder às necessidades que se apresentam atualmente. Segundo Wolkmer (2001, p.1), “os modelos culturais, normativos e instrumentais que fundamentaram o mundo da vida, a organização social e os critérios de cientificidade tornaram-se insatisfatórios e limitados”.

O capitalismo com o seu modo de produção, sobretudo, foi o fator determinante para o estabelecimento de uma nova racionalização que, de certa forma, trouxe consigo a desumanização da sociedade, e do ponto de vista estritamente do Direito gerou uma crise nos dois paradigmas centrais da ciência jurídica, a saber, o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, exigindo a busca de uma nova forma de pensar que tenha o condão de se afastar da racionalidade técnico-instrumental até então predominante, mas já inadequada aos padrões atuais.

Apesar de as críticas feitas pelo juspositivismo jurídico às escolas que o precederam, e a sua tentativa de afastar do âmbito da validade do direito quaisquer fenômenos de ordem moral e ética, de forma a dar-lhe um caráter científico, a doutrina positivista não foi capaz de sustentar e de explicar integralmente a validade e legitimidade do direito sem levar em consideração aspectos outros da questão da justiça, que não aquele fundado na norma positivada e na sua correta aplicação.

De fato, em que medida é possível pensar e entender o direito a partir apenas do aspecto técnico-formal, sem atentar para a realidade, isto é, para as relações sociais que serviram de base para a sua criação e, sobretudo, para a existência de leis morais que regulam a vida em sociedade? É possível desvincular o direito positivo de uma fundamentação anterior sem esvaziar o seu conteúdo e, sobretudo, sem afastá-lo da justiça, algo fundamental para a sociedade? E como pode ser analisado juridicamente um instrumento nascido da realidade social como o contrato, sob o aspecto meramente técnico-formal?

Estas são apenas algumas das questões que podem ser formuladas e que coloca em evidência a dificuldade de se entender o Direito apenas sob o ponto de vista do positivismo estrito e seu formalismo normativista. Por outro lado, a

racionalidade liberal-individualista que nasceu no século XVIII e que fundamentava o Direito tão somente na razão, também não é capaz de atender aos anseios de uma sociedade de massa tal qual hoje se apresenta e que desafia a forma geométrica de aplicação do Direito.

Já se percebeu que o Direito não prescinde de uma abordagem sociológica, estrutural e valorativa, antes todos esses aspectos se fundem e se complementam, de sorte que se deve buscar uma aproximação entre as normas constantes do sistema jurídico e aquelas normas que apesar de não o integrarem fazem parte da vida social, de modo que não se forme um abismo entre a estrutura normativa estatal e as práticas sociais. Segundo o pensamento de André-Jean Arnaud o social influencia o jurídico antes mesmo da criação da norma.

Assim, o conhecimento do Direito não pode prescindir de outros conhecimentos para se fazer completo; a interação com a história, a sociologia, e os demais conhecimentos e metodologias é uma necessidade que se impõe atualmente como forma de entender a completitude do fenômeno jurídico, que não pode se fechar nos limites impostos pelo dogmatismo.

Tomando-se por base o contrato, instrumento jurídico-formal analisado no presente trabalho, já foi dito que ele nasce da realidade social e se constitui, sobretudo, em uma operação econômica, o que exige uma necessária interação do sistema jurídico com a realidade socioeconômica no qual referido instrumento está inserido, sob pena de o direito não conseguir dar respostas adequadas aos conflitos que surgem nas relações contratuais.

A complexidade que vem assumindo tais relações no contexto histórico, social, econômico e cultural, a toda evidência, não se amolda na forma de pensar do racionalismo moderno do século XVIII no qual surgiu a teoria contratual clássica, calcado no individualismo e na igualdade formal, tampouco à concepção tecnoformal do juspositivismo estrito. É cada vez mais premente a exigência de uma interação entre a teoria e a práxis.

As relações sociais nem sempre enquadradas no sistema jurídico-normativo geram consequências jurídicas que não podem mais ser olvidadas, sob pena de o Direito não atender à função de regulação da vida social e, a toda evidência, a lógica formal do normativismo estrito, com a maneira engessada de interpretar e aplicar o direito não atende às necessidades desta nova realidade.

No caso das relações contratuais, em que o próprio sistema jurídico trabalha com a atipicidade, as inúmeras figuras contratuais que surgem a cada dia no âmbito da complexa sociedade capitalista de massas, com práticas absolutamente distantes da autonomia privada clássica, é um desafio aos paradigmas tradicionais do Direito e à sua sistematização.

É necessário, pois, escancarar as portas da realidade e analisar em que medida o Direito tem contribuído para a manutenção de uma sociedade permeada por desigualdades sociais e econômicas ou para a transformação dessa realidade na busca de uma justiça verdadeira; em que medida tem sido a fonte legitimadora do poder social, econômico e político, ou tem buscado desarticular essas forças em prol de uma sociedade solidária.

A formulação de uma teoria crítica do direito é importante no sentido de revelar os interesses e contradições da estrutura normativa, muitas vezes dissociada da realidade subjacente, levando a uma reflexão com vistas a romper com certas tradições legalmente postas e tidas por verdadeiras, tal como a primazia da lei como forma de garantia dos indivíduos, mas que não mais atendem às necessidades sociais presentes.

A ideia não é construir um novo direito, conforme esclarece André-Jean Arnaud (1991, p. 24), mas sim “reintroduzir a prática jurídica na vida política, e mostrar que as relações interindividuais nunca são neutras, mas sempre vinculadas às relações sociais”.

Redefinir posturas e diretrizes, no dizer de Wolkmer (2001, p. 20), “não mais destinadas a manter a segurança, a eficiência e a dominação do poder normativo vigente, mas a executar a prática político-social de uma cultura jurídica inclinada a construir uma sociedade democrática” é a tarefa da teoria crítica do direito, que deve superar o idealismo e o formalismo lógico-positivista que sustentaram a teoria jurídica ao longo dos tempos; o formalismo normativista comprometido com o poder dominante e com mitos que alienam o indivíduo precisa ser revisto, com vistas à construção de um Direito justo à realidade que se apresenta.

É necessário esclarecer, contudo, que a teoria crítica do direito não é um bloco monolítico, mas compõe-se de várias correntes fundadas em bases epistemológicas ou perspectivas metodológicas distintas, como as da análise sistêmica, dialética, semiológica e psicanalítica, mas essas correntes têm em comum

o fato de criticarem as funções político-ideológicas exercidas pelo normativismo estatal.

Cada corrente teórica, a seu modo, intenta reavaliar e questionar a tradicional racionalidade jurídica assentada no individualismo formalista e na estrutura lógico-formal de normatividade burguesa, reconhecendo que o fenômeno jurídico não pode ser neutro, sob pena de servir como instrumento de justificação para aqueles que estão no poder, e ademais, não pode se constituir em ciência de verdades absolutas, fadada ao insucesso, na medida em que não acompanha as transformações políticas, sociais e econômicas do mundo capitalista globalizado.

O ideal jurídico da crítica sustenta Wolkmer (2001), é redefinir os horizontes, constituído da linguagem normativa repressora e ritualizada, com a finalidade de atribuir novos instrumentos para o esclarecimento e a emancipação dos sujeitos históricos na sua condição de dominados e excluídos.

Nos capítulos 4 e 5 foi abordada a mudança de paradigmas da codificação do Direito Privado, mas, apesar disso, ainda se está sobre as bases de uma concepção positivista de direito. Será possível afirmar que esta mudança de concepção da codificação terá o condão de construir um discurso jurídico com menor grau de abstração técnico-formalista? Que a aplicação da norma conduzirá a um critério de justiça substancial? Ou será que continuará a servir de instrumento para a manutenção de desigualdades e legitimação do poder político e econômico?

Especificamente no âmbito do objeto deste estudo, a inserção de novos princípios a reger as relações contratuais, será eficaz para cumprir o objetivo proposto pelo legislador de 2002, de conduzir à justiça no contrato, ou se traduzirão tais princípios em mecanismos ideológicos que servirão apenas para mascarar a realidade de tais relações?

Não será esta apenas uma tentativa pacífica de transformar a sociedade pelo direito e, assim, evitar a luta de classes, sem colocar em risco a tão sonhada paz social, fazendo com que a fração da sociedade marginalizada pelo poder econômico se sinta relativamente protegida, mas no fundo, mantendo-se a ordem burguesa? Estes são questionamentos sobre os quais é necessário refletir, não para obter uma resposta que se pretenda verdadeira, mas com vistas a uma progressiva transformação.

Representante do movimento crítico francês, Michel Miaille (1994) chama a atenção para a existência de um idealismo entre os juristas, consubstanciado na

circunstância de as noções de direito serem focadas nos fatos, com total abstração do contexto social. Embora reconheçam os juristas o peso das estruturas sociais, subordina-as ao seu sistema de pensamento, transformando as ideias no fundamento da realidade.

Nesse diapasão, a partir de como as coisas se apresentam, os juristas formulam conceitos, noções abstratas, que têm a pretensão de traduzir a representação do mundo jurídico, no entanto, trata-se de uma representação ideológica que não permite uma explicação do por que das coisas, revelando uma dissociação do mundo jurídico e da realidade social e histórica no qual o fato está inserido.

A partir de certas relações sociais concretas, sob o aspecto jurídico chega-se à conclusão, por exemplo, da existência de um contrato, mas reduz-se a ideia de contrato à existência de um acordo de vontades, abstraindo-se totalmente da realidade circundante que gerou o contrato. Assim, a ciência jurídica, tal qual se apresenta, leva a um afastamento da relação social concreta, para reduzi-la a uma abstração jurídica que se transforma em realidade.⁵⁹

O erro dos juristas, segundo Miaille (1994) é o de explicar as noções de direito por outras noções ideais, sem entender que as ideias são necessárias apenas como um mecanismo de passagem para a explicação do que é real. Em função disso, o mundo jurídico cada vez mais imerso em abstrações, idealismos e formalismos, se afasta do contexto social e histórico do qual é parte.

Uma das causas que se apresenta para esta abstração jurídica é o uso da linguagem e o discurso jurídico que é formulado, cujo grau de especialização confina o conhecimento, de sorte que nas palavras de Fachin (2000, p. 246) “nela há um saber que se basta, a si mesmo se referencia, gradua as questões pelas respostas que dispõe e se arma mediante teia conceitual”.

Assim, uma reflexão sobre a questão da linguagem pode ser um dos meios a ser utilizado para a transformação do conhecimento do Direito, a partir da análise crítica de como os institutos fundamentais do Direito, como o sujeito e o objeto podem ser reconhecidos na vida e na história, isto é, como se desenvolveram as relações sociais. Em outras palavras, deve-se partir da análise das relações sociais

⁵⁹ Nesse sentido, Miaille (1994, p. 51) diz o seguinte: “Na verdade, pensam que a ciência jurídica vai analisar as relações que mantêm o imaginário e o real e, a partir deste trabalho, explicar simultaneamente o funcionamento da imagem e o da vida social real? Nada disso! Por mais aberrante que isso pareça, a ciência jurídica vai tomar como certa a imagem que lhe transmite a sociedade e tomá-la pela realidade.”

para se chegar ao real entendimento do que seja o sujeito, o objeto, e os demais institutos do Direito, que não podem ser entendidos como mera abstração.

O conhecimento do direito tendo por objeto o estudo das regras, de forma isolada de todos os demais fenômenos sociais, consoante proposta do positivismo jurídico, dá apenas uma visão parcial do fenômeno jurídico, já que o dissocia das condições da produção econômica, das relações sociais, das relações políticas. Um sistema jurídico perfeito sob o aspecto técnico-formal não dá a real noção do que é o direito, tampouco leva à perfeita conciliação dos conflitos sociais que é uma de suas funções.

Baseado na doutrina marxista, Miaille (1994) entende que o direito deve ser estudado a partir do modo de produção de uma determinada sociedade, entendendo-se como modo de produção a maneira pela qual uma determinada sociedade se organiza para produzir a vida social; disso decorre que o direito produzido por determinada sociedade difere daquele produzido por outra, já que os modos de produção podem ser distintos em uma e outra.

Nessa circunstância, segundo as concepções marxistas, as regras do direito não podem ser explicadas por si mesmas, tampouco com fundamento no espírito, mas tão somente a partir das razões da sua existência e do seu desenvolvimento. Nas palavras de Alysson Leandro Mascaro, é a totalidade das relações sociais concretas, e que varia segundo a história, que terá o condão de explicar as regras do direito, ou seja, as razões do direito são encontradas na realidade das relações sociais.

Segundo a teoria marxista as relações de produção capitalistas, garantidas pelo Estado, é que determinam e explicam o direito, de modo que o direito é tão somente o mecanismo sustentador do capitalismo, sem qualquer correspondência com o justo.

A condição para o funcionamento do capitalismo, esclarece Miaille (1994, p. 118), é a “atomização”, isto é, a sociedade ideologicamente representada por indivíduos separados e livres, que no âmbito jurídico receberam a forma jurídica de sujeitos de direitos, capazes de livremente manifestar a sua vontade e dispor da sua força de trabalho. Mas a ideia de liberdade do indivíduo a partir da categoria sujeito de direito não é senão uma ideologia, uma falsa representação da realidade.

Isso se percebe claramente nas relações contratuais, no âmbito das quais essa pretensa liberdade dos sujeitos de direito que livremente podem manifestar a

sua vontade na realização de negócios que atendem a seus interesses, não é senão uma ideologia, na maioria dos casos, a sustentar a desigualdade e o poder econômico por trás dessas situações.

A verdade é que a moldura representada pelo Direito não integra todos os comportamentos visualizados em fatos concretos e que geram efeitos jurídicos, eis que o Direito exclui certas relações jurídicas que não deseja disciplinar, mas que, no entanto, precisam ser valoradas. Esses comportamentos das relações sociais indicam, segundo Fachin (2000, p. 202), “uma sugestão de ruptura com o sistema, que pode ser uma mudança menor, muitas vezes operada pelo sistema”.

Obviamente não se pretende que o Direito contemple todas as possíveis situações que possam existir, mas deve se abrir de certa forma para abarcar aquelas situações que previstas ou não, geram efeitos jurídicos⁶⁰, valorando dados da realidade, de sorte a não se limitar às formas jurídicas conceituais pura e simplesmente.

Jurídica não pode ser considerada apenas a relação contemplada pelo sistema que, valorando certos fatos dá-lhes a natureza de jurídicos, mas todos aqueles comportamentos sociais que embora não emoldurados no sistema repercutem no mundo jurídico.

De certo que não devem ser descartados todos os conceitos até aqui construídos pela ciência jurídica, ignorando o valor que têm, mas é preciso repensar, reformular tais conceitos⁶¹, dando-lhes novo sentido que coadunem com a realidade, a fim de servir a um novo sujeito de direito, não aquele abstrato, impessoal que foi construído para dar sustentação ao Direito e aos interesses capitalistas, mas ao homem concreto, ao cidadão, envolvido em um feixe de relações sociais, na concretização de seus valores e direitos fundamentais.

O conceito de contrato como acordo de vontades livremente manifestadas por sujeitos iguais, por exemplo, nada mais é do que uma abstração que de há muito não se enquadra nas relações sociais concretas, das quais emergem situações e

⁶⁰ “A clara evidência da crise é o reconhecimento de que se operam relações no plano da dobra do direito, ou seja, no não-direito. Fatos acabam se impondo perante o Direito. Não é o Estado que regula todas as condutas, nem tampouco produz todas as normas nas quais aquelas vão se subsumir. Há condutas que desenvolvem comportamentos não adredemente regulados, e, ainda, aquelas que se chocam com uma regulação anterior. Esses comportamentos impõem uma transformação no regulamento anterior, uma nova regulamentação, nem sempre apenas adequação de significados. Às vezes, há ruptura substancial dos padrões e não tão-só “ressignificações” (FACHIN, 2000, p. 224).

⁶¹ “Só há interlocução entre o Direito e a Sociologia, entre o Direito e a História, com a quebra da segurança desses conceitos” (FACHIN, 2000, p. 204)

comportamentos totalmente alheios a essa abstração jurídica, que reconhece apenas parte da realidade,⁶² fechando-se em seu mundo de supostas verdades.

É preciso repensar este conceito para enxergar nas relações sociais as situações em que a manifestação de vontade se reduz à adesão aos termos de um contrato previamente elaborado, de regra por sujeito que detém maior poder econômico e, por isso mesmo, em situação de patente desigualdade.

O projeto de homem individualmente considerado, que poderia autorregulamentar seus interesses privados em condições de igualdade perante a lei com outro sujeito, e que serviu de sustentáculo para o modelo clássico de Direito também já não se coaduna com a atualidade, o que demonstra uma total desfiguração do sistema.

No âmbito do Direito Civil os fatos concretos, as relações sociais concretas já vinham se desincumbindo de impor novas feições às instituições básicas como a família, o contrato e a propriedade, e isso repercutiu na codificação de 2002, na medida em que o legislador buscou transformar a visão do sistema individualista, funcionalizando institutos como o contrato, a propriedade, transformação esta necessária até mesmo para se alinhar ao espírito da Constituição de 1988.

A mudança de um código para outro, contudo, não significa que se operou uma completa transformação no sistema jurídico brasileiro; a mudança não se opera se o sistema continuar fincado em abstrações emolduradas na forma de regras e princípios que não acompanhem a história da mudança dos valores, ignorando a vida real.

É bastante comum a tendência do jurista de tentar mudar a realidade jurídica pela alteração da legislação, da técnica legislativa sem, contudo, buscar um entrosamento dessas mudanças com a realidade social, econômica e política, sem refletir sobre os reais fundamentos das instituições jurídicas, de sorte que a mudança é meramente legal, mas não de estrutura, o que significa dizer que tudo se mantém da mesma forma.

⁶² Luiz Edson Fachin (2000, p. 195) ressalta: “Parece fundamental, todavia, abandonar-se a postura da segurança dos conceitos, uma vez que, em uma certa medida, as explicações segmentadas conduzem a uma banalização da complexidade dos problemas. Hoje, mais do que nunca, deve o estudioso afeiçoar-se a perguntas sem respostas. A exemplo, as decorrentes do trânsito jurídico, nas relações de massa, e as derivadas da titularidade do próprio ser humano sobre as coisas, uma “invasão” legitimada pelos pactos.”

Mantendo-se as estruturas que sustentam o ordenamento jurídico nenhuma mudança é promovida, mesmo que se pregue a superação do individualismo em prol de uma tendência mundial de justiça distributiva calcada na solidariedade social.

Há quem acredite⁶³ que a formulação de um sistema aberto se revela um mecanismo eficiente com vistas a uma transformação na forma de pensar e aplicar o Direito, na medida em que a abertura é coerente com a diversidade. Foi nesse sentido que caminhou o legislador de 2002, consoante já apontado alhures, buscando formular um sistema aberto, utilizando-se da técnica legislativa de cláusulas gerais, consideradas válvulas para exigências ético-sociais (FACHIN, 2000).

Nesse sentido, parece que o legislador focou a mudança do código tão somente na famosa crise de valores, deixando em segundo plano as dimensões econômicas e sociais geradoras, sem sombra de dúvida, de crises na sociedade com imediata repercussão no sistema jurídico.

Um sistema aberto, pelo menos em tese, permite sua constante atualização, na medida em que a valoração de fatos da vida, isto é, elementos que adquirem novo significado social, vão sendo abarcados pelo sistema jurídico, rompendo com o velho padrão de aplicação do direito de mera subsunção da norma ao fato.

Nos contratos, segundo Fachin (2000), a valorização de elementos como boa-fé, confiança, a tutela da aparência, mudança dos sentidos de comutatividade, igualdade, revelam uma mudança de concepção em que a segurança jurídica perseguida pelo sistema começa a ceder lugar a outros valores, já que os novos parâmetros se fundam na pessoa e na realização de suas necessidades fundamentais, quer de ordem pessoal quer de ordem coletiva.

Nesse diapasão, a justiça contratual que é buscada atualmente é a justiça comutativa, relacionada com o equilíbrio das prestações; segundo Fachin (2000, p. 297), “a denominada justiça contratual implica uma espécie de acesso de igualdade e de oportunidade: todo sujeito de direito pode contratar. Isso, entretanto, não pode levar a concluir que todos são efetivamente iguais, pois diz respeito a um conceito de justiça meramente formal.”

A ideia de igualdade substancial, por sua vez, implica no reconhecimento de desigualdades e, nesse sentido, para se atingir a igualdade substancial necessário

⁶³ Judith Martins-Costa e Luiz Edson Fachin trabalham com a ideia de abertura do sistema como método para uma mudança.

se faz olhar para a realidade circundante, identificar as desigualdades para, a partir delas, estabelecer a igualdade. Assim, por exemplo, nos contratos entabulados nas relações ditas de consumo é preciso entrar na realidade do consumidor e reconhecer a sua hipossuficiência, de modo a igualar as suas condições àquelas do fornecedor.

Nesse sentido, haveria por parte do legislador de 2002 uma mudança de paradigma em relação à clássica teoria contratual pós Revolução Francesa, em que a justiça contratual se consubstanciava tão somente no dogma da autonomia da vontade emitida por sujeitos formalmente iguais. Mas a questão que continua em aberto é a de saber se a alteração da lei efetivamente gera uma transformação nas relações contratuais.

A valoração do comportamento no âmbito do contrato, tutelando a confiança implica no reconhecimento, segundo Fachin (2000, p. 233), do comprometimento axiológico da análise jurídica, em um movimento de “repersonalização”, bem como da superação do sistema clássico, mas há que se tomar o cuidado de não cair no plano meramente das ideias.

Por outro lado, assevera, pode-se verificar de forma crítica, que se os comportamentos jurídicos são informados pelo que se chama de válvula ético-social, a ética de que se fala é a dos valores daquele momento, e isso implica em uma conduta histórica que não ultrapassa o seu contexto; nesse sentido, mais uma vez crítica, por entender que nem sempre uma análise do comportamento ético pode prescindir de uma avaliação que ultrapasse aquele dado momento cultural, já que este é condicionado pelos valores dominantes (FACHIN, 2000).

De toda sorte o que se verifica no atual Código Civil brasileiro é uma preocupação com um aspecto ético, que passa a integrar o sistema jurídico, fazendo cair por terra a velha concepção de que Direito e Ética não podem ocupar o mesmo espaço no estudo científico do Direito.⁶⁴ Nesse sentido parece que foi dado um passo adiante na forma de enxergar o Direito.

Nas relações contratuais essa imbricação se dá, sobretudo, pelo princípio da boa-fé objetiva, valorando os comportamentos dos sujeitos contratuais, que resgata questões como fidelidade contratual que não mais se restringirá à simples ideia de

⁶⁴ “(...) percebe-se que, de modo geral, os comportamentos jurídicos são valores, impregnando o ordenamento jurídico nesta passagem entre séculos, mais do que nos dois séculos anterior, com uma presença decisiva e crescente de uma dimensão ética do comportamento jurídico” (FACHIN, 2000, P. 311).

estrito cumprimento do pacto firmado, mas irá transcender para a busca da finalidade do contrato que será encontrada em cada situação concreta.

Mas apesar do necessário reconhecimento de que foi dado um passo adiante pelo legislador de 2002, quando adotou uma técnica legislativa mista, com base nos métodos da casuística, de conceitos legais indeterminados e das cláusulas gerais que possibilitam a valoração de comportamentos, não se pode afirmar categoricamente que haverá uma total transformação do direito que, doravante, cumprirá a função de realizar a justiça no contrato.

Apona Nelson Nery Jr. (2003, p. 410) como desvantagem da cláusula geral, valendo-se dos ensinamentos de Wieacker, o fato de que ela “pode servir de pretexto para o recrudescimento de ideias, como instrumento de dominação por regimes totalitários ou pela economia capitalista extremada.”

Já foi dito que a figura do juiz na aplicação da norma elaborada sob a técnica da cláusula geral é fundamental e, nesse sentido, pode haver uma frustração nas expectativas que são colocadas na aplicação da boa-fé objetiva como forma de obtenção de justiça nas relações contratuais, porquanto há ainda um forte apego dos aplicadores do direito a uma interpretação puramente jurídica, incompatível com a boa-fé e, portanto, com a pretendida justiça contratual a ser concretizada por essa via.

A técnica legislativa da cláusula geral exige um novo método de raciocínio na aplicação da norma, consoante aponta Judith Martins-Costa:

A modificação da técnica legislativa – pela introdução de cláusulas gerais, pela utilização, na formulação das normas jurídicas, de termos dotados de ampla vagueza semântica (os denominados “conceitos jurídicos indeterminados”), pela inserção nas Constituições e nas leis de um grande número de princípios valorativos ou ainda pela adoção de “normas-objetivo” que implementam políticas públicas – alteram, substancialmente, o tipo de raciocínio hábil à aplicação do direito, exigindo a convivência do tradicional raciocínio lógico-subsuntivo com a chamada concreção ou concretização das normas, com o que se tem um método de raciocínio produtivo” (2000, p. 33).

Sendo assim, se não se operar essa mudança de raciocínio na aplicação do direito a mudança da codificação restará inócua; e há que se reconhecer que de fato ainda há um apego dos operadores do direito ao raciocínio tradicional de aplicação

do direito, isto é, um apego ao método da exegese, que pode ser um empecilho ao progresso.

A interpretação das cláusulas gerais, por outro lado, podem levar a uma discricionariedade absoluta e a impossibilidade de controle das decisões judiciais se não for realizada de maneira adequada, isto é, mediante o preenchimento dos modelos jurídicos a partir de valorações objetivamente válidas no âmbito social. Em outras palavras, não pode o juiz criar normas jurídicas arbitrariamente, mas deve preencher o conteúdo da norma fundamentando-se nas valorações sociais objetivamente consolidadas pela moral social.

André-Jean Arnaud (1991) ao tratar da interpretação jurídica distingue três tipos de sistemas jurídicos, dentro dos quais a interpretação jurisprudencial dispõe de um grau maior ou menor de flexibilidade. Apresenta um sistema que ele denomina de *toga*, no qual o jurista é um intérprete nato e tem grande importância; um segundo sistema cuja característica principal é o fato de ser fechado em razão da organização lógica com que se apresenta em que a interpretação é mantida em limites estreitos; e um terceiro sistema dotado de abertura, que visa conciliar a flexibilidade do primeiro, na tentativa de manter-se adaptado às necessidades práticas e o rigor científico do segundo.

Assim como o citado autor chegou à conclusão de que na França convivem os dois últimos sistemas, pode-se concluir que hoje no Brasil a mesma situação é percebida, haja vista que formalmente o conjunto das regras do Direito está organizado na forma de um sistema com “coesão interna a partir de alguns axiomas” – sistema fechado -, contudo, orientando-se em direção a um sistema aberto aos problemas econômicos e sociais.

Disso decorre, segundo Arnaud (1991), a crescente incoerência do Direito, na medida em que participa de dois sistemas que são inconciliáveis, pois a coerência formal não pode conviver com a realidade viva e múltipla. E salienta que a maior parte dos juristas tem seu espírito ligado ao sistema formal e consideram sua tarefa como uma “missão”. Eis, aí, um problema a respeito do qual é necessária uma reflexão, se efetivamente o objetivo é a busca de transformação.

Juristas marxistas, conforme aponta Arnaud, consideraram a interpretação como um instrumento da contradição no Direito burguês, porquanto segundo eles:

a interpretação pode chegar a esvaziar de sentido ou reduzir a importância das disposições legais progressistas, ou mesmo dar um texto um efeito diametralmente oposto ao objetivo que lhe conferia o legislador, ou mesmo fazer fracassar uma lei reacionária ou refrear sua aplicação, ou ainda talvez – como no caso da obra do “bom juiz” Magnaud – ter um papel criador (1991, p. 199).

Assim, se é louvável uma mudança da legislação baseada no resgate de valores morais que se traduzem em deveres, não é possível afirmar que desta alteração decorrerá a solução para os problemas da justiça social, e mais especificamente, da justiça no contrato, se outros elementos, a exemplo da função da interpretação, não contribuírem para isso. Mas não é qualquer tipo de interpretação, mas aquela que rejeitando a ideologia em que se sustenta o Direito cria, fundada sobre a realidade, um sistema de relações jurídicas capaz de levar ao progresso.

É ainda nítido, consoante alerta André-Jean Arnaud (1991, p. 177), que “os jogos de interesses e de poderes, as coalisões destinadas à apropriação ou à gestão dessas riquezas de produção, tecem redes que ultrapassam as estruturas tradicionais previstas pelos direitos em vigor”. Sendo assim, há que se buscar mecanismos que unam essas duas pontas da realidade, de modo que o Direito de fato tenha o condão de regular as relações sociais, sendo apto a “dominar a *complexificação e mundialização* das relações sociais” (ARNAUD, 1999, p. 151).

Aquele direito produto do pensamento moderno dos séculos XVII e XVIII, caracterizado pela *abstração, axiomatização, simplicidade, segurança das relações jurídicas, separação da sociedade civil e do Estado, universalismo e unidade da razão jurídica* precisa de transformação, consoante Arnaud, para se caracterizar

por uma vontade de *pragmatismo* e de *relativismo*, pela aceitação do *descentramento do sujeito*, por uma *pluralidade das racionalidades*, pelo *risco* que lhe é inerente, pelo *retorno da sociedade civil* e pela apreensão das relações jurídicas na *complexidade* das *lógicas bruscamente estilhaçadas* (1999, p. 202).

Em outras palavras, o modo de pensar e de aplicar o direito como forma de abarcar as complexidades da sociedade atual é fundamental para que chegue a relações socialmente justas, entendendo-se que olhar apenas para as relações internas à ordem jurídica não é suficiente para a resolução dos conflitos.

O pragmatismo como um novo norte do direito, conforme Arnaud (1999, p. 209), está justamente no fato de estabelecer as práticas sociais como base para a regulação social com “auxílio de políticas conjunturais”, afastando dos conceitos centrais que levam à generalização da ciência jurídica. Por outro lado, a ideia de descentramento do sujeito resgata a noção de direito como a “relação justa entre as coisas”, tirando o foco direto dos direitos do homem para os direitos sociais.

Assim, a ideia é se buscar uma interação cada vez maior do direito com a realidade circundante, de sorte que este atinja de fato o objetivo de ser instrumento de realização da justiça, e não apenas um instrumento sustentador dos interesses capitalistas.

CAPÍTULO 8 - CONCLUSÃO FINAL

A presente pesquisa jamais pretendeu chegar a uma solução para o problema da justiça no âmbito das relações contratuais, mas tão somente refletir para analisar de onde se partiu, aonde se chegou até agora, e para onde é possível caminhar em busca de melhorias, aproveitando o passado naquilo que tem de bom, porém criticando e renovando aquilo em que não se vislumbrou senão ideologias.

Partiu-se da ideia prevalecente no século XVIII, em que a autonomia da vontade se constituía na base das relações contratuais, atribuindo-lhe validade e obrigatoriedade, e na justiça fundada tão somente na livre manifestação de vontade, passando pelo contrato como instrumento técnico-formal, tendo a lei como fonte de sua validade e justiça, para se chegar, atualmente, à concepção de contrato ainda fundada na lei, mas em busca de uma justiça que não se resuma à abstração da doutrina positivista.

Na perspectiva jusnaturalista de fundamento racionalista, o contrato era considerado a própria razão do Estado, do Direito e da sociedade, e a justiça era-lhe ínsita, na medida em que garantia a autonomia da vontade e, portanto, a liberdade. O justo, portanto, não correspondia ao bem, mas se limitava ao plano das convenções humanas, ou seja, desde que livremente convencionado dizia-se justo.

A ética predominante era a ética individualista, partindo-se do indivíduo como o centro para onde deveriam convergir todas as coisas, o que levava à ideia de que os interesses individuais eram aqueles que deveriam ser atendidos em primeiro lugar, garantindo, assim, a liberdade do indivíduo. O contrato era o instrumento que, por excelência, garantia os ideais liberalistas e a estabilidade desejada nas relações.

Essa relação entre ética e contrato se verificou na codificação brasileira de 1916, que também preconizava os ideais liberais. A livre manifestação de vontade, garantidora da liberdade individual era o que conduzia à justiça do pacto que, por essa razão, se tornava obrigatório.

Com a primazia da lei em detrimento de um direito natural, o tecnicismo formal que passou a caracterizar o direito levou a uma nova concepção de justo fundada na lei. O direito passou a ser sinônimo de lei e esta, por sua vez, na conformidade da vontade do legislador, regula aqueles fenômenos sociais que entende serem importantes, tal como as relações negociais, fundamentais em uma sociedade capitalista que tem na circulação da riqueza a fonte do lucro.

Assim, contrato justo passou a ser o negócio realizado sob a observância do regramento legal, independente das motivações que levaram os contratantes a realizarem o ato, de sorte que a observância da técnica jurídica implica na justiça do pacto. Mas como o Código Civil brasileiro de 1916 estava assentado no dogma da autonomia da vontade, o justo decorrente da lei também se lastreava na liberdade de contratar, decorrência lógica da autonomia.

Estas foram as bases nas quais se assentaram o contrato e a justiça do contrato e que, de certa forma, apesar das tentativas de mudanças ainda estão arraigadas no direito brasileiro.

A codificação do Direito Privado de 2002, fruto das mudanças sociais e econômicas ocorridas na sociedade brasileira nas últimas décadas, tentou imprimir uma nova roupagem para as relações contratuais, inserindo nas normas legais que as regulam, exigências de ordem moral, com vistas a garantir a justiça dos pactos, não mais uma justiça formal, mas substancial.

Buscou o legislador de 2002 unir a técnica formalista do direito com a realidade, de modo a permitir que de fato haja a solução dos conflitos, não segundo as abstrações ou ideologias legais, mas a partir da concretude dos fatos postos para solução e da realidade circundante.

Embora estabelecendo novos paradigmas, não se pode esquecer que a legislação e toda a construção do direito ainda está fortemente vinculada aos preceitos juspositivistas; o objetivo de suplantar o formalismo e o individualismo pela inserção no sistema normativo de valores éticos, por si só, não conduz à realização da justiça.

Assim, o simples fato da norma exigir uma atuação segundo os padrões da boa-fé, e limitar a liberdade contratual à realização da função social do contrato não significa uma efetiva mudança de concepção, mas talvez, o início dela.

Como dito, o contrato é um instrumento cujo conceito não se limita ao aspecto jurídico, mas, antes, tem dimensão eminentemente econômica, a servir aos interesses da classe capitalista. Por isso, a visão que se deve ter da alteração legislativa, embora louvável, não pode ser uma visão romântica, mas crítica.

A introdução de valores éticos no Código Civil brasileiro, especialmente no âmbito das relações obrigacionais, com objetivo de, por meio das cláusulas gerais da boa-fé e da função social do contrato realizar o valor justiça, só terá o condão de operar uma transformação se houver uma mudança na própria estrutura social e,

além disso, na cultura e formação dos julgadores, que deverão atuar como criadores da norma a ser aplicada no caso concreto; para tanto, muitos dogmas precisam ser superados, especialmente o da segurança jurídica.

Para a concretização das cláusulas gerais que conduziram à justiça dos pactos, necessário se faz uma imersão na realidade socioeconômica, aproximando o direito da realidade, deixando de lado as abstrações formais que apenas mascaram as injustiças perpetradas sob o manto da legalidade.

A abertura do sistema levada a efeito pelo legislador de 2002 não deixa de ser uma conduta a ser aplaudida, mas ela não será consolidada se não houver ampla participação do Poder Judiciário quando da aplicação da lei, que deverá se voltar para as relações sociais concretas, fazendo uma ponte entre a realidade e o direito, em prol da realização de valores sociais. Será preciso coragem para enfrentar o poderio econômico e, até mesmo, abalar a tão sonhada segurança jurídica fincada na lei.

Em uma economia de mercado o jogo econômico, diz Arnaud citando Hayek (1999, 123), “somente a conduta dos jogadores pode ser justa, não o resultado”. Mas sendo justa a conduta dos jogadores no âmbito das relações contratuais, independente de previsão legal, essa conduta talvez tenha o condão de modificar as estruturas sociais, influenciando, inclusive a forma de o Estado organizar e pensar o direito, reconhecendo a insuficiência da codificação para regular uma sociedade cheia de contradições.

Mantendo-se as estruturas, a cultura jurídica, a forma de pensar e entender o direito, a técnica legislativa das cláusulas gerais, que estabelece princípios como boa-fé objetiva e função social dos contratos, podem antes servir de meio para conduzir ao atendimento dos interesses da classe economicamente dominante, do que conduzir à realização da justiça social; tudo dependerá da forma de interpretação que lhe será dada.

Na lição de Vazquez (2011), quanto mais se amplia a esfera moral da sociedade, subtraindo da regulação pelo direito certos aspectos, que passarão a ser regulados pela moral social, se verifica um progresso moral; nesse sentido, inserir o princípio da boa-fé como princípio norteador de um agir ético no contrato é sinal de inexistência de progresso moral na sociedade e especificamente nas relações contratuais.

No entanto, se não se verifica um comportamento livre e consciente dos indivíduos no sentido de um agir leal, transparente e, portanto, ético nas suas relações contratuais, antes vê-se a continuação de uma moral individual, sem qualquer preocupação dos indivíduos com a responsabilidade das suas ações, creio que a intervenção do Estado se faz necessária com vistas a chamar os seus cidadãos à responsabilidade, até que seja possível a coordenação entre os interesses individuais e coletivos, consoante, pelo menos em tese, pretendeu o legislador do Código Civil de 2002.

É a ação conjunta de cidadãos livres e conscientes e o Estado, no caso específico, pelo seu Poder Judiciário, que pode modificar o desequilíbrio reinante nas relações contratuais e, assim, atingir os valores sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Torrieri Guimarães. 5ª ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

_____. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Leonel Vallandro, Gerd Bornheim, Eudoro de Souza. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

ARNAUD, André-Jean. *O direito traído pela filosofia*. Tradução: Wanda Lemos Capeller, Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *O direito entre modernidade e globalização. Lições de filosofia do direito e do Estado*. Tradução: Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBOSA, Elisandra Cristina. *A boa-fé na relação contratual e o princípio da confiança*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

BERLAND, Carla Turczyn. *A intervenção do juiz nos contratos*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

BORGES, Arnaldo. *Origens da Filosofia do Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *As origens doutrinárias e a interpretação da função social dos contratos no Código Civil brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

BRASIL. *Novo código civil brasileiro: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante*. TAPAI, Giselle de Melo Braga (coord); prefácio do prof. Miguel Reale. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CASALI, Éllen Cássia Giacomini. *A natureza social do contrato: sua efetividade como imperativo da cidadania*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COELHO, Elizabeth Alecrim Soares. *A observância dos direitos fundamentais no modelo constitucional pátrio e do princípio da boa-fé objetiva nas relações jurídico-privadas*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DELGADO, José Augusto. *A ética e a Boa-fé no Novo Código Civil in Revista de Direito do Consumidor*. n. 49. São Paulo: RT, jan./mar. 2004.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. (Coleção Professor Gilmar Mendes, v. 2). São Paulo: Método, 2006

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. *O contrato na dimensão dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade: perspectivas jurídico-constitucionais da lesão e da mudança de circunstâncias*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. *Os princípios gerais do direito e os Standards jurídicos no Código Civil*. 2007. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

FERREIRA, Gilson. *Ética e Direito: uma interlocução necessária no Processo Civil brasileiro*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2003.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Teoria crítica do negócio jurídico*. In: Revista de Direito Privado da UEL. v. 2, n. 1, janeiro/abril 2009. www.uel.br/revistas/direitoprivado. Acesso em: 28.07.2012.

FRIED, Charles. *Contrato como Promessa: uma teoria da obrigação contratual*. Tradução: Sérgio Duarte. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GALEFFI, Romano. *A filosofia de Immanuel Kant*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

HAYEK, Friedrich A. *Os fundamentos da liberdade*. Tradução: Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983.

JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *O problema da justiça*. Tradução: João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KERN, Lucian e MÜLLER, Hans Peter (comps.). *La Justicia: Discurso o Mercado?* Los nuevos enfoques de La teoria contractualista. Barcelona: Gedisa Editorial, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Reflexão sobre o princípio da função social dos contratos*. Revista Direito GV. v.1, n.1, pp. 041-066, maio 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariedade judicial*. Revista Acadêmica Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região, n. 3, Ano II, pp. 15-35, janeiro-junho 2011.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Positivismo jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*. 1ª ed. México: Unam Facultad de Filosofía y Letras, 1968.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

MIALLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Tradução: Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MUÑOZ, Alberto Alonso. *Transformações na Teoria Geral do Direito – Argumentação e Interpretação do Jusnaturalismo ao Pós-positivismo*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JR., Nelson. *Contratos no Código Civil: apontamentos gerais*. In: *O Novo Código Civil: Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. Ives Gandra da Silva Martins Filho, Gilmar Ferreira Mendes, Domingos Franciulli Netto (coord.). São Paulo: LTr, 2003.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. *Princípios informadores do sistema de direito privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva*. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 23-24, julho/dezembro 1997, pp. 41-78.

PATULLO, Marcos Paulo Falcone. *O Liberalismo igualitário de Ronald Dworkin e a Cidadania na Constituição Federal de 1988*. In: Revista da ESMP – ano 2, janeiro/junho 2009.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PINSKY, Jaime e PINSKY, Carla Bassanezi (orgs). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2008.

PUFENDORF, Samuel. *Os Deveres do Homem e do Cidadão de acordo com as Leis do Direito Natural*. Tradução: Eduardo Francisco Alves. 1ª ed. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2007.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *História do novo código civil*. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Nova fase do direito moderno*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução: Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de *Il contratto*: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Tradução: Edson Bini. 2ª ed. Bauru: Edipro, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: Princípios de Direito Político*. Tradução: Antonio P. Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução: Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. Disponível em: <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca12.pdf>. Acesso em: 17 de julho de 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1989.

_____. *Ética*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

FRANÇA. *Code Civil des Français*. <http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-lpt01.pdf>. Acesso em 02.11.2012.

PAPA LEÃO XIII. Encíclicas *Rerum Novarum* (1891). HTTP://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum_novarum_po.html. Acesso em 01/02/2012.