

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

CAIO EDUARDO ROHENKOHL

**A EVOLUÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL
E OS SEUS REFLEXOS NA TEORIA DO RISCO:**
a hipótese do risco econômico imprevisto como integrante
autônomo do conteúdo do contrato

Porto Alegre

2017

CAIO EDUARDO ROHENKOHL

**A EVOLUÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL
E OS SEUS REFLEXOS NA TEORIA DO RISCO:**
a hipótese do risco econômico imprevisto como integrante
autônomo do conteúdo do contrato

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva

Porto Alegre

2017

CAIO EDUARDO ROHENKOHL

**A EVOLUÇÃO DA TEORIA CONTRATUAL
E OS SEUS REFLEXOS NA TEORIA DO RISCO:**
a hipótese do risco econômico imprevisto como integrante
autônomo do conteúdo do contrato

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em Porto Alegre, em 19 de maio de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva
Orientador
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Adalberto de Souza Pasqualotto
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Rafael de Freitas Valle Dresch
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

De acordo do Mestrando: _____.

RESUMO

O trabalho estuda a evolução da teoria geral dos contratos e os seus reflexos na teoria do risco contratual, tendo como ponto de partida o direito contratual clássico do século XIX e o paradigma da autonomia da vontade. No novo direito contratual do século XX em diante, a análise toma como fio condutor as obras de Emilio Betti e de Karl Larenz, dentro do que se pode considerar o novo paradigma do direito contratual: a regulação e a satisfação de interesses privados mediante critérios de autonomia e heteronomia. O objetivo específico desse estudo é verificar a hipótese de que a teoria atual tenha (ou não) enfrentado o problema econômico dos riscos imprevistos dentro da idéia de "economia interna do contrato", tratando o risco econômico imprevisto como um integrante do conteúdo do contrato com autonomia diante da prestação. O caminho percorrido pelo trabalho identifica que o direito contratual tem sua estrutura teórica construída sobre uma concepção *formalista* de contrato, segundo a qual essa figura jurídica é uma *entidade* com *existência* própria, a qual está centrada na noção jurídica-*formal* de "obrigação de prestar". Mesmo que, com a evolução do direito contratual, tal estrutura tenha passado a contar com uma função a ser desempenhada na vida real, o trabalho conclui que a teoria continua sem tratar adequadamente o risco econômico imprevisto, porque tal função permanece limitada pela noção jurídico-*formal* de "obrigação de prestar".

Descritores: Direito contratual. Evolução da teoria geral dos contratos. Teoria do risco. Conteúdo do contrato. Risco imprevisto. Economia interna do contrato.

Título: A evolução da teoria contratual e os seus reflexos na teoria do risco: a hipótese do risco econômico imprevisto como integrante autônomo do conteúdo do contrato

ABSTRACT

This dissertation studies the evolution of contract law theory and its influences on the legal theory of contractual risk. It begins with the classic theory of the 19th century and the will theory paradigm within it; from the 20th century onwards, the main analysis is based on the works of Emilio Betti and Karl Larenz, alongside with the new paradigm that pursues concrete interests through the combination of private autonomy and private heteronomy. The specific purpose of this study is to test the hypothesis that the current theory may have (or may have not) dealt with the economic problem of unforeseen risks by utilizing the idea of economic balance of contract, insofar as to consider the unforeseen economic risk as an autonomous factor in the content of contracts. The research identifies that the theoretical structure of contract law is built over a *formalist* conception of contract, according to which the contract is an *entity* with *self-existence*, one that is exclusively centered on the notion of "duty to pay". Although the evolution of contract law has given a function to this structure to perform in society and between parties to a given contract, the dissertation concludes that the current theory is still limited by the notion of "duty to pay", and that the unforeseen economic risk has not yet been provided with an adequate legal treatment.

Key-words: Contract law. Evolution of contract law theory. Legal theory of contractual risk. Content of contracts. Unforeseen risk. Economic balance of contracts.

Title: **The evolution of contract law theory and its influences on the legal theory of contractual risk:** the hypothesis of unforeseen economic risk as an autonomous factor in the content of contracts

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	O <i>FORMALISMO</i> EXTREMO DO DIREITO CONTRATUAL CLÁSSICO: A ESTRUTURA DA "OBRIGAÇÃO DE PRESTAR"	19
2.1.	Antecedentes sócio-culturais	21
2.2.	O paradigma da autonomia da vontade	30
2.2.1.	O poder natural do indivíduo de formar o contrato	31
2.2.2.	O contrato como direito moral do indivíduo	36
2.2.3.	O contrato como conceito jurídico-positivo	40
2.3.	A relação jurídica obrigacional: a "obrigação de prestar" estática	58
2.4.	A teoria do risco da "obrigação de prestar"	64
2.5.	Traços da crise do direito contratual clássico	77
2.5.1.	Críticas externas	78
2.5.2.	Críticas internas	83
3	O <i>FORMALISMO</i> MITIGADO DO NOVO DIREITO CONTRATUAL: A FUNÇÃO DA "OBRIGAÇÃO DE PRESTAR"	88
3.1.	O paradigma dos interesses privados: entre autonomia e heteronomia	89
3.2.	A função social do contrato	106
3.2.1.	Fundamentos da obrigatoriedade do contrato: utilidade e justiça	116
3.2.2.	Princípio da confiança contratual	119
3.2.3.	Princípio da reciprocidade	121
3.2.4.	Princípio da liberdade individual	123
3.2.5.	Princípio do equilíbrio contratual	124
3.3.	A relação jurídica obrigacional: a "obrigação de prestar" dinâmica	125
3.4.	Acréscimos à teoria do risco da "obrigação de prestar"	137
3.4.1.	Manutenção da base do direito contratual clássico	137
3.4.2.	Novos contornos à "obrigação de prestar" possível	139
4	CONCLUSÃO	152
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	166

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho se propõe a examinar a teoria do risco contratual a partir da evolução da teoria geral dos contratos, com o objetivo de pesquisar *se - e como -* é enfrentada a questão do risco econômico imprevisto, a ponto de torná-lo (ou não) integrante autônomo do conteúdo do contrato¹⁻². Essa proposta é mais facilmente compreendida como o resultado do percurso que fiz no estudo do risco nos contratos, que teve início na dúvida sobre como resolver um caso concreto, assim apresentado de forma adaptada, a título de exemplo.

Imaginemos que uma indústria brasileira deseja exportar seus produtos para a Argentina e, para levá-los até o país vizinho, opta por utilizar os serviços de uma transportadora, também brasileira. Após amplos debates, as duas partes assinam um contrato prevendo que, durante o prazo de dois anos, a transportadora ficará obrigada a entregar na Argentina um carregamento mensal com os bens produzidos pela indústria, mediante um pagamento fixo. Um mês depois da celebração do contrato, ao ficar pronta a primeira remessa, um caminhão da transportadora comparece à sede da indústria, coleta os produtos e dirige-se ao território argentino, normalmente. Ao chegar à fronteira internacional após uma viagem de cinco dias, porém, a alfândega da Argentina informa à equipe de caminhoneiros: naquela mesma data entrara em vigor uma lei, promulgada no dia anterior, instituindo uma nova taxa para entrada de produtos em solo argentino e, ainda, exigindo o cumprimento de novos requisitos de documentação. A equipe de caminhoneiros telefona para o gerente da transportadora e pergunta como proceder; explica que, para prosseguir viagem, além de recolher a taxa, terá de buscar auxílio de um despachante com a nova documentação, que aliás não ficará completa em menos de quarenta e oito horas; observa que, no mínimo, precisará incorrer em gastos com o despachante, com depósito do caminhão e com diárias para alojamento dos motoristas. O gerente calcula que essa demora também acarretará gastos adicionais de combustível, alimentação e remuneração da equipe,

¹ A expressão "contrato" neste trabalho aponta sempre para a relação entre as partes do ponto de vista jurídico. Difere-se, por exemplo, de "relação social" ou "interação econômica", cujo viés é propositalmente não jurídico.

² Exceto em casos específicos, a menção genérica a "conteúdo do contrato" tem sentido amplo, podendo referir-se a "conteúdo da relação jurídica" ou "conteúdo da relação jurídica obrigacional", por exemplo. A palavra "contrato" dentro desse sintagma serve mais para indicar algo que é objeto do direito contratual do que para expressar precisamente a figura jurídica do contrato.

o que impactará a lucratividade esperada com o contrato; igualmente inseguro sobre como agir, o gerente consulta o advogado da transportadora. Este examina o instrumento contratual, apenas para confirmar que não há cláusula alguma a regular essa situação: quando o contrato fora celebrado, um mês antes, ainda não existia a referida lei argentina, nem a sua superveniência fora prevista pelas partes. O advogado recorre então à legislação brasileira sobre contrato de transportes, mas também não encontra norma específica a prover uma simples subsunção. O advogado constata, por fim, que sequer é possível formular um argumento imputando a ocorrência dos gastos à conduta culposa de uma das partes, já que a lei argentina foi criada durante a viagem do caminhão, e, portanto, não teria sido possível evitar ou mitigar as suas conseqüências negativas.

O percurso de uma pesquisa acadêmica começa sem um ponto final pré-determinado; o seu rumo depende das perguntas que surgem durante a caminhada. Uma questão preliminar que esse exemplo levanta é se a transportadora está obrigada a solucionar as mencionadas pendências a fim de continuar a viagem, ou se, não havendo tal obrigação, ela está autorizada a retornar sem ter efetivado a entrega. A colocação da questão já pressupõe que, no momento da formação do contrato, não houve *vontade* de obrigar-se por parte da transportadora quanto a essas pendências; por outro lado, sabe-se que, se a transportadora não as solucionar, não será possível adimplir o contrato. O ensinamento de CLÓVIS DO COUTO E SILVA logo oferece base teórica segura para responder essa questão preliminar: "a obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor"³. Mesmo que a transportadora não tenha consentido previamente com essa obrigação, tampouco esteja jungida a ela por força de disposição legal específica, deve usar (razoavelmente) todos os meios disponíveis para atingir a finalidade para a qual foi contratada, pois assim determina a *boa-fé objetiva*.⁴ Respondida desse modo a questão preliminar, pode-se dizer que este trabalho teve como princípio levar adiante o exame desse exemplo a partir do paradigma jurídico inaugurado na dogmática brasileira por CLÓVIS DO COUTO E SILVA, que indica a

³ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 20.

⁴ Sobre a boa-fé como fundamento obrigacional complementar à vontade: "A prestação principal do negócio jurídico é determinada pela vontade. Para que a finalidade do negócio seja atingida, é necessário que o devedor realize certos atos preparatórios, destinados a satisfazer a pretensão do credor. [...] Outros, porém, surgem desvinculados da vontade, núcleo do negócio jurídico, por vezes ligados aos deveres principais e deles dependentes, por vezes possuindo vida autônoma." (*Ibidem*, p. 38).

obrigação da transportadora de solucionar as pendências alfandegárias e assim adimplir o contrato, ainda que para isso deva incorrer em gastos extras.

Voltemos ao exemplo. Orientado por seu advogado, o gerente da transportadora determina que a equipe de caminhoneiros faça todo o possível para seguir viagem, e a carga de fato vem a ser entregue na Argentina, embora com atraso. Ocorre então que, após o retorno do caminhão, o gerente da transportadora envia à indústria a fatura do serviço, a qual, além do valor mensal contratado, contém ainda todos os gastos adicionais efetuados por causa do imprevisto. A indústria, contudo, nega-se a ressarcir/reembolsar a transportadora por esses gastos adicionais, alegando que isso não estava previsto no contrato; argumenta que ela própria sofreu prejuízos em decorrência do atraso na entrega dos produtos, igualmente causado pelo imprevisto; aduz, por fim, que a transportadora também tinha interesse na conclusão da viagem, já que, sem o adimplemento completo, não estaria habilitada a receber o pagamento estipulado no contrato (artigo 476 do Código Civil⁵)⁶. Conquanto estejam de boa-fé, crentes nas suas razões econômicas e jurídicas, as duas partes chegam a um impasse, o que ameaça a continuidade da relação empresarial que havia sido concebida como benéfica para ambos os lados.

Esse exemplo retrata um cenário em que há uma circunstância externa superveniente (nova lei argentina) que não foi prevista pelas partes nem é objeto de regulação legal específica; circunstância essa que é economicamente onerosa (prejuízos da indústria, gastos extras da transportadora), mas não torna a prestação impossível, tampouco é onerosa em excesso; finalmente, circunstância que não é imputável a qualquer uma das partes por meio de um juízo de culpa. Dadas essas considerações, a questão que então se coloca é discernir *quem* deve suportar os ônus econômicos causados pela *circunstância externa superveniente não prevista*. A mesma questão ainda pode ser formulada de duas maneiras equivalentes: "como identificar qual a parte economicamente onerada pela concretização de um *risco*⁷ externo ("*risco de*

⁵ Código Civil Brasileiro de 2002: "Art. 476: Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro."

⁶ Também assim ensina KARL LARENZ. Ver: LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I. Traducción de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 306-307.

⁷ Não vendo necessidade ou utilidade de problematizar o significado da palavra "risco" para os fins desta pesquisa, parece-me adequado tomá-lo tal como definido por EJEAN MACKAAY e STÉPHANE ROUSSEAU: "Entende-se como risco o evento danoso cuja superveniência é incerta tanto quanto à realização como quanto à data." (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed.. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015, p. 440). O único reparo a ser feito

acidentalidade"⁸) imprevisto que afeta de modo negativo a execução do contrato?"; ou "qual parte é encarregada por um determinado *risco econômico*⁹ imprevisto?".¹⁰

A partir da curiosidade despertada por esse exemplo, e com o objetivo de facilitar a resolução de casos similares, a pesquisa inicialmente tinha a proposta de, com base no ordenamento jurídico e na doutrina de direito contratual¹¹ já existente, explicitar em abstrato os critérios jurídicos para a atribuição da "obrigação de suportar economicamente os riscos imprevistos" a uma das partes - ou, quiçá, a ambas. Aqui novamente a indagação determinou o rumo da pesquisa: se há obrigação de alguma das partes em suportar os ônus econômicos advindos de um risco imprevisto, qual a fonte e qual o fundamento dessa obrigação? Assumindo que a vontade não poderia ocupar esses papéis – afinal, estamos falando de um risco não previsto -, cogitei trabalhar o problema no âmbito da boa-fé objetiva, da confiança e da reciprocidade, esta última - seguindo a tese de LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA - no sentido de que a obrigação de arcar economicamente com um risco imprevisto poderia se justificar em alguma contrapartida em favor da parte obrigada¹².

nessa definição é que o fator "superveniência" não precisa ser relativo apenas à ocorrência (superveniente) do evento; o conhecimento superveniente de um evento danoso ocorrido no passado também expressa a idéia de concretização de um risco. Em síntese, "risco" é a possibilidade de ocorrência de um evento desfavorável que contrarie a expectativa ótima das partes.

⁸ Por retratar um fator externo às partes, chamo essa hipótese especificamente de "risco de acidentalidade" - embora, quando não seja necessário traçar alguma distinção, o "risco de acidentalidade" é aqui subtendido na simples menção a "risco". É indiferente para a caracterização do "risco de acidentalidade" ele ter sido previsto ou não.

⁹ A expressão "risco econômico" salienta o resultado econômico negativo causado pela concretização de um "risco". Em síntese, "risco econômico" é a possibilidade de ocorrência de um evento desfavorável que contrarie o resultado econômico ótimo esperado pelas partes.

¹⁰ Para dissipar qualquer confusão que possa surgir adiante, vale esclarecer: para fins de compreensão da linha de raciocínio subjacente à pesquisa, o trabalho está sendo introduzido aqui como realmente nasceu - a partir de um caso concreto em que, a despeito da circunstância superveniente, a prestação não se tornou impossível. Todavia, o risco de acidentalidade não se cinge aos casos em que a prestação permanece possível; também nos casos de resolução por impossibilidade subsiste o problema do ônus econômico decorrente da concretização do risco, como será objeto de análise posterior.

¹¹ "Doutrina de direito contratual" neste trabalho expressa a obra do pensamento de estudiosos que se debruçam sobre o direito contratual objetivo, com o escopo de compreendê-lo mediante a formulação de teorias. Para uma análise mais profunda dos significados desse termo, ver: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. 602 p. p. 9-32.

¹² Sobre a reciprocidade como fundamento de obrigações: "A noção de sinalagma, tomado no sentido de que dele se vale Aristóteles e como meio de realização da justiça comutativa, parece ser o fundamento suficiente para que certas relações se tornem obrigatórias, ensejando o surgimento de uma relação paracontratual. Nesta, o desenvolvimento se assemelha ao das relações contratuais, mas a fonte de seu surgimento não é contratual. [...] O fundamento para esta obrigatoriedade está no que aqui se chama de causa sinalagmática. A necessária compensação do patrimônio minorado se deve a uma reciprocidade que permeia as relações patrimoniais. Esta compensação serve não só para recompor o patrimônio alheio, mas como para deflagrar uma verdadeira relação obrigacional." (SILVA, Luis Renato

Ao pesquisar a teoria geral dos contratos em busca de melhor compreensão das fontes e dos fundamentos das obrigações contratuais, porém, percebi que a minha linha de raciocínio estava assentada sobre uma pressuposição teórica não evidenciada na legislação, nem ainda completamente construída pela doutrina: a pressuposição de que, do ponto de vista jurídico, há uma "obrigação de suportar economicamente os riscos contratuais" com *autonomia* diante da "obrigação de prestar". Em outras palavras, eu estava pressupondo que o *risco econômico*¹³ *necessariamente* integra o conteúdo do contrato na perspectiva jurídica e que, por conseqüência, *necessariamente*¹⁴ existe dentro da relação contratual uma parte *responsável*¹⁵ por ele. A verdade é que, em contraposição a essa pressuposição, existe a possibilidade de que o direito nada estabeleça a respeito desse *risco econômico*, ou de que ao menos não o trate efetivamente como *problema econômico* com *autonomia* diante da "obrigação de prestar" - não havendo aí que se falar de modo específico em *responsabilidade* por ele. Assim, despontaram duas hipóteses: (I) ou o risco econômico, mesmo imprevisto, é integrante autônomo do conteúdo do contrato, e, portanto, o direito deve sempre apontar, dentro da vigente concepção acerca das fontes e dos fundamentos das obrigações contratuais, qual a parte responsável pelos ônus econômicos a ele relativos - o que, a depender de quem for responsável e de quem tenha incorrido nos prejuízos ou gastos¹⁶, poderá implicar o acerto de contas, mediante ressarcimento ou reembolso; (II) ou o risco econômico, porque não previsto, não é integrante autônomo do conteúdo econômico do contrato, e, portanto, o direito não tem absolutamente nada a dizer sobre os ônus econômicos a ele relativos - que, por falta de regulação jurídica, permanecerão com quem já está a suportá-los. A percepção da fragilidade de tal pressuposição teórica exigiu-me alterar o problema da pesquisa, que, desligando-se um pouco do exemplo apresentado acima, passou a ser investigar as condições teóricas

Ferreira da. **Reciprocidade e contrato**: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais". Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 164).

¹³ "Risco econômico" pode ser entendido como a expressão não jurídica da "obrigação de suportar economicamente os riscos contratuais".

¹⁴ "Necessariamente" aqui indica a possibilidade de o risco econômico integrar o conteúdo do contrato mesmo quando as partes ou a legislação supletiva nada disponham a esse respeito.

¹⁵ Isto é, uma parte não apenas encarregada pelo risco econômico de um ponto de vista fático, e sim encarregada pelo risco econômico de um ponto de vista jurídico, configurando assim uma "responsabilidade", traduzida na idéia de "obrigação de suportar economicamente os riscos contratuais".

¹⁶ Por "gastos", adoto a definição de KARL LARENZ: "Gastos' son menoscabos patrimoniales, que, a diferencia de los 'daños' consisten en que alguien *voluntariamente* extrae algo de su patrimonio." (LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 236). Quando, em um contrato, os gastos forem suportados economicamente pela parte devedora, chamo-os de "custos"; quando pela parte credora, de "despesas".

– teoria geral dos contratos e teoria do risco - de tratamento jurídico do resultado econômico negativo atinente ao *risco de accidentalidade*, especialmente quando não previsto.

De certa maneira, questão semelhante foi trabalhada por JHERING, em seu "*Culpa in contrahendo*":

Alguém quer encomendar 100 libras duma mercadoria, mas troca o sinal da libra com o do quilo; os 100 quilos são entregues e são rejeitados pelo comprador. [...] Não há dúvida de que o contrato é nulo, pressupondo que o lapso pode realmente ser provado. Simplesmente, quem suporta as despesas de embalagem e de envio, inutilmente efectuadas?¹⁷

Aqui também cabe questionar a pressuposição anterior: o direito tem algo a dizer a respeito de *quem* deve suportar as despesas de embalagem e de envio resultantes de um contrato nulo? Ou o direito limita-se a declarar a nulidade do contrato e isentar as partes das suas "obrigações de prestar", deixando desamparada a parte que incorreu nas despesas? A parte que suporta as despesas o faz porque é (juridicamente) *responsável* por elas dentro de uma hipotética relação jurídica, ou simplesmente porque a sua situação não é objeto de regulação jurídica?

Descartadas as demais dificuldades teóricas enfrentadas por JHERING, o que aqui interessa é o fato de esse jurista ter necessitado contornar o extremo formalismo jurídico então reinante, o qual, ao limitar o tratamento do contrato à noção de "obrigação de prestar" gerada pelo encontro de vontades, não permitia resolver satisfatoriamente¹⁸ os casos em que a não formação ou a nulidade de um contrato deixavam ônus econômicos para uma das partes. A teoria padrão do direito contratual resolvia o problema jurídico da inexistência/invalidade de um contrato e isentava a "obrigação de prestar" de uma parte, mas ignorava que, ao fazer isso, criava um problema econômico concernente aos gastos incorridos pela outra parte, que havia se fiado na existência/validade desse contrato e que ficava juridicamente desamparada. Ou seja, de acordo com essa teoria padrão, o direito não teria nada a dizer a respeito de *quem* deve suportar esses gastos, pois sequer haveria relação jurídica. Insatisfeito com isso, o autor alemão intentou desenvolver uma resposta à referida pergunta ("quem suporta as despesas?") através da noção de *culpa in contrahendo*, o que demandou alargar o

¹⁷ JHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo**. Tradução de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1-2.

¹⁸ JHERING confessa seu sentimento de injustiça: "A injustiça e o desconsolo, na prática, de um tal resultado são evidentes: a parte culpada sai livre, a inocente é vítima da culpa alheia!" (*Ibidem*, p. 2).

espectro da relação jurídica entre as partes para além do "contrato" e da "obrigação de prestar": segundo JHERING, um contrato não concluído ou nulo pode ainda assim gerar efeitos jurídicos de *responsabilidade contratual subjetiva*¹⁹, se os gastos incorridos por uma das partes advierem da falta de *diligentia in contrahendo* da outra parte.²⁰ Portanto, JHERING firmou o entendimento de que o direito tem sim algo a dizer sobre essas despesas, havendo uma verdadeira "obrigação de suportar os ônus econômicos" referentes a elas, derivada da responsabilidade subjetiva da parte que, ao agir sem a devida diligência contratual, frustrou a expectativa da outra parte em torno de um contato inexistente/inválido quanto à "obrigação de prestar". Assim, no caso de culpa, encontra-se em JHERING a idéia de uma relação jurídica em cujo conteúdo há uma "obrigação de suportar os ônus econômicos" com autonomia diante da "obrigação de prestar" que nunca chegou a existir.

Sem pretender discutir o mérito da análise de JHERING dentro do contexto do direito alemão da época, tenho que a sua resposta (*culpa in contrahendo*) pode ter sido suficiente para enfrentar a maioria dos casos, mas, do meu ponto de vista, não consegue resolver o mesmo problema econômico (gastos já incorridos) quando a inexistência/invalidade do contrato se deve não à culpa de alguma das partes, e sim a um *risco de incomunicação*²¹. Esse, aliás, parece ser exatamente o caso de outro exemplo trazido por JHERING, em que a inexistência de contrato decorre de uma falha no sistema de transmissão telegráfica: quem deve suportar os gastos de envio

¹⁹ JHERING, Rudolf von. *Op. cit.*, p. 21.

²⁰ Sobre o alargamento do espectro da relação entre as partes para além da "obrigação de prestar", JHERING escreve sobre os contratos nulos: "O fim de qualquer contrato é o *cumprimento*, o efeito visado consiste, portanto, na criação de uma *vinculação ao cumprimento*. Se, porém, este efeito estiver excluído por falta de uma qualquer exigência indispensável, e se o fim verdadeiro do contrato estiver, portanto, frustrado, designamo-lo como *nulo*, e determinamos, assim, os conceitos de validade e de nulidade do contrato segundo o *principal fim prático* do contrato. Simplesmente, é perfeitamente conciliável com isso que o contrato possa originar obrigações de outro tipo, na medida, tão-só, em que elas se não dirijam ao *cumprimento*, mas antes, por exemplo, à *restituição* da coisa entregue ou do sinal ou à indenização." (*Ibidem*, p. 22). Posteriormente, JHERING deixa claro aplicar o mesmo raciocínio aos contratos não concluídos: "Não são apenas as relações contratuais *formadas*, mas antes logo as que estão *em formação* que têm de estar sob a protecção das regras sobre a *culpa* [no *standard* contratual], se não se quiser que o tráfico contratual seja neste aspecto obstaculizado de forma significativa, que cada contraente seja exposto ao perigo de se tornar vítima da negligência alheia. [...] A lei pode e deve aligeirá-lo desse esforço, na medida em que reconhece no próprio contratar a assunção tácita de tal garantia." (*Ibidem*, p. 32).

²¹ Isto é, quando as partes supõem estarem comunicadas (terem algo em "comum"), mas não estão. Trata-se de um risco interno às partes, pois envolve diretamente os seus próprios atos.

incurridos pelo vendedor que acreditou na mensagem telegráfica transmitida equivocadamente pelo sistema, sem culpa do comprador?²² O direito tem algo a dizer nessa hipótese de risco de incomunicação²³, em que não há *culpa in contrahendo*? Alguma das partes tem a *responsabilidade* por suportar tal ônus econômico dentro de uma hipotética relação jurídica, como uma espécie de *responsabilidade contratual objetiva*? Ou o vendedor arcará com esse ônus econômico simplesmente por falta de regulação jurídica? Do ponto de vista jurídico, tem-se uma relação jurídica em cujo conteúdo há uma "obrigação de suportar economicamente o risco de incomunicação", a qual possuiria autonomia diante da "obrigação de prestar" que nunca chegou a existir?

É importante ressaltar que o tema trabalhado por JHERING se situa especificamente na fase de formação do contrato; na doutrina contemporânea a esse jurista, ainda era dominante a *teoria da vontade*, campeã do formalismo, que apenas enxergava contrato quando houvesse encontro entre as *vontades efetivas* das partes. Por causa dessa teoria, à época o número de contratos inexistentes ou nulos com certeza era relativamente alto, de modo que o problema econômico dos gastos realizados com a expectativa da existência/validade dos contratos soa bastante relevante. Com a lapidação ao longo do tempo da teoria geral dos contratos (fontes e fundamentos das obrigações contratuais), entretanto, a disciplina acerca da formação dos contratos evoluiu cada vez mais na direção contrária ao formalismo, passando pela *teoria da declaração* e pela *teoria da responsabilidade*, até chegar à *teoria da confiança*. Assim, devido à maior proteção do declaratário proporcionada pela facilitação da formação do contrato, o problema econômico do risco de incomunicação, embora não tenha sido diretamente enfrentado por nenhuma dessas teorias (não se pode afirmar que

²² Eis o exemplo trazido por JHERING: "A casa X, em Colônia, mandou mediante comunicação telegráfica a casa bancária Z, em Francoforte, para *vender* por sua conta um montante considerável de certos títulos públicos, mas por um qualquer lapso verificado na transmissão da mensagem a palavra "vender" foi alterada para "comprar", tendo a ordem sido assim recebida pelo mandatário. Dado que os títulos mencionados experimentaram logo a seguir considerável queda de cotação, a diferença era muito significativa, elevando-se, segundo penso, a 30 000 florins. Poderia o mandatário Z exigir o ressarcimento desta diferença a X? Este último negou-o, porque o mandato, como qualquer contrato, pressupõe um consenso, mas no caso vertente este faltara." (JHERING, Rudolf von. *Op. cit.*, p. 5).

²³ O risco de incomunicação é equivalente – ou ao menos semelhante em larga escala – ao que é geralmente denominado por "erro obstativo", conforme explica ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO: "O erro obstativo não consiste, como acontece com o erro próprio, em tomar por verdadeiro o que é falso, ou por falso o que é verdadeiro. O erro obstativo é o erro no *iter*, que vai entre a deliberação e a execução de um ato. [...] não se pode falar em defeito *na formação da vontade*; não há erro no sentido próprio da expressão. Tem-se, nessas hipóteses, o erro obstativo; não há vontade de realização do negócio a final realizado [...]" (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 112). Ou seja, trata-se do equívoco das partes no ato conjunto de contratar, e não no ato individual de querer contratar.

exista algum tipo de *responsabilidade* jurídica por suportar os ônus econômicos causados por esse risco, por exemplo), deixou de ter tanta importância prática nessa fase da relação²⁴.

Após ter contextualizado todo esse percurso da pesquisa, finalmente é possível precisar as dúvidas centrais que orientaram este trabalho: (1) o desenvolvimento da teoria geral dos contratos - com os seus reflexos na teoria do risco contratual - enfrentou diretamente o problema econômico atinente ao risco de acidentalidade imprevisto, a ponto de permitir que se considere o correspondente risco econômico um fator autônomo necessariamente integrante do conteúdo do contrato e que se impute uma *responsabilidade jurídica* a alguma das partes no que toca à hipotética "obrigação de suportar os ônus econômicos" ocasionados por esse risco? (2) O desenvolvimento da teoria geral dos contratos, mesmo que não tenha enfrentado diretamente o problema econômico atinente ao risco de acidentalidade imprevisto, consegue lhe dar por via indireta uma resposta adequada (tal como ocorreu em relação ao risco de incomunicação)?

Diante dessas dúvidas, a pesquisa buscou compreender a teoria geral dos contratos a partir do denominado direito contratual clássico, característico do século XIX – o que será objeto do primeiro capítulo; em seguida, no segundo capítulo, o foco recairá sobre o chamado "novo" direito contratual, elaborado durante o século XX como uma tentativa de superar as deficiências da teoria anterior, embora aproveitando a sua base. Em ambos os capítulos, a exposição do resultado da pesquisa começará com o estudo do paradigma teórico do respectivo período, abrangendo as fontes e os fundamentos das obrigações contratuais. Deverá ficar claro que, em seu *formalismo*²⁵

²⁴ Refiro-me aqui à fase de formação do contrato. O risco de incomunicação continua sendo um problema de grande relevância no que toca à fase de execução, pois o desencontro de entendimentos entre as partes acerca do conteúdo do contrato demanda do direito uma definição pela via da interpretação.

²⁵ Neste trabalho, a menção a "*formalismo*" não remete a um modo "rígido" de aplicar o direito, restrito à "letra" do texto normativo ou do contrato ou à técnica "subsuntiva" - como entende, por exemplo, FREDERICK SCHAUER (SCHAUER, Frederick. *Formalism*. **The Yale Law Journal**, {s.l.}, vol. 97, n. 1, p. 509-548, mar. 1988, p. 510); tampouco esse termo denota aqui um "apego à formalidade", geralmente entendido como contraposto ao "consensualismo" e à espontaneidade da atividade negocial – como faz, por exemplo, NATALINO IRTI (IRTI, Natalino. **Studi sul formalismo negoziale**. Padova: Cedam, 1997, p.1-6). Uso a expressão "*formalismo*" em seu sentido filosófico (que acredito ser seu original também no trato jurídico), como equivalente a "*idealismo*", reportando-me assim a um tipo de pensamento que vê *realidade* (o "ser") na *forma imaterial* (*idéia*). O exemplo notório desse tipo de pensamento é o *formalismo* ou *idealismo* platônico, que afirma que a autêntica *realidade* está apenas em um "mundo das *idéias*" e que o "nosso mundo" não seria mais do que uma cópia imperfeita dele, uma espécie de simulacro. Assim, mesmo uma concepção consensualista do contrato pode ser *formalista* nessa acepção, se conferir uma espécie de *realidade* ao contrato (*forma imaterial, idéia*) gerado a

jurídico extremo, o direito contratual clássico dava excessiva ênfase à estrutura própria das figuras jurídicas e, por conseguinte, ao momento da formação do contrato; por sua vez, no novo direito contratual, com o *formalismo* jurídico já mitigado, a ênfase passou à função a ser exercida pelas figuras jurídicas e, com isso, ao resultado prático proporcionado pela relação jurídica obrigacional nascida a partir de um contrato.

Com base nessa compreensão teórica, constatarei no primeiro capítulo que, após o contrato ter sido formado, o excesso de *formalismo* do direito contratual clássico vedava qualquer contato (teórico) entre o "mundo jurídico" constituído de *formas* jurídicas e o "mundo da vida" constituído por fenômenos com aspecto também econômico. O significado das interações econômicas no "mundo da vida" passava ao "mundo jurídico" na condição de conteúdo do contrato e da relação jurídica obrigacional, vistos então como *entes formais* estáticos, assim qualificados porque tudo deviam ao momento de sua formação; o ponto fulcral é que essa operação intelectual de passagem do "mundo da vida" ao "mundo jurídico" fixava-se precipuamente na noção jurídico-*formal* de "obrigação de prestar", perdendo-se com isso a idéia do que, no "mundo da vida", seria uma "economia interna do contrato". Ao estudar a teoria do risco do direito contratual clássico, ilustrada com dispositivos normativos do Código Civil Brasileiro de 1916, ficará evidente que, por satisfazer-se plenamente dentro do seu *formalismo* estrutural, a teoria do século XIX sequer admitia que um problema econômico, como o concernente ao risco imprevisto, fosse formulado como questão carente de solução jurídica.

Tendo contextualizado assim a herança recebida pelo novo direito contratual, no segundo capítulo apontarei como a teoria do século XX procurou abrir um espaço para o diálogo instrumental/funcional entre o "mundo jurídico" e o "mundo da vida". Em consideração a esse avanço, analisarei a nova teoria contratual sob a perspectiva específica da presente pesquisa: a hipótese de que, sem ter-se desgarrado totalmente da base de pensamento *formalista* desenvolvida pelo direito contratual clássico ("com um pé no *formalismo* e outro na realidade econômica"²⁶), o novo direito contratual

partir do consenso. É precisamente o que acontece toda vez que falamos do contrato como algo *existente* do "mundo jurídico" ou até no "mundo da vida".

²⁶ Um ótimo exemplo disso é a célebre e indisputada afirmação de ENZO ROPPO: "o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas" (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 11). Ou seja, ao mesmo tempo em que se reconhece a instrumentalidade do direito para com a operação econômica subjacente, no final das contas o tratamento jurídico baseia-se na aparência formal que a reveste.

ainda não ofereça material teórico suficientemente compatível com um ataque à questão do risco imprevisto enquanto problema econômico autônomo e necessário. Durante tal análise, detalharei que o *ente formal* contrato propriamente dito ficou relegado a uma das modalidades de mero desencadeamento da relação jurídica obrigacional, a qual, ocupando sozinha o centro das atenções, é tida agora como um *ente formal* dinâmico, cujo conteúdo é concretizável ao longo do tempo de acordo com as circunstâncias reais, a fim de com isso se obter a satisfação efetiva do credor no "mundo da vida". Como já exposto pela lição de CLÓVIS DO COUTO E SILVA, a satisfação efetiva do credor, nessa teoria, é traduzida (quase²⁷) exclusivamente pelo adimplemento útil, o que faz com que a relação jurídica obrigacional abranja não apenas a "obrigação de prestar" avençada, mas também as obrigações acessórias necessárias ao adimplemento útil. Embora não se duvide da sua correção, a possível insuficiência dessa teoria é que, apesar da mitigação do *formalismo* de outrora, via de regra ela continua sem se preocupar em ir além do ponto de afirmar que a relação entre as partes gira em torno do adimplemento útil, o que compromete um maior refinamento da idéia de "economia interna do contrato" no que exceda a noção jurídico-*formal* de "obrigação de prestar". Nessa linha, tomando como objeto de exame o Código Civil Brasileiro de 2002 e a doutrina, a abordagem se deslocará finalmente para os acréscimos feitos pelo novo direito contratual à teoria do risco recebida do direito contratual clássico, no intuito de verificar se a abertura do diálogo entre o "mundo jurídico" e o "mundo da vida" permite agora a formulação de um problema econômico como questão a ser solucionada pelo direito, bem como no intuito de aferir até que medida se estende uma eventual permissão nesse sentido, tendo em vista o risco econômico imprevisto.

O objetivo específico deste trabalho é, de um lado, investigar a capacidade da teoria contratual "vigente" para o pleno tratamento do problema econômico atinente aos riscos imprevistos e, ao mesmo tempo, tentar explicar – com o que chamo de pensamento *formalista* centrado na noção jurídica de "obrigação de prestar" - a razão de uma possível insuficiência; de outro lado, o objetivo específico é despertar a atenção para a necessidade e a possibilidade de aperfeiçoamento da teoria contratual, no sentido de que é preciso solidificar melhor um material teórico que seja compatível com a visão de que a relação social entre as partes não se restringe à mera troca de

²⁷ A única exceção parece ser o interesse de proteção, como será visto.

prestações, possuindo uma economia interna também composta – dentre outros eventuais fatores – pelo risco imprevisto. Assim como a questão dos ônus econômicos no caso de falha de formação do contrato ("*culpa in contrahendo*") contribuiu em alguma medida para que a teoria geral dos contratos fosse do extremo *formalismo* do direito contratual clássico ao *formalismo* mitigado do novo direito contratual, acredito que a questão dos ônus econômicos no caso do risco de acidentalidade imprevisto também exija avanços teóricos ulteriores – que, entretanto, não serão realizados nesta dissertação. Assim, nesse percurso para atingir o objetivo específico já referido, o trabalho dedica-se a estudar com profundidade a evolução da teoria contratual para, a partir dela, compreender a essência da atual teoria do risco, sendo esse o seu objetivo geral.

Ainda introdutoriamente, cabe fazer alguns esclarecimentos acerca de delimitações do tema e do seu estudo. Em primeiro lugar, o presente trabalho somente possui sentido real se for adotada a premissa de que, no momento da sua concretização ou mesmo antes dela, o risco contratual de fato pode ter significado econômico próprio (isto é, ele é em princípio independente do significado econômico da prestação) e de que a sua natureza não é *a priori* unilateral (isto é, ele não pertence de antemão a alguma das partes, e sim à relação bilateral ou à finalidade do contrato que será obtida em conjunto). A confirmação dessa premissa - da qual depende a idéia de "economia interna do contrato" integrada por prestações e riscos com expressões econômicas autônomas entre si - merece particular e minucioso desenvolvimento teórico, especialmente com o auxílio da ciência econômica, o que não poderá ser feito aqui. Dentro dos limites deste trabalho, a título de ilustração, vale referir apenas a circunstância de que o risco pode ser negociado onerosamente entre as partes ou até mesmo terceirizado, em um contrato oneroso de seguro, por exemplo.²⁸

Em segundo lugar, o problema econômico abordado neste trabalho invoca a idéia de "economia interna do contrato", a qual em verdade seria integrada não apenas pelos riscos imprevistos e pela prestação/contraprestação, mas também por outros fatores como os gastos já esperados para a prestação e os riscos previstos, que em princípio podem do mesmo modo guardar autonomia diante da prestação – é possível falar em um "ato de prestar" distinto do "'ato' de custear a prestação" e do "'ato'

²⁸ RICHARD POSNER e ANDREW ROSENFELD fazem a seguinte observação: "*The fact that people are willing to pay to avoid risk shows that risk is a cost.*" (POSNER, Richard A.; ROSENFELD, Andrew M.. Impossibility and related doctrines in contract law: an economic analysis. **The Journal of Legal Studies**, {s.l.}, vol. 6, p. 83-118, 1997, 91).

de remunerar a prestação mediante a contraprestação". Contudo, os gastos já esperados e os riscos previstos não geram tantos conflitos práticos, pois os seus ônus econômicos podem já estar - e geralmente estão - alocados entre as partes, de maneira implícita ou explícita. Assim, apesar da semelhança teórica, a relevância prática dos riscos econômicos imprevistos é maior porque não houve essa alocação entre as partes, nem implícita, nem explicitamente. Nesse sentido, desimporta para o problema econômico a questão de os riscos serem previsíveis ou não; o que importa é os riscos imprevistos não estarem alocados na "economia interna do contrato". A sua maior ou menor previsibilidade, todavia, pode servir para fins de convencimento de um eventual julgador acerca do fato de a alocação já ter sido feita ou não, ou ainda para fundamentar – propriamente falando - a *responsabilização* jurídica de uma das partes mesmo que não tenha havido essa alocação.

Em terceiro lugar, o problema econômico atinente ao risco de accidentalidade é, em princípio, um assunto comum a todos os tipos de contrato e mesmo às relações jurídicas obrigacionais que não se formam a partir de um contrato mas seguem o modelo contratual. Não obstante, por maior facilidade de tratamento, em geral terei em mente o protótipo de um contrato bilateral e comutativo.

Em quarto lugar, também por motivos de facilidade de tratamento, analisarei a questão do risco econômico prioritariamente a partir da idéia de gastos incorridos no intuito de realizar a prestação. Fica desde logo registrado, entretanto, que a problemática, em essência, é a mesma para quaisquer prejuízos (danos emergentes, lucros cessantes *etc.*) oriundos da concretização do risco.

2 O FORMALISMO EXTREMO DO DIREITO CONTRATUAL CLÁSSICO: A ESTRUTURA DA "OBRIGAÇÃO DE PRESTAR"

Houve um tempo em que o jurista cujo interesse recaísse sobre o direito contratual podia desfrutar a sensação de trabalhar em solo firme e fértil. Como resultado de um processo de desenvolvimento sócio-cultural havido na Europa Ocidental a partir da última fase da Idade Média, com destaque para a virada da filosofia e para a independização da ciência²⁹, a teoria de direito contratual do século XIX sentiu ter atingido um estágio de aparente perfeição. O grande mérito dessa fase, conhecida como “direito contratual clássico”³⁰, é que, pela primeira vez na história do direito ocidental, elaborou-se uma teoria geral dos contratos amplamente aceita como capaz de apreender e explicar todas as inúmeras particularidades dessa figura jurídica, e isso tanto nos países da tradição romano-germânica quanto nos países da *common law*. Mesmo que depois - na passagem do século XIX para o século XX - essa teoria tenha passado a ser questionada, tendo-se abandonado o seu “estado puro”, ela ainda não foi substituída por uma teoria portadora de semelhante grau de aceitação.³¹ Essa é a razão pela qual o período do direito contratual clássico até hoje serve de principal referência para o estudo dos contratos em suas mais diversas linhas, e aqui isso não poderia ser diferente.

Por tais motivos, o objetivo principal deste capítulo, ao estudar o direito contratual clássico do século XIX, é identificar a estrutura teórica básica sobre a qual foi erigido o "novo" direito contratual característico do século XX (e que ora adentra o século XXI), bem como contextualizá-lo diante da discussão que impeliu ao seu desenvolvimento. Isso será feito pela análise da concepção de contrato do direito contratual clássico, abarcando as fontes e os fundamentos das obrigações contratuais. A

²⁹ Sobre a virada da filosofia e recente independização da ciência: *"Traditionally, philosophy and science were not distinguished: natural science was one of the most important parts of philosophy. The great intellectual modern revolution of the seventeenth century which brought to light modern natural science was a revolution of a new philosophy or science against traditional (chiefly Aristotelian) philosophy or science."* (STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph [org.]. **History of political philosophy**. 3. ed.. Chicago: The University of Chicago Press, 1987, p. 1).

³⁰ Empregam essa expressão no âmbito da tradição romano-germânica e da *common law*, dentre outros, SCOGNAMIGLIO, Renato. **Contributo alla teoria del negozio giuridico**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1950, p.3; e COHEN, Morris R.. Basis of contract. **Harvard Law Review**, {s.l.}, vol. 46, issue 4, p. 553-592, feb. 1933, p. 562.

³¹ GHESTIN, Jacques. **Traité de droit civil: les obligations: le contrat: formation**. Tomo II. 2. ed.. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1988, p. 165 et ss..

marca do período teórico a ser examinado neste capítulo é sobretudo a crença no contrato como um *ente formal* gerado exclusivamente pela vontade; essa noção de *autonomia da vontade* como fonte geratriz do contrato foi utilizada para explicar (como paradigma) todos os aspectos dessa figura jurídica durante esse período. Nessa linha, como será demonstrado, o excessivo *formalismo* jurídico da época impedia até mesmo a colocação da questão do risco enquanto problema econômico; o contrato se resumia à noção jurídico-*formal* da "obrigação de prestar".

Duas advertências metodológicas devem ser feitas acerca deste capítulo, ambas relacionadas aos limites deste trabalho. A primeira é que, ao lidar com a teoria geral do direito contratual, em que estão implicados todos os temas caros a essa figura jurídica (como vícios de consentimento, lesão, inadimplemento, revisão *etc.*), não tentarei demonstrar como a teoria pretende englobar todas as facetas do direito contratual, o que exigiria trabalho específico com tal finalidade. Procurarei fazer uma análise mais profunda somente dos pontos mais relevantes ao estudo, quais sejam: *formação* das obrigações jurídicas contratuais; *fundamentos da obrigatoriedade*, entendidos como justificativa da tutela jurídica contratual; *elementos constitutivos da obrigatoriedade*, entendidos como requisitos necessários para a tutela jurídica contratual; e *conteúdo* do contrato. Assim, não apenas pela impossibilidade de fazê-lo aqui, como também pela inutilidade de tal tarefa para o objetivo deste trabalho, a abordagem do direito contratual clássico não será exaustiva, mas instrumental em vista do verdadeiro centro das atenções (a hipótese de a teoria contratual aceitar ou não o risco econômico imprevisto como integrante autônomo do conteúdo do contrato).

A segunda advertência é que a idéia de "direito contratual clássico" traduz um momento histórico, e, sendo assim, ela surge *a posteriori* dos fatos propriamente ditos. Como toda narrativa histórica, o surgimento da idéia de "direito contratual clássico" envolve um método de simplificação conceitual, em que se busca acomodar a realidade concreta dentro de sínteses abstratas, o que não é feito sem prejuízos de correspondência à totalidade dos fatos. No caso, esse método de simplificação se revela algo mais problemático ante a circunstância de que conceitos centrais na teoria do direito contratual clássico, como a autonomia da vontade, foram pela primeira vez enunciados de maneira explícita pelos seus detratores, para com isso melhor criticar

concepções que até então estavam apenas implícitas, pressupostas na teoria.³² Seja como for, a maneira como o direito contratual clássico é compreendido continua sendo importante a despeito de eventuais discrepâncias com a realidade, pois foi a partir dessa interpretação histórica – quiçá errônea ou imprecisa – que se buscou aprimorar a teoria e o próprio direito positivo.

2.1. Antecedentes sócio-culturais

Os atributos distintivos do direito contratual clássico são mais facilmente apreendidos em contraste com aqueles que predominavam na Idade Média. Nessa linha, no que importa ao presente tema, a cultura medieval possuía três características *marcantes*³³ a serem aqui ressaltadas: o pensamento religioso-dogmático, o espírito de vida comunitário e as relações sociais estratificadas.

Por “pensamento religioso-dogmático” da Idade Média faço referência não exatamente à circunstância de o edifício teórico construído pela patrística e pela escolástica ter a pretensão de um sistema³⁴⁻³⁵, mas sim ao fato de tal doutrina originar-se de

³² MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *In*: CUNHA, Alexandre dos Santos. **O direito da empresa e das obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 223-224.

³³ Novamente, cabe fazer a advertência contra o risco de esquematizações da história. Na impossibilidade de relatar todos os fatos, a transposição do passado real para o papel escrito exige que se trabalhe com alta dose de conceitos. Todavia, deve-se ter sempre em mente que tais conceitos são simplificações instrumentais, utilizados para facilitar a compreensão de uma época, geralmente em comparação com outra. Assim, a expressão “características marcantes” serve para denotar aspectos culturais que se mostraram mais intensos na Idade Média, o que não quer dizer que não coexistissem com outras características até mesmo contraditórias, tampouco quer dizer que tenham estado completamente ausentes em outros períodos históricos. É evidente que tais conceitos devem ser tomados em seu significado relativo (e não absoluto, como se fossem um *retrato* exato da realidade).

³⁴ “Sistema” remete às idéias de conjunto, ordem, coerência e unidade, conforme MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 40.

³⁵ Sobre a construção ordenada do pensamento medieval, com destaque para o perfil de pensamento *realista* e *formalista* (“*idealista*”) baseado na noção de *entidade* (o que será importante mais adiante): “O homem medieval pensa no cotidiano usando os mesmos moldes de sua teologia. O fundamento, tanto aqui como lá, é a arquitetura do idealismo que a escolástica chamava de realismo: a necessidade de isolar cada noção e dar-lhe uma forma de entidade, para então organizá-la em vínculos hierárquicos, e com elas sempre voltar a erigir templos e catedrais, como uma criança que brinca com seus blocos de montar.” (HUIZINGA, Johan. **O outono da Idade Média**. Tradução de Francis Petra Janssen. São Paulo: Cosac Naify, 2010, p. 375). Também assim: PRIETO, Fernando. **Manual de historia de las teorías políticas**. Madrid: Unión Editorial, 1996, p. 212.

uma verdade divina revelada (autoridade do dogma religioso), aceita fundamentalmente por um ato de fé.³⁶ O maior expoente desse dogmatismo religioso é Tomás de Aquino, em quem o pensamento medieval encontra sua glória máxima ainda no século XIII. Ao propor-se a reformar a fé católica com base na filosofia de Aristóteles³⁷, levado também ao *status* de autoridade dogmática, Aquino procura unir a crença em Deus com a razão humana: segundo a sua exposição, há uma *lex aeterna* oriunda da razão (e não da vontade) divina³⁸, e o homem, como ser dotado de racionalidade por Deus, ainda que não possa conhecer a *lex aeterna* em si mesma por lhe faltar a racionalidade plena, consegue participar dessa lei nos limites da sua capacidade natural, encontrando assim a chamada *lex naturalis*.³⁹ Portanto, acima de tudo, *acreditava-se – em termos metafísicos - na existência de uma verdade objetiva e absoluta*⁴⁰, que independeria da vontade ou da razão humanas.⁴¹ Essa crença em uma verdade externa ao homem se reflete, por exemplo, nas concepções de justiça contratual, pois indica a incapacidade das partes em modificar o significado do justo segundo a *lex aeterna*. Apesar de essa verdade objetiva emanar de Deus, não é correto dizer que o pensamento medieval (especialmente na tradição tomista) desprezasse a razão humana⁴²; o que acontece é que nele a razão humana estava *subordinada* à divindade que sobre ela se impunha.⁴³ Primeiro Deus, depois o homem.

³⁶ HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos direitos do homem**. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 81.

³⁷ STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph [org.]. *Op. cit.*, p. 248.

³⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 12. ed.. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 638.

³⁹ *Ibidem*, p. 639; COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 145.

⁴⁰ Em oposição a “verdade subjetiva e relativa”.

⁴¹ Sobre a existência de uma *realidade ideal* divina acima da *realidade* mundana: “[As Ideias] Não existem, como pensava Platão, num hipotético mundo ideal, mas, como já dizia S. Agostinho, em Deus, que não as conhece como coisas estranhas a si, mas como desdobramentos do que contém virtualmente a sua simplicidade. As formas dos seres não são mais do que a realização concreta das Ideias que Deus quis que tivessem correspondente no Universo criado. As Ideias, portanto, são as causas exemplares dos seres criados. E assim, a teoria platônica das Ideias, que Aristóteles rejeitava porque, tal como Platão a expunha, tendia a negar a realidade do Mundo, é em S. Tomás, pelo contrário, o fundamento dessa realidade, e faz parte da teodiceia tomista em perfeita harmonia com todo o conjunto do sistema.” (BARROS, Manuel Corrêa de. **Lições de filosofia tomista**. Porto: Livraria Figueirinhas, 1945, p. 219).

⁴² RUSSELL, Bertrand. **História da filosofia ocidental – livro 2: a filosofia católica**. Tradução de Hugo Langone. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 185; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa fé no direito privado: sistema...**, p. 84-86.

⁴³ Sobre a ordem entre Deus e o homem (subordinação) no pensamento medieval: “O pensamento social e político medieval é dominado pela ideia da existência de uma ordem universal (*cosmos*), abrangendo os homens e as coisas, que orientava todas as criaturas para um objectivo último que o pensamento cristão identificava como o próprio Criador.” (HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 101).

Com “espírito de vida comunitário” quero expressar a idéia de que, no Medievo, a pessoa não era vista como indivíduo ou sujeito autônomo de direitos, mas sim como parte de determinado grupo orgânico⁴⁴, ao qual se integrava principalmente com base em relações de dever e de cooperação.⁴⁵ Desse modo, sequer se cogitava de interesses individuais protegidos pelo direito, isto é, o fundamento da proteção não era o interesse individual, senão a vida da comunidade e suas relações de deveres recíprocos⁴⁶, ainda que por vezes tais interesses individuais pudessem convergir à comunidade.⁴⁷ Mesmo no cristianismo, religião que prega a valorização de cada pessoa em si mesma como criatura de Deus⁴⁸, o homem era visto sobretudo como parte da ordem divina e da ordem espiritual terrena, representada universalmente pela Igreja⁴⁹.⁵⁰ Primeiro o todo, depois o particular.

⁴⁴ Sobre a ordem entre os homens no Medievo, segundo a qual era da *essência* de cada pessoa a sua *relação* com demais: “Fundamentalmente, na famosa polémica entre ‘realistas’ e ‘nominalistas’, que domina o pensamento escolástico, o que os ‘realistas’ querem sublinhar é que da essência das coisas faz parte a sua natureza relacional, no conjunto do todo da Criação. Que – em particular -, no mundo humano, não há ‘indivíduos’, isolados e socialmente incaracterísticos. Mas que há ‘pais’, ‘filhos’, ‘professores’, ‘alunos’, ‘homens’, ‘mulheres’, ‘franceses’, ‘alemães’, essencialmente relacionados uns com os outros por meio de pedículos essenciais, predicados, atributos, que os referiam, por essência, uns aos outros, que os marcavam, por natureza, como membros da cidade, como sujeitos políticos.” (HESPANHA, António Manuel. *Op. cit.*, p. 103).

⁴⁵ Sobre a ênfase nos deveres relacionais durante a Idade Média: “*Society was organized about relations. It rested on relations and duties, not on isolated individuals and rights. Every one, no matter how great or how small, was in relation to someone else - a relation involving reciprocal duties of service and of protection. The original fundamental idea was cooperation in defense. [...] The typical man did not compete. He had his place in a cooperative organization. But it remained [...] that the watchword was cooperation, that the significant thing was relation [...].*” (POUND, Roscoe. *The new feudal system. Commercial Law Journal*, {s.l.}, vol. 35, issue 8, p. 397-403, aug. 1930, p. 401-402).

⁴⁶ Conforme WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 21. Cabe fazer presente aqui o conceito de *Gemeinschaft* (comunidade) na obra de Tönnies, como vida real e orgânica, como explica TREVES, Renato. **Sociologia do direito: origens, pesquisas e problemas**. 3. ed.. Tradução de Marcelo Branchini. Barueri: Manole, 2004, p. 50.

⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa fé no direito privado: sistema...**, p. 55.

⁴⁸ POUND, Roscoe. *Op. cit.*, p. 402.

⁴⁹ Não é demais lembrar que no cristianismo a própria palavra “igreja” originalmente significava não uma instituição, mas uma comunidade de fé: “*Los Setenta utilizan el término ekklesia para referir-se a Israel como pueblo de la alianza de Yahveh. Los creyentes [em Jesus Cristo] tomaron la tradición del pueblo de la antigua alianza y se consideraron a sí mismos como ekklesia tou theou [...], como comunidad escatológica de salvación. El término griego ekklesia, traducción del hebreo qahal y llamativamente conservado tal cual en la voz latina ecclesia, encierra una significación universal que sobrepasa las fronteras de la Iglesia local. [...] La preeminencia de la Iglesia local no eliminó la conciencia de la comunión universal en la fe. [...] Ignacio de Antioquía fue el primero en utilizar la expresión katholike ekklesia, con lo que se remontaba de la Iglesia universal a su prototipo transcendente.*” (LENZENWEGER, Josef; STOCKMEIER, Peter; AMON, Karl; ZINHOBLER, Rudolf [org.]. **Historia de la Iglesia Católica**. Traducción de Víctor Abelardo Martínez de Lopera. Barcelona: Herder Editorial, 2006, p. 44-47).

⁵⁰ PRIETO, Fernando. *Op. cit.*, p. 104 et 211.

Por fim, em uma sociedade extremamente estratificada, em que o *status* de nascimento era *essencial* para firmar a posição social e jurídica de cada pessoa⁵¹, o contrato era relegado a um plano secundário. Afinal, as pessoas não tinham capacidade de autodeterminação jurídica além do estreito espaço compatível com a sua ordem social.⁵²

À medida em que essas três características se alteraram na cultura europeia, a teoria do direito contratual clássico foi sendo construída, até estar plenamente sólida no século XIX. Sem prejuízo disso, é ainda no Medievo que a teoria incorporará noções que depois serão chave para o direito contratual moderno e contemporâneo. Dentre elas, a de *pacta sunt servanda*. Com essa locução, quer-se citar a linha defendida por estudiosos canonistas de que o mero consenso (“*pacto*”, no direito romano) deveria ser suficiente para gerar entre as partes uma “obrigação juridicamente exigível”. Tal noção vinha em contraposição ao que vigorava no antigo direito romano e também no direito medieval secular, em que a exigibilidade do consenso estava condicionada a um ritual especial ou à própria prática de uma prestação.⁵³ De fato, no antigo direito romano e no direito medieval secular, o contrato (na acepção moderna) tinha como “hipótese fática” o consenso provido de *determinada formalidade*, que era o que conferia caráter jurídico ao consenso (*elemento constitutivo da obrigatoriedade*).⁵⁴ Isso se explica porque o traço predominantemente *realista* do pensamento romano e do pensamento medieval tendia a considerar o contrato como uma *forma*

⁵¹ Sobre a pulverização de estatutos jurídicos de acordo com a posição social ocupada por cada pessoa: “O fenômeno social que aí ocorre é o do reflexo imediato da estratificação social na estratificação jurídica. O tecido das relações sociais será visível, diretamente, a partir da tessitura das relações jurídicas divididos em corpos – ou *conjuntos* – pulverizados, cuja base é regional, profissional, estamental ou outra, ‘a cada qual correspondendo um estatuto jurídico diferente e uma ampla capacidade de autoregulação’.” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa fé no direito privado: sistema...**, p. 56). Ainda: “O conceito de estamento tem valor mais forte e alcance muito maior. Em geral, cada grupo, função, profissão é vista como um estamento, de forma que, ao lado da divisão da sociedade em três estamentos, também seria possível dividi-la em doze. Pois estamento é estado, *estat* ou *ordo*, termos que remetem a uma entidade ditada pela vontade de Deus. [...] No pensamento medieval, o conceito de ‘estado’ ou ‘ordem’ define-se em todos esses casos pela noção de que cada um desses grupos representa uma instituição divina, é um elemento na arquitetura do mundo, tão essencial e tão hierarquicamente digno quanto os tronos e os poderes da hierarquia dos anjos.” (HUIZINGA, Johan. *Op. cit.*, p. 86).

⁵² GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 729.

⁵³ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Vol. II. 6. ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 107-111.

⁵⁴ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Op. cit.*, p. 40; WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 75.

(*idéia*) efetivamente *existente* (*real*) - o que demonstra seu caráter *formalista*⁵⁵; e, ao mesmo tempo, esse *formalismo* era complementado por um *materialismo*, no sentido de que a *forma*, já que *real*, deveria estar de preferência acompanhada de alguma *matéria*; assim, a *formalidade especial* era uma maneira ritualística de tentar *materiarizar* a *forma* dessa nova *realidade* que então passava a *existir* - o contrato, compreendido por isso como um *ente substancial*, distinto dos contratantes.⁵⁶ Por sua vez, no direito canônico medieval, sem que houvesse a abdicação do pensamento *realista* e *formalista*, mas com um decréscimo do *materialismo*, o respeito à palavra dada fez com que o consenso passasse a ser o único *elemento constitutivo da obrigatoriedade* do contrato - ou seja, o consenso era “hipótese fática” suficiente para dar origem à

⁵⁵ Como dito na introdução, *formalismo* aqui denota o pensamento que confere alguma espécie de *realidade* à *forma* (sinônimo de *idéia*). BERTRAND RUSSELL dá um exemplo desse *formalismo* ao explicar o racionalismo de Parmênides (que depois inspirará o *formalismo* platônico), segundo o qual a circunstância de podermos conceber a *idéia* de *realidade* indica que essa *realidade* efetivamente *existe*. Por assim dizer, a “*realidade ideal*” é necessariamente uma “*realidade real*”: “A questão é que aquilo que não é não pode nem mesmo ser imaginado, pois não se pode imaginar o nada. [...] A teoria de Parmênides na sua forma linguística se resume simplesmente ao seguinte: quando se pensa ou se fala, pensa-se ou fala-se a respeito de algo. Deduz-se que deve haver coisas externas, independentes, acerca das quais se pode pensar ou falar. Isso se pode fazer em muitas ocasiões diferentes e, portanto, os objetos do pensamento ou do discurso devem existir sempre.” (RUSSELL, Bertrand. **História do pensamento ocidental**: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 35-36). Perceba-se em Parmênides uma certa antecipação do racionalismo cartesiano que será fundamental na filosofia moderna, com a diferença da inversão da perspectiva: no racionalismo de Parmênides, o *real* é a *idéia*, o objeto do pensamento; no racionalismo de Descartes, o *real* é o sujeito pensante. GADAMER também atesta a ocorrência do pensamento *formalista* entre os antigos, ao mencionar a noção de unidade entre a palavra e a coisa *real* (ou seja, um *formalismo* ainda bastante primitivo, que não dissociava a palavra da *idéia* subjacente a ela): “A íntima unidade de palavra e coisa era, nos tempos primitivos, algo tão natural que o nome verdadeiro era experimentado como parte do portador desse nome, quando não, como se o representasse por procuração.” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método** I. 7. ed.. Petrópolis: Editora Vozes, 2005, p. 524).

⁵⁶ Sobre a exigência da *materialidade* pelo direito romano, ver: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. III. 11. ed.. Atualização de Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 16. KARL LLEWELYN traz bons exemplos de como formalidades rituais específicas servem para “*materiarizar*” algo abstrato, tornando-o passível de percepção: “*Formal acts of the known type then signify openly definitive intent to change the existing culture, and whatever the form in vogue, this feature is common to all. The copper and scales, the ceremonial handclasp ('Shake on it!'), a magical ceremony like the establishment of blood-brotherhood, the solemn invocation of supernatural sanction by oath or conditional curse, the promise or act before official witnesses, the delivery and acceptance of the unambiguous token (engagement ring, pledge button, King's shilling and the nosegay in the hat) or the ambiguous token (earnest money), sealing and delivery, indenture or broken shard or crooked sixpence, the speaking of the binding words, the known words which had power [...].*” (LLEWELLYN, Karl N.. What price contract? - an essay in perspective. **Yale Law Journal**, {s.l.}, vol. 40, 704-751, 1930/1931, p. 711-712). A noção da *formalidade* como exigência para gerar um novo *ente substancial* ainda pode ser vista no Código Civil Brasileiro de 2002: “Art. 109. No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato.”.

"obrigação juridicamente exigível".⁵⁷ Afinal, na ordem natural de Deus, a palavra dada valia o mesmo que qualquer formalidade ritual especial, sendo em um primeiro momento dispensado até mesmo o juramento.⁵⁸ Consagrou-se então que "*ex nudo pacto actio oritur*", isto é, que perante as cortes eclesiásticas era possível exigir via ação o cumprimento de um simples pacto (pacto nu).⁵⁹⁻⁶⁰

Com a progressiva lapidação do direito canônico, entretanto, logo passou-se a impor um requisito a mais para que o consenso se tornasse obrigatório: no intuito de garantir que a promessa fosse feita a sério e que a sua observância estivesse em conformidade com os preceitos morais cristãos, os canonistas reavivaram a noção de *causa final*, "para se afirmar que somente as promessas nela lastreadas poderiam ser

⁵⁷ Normalmente, entende-se a noção de *pacta sunt servanda* como uma atenuação do "formalismo" romano e medieval. Isso é verdadeiro se associarmos "formalismo" simplesmente ao "uso de formalidades especiais", que não é a acepção adotada neste trabalho. Tomando o termo "*formalismo*" como expressão de um pensamento que vê *realidade* nas *formas* (*idéias*), como faço aqui, parece-me mais adequada uma leitura de que a noção do *pacta sunt servanda* tenha representado, em um primeiro momento, uma exacerbação do *formalismo* em detrimento do *materialismo*, no sentido de que a *forma* do mero consenso (a troca de palavras promissórias) passou a ser suficiente para gerar um *ente ideal-real*, independentemente de maior *materialização* através de *formalidades especiais* ou da efetiva presença da vontade. O consenso, ele mesmo uma *formalidade* mais abstrata, tornou-se da *substância* do contrato, como único *elemento constitutivo da obrigatoriedade*. Ou seja, ao invés de os contratantes seguirem um ritual específico, qualquer consenso emitido já era em si mesmo um ritual que gerava o contrato. Vale trazer a lição de JOHAN HUIZINGA sobre a força do pensamento *formalista* na Idade Média, inclusive no contexto religioso (onde estava situado o direito canônico): "Todas as características citadas podem ser unidas sob o conceito de formalismo. A noção inerente da realidade transcendental das coisas significa que cada ideia é definida por limites fixos, está isolada numa forma plástica, e que essa forma é a dominante. [...] O senso de justiça é inflexível, não há um instante de dúvida sequer: o ato julga o homem, dizia o velho ditado legal. Na avaliação de um ato, o seu conteúdo formal é sempre o mais importante. Outrora, no direito primitivo da antiga época germânica, essa formalização fora tão rígida, que a sentença não levava em conta a intencionalidade ou não intencionalidade: o ato era o ato, e conseqüentemente implicava punição, enquanto um ato não consumado, uma tentativa de um delito grave, não era punido. Mesmo muito tempo depois, acontecia de alguém perder os direitos legais por cometer um lapso involuntário durante um juramento: um juramento é um juramento, e é muito sagrado. [...] O formalismo geral também é a base da fé no efeito da palavra falada, que se revela em sua totalidade nas culturas primitivas e que ainda está preservado no período medieval tardio nas fórmulas de bênçãos, de magias e condenações." (HUIZINGA, Johan. *Op. cit.*, p. 392-394).

⁵⁸ Sobre a desnecessidade do juramento: "*What was the difference before God between a promise made on oath and a simple promise? So the Canon law propounded that informal promises should be binding and had to be observed just as surely as an Oath.*" (JEREMY, Anthony. *Pacta sunt servanda - the influence of canon law upon the development of contractual obligations. Law & Justice - The Christian Law Review*, {s.l.}, vol. 144, p. 4-17, 2000, p. 7).

⁵⁹ *Ibidem*, p. 7.

⁶⁰ A tese do *pacta sunt servanda* foi registrada no âmbito do direito canônico por meio da glosa de Johannes Teutonicus (cerca de 1212), estabelecida oficialmente nas Decretais do Papa Gregório XI do ano de 1234 (GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 734). Essa corrente, porém, não era unânime dentro da Igreja, como se observa do fato de o Papa Inocêncio IV (1243-1254) ter defendido que a consequência para o descumprimento de pactos fosse uma sanção religiosa (interdição, excomunhão), não se podendo neste caso falar em exigibilidade jurídica de adimplemento da obrigação (LESAFFER, Randall. *The medieval canon law of contract and early modern treaty law. Journal of the History of International law*, {s.l.}, vol. 2, issue 2, p. 178-198, feb. 2000, p. 184).

protegidas”⁶¹.⁶² Nessa senda, para os canonistas, mesmo que em tese implicasse a quebra da palavra dada, um consenso "inintencional" ou imoral não poderia ser exigível. Essa noção de causa final trabalhada na última fase da Idade Média é mais uma de elevada importância para o estudo do direito contemporâneo, pois aumentou consideravelmente a racionalidade do instituto do contrato, com a atenuação do pensamento puramente *formalista* que obrigava a prática de prestações pelo simples fato de promessas ou palavras consensuais terem sido proferidas. Agora o mero consenso (*causa formal* em sentido estrito) não mais bastaria para a exigibilidade das prestações, se não estivesse acompanhado da efetiva vontade das partes de obrigar-se em vista de alguma finalidade (*causa final subjetiva*) e se essa efetiva vontade não fosse direcionada a algo moralmente permitido (*causa final objetiva negativa*).⁶³ Outrossim, cabe mencionar que, em complemento à noção causalista, mais tarde no direito canônico também veio a ser criada a necessidade de que, para que os litígios sobre pactos pudessem ser julgados por uma corte eclesiástica, o consenso fosse acompanhado de um juramento a Deus (*formalidade específica*), o qual deveria ser cumprido sob pena de se incorrer em pecado. Se não houvesse juramento, o caso não seria de competência da Igreja⁶⁴ e, assim, o direito canônico não lhe seria aplicável.⁶⁵

⁶¹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação**. São Paulo: Método, 2008, p. 54-55.

⁶² Sobre a relação entre obrigação e causa final: “*To justify enforcement of contracts in the external forum of the church it was necessary to add to the theory that to break a promise is a sin the theory that the claim of the party who has suffered from such breach is morally justified. The canonists developed the two theorists together. They concluded that a morally binding promise should also be legally binding if it is a part of an agreement (a pactum, or consensual obligation) that is itself morally justified. The object of purpose (causa) of the contract had to be reasonable and equitable.*” (BERMAN, Harold J.. The religious sources of general contract law: an historical perspective. **Journal of Law and Religion**, {s.l.}, vol. 4, issue 1, p. 103-124, 1986, p. 110).

⁶³ ANTHONY JEREMY enuncia os critérios dessa segunda corrente do direito canônico que institui o requisito da causa: (I) a promessa deve ser intencional, (II) a promessa pode ser retirada em caso de relevante alteração das circunstâncias e (III) a promessa deve visar a uma troca material ou a um fim moral. E observa ainda: “*True, the precise meaning of Causa was never defined and was the subject of disputation even between Canonists but all were agreed that it was necessary to demonstrate that there was a purpose to be attained, that the promissor had in mind a definite result.*” (JEREMY, Anthony. *Op. cit.*, p. 9).

⁶⁴ LESAFFER, Randall. *Op. cit.*, p. 193.

⁶⁵ Sobre os riscos de um *formalismo* extremado, baseado no mero consenso como formalidade, bem como sobre a necessidade de juramento para atrair a competência das cortes eclesiásticas: “*The principle of 'pacta sunt servanda' implies that each agreement, regardless its form, has binding power. Thusway it constitutes a clear breach with the formalism of classical Roman law and many medieval customary law system, including the English common law. [...] The principle of consensualism in medieval canon law was rooted in the Christian moral precept of truthfulness. [...] Consensus between the persons involved became the central criterion for the creation of a juridical obligation. [...] The canonists were however aware of the lures and dangers of an unlimited consensualism. Most of all they took the risk into account that the absence of any formalities could induce people to bind themselves too light-*

A exigibilidade jurídica do “consenso” ou do “encontro de vontades de obrigar-se” desprovido de *formalidades específicas* aproxima o direito canônico do direito contratual clássico do século XIX, a seguir exposto; porém, em sede de comparação, deve-se destacar que o *fundamento da obrigatoriedade* do mero consenso ou encontro de vontades na doutrina canônica era o preceito moral de manter a própria promessa, com vínculo na boa fé⁶⁶ e na ausência de pecado⁶⁷ - ou seja, a ênfase do *fundamento da obrigatoriedade* estava no *dever* de conduta perante a ordem natural criada por Deus e integrada pelas demais pessoas, e não no *poder/liberdade* individual de obrigar-se, como será característico da doutrina contemporânea.

Como já dito, a filosofia tomista aperfeiçoou o pensamento medieval de modo inigualável. Ao lado da já aludida crença em uma verdade objetiva, absoluta e sobre-humana, outra concepção bastante cara à escolástica de Tomás de Aquino envolve as noções aristotélicas de *bem comum*, de *felicidade* e de *virtude*. Para Tomás de Aquino, os atos humanos e a organização social estão voltados à obtenção do *bem comum* e da *felicidade*, precisando para tanto ser *virtuosos*.⁶⁸ Na visão dos seguidores dessa linha tomista, a figura do contrato não poderia fugir a essa regra; assim, os escolásticos tardios utilizaram a idéia da virtude de manter a própria promessa para justificar a obrigatoriedade do simples encontro de vontades, mas ligaram-na a mais duas virtudes: a justiça comutativa e a liberalidade. É dizer então que, para que a obrigação efetivamente surgisse, segundo essa concepção, não bastava que o consenso (*causa formal* em sentido estrito) fosse acompanhado da efetiva vontade (*causa final subjetiva*), nem que o encontro de vontades das partes não contrariasse preceitos morais (*causa final objetiva negativa*); era necessário que esse encontro de vontades visasse e realizasse a justiça comutativa ou a liberalidade⁶⁹, de modo que havia uma

heartedly. There the concept of causa was introduced. To be legally binding and enforceable, a contract needed to be based on a cause. [...] The access to ecclesiastical jurisdiction for disputes on promises and contracts was further restricted by the canonists themselves. For a promise to be enforceable before an ecclesiastical court, the promise had to be strengthened by an oath.” (LESAFFER, Randall. Op. cit., p. 182-183).

⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa fé no direito privado: sistema...**, p. 128.

⁶⁷ Para JUDITH MARTINS-COSTA e MENEZES CORDEIRO, a própria boa-fé no direito canônico se opunha à má-fé, ou “má fé”, a qual era sinônimo de pecado. Ver: *Ibidem*, p. 130; MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 155.

⁶⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 145; VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne**. Paris: Presses Universitaires de France, 2003, p. 157-158.

⁶⁹ Sobre a realização positiva da virtude como requisito da obrigatoriedade: “*The late scholastics elaborated Thomas’s natural law of promise-keeping to explain when a contract was binding. To explain the obligations of the contracting parties, they drew on another idea of Thomas’s. By promising, a party could exercise one of two other Aristotelian virtues: commutative justice or liberality.*” (GORDLEY,

causa final objetiva positiva como elemento constitutivo da obrigatoriedade do contrato. O ato de contratar estava *funcionalizado* em relação ao fim de praticar uma dessas virtudes e de, com isso, promover positivamente o *bem comum*, que era o *fundamento da obrigatoriedade* dos atos humanos. Portanto, nessa linha, a vontade não era autônoma para formar um contrato com efeitos jurídicos obrigatórios, porque as partes precisavam respeitar um critério objetivo externo a elas mesmas.

Nesse sentido, embora o problema a respeito da definição do valor intrínseco das coisas não fosse desconhecido da tradição escolástica⁷⁰, a crença metafísica na existência objetiva do bem e da justiça impedia que o diâmetro de disposição das partes fosse excessivo, pois haveria um parâmetro objetivo de preço justo ao qual o acordo subjetivo estava subordinado.⁷¹ É assim que vemos por que figuras como a lesão e a cláusula *rebus sic standibus* foram tão presentes na teoria contratual canônica, uma vez que lhes cabia a atribuição de ajustar a finalidade subjetiva das partes à finalidade objetiva que fundamentava a obrigatoriedade do encontro de vontades, a qual não estava inteiramente à disposição das partes.⁷²

Portanto, já feitas as ressalvas quanto aos problemas das simplificações históricas, pode-se compreender como característica residual do direito contratual medieval a visão do contrato como um *ente formal* gerado pelo consenso das partes, com *realidade* própria (distinta das partes) na *ordem natural divina*, a qual, desde que o consenso tivesse representado a efetiva vontade das partes e estivesse voltado para a realização do bem comum, conferia-lhe, dentro das circunstâncias em que foi gerado, força obrigatória *natural* sobre as partes.

James. **The philosophical origins of modern contract doctrine**. New York: Oxford University Press, 1991, p. 12).

⁷⁰ GORDLEY, James. Morality and contract: the question of paternalism. **William & Mary Law Review**, {s.l.}, vol. 48, issue 5, p. 1733-1772, 2007, p. 1741.

⁷¹ Sobre o preço justo no âmbito do direito canônico: “Os canonistas, em vigoroso combate à usura ou ao enriquecimento de um dos contratantes às expensas do outro, sustentaram que, para toda mercadoria e para todo serviço, existe um preço justo, cuja determinação se faz segundo a apreciação comum no meio e no tempo – *communis aestimatio*, e seria contra os princípios da equidade que não se observasse o *justo preço* ou o *justo salário*.” (ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 272).

⁷² *Ibidem*, p. 282; BRANDÃO, Wilson de Andrade. **Lesão e contrato no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964, p. 68-69.

2.2. O paradigma da autonomia da vontade

No século XV, a cultura europeia passa a sofrer influxos mais fortes de mudanças, com a intensificação do movimento denominado Renascimento e a Reforma Protestante. Com as conquistas matemático-científicas de Galileu⁷³, o dogmatismo perde o seu prestígio para as correntes de pensamento racionalista e empirista.⁷⁴ Recobra-se o *formalismo* de matriz platônica em oposição ao *formalismo* da tradição aristotélico-tomista⁷⁵, com o abandono do método de conhecimento mediado pela autoridade⁷⁶ e em função de Deus, em troca do projeto de conhecimento imediato do homem e em função do homem – o que se costuma compreender como humanismo.⁷⁷ Essa visão antropocêntrica, não religiosa, cresce na Europa na Idade Moderna em detrimento do antigo teocentrismo. O pensamento religioso-dogmático da Idade Média e a sua filosofia aristotélico-tomista, até então hegemônica, virão a ser dados como superados ao longo na Idade Moderna, redundando na Idade Contemporânea pós-Revolução Francesa.

O direito contratual clássico do século XIX se apresenta também como uma superação dos últimos resquícios do Medieval. Em lugar do homem situado na ordem natural em relações de deveres recíprocos, surge o indivíduo livre para contratar; em lugar da constrição das relações contratuais por sua *funcionalização* em direção ao bem comum objetivo, tem-se a liberdade individual para realizar a própria vontade subjetiva através da *estrutura* do contrato. Com isso, ao mesmo tempo em que o resultado prático (fim) do contrato perdia relevância, aumentava a ênfase sobre a sua formação (início), a ponto de torná-la paradigmática para essa figura jurídica. Assim, explicar a formação do contrato no direito contratual clássico é crucial para compreender as fontes e os fundamentos das obrigações contratuais dentro dessa teoria, e é exatamente nesse momento de formação que se situa a noção de *autonomia da*

⁷³ WIEACKER, Franz. *Op. Cit.*, p. 285.

⁷⁴ VILLEY, Michel. *Op. cit.*, p. 393.

⁷⁵ WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 88.

⁷⁶ RUSSELL, Bertrand. **História da filosofia ocidental – Livro 1: a filosofia antiga**. Tradução de Hugo Langone. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 17.

⁷⁷ Sobre a tendência humanista da Idade Moderna: “Desde os humanistas italianos, tais como Pico Della Mirandola e Coluccio Salutati e todos aqueles que receberam elementos da filosofia platônica, em contraste com o aristotelismo medieval, o que caracteriza as novas tendências é a preocupação de explicar a natureza segundo as suas leis imanentes, situando o problema do homem no universo, e compreendendo o universo à luz do destino humano.” (REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 45); HESPANHA, António Manuel. *Op. cit.*, p. 255.

vontade. Essa noção, todavia, pode ser apreendida em três sentidos diferentes, que serão estudados adiante.

2.2.1. O poder natural do indivíduo de formar o contrato

O presente subtópico tem como objetivo estudar a visão daqueles que associam o direito contratual clássico ao naturalismo racionalista e individualista.

A corrente racionalista que enfatiza a natureza e a razão humanas (naturalismo humanista e racionalista⁷⁸) teria como marco inicial – assim se considera usualmente⁷⁹ – a obra de Hugo Grotius, já na primeira metade do século XVII.⁸⁰ Porém, teria sido na filosofia política da segunda metade do século XVII e do decorrer do século XVIII que se teriam desenvolvido os traços mais acentuados dessa corrente, abrangidos no Iluminismo⁸¹, levando-a a ter um caráter mais individualista.

Tomando como referência a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, é possível dizer que os iluministas, partindo da *idéia* (de matriz platônica)⁸² axiomática⁸³ de que todos os seres humanos são livres e iguais por *natureza*⁸⁴, teriam deduzido a existência de direitos naturais à liberdade, à propriedade, à segurança e à resistência contra a opressão, cuja *preservação*⁸⁵ seria o objetivo da criação da sociedade⁸⁶. O exercício desses direitos pelo *indivíduo* apenas encontraria limites nos

⁷⁸ Em contraposição ao naturalismo religioso e dogmático da filosofia tomista.

⁷⁹ É contestado que Grotius tenha realmente rompido com a tradição do naturalismo tomista. Ver: GORDLEY, James. **The philosophical...**, p. 5-6 et 122.

⁸⁰ ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 25; ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Op. cit.*, p. 56-57.

⁸¹ WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 12; HESPANHA, António Manuel. *Op. cit.*, p. 301-306.

⁸² Sobre o retorno ao *formalismo* platônico no direito natural do período iluminista: "*El platonismo del siglo XVII se manifiesta en el recurso a la 'idea' o tipo ideal o modelo al que la existencia se aproxima, pero cuya validez no deriva de su ajuste a los hechos sino de sí misma. Este es el caso de la 'idea' del Derecho natural o de los axiomas fundamentales del mismo.*" (PRIETO, Fernando. *Op. cit.*, p. 329).

⁸³ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa fé no direito privado: sistema...**, p. 144.

⁸⁴ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "*Art. 1er. Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.*".

⁸⁵ "Preservar" indica algo que já existe previamente, no que se diferencia de "promover".

⁸⁶ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "*Art. 2. Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.*".

mesmos direitos naturais dos outros indivíduos, cabendo à lei, e somente a ela, estabelecer quais seriam esses limites⁸⁷; fora dessas condições excepcionais em que à lei é facultado proibir ou ordenar condutas, deveria prevalecer sempre a regra natural (pré-legal) da liberdade individual⁸⁸. Portanto, o direito precisaria, como um pressuposto de origem racionalista, respeitar a natureza de liberdade e igualdade comum a todos.⁸⁹

Diferentemente do “pensamento religioso-dogmático” e do “espírito de vida comunitário” que marcaram a Idade Média, essa concepção iluminista considera o indivíduo como princípio e fim de tudo⁹⁰, sem dependência de Deus e com precedência sobre o “todo”⁹¹ - o que se entende por individualismo⁹². O indivíduo é *naturalmente* apenas ele mesmo, não fazendo parte da sua *essência* quaisquer relações de dever e cooperação com os demais; ademais, a sua *essência* também não participa de uma ordem universal voltada *naturalmente* ao bem comum objetivo. Como a esfera individual é a referência exclusiva para a determinação do conteúdo do direito natural, sendo as relações sociais meramente subservientes – mas ao mesmo tempo ameaçadoras - aos direitos naturais individuais, essa corrente de pensamento não oferece uma noção de justiça que ultrapassasse o indivíduo. Por isso, não se cogita aqui de uma justiça *acima* dos homens, nem mesmo em uma justiça *entre* os homens, a exigir um conteúdo positivo⁹³; no direito natural iluminista, justiça tem um conteúdo estritamente negativo, daquilo que não vai *contra* o homem, tratado como indivíduo, isolado.⁹⁴

⁸⁷ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Art. 4. *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.*”

⁸⁸ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Art. 5. *La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.*”

⁸⁹ POUND, Roscoe. *Op. cit.*, p. 401.

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 120.

⁹¹ REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 646; HAARSCHER, Guy. *Op. cit.*, p. 44.

⁹² REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 277.

⁹³ Em oposição a “negativo”.

⁹⁴ ANTÔNIO MANUEL HESPANHA retrata o significado do individualismo iluminista: “Como acabamos de ver, o direito natural não deriva agora da natureza cósmica ou da(s) natureza(s) da(s) sociedade(s) (como acontecia com o direito natural aristotélico-tomista), mas da natureza do homem individual e da observação daqueles impulsos que o levavam à acção. E, pelo que vimos até aqui, a ‘sociabilidade’ (característica essencial da espécie humana em Aristóteles, para quem o homem era ‘um animal político’) não constituía, para uma grande parte destes pensadores, um desses impulsos. Pelo contrário: perante a sua necessidade ‘natural’ de agir racionalmente ou de agir instintivamente, a sociedade chegava a aparecer como um obstáculo, pois nela não era possível dar livre curso a estes impulsos sem

Nessa senda, tendo em vista que para os iluministas todo indivíduo é livre de uma ordem objetiva supra-individual e que as liberdades de todos os indivíduos se equivalem, seria contra a natureza, aos olhos dessa condição inata, que um homem estivesse limitado ou fosse submetido a algo além da própria *vontade*. A natureza do indivíduo concebido pelo Iluminismo não deve a nada e a ninguém. Sendo assim, seria preciso que a vontade individual fosse reconhecida como a única e suficiente fonte material⁹⁵ de deveres, sob pena de violentar-se a condição natural humana.⁹⁶ E mais: como nessa vertente de pensamento iluminista o indivíduo precede o “todo”, também a sociedade, o Estado e o direito teriam sido criados por indivíduos naturalmente livres, mediante manifestações de vontade.⁹⁷ Em outras palavras, portanto, assim como a vontade dos indivíduos “em geral” tem poder para formar instituições a fim de preservar os direitos naturais de cada um e de compatibilizar o exercício desses direitos por todos, a vontade de indivíduos “em particular” tem poder *próprio* para formar vínculos jurídicos entre si.⁹⁸

Por conseqüência, como uma das modalidades de criação de vínculos jurídicos entre indivíduos, o contrato não seria nada mais e nada menos do que o produto do fato do encontro de vontades de obrigar-se. Assim, dentro do *formalismo* de matriz platônica que operava por trás dessa corrente de pensamento racionalista-individualista, compreendia-se o contrato como um *ente formal existente* em um *mundo lógico-natural* (similar a um “mundo jurídico”), o qual era formado pela vontade comum de obrigar-se⁹⁹, pois esta era *naturalmente* hábil a gerar vínculos jurídicos *lógicos* entre

chocar com os desígnios de acção dos outros. Por isso é que a maior parte dos pensadores juracionais defendem que a instituição da sociedade organizada (sociedade *política*) representa limitação dos direitos naturais.” (HESPANHA, António Manuel. *Op. cit.*, p. 303).

⁹⁵ Fonte formal: elemento autorizativo da juridicidade (lei, costume etc.). Fonte material: elemento fático ao qual se confere juridicidade (vontade). Ver: MOORE, Benoît. La théorie des sources des obligations: éclatement d'une classification. *Revue Juridique Themis*, {s.l.}, vol. 36, issue 3, p. 689-732, 2002.

⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa fé no direito privado: sistema...**, p. 203; ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, p. 197-198.

⁹⁷ Sobre o voluntarismo construído a partir da idéia de contrato social: “Se a própria formação da sociedade nasce de uma manifestação de vontade na qual os indivíduos declararam querer formá-la (*pactum societatis*) e, após, esta mesma vontade aceita submeter-se às normas da sociedade (*pactum subiectionis*), nada mais é a matriz do ordenamento jurídico do que a própria vontade.” (SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Op. cit.*, p. 50-51).

⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa fé no direito privado: sistema...**, p. 140 et 204.

⁹⁹ Sobre o “encontro do vontades de obrigar-se” como catalizador de uma “vontade comum”: “*Nel contratto, secondo i seguaci del dogma, dall'incontro delle volontà dei due contraenti sorgerebbe una 'volontà unitaria': la volontà contrattuale.*” (BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. 2. ed.. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1960, p. 60).

os contratantes, indivíduos livres e iguais. Os contratos operariam *no mesmo nível* da lei como fonte formal de juridicidade, de modo paralelo e independente dela.

Também por isso, embora os efeitos jurídicos do contrato *existente* pudessem encontrar *limites negativos* na lei (vontade geral)¹⁰⁰, não havia qualquer outro *requisito positivo*¹⁰¹ que as partes precisassem observar para que esse contrato *existente* fosse válido: ao formar o contrato, o encontro de vontades era o único (autônomo) *elemento constitutivo da obrigatoriedade*, porque o poder natural das vontades individuais dotava o contrato (*ente formal* gerado por elas) de força obrigatória própria relativamente aos contratantes – o *fundamento da obrigatoriedade* era a qualidade inata *lógico-natural* obrigatória da qual o ente contrato era provido, por ter sido formado a partir das vontades individuais. Afinal, indivíduos livres e iguais por natureza não necessitam responder a um preceito moral ou a qualquer outra finalidade (*causa final objetiva positiva*) externos a si mesmos e distintos da sua própria vontade.¹⁰² Em suma: *autonomia da vontade para formar um contrato com efeitos obrigatórios*, como descreve BENOÏT MOORE:

*Le contrat est alors hissé au même niveau que la loi, ce qui implique la reconnaissance de l'autonomie de la volonté. Selon cette doctrine, la seule force de la volonté est nécessaire et suffisante afin de créer des obligations: elle agit seule et indépendamment de la loi en tant que source formelle.*¹⁰³⁻¹⁰⁴

¹⁰⁰ E isso – como vimos - ocorreria nos poucos casos em que fosse necessário harmonizar o direito natural individual dos contratantes com o direito natural individual dos demais cidadãos, como na hipótese de o contrato ter um objeto criminoso.

¹⁰¹ Em oposição a "requisito negativo".

¹⁰² ENZO ROPPO ensina sobre a força da vontade: "Recorde-se a concepção do contrato (e, portanto, do negócio jurídico) amadurecida nos séculos XVII e XVIII e aperfeiçoada no século XIX, na base do postulado jusnaturalístico que individualizava na vontade humana a fonte primária de todo o efeito jurídico, a energia criadora dos direitos e das obrigações legais: o contrato é 'consenso', isto é, 'encontro de vontades' [...]." (ROPPO, Enzo. *Op. cit.* 297). Embora não se refira especificamente ao individualismo iluminista, GUIDO ALPA resume bem essa guinada voluntarista: "*Nel secolo XVII si compie la grande rivoluzione anche filosofica: il diritto naturale di Grozio non è il diritto naturale di Giustiniano, né quello della coscienza medioevale. La filosofia laicizza il diritto e sotto l'influsso del razionalismo e della Riforma viene teorizzata una concezione volontaristica del diritto. Nasce la teoria contrattualistica. Applicando il metodo cartesiano alle scienze morale, Pufendorf tratta tutti gli aspetti del problema della volontà, che obbligandosi per mezzo di promissa et pacta limita la libertà, e arriva alla soluzione ultima: solus consensus obligat. Attraverso questa via, l'uomo, principio e fine della realtà giuridica e politica, viene esaltato nella manifestazione della sua volontà.*" (ALPA, Guido. **Il contratto in generale**: fonti, teorie, metodi. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2014, p. 79).

¹⁰³ MOORE, Benoît. *Op. cit.*, p. 703-704.

¹⁰⁴ Tradução livre: "O contrato é então elevado ao mesmo nível da lei, o que implica o reconhecimento da autonomia da vontade. Segundo essa doutrina, a força da vontade, sozinha, é necessária e suficiente para criar obrigações: ela age de forma própria e independente da lei como fonte formal."

Portanto, nessa visão, com o naturalismo racionalista e individualista que começou a se desenhar no plano ideológico a partir do século XVII, teria surgido uma teoria de direito contratual cuja definição de contrato tendia a ser reduzida, compreendendo-o estritamente como o produto do encontro de vontades de obrigar-se, sem falar-se mais em *formalidade específica* (ritual), em *funcionalização* ou em realização de algo diferente da própria vontade individual. Por outro lado, ao mesmo tempo em que o conceito de contrato experimentava tal redução a um fato volitivo, o seu alcance teve uma impressionante expansão, deixando o papel secundário que possuía na estratificada Idade Média para comandar praticamente todas as relações entre as pessoas e explicar a formação da própria vida em sociedade, já que, agora, indivíduos nascidos livres e iguais não têm a sua capacidade de autodeterminação limitada à sua ordem social.¹⁰⁵

No plano prático da Europa Ocidental Continental, interpreta-se o processo da Revolução Francesa desencadeado em 1789 como a implementação na vida política desse ideário iluminista que culmina na noção da vontade como única fonte de obrigações.¹⁰⁶ E, com a promulgação do Código Civil Francês de 1804 na esteira desse movimento revolucionário, costuma-se sustentar que as teorias iluministas individualistas teriam sido, então, reconhecidas no âmbito do direito privado, especialmente por intermédio da doutrina de Domat e Pothier.¹⁰⁷ Ou seja, de acordo com essa visão, a

¹⁰⁵ Sobre a expansão do papel social desempenhado pelo contrato: “De uma forma ou de outra, no entanto, o dado primordial passa a ser o homem mesmo, orgulhoso de sua força racional e de sua liberdade, capaz de constituir por si mesmo a regra de sua conduta. É por isso que surge, desde logo, a *idéia de contrato*. O contratualismo é a alavanca do Direito na época moderna. Por que existe a sociedade? Porque os homens concordaram em viver em comum. Por que existe o Direito? O Direito existe, respondem os jusnaturalistas, porque os homens pactuaram viver segundo regras delimitadoras de arbítrios. Da idéia do indivíduo em estado de natureza, sem leis, sem normas, surge a idéia da possibilidade de contratar. Da possibilidade de contratar deriva o fato do contrato; e do contrato, a norma.” (REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 646).

¹⁰⁶ HESPANHA, António Manuel. *Op. cit.*, p. 304. Embora considere-se Idade Moderna o período após a Queda de Constantinopla (1453) e/ou após o Descobrimento da América (1492), o conceito de “direito moderno” tem como marco inicial a Revolução Francesa, conforme MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa fé no direito privado: sistema...**, 1999, p. 23.

¹⁰⁷ Sobre o caráter individualista da obra de Pothier: “*Mais le personnage de Pothier est plus complexe. Converti, par son maître Daguesseau, aux idées jusnaturalistes rationalistes modernes, il s’en est fait l’écho en introduisant notamment l’individualisme subjectiviste dans son oeuvre.*” (ARNAUD, André-Jean. *Op. cit.*, p. 219); sobre o individualismo no Código Civil Francês de 1804: “Destaque-se, por fim, a maior realização da Revolução Francesa no campo do direito civil, o Código Civil francês de 1804. O *Code Civil*, elaborado na época napoleônica, conjuga as influências individualistas e voluntaristas da época com as idéias do direito natural moderno [...]” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed.. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011, p. 64); também assim: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa fé no direito privado: sistema...**, p. 180; SAVATIER, René. **Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui**. 2. ed.. Paris: Librairie Dalloz, 1952, p. 34; SILVA, Clóvis do Couto e. O Direito

Revolução Francesa teria consolidado no direito privado essa justiça em conformidade com a natureza individual de liberdade e igualdade, que dá caráter jurídico obrigatório imediato aos contratos gerados pela vontade das partes.

Nessa visão sobre a teoria do direito contratual clássico, seria esse o tempo, a partir dos alvares do século XIX, em que a teoria do direito contratual dava a impressão de estar assentada em bases sólidas e imutáveis – o solo firme e fértil mencionado nas primeiras linhas deste capítulo. "Bases sólidas", porque: (I) acreditava-se ter descoberto a verdadeira natureza do homem (liberdade e igualdade) e (II) deduzia-se, segundo essa natureza, que indivíduo não estaria limitado a nada a não ser à própria vontade ou, em casos excepcionais, à vontade geral; assim, (III) se a Revolução Francesa tinha garantido essa natureza do homem tanto na política quanto no direito, e (IV) sabendo-se axiomáticamente que a definição do contrato era a de um vínculo obrigatório, (V) o contrato para o direito vigente seria exatamente o produto do encontro de vontades de dois ou mais indivíduos munidos de poder natural próprio. "Bases imutáveis", porque, além de a natureza do homem ser perene¹⁰⁸, acreditava-se então no progresso contínuo da civilização, de modo que, uma vez superada a fase do *status* em direção à fase do contrato¹⁰⁹, mais afeita à natureza humana, jamais se regressaria na escala evolutiva.¹¹⁰ A doutrina contratualista estaria perpetuamente depurada e cristalizada.

2.2.2. O contrato como direito moral do indivíduo

O presente tópico abordará a visão daqueles que associam o direito contratual clássico à filosofia kantiana, o que teria ocorrido por meio dos juristas alemães.

Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de [org.]. **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 16.

¹⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 120.

¹⁰⁹ POUND, Roscoe. *Op. cit.*, p. 397.

¹¹⁰ PRIETO, Fernando. *Op. cit.*, p. 428; "A fé no progresso substituiu a fé na tradição." (CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 163).

Na Alemanha do início do século XIX, embora as influências do Iluminismo e da própria Revolução Francesa também tenham sido sentidas¹¹¹, o cenário político não redundou de pronto na elaboração de um Código Civil, até porque o país não estava unificado.¹¹² Assim, ante a falta de uma unidade no momento de auge do naturalismo racionalista, foi nesse país que as correntes críticas ao jusnaturalismo e ao jusracionalismo encontraram tempo e espaço para prosperar no âmbito da doutrina jurídica. No eixo entre o pensamento moderno empirista, a filosofia kantiana e pós-kantiana, a filosofia hegeliana e o cientificismo positivista, teria florescido a Escola Histórica do direito alemão¹¹³, fundada sob a concepção de que o direito não tem sua origem em uma razão natural universal ou em um contrato oriundo da vontade de indivíduos naturalmente livres, mas de que é, na verdade, um produto da cultura e do espírito de um povo historicamente situado.¹¹⁴ Nessa perspectiva, a missão dos juristas não seria deduzir racionalmente o direito a partir de *idéias naturais* abstratas (axiomas), senão compreender intuitivamente¹¹⁵ a cultura concreta (tomada como fato positivo) através da história¹¹⁶, e então, racionalmente, dogmaticamente¹¹⁷, cientificamente, sistematizá-lo.¹¹⁸

¹¹¹ GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 14.

¹¹² Ressalva deve ser feita ao Código Civil da Prússia (1794), fruto da influência jusracionalista: “Na Alemanha [...] o jusracionalismo teve influência sobretudo através das reformas autoritárias do direito positivo; ele tornou-se, em virtude das relações das cortes com os pensadores jusracionalistas e através dos funcionários de Estado educados pelo iluminismo, numa ética política e num programa de governo do absolutismo esclarecido. A descoberta, à primeira vista surpreende, de que não foi a Europa ocidental – pátria do cartesianismo e do pré-iluminismo – que sofreu as primeiras influências políticas do jusnaturalismo, mas a Alemanha – e, aqui, em primeiro lugar, as terras de colonização leste-alemãs da Prússia e da Áustria – pode explicar-se pelo facto de tanto as formas históricas da organização de vida do povo como os antigos e orgulhosos corpos políticos serem aqui mais fracos ou (como no caso da Áustria) depararem com um absolutismo mais decidido e mais progressivo do que na Europa ocidental e na Alemanha.” (WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 311).

¹¹³ *Ibidem*, p. 402-405; REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 3. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 47; LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 5. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 21-22.

¹¹⁴ TREVES, Renato. *Op. cit.*, p. 18; SAVIGNY, Friedrich Karl von. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho**. Traducción de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946, p. 43-48.

¹¹⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Op. cit.*, p. 292.

¹¹⁶ JOUANJAN, Olivier. **Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)**. Paris: Presses Universitaires de France, 2005, p. 36; SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Op. cit.*, p. 134; WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 420.

¹¹⁷ Interessante apontar o retorno ao método dogmático (embora não à dogmática religiosa escolástica) de construção do pensamento jurídico da Escola Histórica do direito alemão, conforme, MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa fé no direito privado: sistema...**, p. 214.

¹¹⁸ KOSCHAKER, Paul. **Europa y el derecho romano**. Traducción de Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 378; SAVIGNY, Friedrich Karl von. Los fundamentos de la ciencia jurídica. In: SAVIGNY, Friedrich Karl von [et al.]. **La ciencia del derecho**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949, p. 35; “[...] desde o começo é característica de SAVIGNY a exigência de uma

Apesar de já desvencilhada do racionalismo naturalista que tanto teria marcado a versão francesa-iluminista¹¹⁹, a versão alemã da teoria do direito contratual clássico não pode ser percebida como uma interrupção do predomínio da corrente que priorizava a vontade individual como geradora de contratos. Isso porque - sustenta-se - os juristas alemães, adeptos da ética kantiana¹²⁰, viam a vontade como a expressão máxima da liberdade individual¹²¹, uma *esfera moral (e não natural) a ser respeitada prioritariamente pelo direito*¹²², como explica FRANZ WIEACKER:

Ela [antiga ética social material do jusracionalismo de Grócio e Pufendorf] foi substituída pela ética formal do dever e da liberdade que Kant deduzira da autonomia moral da personalidade. Nos seus 'Fundamentos da metafísica dos costumes' chegava-se à conclusão de que a pessoa não deve constituir um meio para um fim que resida fora dela e que a ordem jurídica deve deixar livre um espaço de liberdade através do qual a livre realização da autonomia ética possa coexistir com a liberdade de todos os outros. [...] Em particular, Savigny tirou daqui [...] a convicção de que o direito serve a realização da moral, não enquanto ele 'dá execução aos seus comandos, mas enquanto garante a cada um o livre desdobramento da sua vontade individual' [...]. Do mesmo modo, as definições de direito subjectivo de autonomia privada, de negócio jurídico e de vontade negocial dadas por Savigny correspondem à exigência posta por Kant daquela liberdade que pudesse coexistir com a liberdade de todos os outros.¹²³

Desse modo, não obstante a diferença de pensamento em relação ao ideário iluminista, a proeminência e a suficiência da vontade como fonte de deveres também

combinação dos métodos 'histórico' e 'sistemático', referindo-se aquele à formação de cada lei dentro de uma certa situação histórica e propondo-se este a compreender a totalidade das normas e dos institutos jurídicos subjacentes como um todo englobante. [...] Pois o que veio a influir mais tarde foi, além da perspectiva histórica, a ideia de sistema como sistema 'científico' construído a partir dos conceitos jurídicos – ideia que serviu de ponto de arranque para a 'Jurisprudência dos conceitos', em que não deve incluir-se, ou então apenas com reservas, o nome do próprio SAVIGNY." (LARENZ, Karl. **Metodologia...**, p. 18-19).

¹¹⁹ Sobre o recuo do racionalismo na escola alemã: "Savigny entra em cena para levar a termo a terceira e larga transformação histórica na vida do direito. Do plano abstrato em que o pusera o racionalismo antecedente ele o remove para a esfera social, dando-lhe aquele tratamento científico que caracteriza toda a originalidade criadora do profundo juriconsulto." (BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 471).

¹²⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia...**, p. 25-27.

¹²¹ Sobre a ligação entre a liberdade individual e a liberdade de contratar: "A liberdade de contratar indica o exercício de um *direito subjectivo*, cuja dogmática foi inaugurada por Savigny. O direito subjectivo seria o poder da vontade como expressão da liberdade humana." (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Reflexões...*, p. 231).

¹²² JOUANJAN, Olivier. *Op. cit.*, p. 180-181; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa fé no direito privado: sistema...**, p. 230-231; "[...] para Kant o princípio fundamental do direito é e só pode ser a liberdade, interpretada, porém, em termos puramente individuais. O direito, portanto, de acordo com esse princípio, pode definir-se como 'a substância das condições' (*der Inbegriff der Bedingungen*), sob as quais o arbítrio de cada um pode se harmonizar com o arbítrio dos outros, segundo uma lei geral de liberdade." (COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 300).

¹²³ WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 427-428.

teria sido admitida pela doutrina jurídica alemã com base no ideário kantiano, tendo papel de destaque na teoria do fato jurídico, mais especificamente na categoria do negócio jurídico, na qual o contrato foi inserido.¹²⁴ O negócio jurídico era definido pelos alemães, no século XIX, como o produto da manifestação/declaração de vontade de obrigar-se, um *ente formal* tornado juridicamente *existente*, em um *mundo lógico-positivo* ("mundo jurídico"), de modo *mediato* pelo direito vigente¹²⁵⁻¹²⁶ - e não *existente* de modo *imediato* em um *mundo lógico-natural*, como na versão iluminista. É o direito positivo que concede caráter jurídico à vontade das partes e que define a sua obrigatoriedade, e não a vontade em si que é naturalmente jurídica e obrigatória. Isso significa que o contrato, enquanto figura jurídica, não seria exatamente o produto do encontro de vontades, mas o resultado da incidência de uma norma positiva sobre o encontro de vontades expresso em manifestações/declarações. Ou seja, a vontade continuava sendo a exclusiva fonte material da juridicidade do contrato, embora não mais a fonte formal, que era apenas o direito.¹²⁷

Se bem que colocasse a liberdade individual *dentro* do direito e da sociedade historicamente situada (e não *antes* do direito e da sociedade), a teoria do negócio jurídico teria persistido no caráter (espírito) individualista e voluntarista da época, estando também abrangida pela noção de autonomia da vontade. Ocorre apenas que, ao invés de representar o poder próprio natural, nesta versão da teoria do direito contratual clássico a autonomia da vontade retrataria o reconhecimento jurídico da ampla aptidão individual de se autodeterminar, originado de um mandamento moral kantiano.¹²⁸ Ainda assim, o encontro de vontades de obrigar-se seria suficiente, à luz das normas jurídicas, para formar um contrato com efeitos jurídicos obrigatórios (*único*

¹²⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 62.

¹²⁵ Deve-se frisar que, nessa época, a teoria do fato jurídico não fazia distinção entre ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico, daí por que se conceituava o negócio jurídico simplesmente como manifestação/declaração de vontade. Posteriormente, quando veio a ser formulada a categoria do ato jurídico *stricto sensu*, passou-se a conceituar o negócio jurídico não apenas pela sua formação (manifestação/declaração de vontade), já que ela pode ocorrer também no ato jurídico *stricto sensu*, mas também pelo seu conteúdo. Assim, a mais completa definição de negócio jurídico ficou como manifestação/declaração de vontade, tornada jurídica pelo direito, cujo conteúdo dos efeitos jurídicos é escolhido pelas partes. Ver: MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo II. 4. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 447.

¹²⁶ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*, p. 36-37; SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Los fundamentos...*, p. 33.

¹²⁷ MOORE, Benoît. *Op. cit.*, p. 704.

¹²⁸ TUHR, Andreas von. **Tratado de las obligaciones**. Tomo I. Traducción de W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934, p. 101; JOUANJAN, Olivier. *Op. cit.*, p. 171.

elemento constitutivo da obrigatoriedade), sem necessidade de observar qualquer requisito positivo externo às partes - embora os efeitos do contrato também estivessem limitados negativamente pelas demais normas jurídicas. O direito define que o encontro de vontades de obrigar-se forma um contrato obrigatório e o faz em atenção à ética kantiana, que vê na vontade o mais relevante *fundamento da obrigatoriedade* moral entre os indivíduos. Portanto, mesmo que por intermédio do direito positivo, encontrasse de novo aqui a *autonomia da vontade para formar um contrato com efeitos obrigatórios*.

É verdade que, especialmente após a promulgação do Código Civil Alemão (1896), no qual foi posteriormente inserida, a teoria do negócio jurídico obscureceu um tanto o prestígio do instituto do contrato, já que este passou a ser apenas uma das espécies englobadas na categoria mais ampla do negócio jurídico.¹²⁹ Ainda assim, a doutrina contratualista não ficou abalada; pelo contrário, agora provida de um ar mais científicista dado pelos juristas alemães, a teoria do direito contratual clássico parecia cada vez mais confiante.¹³⁰

2.2.3. O contrato como conceito jurídico-positivo

O presente subtópico tem como objetivo, como contraponto às versões da autonomia da vontade expostas anteriormente, abordar os argumentos da doutrina minoritária que não atribui qualquer vínculo filosófico ao direito contratual clássico, seja na tendência francesa-legislada, seja na tendência alemã-doutrinária.

¹²⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos I: conceito, fontes, formação**. 5. ed.. Coimbra: Almedina, 2013, p. 14; ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 47.

¹³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 470; “No plano histórico, a introdução do conceito de contrato, operada pelo código francês com o subsídio teórico das doutrinas de Domat e Pothier, tinha constituído uma significativa obra de generalização e abstracção, porque, pela primeira vez, se dava substancialmente dignidade legislativa a uma figura que [...] as resume todas, e a regras que, em princípio, a todas indistintamente poderiam aplicar-se. Com a elaboração da categoria do negócio jurídico, realizada no decurso do século passado pela escola da ‘Pandectística’ na base de uma nova utilização modernizada dos textos do direito romano justinianeu, este processo de generalização e de abstracção é levado ao extremo. [...] Emerge daqui, juntamente com as características formais da generalidade e abstracção, o outro dado, relacionado com aspectos do conteúdo, necessário para entender o sentido e o alcance da categoria do negócio: a elevação da *vontade* a elemento chave da sua definição.” (ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 48-49).

No caso francês, foi visto que o direito contratual é apresentado geralmente como sendo a doutrina de Domat e Pothier positivada no Código Civil Francês de 1804 enquanto afluxo do ideário iluminista. Na perspectiva a ser agora exposta, não se nega que Domat e Pothier tenham sido os “pais intelectuais” do Código Civil de 1804; porém, contesta-se o teor efetivamente iluminista na obra desses autores.

A começar, coloca-se em dúvida a intensidade da influência do pensamento naturalista racionalista sobre esses juristas.¹³¹ Certamente eles tiveram contato com as idéias dos filósofos de seu tempo e colheram bastante da Escola de Direito Natural, o que se verifica inclusive das suas constantes referências a Hugo Grócio, Pufendorf, dentre outros; não obstante, os seus estudos jurídicos teriam permanecido inseridos na tradição da doutrina jurídica que tinha como parâmetro principal o direito romano.¹³² De todo modo, ainda que seja perfeitamente possível associar Domat e Pothier à Escola de Direito Natural, falar de uma concepção iluminista-individualista nas obras desses juristas é algo muito mais complicado, diante da falta de citação de autores relacionados ao Iluminismo.¹³³ Na verdade, deve-se levar em consideração que os pensamentos filosófico e jurídico mantêm constante diálogo e compartilham da mesma realidade cultural, mas nos séculos XVII e XVIII as escolas de direito européias vinham já de uma longa caminhada – desde o século XII - que as levava a um papel

¹³¹ Sobre as influências filosóficas de Domat e Pothier: “Na realidade, Domat não estava muito influenciado pela filosofia racionalista do seu tempo; adoptou como base da sua construção jurídica as principais regras de direito romano que considera como ‘ratio scripta’, razão escrita; aliás, só as adaptou na medida em que são conforme aos princípios da religião cristã e da filosofia escolástica. Nesta base, que ele considera como direito natural (de facto, mais cristão que laico), constrói de maneira racional e lógica o conjunto das regras jurídicas que devem reger a França. A obra de Domat teve uma grande influência sobre os juristas franceses do século XVIII e até sobre os redactores do Código Civil. [...] Embora [Pothier] tenha sido muito influenciado pelos seus predecessores tanto romanistas como consuetudinários, e apesar das suas teorias não serem sempre originais, o seu mérito principal reside na escolha judiciosa das soluções, no método da exposição, na clareza da redacção. É principalmente jurista. Não se perde em teorias filosóficas: não é muito influenciado pela escola do direito natural.” (GILISSEN, John. *Op. cit.*, p. 365-366).

¹³² Sobre o direito romano no pensamento de Domat, ver: MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Op. cit.*, p. 240-241. A respeito de Pothier, constata o mesmo autor: “O sucesso da obra deriva da perfeição do seu sistema, da clareza da linguagem e, quanto ao fundo, da síntese operada entre costumes franceses e Direito romano e entre o jusracionalismo e a tradição humanista.” (*Ibidem*, p. 243).

¹³³ Vale destacar a não confusão entre o naturalismo racionalista humanista e o Iluminismo individualista: “O jusracionalismo e o iluminismo do séc. XVII e XVIII não são por natureza idênticos. O jusracionalismo foi a nova versão de uma filosofia social continuamente presente na tradição antigo-ocidental; o iluminismo, apesar da sua fundamentação filosófica, foi uma ruptura moral ou, em última análise, religiosa, no sentido de uma nova atitude perante a vida, da qual surgiu uma modificação da opinião pública e grandes reformas da vida política.” (WIEACKER, Franz. *Op. cit.*, p. 353-354).

de protagonismo no campo intelectual, em um projeto distinto e não subalterno à filosofia. A preocupação dos juristas da época era muito mais jurídica do que filosófica e política, e a preocupação dos iluministas era muito mais filosófica e política do que jurídica.¹³⁴

Assim, segundo essa visão, e partindo da mesma premissa de que Domat e Pothier foram os pais do Código Civil Francês, seria equívoco, na perspectiva jurídica¹³⁵, afirmar que esse código tenha sido a transposição para o direito privado do ideário iluminista da Revolução Francesa, ainda mais quando se sabe que ele foi em larga medida elaborado como compilação de normas antigas provenientes de diversas partes da França, especialmente do direito costumeiro da região de Paris.¹³⁶ O objetivo da codificação, o formato, o estilo e o método podem ser fruto dos novos tempos¹³⁷, mas boa parte do seu conteúdo ainda possuía raiz na Antigüidade ou no Medievo¹³⁸, até porque não era intenção dos codificadores inovar profundamente na ordem jurídica.¹³⁹ Em outras palavras, a filosofia iluminista sem dúvida teria influído nos rumos do direito privado ao impor o formato racionalizante, sistematizador e unificador

¹³⁴ KOSCHAKER, Paul. *Op. cit.*, p. 272; ARNAUD, André-Jean. *Op. cit.*, p. 69.

¹³⁵ Ainda que possa não ser equívoco na perspectiva histórica, isto é, em atenção ao simbolismo histórico do Código Civil Francês.

¹³⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 72.

¹³⁷ Ainda que a codificação seja resultado de um longo processo de unificação das fontes de produção jurídica, conforme MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa fé no direito privado**: sistema..., p. 171.

¹³⁸ Sobre a tradição jurídico-romana no Código Civil Francês de 1804: “*Y tales eran los redactores de Code civil. [...] eran, al propio tiempo, discípulos de los grandes juristas prácticos del siglo XVIII, entroncados por tradición con sus predecesores del siglo XVI, los cuales habían iniciado una práctica jurídica que reconocía por fundamento un droit commun français en conexión con el Derecho romano.*” (KOSCHAKER, Paul. *Op. cit.*, p. 272).

¹³⁹ GORDLEY, James. **The philosophical...**, p. 218; “A passagem dos projetos revolucionários àquele redigido pela comissão napoleônica, para ser compreendida plenamente, deve ser enquadrada no seu contexto histórico, a saber, no desenvolvimento do movimento revolucionário da sua fase culminante dos anos da Convenção (1793-94) à fase da sua conclusão dos anos do Consulado (1800-1804). Os projetos inspirados nas idéias do jusnaturalismo racionalista representavam a Revolução no ponto culminante da parábola, quando esta queria fazer tábua rasa de todo o passo: o retorno à natureza, no que tais projetos se inspiravam, desejava precisamente ser um desafio ao passado, à disciplina jurídica que o direito romano, a monarquia francesa e as outras instituições tradicionais vinham criando ao longo dos séculos. Nas intenções da comissão napoleônica, em lugar disso, o novo código não deveria constituir um início, um ponto de partida absolutamente novo e exclusivo, mas antes um ponto de chegada e de partida ao mesmo tempo, uma síntese do passado que não deveria excluir a sobrevivência e a aplicação do direito precedente (costume e direito comum romano), ao menos em caso para os quais a nova legislação não estabelecesse alguma norma.” (BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 73).

de direito, embora, quanto ao conteúdo, nem de longe tenha aqui ocorrido o mesmo rompimento verificado na vida política e no direito público.¹⁴⁰

Nesse sentido, JACQUES GHESTIN, fazendo referência à obra de Portalis, um dos quatro juristas encarregados por Napoleão Bonaparte da elaboração do Código Civil Francês, destaca que os redatores dessa lei teriam restringido a liberdade contratual não somente à ordem pública, mas também aos *bons costumes*, à *justiça* e à *utilidade pública* - fatores externos às partes e independentes das suas vontades ou até mesmo da “vontade geral”, no sentido iluminista de estrita preservação de direitos naturais individuais, visto em ponto anterior. Ainda, prossegue JACQUES GHESTIN:

[...] *les travaux préparatoires se réfèrent constamment à la morale et à l'équité et non aux principes de la philosophie individualiste. La même attitude se retrouve d'ailleurs chez les premiers commentateurs du Code civil.*¹⁴¹⁻¹⁴²

Nega-se expressamente, portanto, o teor filosófico individualista do Código.¹⁴³

De fato, nota-se na leitura do Código Civil Francês original que há importantes referências a *fundamentos da obrigatoriedade* contratual que são distintos da vontade e da liberdade individual. Conquanto o artigo 1.101¹⁴⁴ deixe claro que contratos são convenções, o artigo 1.108¹⁴⁵ exige para a sua validade, além do consenso, uma *causa* lícita. Causa ilícita, conforme o artigo 1.133¹⁴⁶, é aquela que está proibida por

¹⁴⁰ Sobre a influência do jusracionalismo ter sido mais quanto ao método do que quanto à substância: “Em matéria de direito privado, a escola do direito natural, quanto à substância, não é revolucionária. [...] O que ela exige não é o abandono do direito romano, é um novo método, mais progressista, de aplicação e de interpretação deste direito; é necessário repudiar a regra que impõe em certos países (Itália, Espanha, Portugal) a obediência obrigatória à *communis opinio doctorum*, e adotar, pelo contrário, a atitude dos países, como a França, nos quais o direito romano apenas vale a título de ‘razão escrita’. O direito natural, na matéria, não inventou e não ofereceu na prática nenhum sistema que se substitua ao direito romano; a sua ação se aplica apenas sobre pontos específicos e serve mais à procura da modernização e da clarificação das soluções admitidas que à proposição de novas bases.” (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986, p. 37); MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Op. cit.*, p. 226; BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 54-65.

¹⁴¹ GHESTIN, Jacques. *Op. cit.*, p. 33-34.

¹⁴² Tradução livre: “[...] os trabalhos preparatórios se referem constantemente à moral e à equidade, e não aos princípios da filosofia individualista. O mesmo se observa nas obras dos primeiros comentaristas do Código Civil.”

¹⁴³ Também assim é a lição de NORBERTO BOBBIO. Ver: BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 72.

¹⁴⁴ Código Civil Francês de 1804: “1.101. *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.*”

¹⁴⁵ Código Civil Francês de 1804: “1.108. *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: Le consentement de la partie qui s'oblige; Sa capacité de contracter; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement; Une cause licite dans l'obligation.*”

¹⁴⁶ Código Civil Francês de 1804: “1.133. *La cause est illicite quand elle est prohibée para la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.*”

lei e ou é contrária aos *bons costumes* e à ordem pública. Ainda, mesmo que o contrato seja uma convenção, o artigo 1.135¹⁴⁷ evidencia que as obrigações das partes (isto é, o conteúdo da relação jurídica obrigacional) vão além do que foi por elas convencionalizado, para incluir também tudo aquilo que a *equidade*, os usos comuns e a lei impõem à *natureza* da obrigação. O artigo 1.134¹⁴⁸, ao dispor sobre a obrigatoriedade dos contratos, cita expressamente a *execução de boa-fé*. Por sua vez, o artigo 1.147¹⁴⁹ estatui a possibilidade de não responsabilização do devedor inadimplente se ele justificar que o seu descumprimento provém de uma causa externa (“*étrangère*”) que não lhe seja imputável, desde que não esteja de má-fé. E vale frisar: essa causa externa não imputável não é necessariamente uma alusão a casos fortuitos ou de força maior, os quais são regulados de forma explícita no artigo seguinte¹⁵⁰.

Diante de tudo isso, parece confirmar-se a colocação de JACQUES GHESTIN de que as normas do Código Civil Francês, ao referirem conceitos como justiça, equidade, bons costumes, boa-fé, utilidade pública, bem como ao excepcionarem em algumas hipóteses a responsabilidade pelo incumprimento do contrato, não se coadunam com a filosofia iluminista de caráter individualista, nem – acrescento – com a teoria do direito contratual clássico. Na mesma linha, JAMES GORDLEY também não vislumbra um Código Civil Francês fundado no individualismo ou no paradigma da autonomia da vontade.¹⁵¹ Pode-se identificar, com isso, uma aparente dissonância entre o direito positivo do Código Napoleão e a teoria do direito contratual clássico, bem como uma aparente dissonância entre as reais influências jurídicas do Código e o suposto manancial filosófico da teoria. A explicação para essas dissonâncias quem fornece é o próprio GORDLEY, que por isso será aqui estudado com maior atenção.

¹⁴⁷ Código Civil Francês de 1804: “1.135. *Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.*”

¹⁴⁸ Código Civil Francês de 1804: “1.134. *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*”

¹⁴⁹ Código Civil Francês de 1804: “1.147. *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère que ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.*”

¹⁵⁰ Código Civil Francês de 1804: “1.148. *Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.*”

¹⁵¹ Nas palavras do próprio GORDLEY: “*In fact, however, the French Civil Code neither contained a will theory of contract nor was founded on a liberal or individualistic philosophy.*” (GORDLEY, James. **The philosophical...**, p. 217).

Para GORDLEY, a teoria do direito contratual clássico teria sido tão-somente o resultado da “leitura” do Código Napoleão realizada pelos juristas já do século XIX, sem que, entretanto, a teoria estivesse de fato “escrita” no código. E, ao contrário do que normalmente se sustenta a respeito, os juristas que fizeram tal leitura não teriam sido particularmente vinculados a qualquer ideário iluminista, liberal ou mesmo individualista.¹⁵² No caso da Alemanha do século XIX, do mesmo modo, embora a inexistência de um código dificulte que se faça um contraste com igual nitidez como ocorre no caso da França, GORDLEY rejeita também a hipótese de que o direito contratual clássico estivesse fundado na ética kantiana. Para ele, nos dois países, a proposta declarada dos juristas seria justamente a oposta, a de descrever o direito sem recorrer a outras áreas do conhecimento, como a filosofia:

In the writings of the nineteenth-century will theorists, moreover, we find little direct borrowing from philosophers, economists or political theorists. Only rarely do we find any sign of a commitment to liberal values of freedom or individualism. We find almost the opposite: an insistence that the jurist can do his job without taking account of economics, philosophy, politics, or values such as freedom.¹⁵³ [...] it was an account that left the German jurists in much the same position as the French and Anglo-Americans. The jurist was not to concern himself with the philosophical meaning of concepts such as freedom. His task was the exegesis of authoritative legal texts, and he was to undertake that task without the assistance of philosophy. [...] The task of the German jurist, then, was to interpret Roman legal texts by a "technical" method, one that brought to light values already in the legal sources.¹⁵⁴⁻

155

¹⁵² GORDLEY: “Indeed, the nineteenth-century interpreters of the Code who developed a will theory did not subscribe to such a philosophy [liberal or individualistic] either.” (*Ibidem*, p. 217). JACQUES GHESTIN acompanha o autor americano: “En réalité, c'est l'interprétation du Code Civil à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle qui a mis l'accent sur l'autonomie de la volonté. Elle a déduit de ce principe l'ensemble du régime du contrat, avec le principe de la liberté contractuelle et son corollaire, quant à la forme, le consensualisme; le principe de la force obligatoire du contrat; et le principe de l'effet relatif du contrat. Les fait cependant, devaient, dès le XIX^e siècle, contredire le postulat de l'égalité abstraite des parties sur lequel reposait les doctrines philosophiques et économiques, servant elles-mêmes de support au dogme de l'autonomie de la volonté.” (GHESTIN, Jacques. *L'utile et le juste dans les contrats. Archives de philosophie du droit*, Paris, tome 26, p. 37-38). Também é isso o que descreve NORBERTO BOBBIO: “Se o Código de Napoleão foi considerado o início absoluto de uma nova tradição jurídica, que sepulta completamente a precedente, isto foi devido aos primeiros intérpretes e não aos redatores do próprio Código.” (BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 73).

¹⁵³ GORDLEY, James. **The philosophical...**, p. 215-216.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 226-228.

¹⁵⁵ Tradução livre: “Nos escritos dos teóricos da autonomia da vontade do século XIX, encontramos pouca influência direta de filósofos, economistas e teóricos políticos. Muito raramente encontramos algum sinal de vínculo com valores liberais de liberdade e individualismo. O que encontramos é praticamente o oposto: uma insistência de que o jurista pode exercer sua profissão sem ter em conta a economia, a filosofia, a política ou valores como a liberdade. [...] isso colocava os juristas alemães em posição quase idêntica aos juristas franceses e anglo-americanos. O jurista não deveria se preocupar com o significado filosófico de conceitos como liberdade. A sua tarefa era a exegese de textos jurídicos que possuíam autoridade, e dele se esperava que cumprisse sua tarefa sem o auxílio da filosofia. [...]”

GORDLEY defende que o direito contratual “escrito” no Código Napoleão ainda seria tributário dos estudos dos juristas espanhóis do século XVI, chamados de escolásticos tardios ou membros da Escola de Direito Natural espanhola, os quais teriam se lançado ao projeto de sintetizar os textos de direito romano com o pensamento de Tomás de Aquino¹⁵⁶, servindo de transição entre o naturalismo tomista e o naturalismo racionalista humanista.¹⁵⁷ Um dos legados mais importantes da doutrina dos escolásticos tardios teria sido o tratamento *formalista-naturalista* do contrato, definido como produto do puro “consenso” (*causa formal* em sentido estrito), *existente* no “mundo *natural*”. Isto é, desimportando o regramento que o direito lhe desse¹⁵⁸, a *essência* do contrato, por sua verdadeira *natureza* apreensível pela razão, equivaleria à *forma* (*idéia*) pré-jurídica do consenso; todo consenso formaria um contrato no mundo *natural*, como se *entre* ou *acima* das partes tivesse surgido um novo *ente formal* com *existência* própria¹⁵⁹. Ressalve-se, porém, que, mesmo o contrato *existindo* enquanto algo *natural*, o próprio direito natural, *funcionalizado* – segundo os escolásticos tardios -

A tarefa do jurista alemão, então, era interpretar os textos jurídicos romanos de acordo com um método 'técnico', que trouxesse à luz valores já contidos nas fontes legais.”.

¹⁵⁶ Sobre a proposta da Escola de Direito Natural espanhola: “*In the sixteenth and early seventeenth centuries, a fairly small group of theologians and jurists centred in Spain self-consciously attempted to synthesize the Roman legal texts with the moral theology of Thomas Aquinas. The fundamental concepts and doctrines of private law with which we are familiar are simplification of the synthesis they achieved.*” (GORDLEY, James. **The philosophical...**, p. 3).

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 5-6 et 122.

¹⁵⁸ Não se trata de um “poder natural” das partes para gerar efeitos jurídicos em um “mundo lógico-natural” (um “mundo jurídico”), como no individualismo iluminista, mas de uma criação de um ente do próprio mundo natural, independentemente dos seus efeitos jurídicos.

¹⁵⁹ ALF ROSS fala em poder “mágico” da vontade de gerar entes ideais (como o contrato): “À semelhança da teoria geral de que o direito vigente é a expressão da vontade do Estado, a teoria da disposição como declaração de vontade se funda em idéias puramente metafísicas que atribuem à vontade um poder criador mágico. Da mesma maneira que a palavra criou a luz, assim a vontade cria o *direito*, isto é, direitos subjetivos e deveres considerados como substâncias espirituais.” (ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. 2. ed.. Bauru: EDIPRO, 2007, p. 258-259). HART refere “concepções metafísicas da obrigação ou do dever como objetos invisíveis que pairam misteriosamente ‘acima’ ou ‘além’ do mundo dos fatos comuns e observáveis.” (HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 109).

em torno de um *bem comum objetivo*, poderia impedir que esse contrato surtisse efeitos jurídicos obrigacionais – uma deficiência de *validade* jurídica, que, entretanto, não comprometeria a sua *existência* natural.¹⁶⁰⁻¹⁶¹

Segundo GORDLEY, teria sido com base nos ensinamentos desse naturalismo da escolástica tardia que Grotius e Pufendorf teriam modelado as suas concepções naturalistas humanistas, subtraindo dela os fundamentos teóricos da filosofia aristotélico-tomista com os quais não concordavam, mas fazendo poucas alterações nos conceitos que ela havia esculpido, como é o caso da própria definição de contrato como consenso.¹⁶² No caso francês, posteriormente, através de Grotius e Pufendorf, os escolásticos tardios teriam influenciado Domat e Pothier¹⁶³, adentrando o Código Civil de 1804.¹⁶⁴ Ou seja, no lugar da filosofia iluminista individualista, as normas do *Code Civil* sobre contratos ainda manteriam uma ligação remota com a filosofia escolástica tomista medieval. Inclusive, o Código teria sido conscientemente concebido por seus redatores para ser interpretado de acordo com os princípios do direito natural, os quais – supunha-se – já teriam sido elucidados pelos grandes doutrinadores que o antecederam (Domat e Pothier entre eles).¹⁶⁵

Contudo, como é bem sabido, à publicação do Código seguiu-se a Escola da Exegese, que se esforçou por interpretar o Código de modo literal e impessoal, como um sistema pleno e fechado¹⁶⁶, sem recorrer ao direito natural.¹⁶⁷ Por isso, na leitura

¹⁶⁰ O próprio POTHIER trata do contrato como algo *existente* ainda que inválido por motivos morais: “*Cuando la causa por la cual el compromiso ha sido contratado es una causa que hiere la justicia, la buena fe, o las buenas costumbres, ese compromiso es nulo, lo mismo que el contrato que la contiene.*” (POTHIER, Robert Joseph. **Tratado de las obligaciones**. Buenos Aires: Editora Atalaya, 1947, p. 33). Também nesta passagem: “[...] *la injusticia que vos habéis cometido para conmigo ejerciendo violencia, os obliga de vuestra parte a indemnizarme de lo que yo he sufrido, y esta indemnización consiste en librarme de la obligación que vos me habéis forzado a contratar, de donde se sigue que mi obligación, aun cuando se suponga que exista una, no puede ser válida por Derecho natural; esta es la razón que da Grocio.*” (*Ibidem*, p. 24).

¹⁶¹ GORDLEY, James. **The philosophical...**, p. 112. Deve-se ressaltar que, ao lado do conceito de contrato como consenso, continuavam válidas para os escolásticos tardios outros fundamentos tomistas para o direito contratual, como a causa e a virtude, conforme GORDLEY (*Ibidem*, p. 162). Também se deve frisar que esse conceito natural do contrato não era deduzido do axioma do indivíduo naturalmente livre, como no individualismo iluminista, estando antes fundado no dever de manter a própria palavra em consideração à honestidade e à boa-fé, ou seja, relacionados a um padrão objetivo e natural de justiça. Ver: *Ibidem*, p. 71-74.

¹⁶² *Ibidem*, p. 70-71.

¹⁶³ POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, p. 12.

¹⁶⁴ GORDLEY, James. **The philosophical...**, p. 4.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 219-220; BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 42-43.

¹⁶⁶ Sistema pleno: aquele que tudo pretende regular, sem espaço para lacunas, nem para outras fontes sem autoridade pública. Sistema fechado: aquele que pretende ser autossuficiente, dispensando mecanismos de heterointegração. Ver: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa fé no direito privado: sistema...**, p. 170-179.

¹⁶⁷ REALE, Miguel. **Filosofia...**, p. 416-417.

exegética do Código feita no século XIX, da escolástica tardia e da Escola de Direito Natural somente remanesceu, por autoridade legal dentro do sistema, o que havia sido escrito expressamente. Já as noções das escolas naturalistas que não estavam explícitas na lei acabaram sendo perdidas na interpretação exegética. Assim explica NORBERTO BOBBIO:

É de fato àqueles [primeiros intérpretes do Código de Napoleão] e não a estes [redatores] que se deve a adoção do princípio da onipotência do legislador [...]. No caso do silêncio (e também da insuficiência) da lei, o problema fundamental é o seguinte: o juiz, que necessita de uma regra para suprir (ou integrar) a lei, deve buscar tal regra no *interior* do próprio sistema legislativo [...] ou no exterior desse sistema, deduzindo-o de um juízo pessoal de equidade (o que significa: recorrendo a um sistema normativo – o moral ou aquele do direito natural – distinto do sistema do direito positivo)? [...] A solução adotada pelo positivismo jurídico em sentido estrito é a primeira: o dogma da onipotência do legislador, de fato, implica que o juiz deve sempre encontrar a resposta para todos os problemas jurídicos no interior da própria lei, visto que nela estão contidos aqueles princípios que, através da interpretação, permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso. [...] A solução que os redatores do art. 4º tinham em vista era, ao contrário, a segunda: deixar aberta a possibilidade da *livre criação do direito por parte do juiz*. Esta intenção resulta claríssima num célebre discurso feito por Portalis para apresentar o projeto do Código diante do Conselho de Estado [...].¹⁶⁸

Entre o que permaneceu quase intacto na leitura exegética, por encontrar fundamento em disposição legal expressa, destaca-se a noção puramente *formalista* do contrato como consenso. É o que parece ter acontecido no caso do artigo 1.101, que, ao afirmar que o contrato é uma convenção, deixa subentendido – em uma visão do direito como *estrutura* completa em si mesma - que toda convenção é um contrato para o direito positivo, como se, independentemente da efetiva vontade, da sua validade e dos fins buscados por ela, passasse a *existir juridicamente* um *ente formal (ideal)* designado por contrato, formado a partir do consenso das partes. Embora na Escola da Exegese essa *existência* do contrato não ocorresse mais no mundo *natural*, ela ainda seria uma *existência lógica, conceitual*, em um *mundo lógico-positivo* criado pelo ordenamento jurídico (o "mundo jurídico"). Ou seja, houve uma transição do *formalismo-naturalista* da Escola de Direito Natural para o *formalismo-lógico-positivista* da Escola da Exegese, sendo que ambos têm em comum a crença na "*realidade*" dos

¹⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 73-75.

conceitos puramente formais. Em suma, basta preencher a *estrutura* do *conceito* para que o *ente formal* nasça (*conceitualismo*).

Por outro lado, uma evidência do processo de contínua dilapidação teórica posterior à escolástica tardia seria a noção de causa (causa final). Como visto, a causa final (*causa final objetiva positiva*) foi concebida, com base em Tomás de Aquino, como um *elemento constitutivo da obrigatoriedade* do contrato em uma perspectiva *funcional*, para ligar o encontro de vontades à obtenção do *bem comum*, mediante a prática da *virtude* da justiça comutativa ou da *virtude* da liberalidade, as quais tinham significado objetivo próprio, independente da vontade das partes. Vale lembrar: o encontro de vontades somente se tornaria contrato válido se estivesse *funcionalizado* em direção ao bem comum. A Escola de Direito Natural teria em um primeiro momento - conforme GORDLEY - conservado o requisito da *causa final subjetiva* (vontade efetiva de obter um fim) e da *causa final objetiva positiva* (esse fim deveria estar *funcionalizado* em direção ao *bem comum*) para a validade jurídica dos contratos. Porém, aos poucos, com o desenvolvimento do humanismo e o recuo da religiosidade, a escola jusnaturalista teria retirado essa perspectiva aristotélico-tomista de finalidade em busca do *bem comum* dentro de uma *ordem natural divina*, ocasionando assim a diluição das noções *objetivas* de justiça comutativa e de liberalidade. Quando POTHIER escreve seu tratado das obrigações, mantém a causa como critério de *validade* do contrato, mas não a define; restringe-se a sustentar que “*todo compromisso ha de tener una causa honesta*”, apontando que, nos contratos onerosos, a causa do compromisso de uma das partes é a prestação da outra parte - isto é, aquilo que a parte espera receber em troca da sua prestação, guarde ou não relação com uma justiça comutativa de significado objetivo - e que, nos contratos gratuitos, a liberalidade que uma parte deseja exercer para a outra é “causa suficiente” do compromisso.¹⁶⁹ Em verdade, desprovida da base tomista, a doutrina do século XVII – como em POTHIER - já apresentava dificuldade em compreender a noção de causa como requisito de validade do contrato. Por isso, ao registrar-se tal noção no artigo 1.108 do *Code Civil*, a causa já não tinha mais qualquer contorno *funcionalista* objetivo dos escolásticos tardios, de impor um *requisito positivo* a ser cumprido pelas partes; a causa então, como requisito de *validade* do consenso, podia ser qualquer coisa e atingir qualquer

¹⁶⁹ POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, p. 32-33.

resultado, exceto aqueles proibidos pela lei, pelos bons costumes e pela ordem pública (*causa final objetiva negativa*). Para agravar a incompreensão, segundo GORDLEY, no século XIX, já depois de Domat, de Pothier e da publicação do Código, o único fundamento da antiga tradição escolástica que restara intacto na teoria de direito contratual fora a vontade. Foi com ele que, abdicando completamente do jusnaturalismo, a Escola da Exegese tentou explicar o preceito legal da causa: para os juristas franceses do século XIX, a causa, registrada no Código, seria algo meramente adstrito à vontade do indivíduo, isto é, uma *causa final subjetiva* cujo escopo seria garantir que o consenso formal somente fosse obrigatório (válido) quando acompanhado de uma vontade direcionada a um bem concreto, resumido na *prestação* da outra parte. Não espanta então que a noção de causa tenha sido freqüentemente confundida com o “motivo contratual”.¹⁷⁰

Para GORDLEY, esse superdimensionamento da vontade, ocorrido na figura da causa, teria acontecido com todos os aspectos contratuais que tinham sua origem relacionada aos fundamentos aristotélico-tomistas. Esse teria sido o processo de nascimento da teoria do direito contratual clássico na França.¹⁷¹ Em resumo, conforme defende GORDLEY, muitas normas da escolástica tardia ficaram no ordenamento jurídico, mas desaparecera a filosofia que possibilitava dar verdadeiro conteúdo a essas

¹⁷⁰ Sobre a causa da escolástica tardia ter se transformando em uma causa final subjetiva: “*French jurists used traditional formulas to state the doctrine. In gratuitous contracts, the cause of an obligation was to perform an act of liberality or render a service. In an onerous contract it was the advantage each party intended to obtain; the cause of each party's obligation was the obligation of the other party. Nevertheless, these formulas now had to be explained without referring to the virtues of liberality and commutative justice. For nineteenth-century jurists, liberality no longer meant a virtue of right giving, and exchange no longer meant an act of commutative justice that required equality. Consequently, the doctrine of cause began to seem pointless. It seemed to mean merely that a party must have some motive for contracting, and the motive must be either to get something or not to get something.*” (GORDLEY, James. **The philosophical...**, p. 164-165). Também assim, PLANIOL e RIPERT: “*Limitándose a considerar la causa en la formación de los contratos, los comentaristas del Código la han analizado de modo algo abstracto, en su aspecto psicológico, a lo que se veían también llevados por el hecho que el Código trata conjuntamente de la falta de causa y de la causa ilícita, en la cual tiene preponderante influencia el aspecto psicológico. De este modo se empezó a definir la causa como el motivo que impele a contratar, como la finalidad perseguida por el que se obliga, como la razón de ser la obligación.*” (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Tratado práctico de derecho civil frances**. Tomo VI. Traducción de Mario Diaz Cruz. Habana: Cultural, 1946, p. 352).

¹⁷¹ Sobre o voluntarismo construído pela Escola da Exegese: “*The late scholastics and the natural lawyers had recognized as fundamental the principle that contracts are entered into by the will of consent of the parties. They had formulated general doctrines of mistake, fraud, and duress by considering how these influences affect the will. The nineteenth-century innovation was not to pay attention to the will but to reject other concepts of Aristotelian origin that had previously figured in contract doctrine. Making a contract was regarded simply as an act of will, not as the exercise of a moral virtue. The parties were bound simply to what they willed, not to obligations that followed from the essence or nature of their contract.*” (GORDLEY, James. **The philosophical...**, p. 8).

normas e entender os seus fundamentos. O direito contratual do *Code Civil*, jusnaturalista, ainda *falava* um dialeto derivado da língua da escolástica tardia, mas a doutrina de direito contratual do século XIX, não mais jusnaturalista, mas exegética, só sabia *ler* nele o idioma da vontade. A descrição do autor acerca desse desencontro é mais precisa:

*Nineteenth-century jurists no longer claimed that their conclusions followed from larger philosophical principles. They said they were merely describing the law in force in their own countries. [...] They purged the doctrines of the natural lawyers of Aristotelian concepts and principles that seemed wrong or unintelligible to them. They bent and stretched the ideas they retained to make them do the work of those they had abandoned. [...] One of the key concepts they retained was that of the will of the contracting parties. [...] Their innovation was not simply to use the concept of will, but to use it almost exclusively.*¹⁷²⁻¹⁷³

No entanto, a partir dessa premissa, parece difícil compreender como os exegetas teriam conseguido, sem apoio em alguma inspiração político-filosófica específica, tornar ocias as palavras “boa-fé” e “eqüidade”, empregadas expressamente no código, para ficar apenas com “vontade”. MENEZES CORDEIRO demonstra como os intérpretes da exegese transformaram a boa-fé do artigo 1.134, inicialmente um *fundamento da obrigatoriedade* dos contratos no direito natural, em uma singela proscrição do dolo e da fraude, bem como em um mandamento para que o contrato fosse interpretado e executado de acordo com a verdadeira vontade das partes, sem restringir-se ao texto contratual.¹⁷⁴ Sem embargo, é JUDITH MARTINS-COSTA quem melhor ilustra o esvaziamento do conteúdo do código pela Escola da Exegese, ao sustentar que essa escola vê “a completa identificação entre o direito e a lei e, em

¹⁷² GORDLEY, James. **The philosophical...**, p. 161.

¹⁷³ Tradução livre: "Os juristas do século XIX já não sustentavam que suas conclusões decorriam de princípios filosóficos mais amplos. Eles diziam que estavam somente descrevendo o direito vigente em seus próprios países. [...] Purgaram as doutrinas dos juristas do direito natural dos conceitos e princípios aristotélicos que viam como equivocados ou ininteligíveis. Dobraram e esticaram as idéias que foram mantidas para que elas fizessem o mesmo trabalho daquelas idéias abandonadas. [...] Um dos principais conceitos que permaneceram foi aquele relativo à vontade das partes contratantes. [...] A inovação desses juristas não foi exatamente usar o conceito de vontade, mas usá-lo de forma quase exclusiva."

¹⁷⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Op. cit.*, p. 257-261. Também CLÓVIS DO COUTO E SILVA: "Pode-se mencionar que no século XIX o princípio da autonomia foi o mais importante, e o conceito de *pacta sunt servanda*, o seu corolário necessário. A essa amplitude de aplicação correspondeu uma profunda restrição no princípio da boa-fé, resultante do predomínio absoluto do voluntarismo jurídico, da obediência ao direito estrito, da metodologia da Escola da Exegese." (SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de [org.]. **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 32).

conseqüência, a total separação entre a ética material e o direito, a política e o direito, a sociedade e o direito”¹⁷⁵. Assim, se o Código define contrato como convenção, e não define eqüidade, a impossibilidade de buscar o sentido legal de eqüidade fora do Código faz com que ela seja interpretada a partir da vontade das partes¹⁷⁶ - ou seja, que eqüidade é respeitar o que as partes convencionaram e iniquidade é descumprir a convenção.

Essa questão da eqüidade contratual ajuda a entender ainda como o Código Francês, criado para ser interpretado de acordo com o direito natural, acabou por ser interpretado exegeticamente como um sistema fechado de direito positivo. É que, à medida em que o pensamento moderno desacreditou a filosofia aristotélico-tomista, passou a ser impossível definir eqüidade em termos objetivos que fossem incontestáveis.¹⁷⁷ O mesmo vale para o direito natural como um todo. Rompida a autoridade da escolástica, cada jurista terá uma convicção pessoal do que o direito natural e a eqüidade determinam¹⁷⁸, da qual, todavia, não conseguirá convencer os demais.¹⁷⁹ A questão é que a racionalidade e a objetividade do sistema pressupõem coerência e unidade, e era justamente nesse projeto que os juristas estavam trabalhando desde

¹⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa fé no direito privado**: sistema..., p. 193.

¹⁷⁶ Sobre a leitura exegética dos conceitos vagos: “A este sistema, como condição do que se compreendia então por segurança jurídica, são fundamentais a completude e a coerência, isto é, a ausência de vagueza, lacunosidade e ambigüidade do sentido das regras jurídicas, de modo que aí não cabem nem conceitos cuja formulação semântica seja vaga e que exijam, para a aplicação, a utilização de formas de heterointegração, entre elas as cláusulas gerais.” (*Ibidem*, p. 194-195).

¹⁷⁷ Sobre o sentido objetivo de justiça em Aristóteles: “Enquanto, com efeito, houve crença na possibilidade de se fixarem, de maneira objetiva e *a priori*, os imperativos éticos, não havia espaço para a compreensão convencional da justiça. É o que se depreende da posição platônica, já recordada, e adquire contornos nítidos na doutrina de Aristóteles. Podemos estabelecer com segurança que é com o Estagirita que começa a ser firmada a tese de prévia e objetiva determinação da justiça, numa correção incindível entre o que é *bom* e o que é *justo*, binômio este que se transformaria na espinha dorsal do Direito Natural clássico e medieval.” (REALE, Miguel. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 8).

¹⁷⁸ Até os juristas da exegese, pessoalmente, acreditavam no direito natural, conforme GORDLEY, James. **The philosophical...**, p. 220.

¹⁷⁹ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA refere a difusão do jusnaturalismo pós-tomista em diversas correntes: HESPANHA, António Manuel. *Op. cit.*, p. 330. BERTRAND RUSSELL descreve o contexto após a Reforma da Igreja: “Para que determinada verdade fosse assegurada, não se fazia mais necessário consultar autoridades; bastava a reflexão interior. Rapidamente desenvolvida foi a tendência ao anarquismo, na política, e ao misticismo, na religião, que só com dificuldades se adequava à ortodoxia católica. Passou a haver não apenas um protestantismo, mas uma multiplicidade de seitas; não apenas uma filosofia contrária à escolástica, mas tantas quantas eram os filósofos; não apenas um imperador em oposição ao papa, como no século XIII, mas uma enorme quantidade de reis hereges. Como consequência, tanto no campo do pensamento quanto no campo da literatura, consolidou-se um subjetivismo cada vez mais profundo, o qual começou como uma libertação sadia da escravidão espiritual, mas progrediu inflexivelmente para um isolamento particular hostil à sanidade social.” (RUSSELL, Bertrand. **História da filosofia ocidental – Livro 1...**, p. 17-18); BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 88.

que começaram a resgatar e sistematizar o direito romano no século XII.¹⁸⁰ Portanto, na incapacidade de definir impessoalmente o direito positivo com auxílio do direito natural, a solução pragmática encontrada foi creditar-se à lei, criadora da *estrutura* desse "mundo jurídico", a única autoridade de dizer o que é direito, aplicando-a de modo estrito, como nova espécie de *dogma*¹⁸¹; na incapacidade de definir objetivamente a menção legal à equidade contratual, a solução foi tomar-se o conceito legal de contrato (consenso) como *dogma*¹⁸² e creditar-se às vontades individuais ínsitas a esse conceito a autoridade de determinar a própria equidade.¹⁸³ Em suma, na falta de condições de impor um critério de justiça objetiva, queda-se com a justiça subjetiva.¹⁸⁴
¹⁸⁵ O panorama é descrito com perfeição por MIGUEL REALE:

É a perda do apontado senso de integralidade que se nota no tratamento da justiça a partir do Humanismo e do Renascimento, com a transladação cada vez mais acentuada, mas nunca plenamente realizada, da justiça para o plano das convenções humanas, com predomínio de uma *visão subjetiva e voluntarista* do justo, em contraste com a antiga *correlação racional subjetivo-objetiva* entre o *justo* e o *bem*. [...] A justiça passa a ser focalizada como um *tema autônomo*, de caráter político ou jurídico, e não como aspecto ou momento de uma compreensão metafísica da natureza ou do cosmos (Aristóteles) ou como expressão de uma vida teológica (Tomás de Aquino), perdendo, pois, a sua substância filosófica, até o ponto de pretender-se estudá-la em termos estritamente científico-positivos, percorrendo várias doutrinas da época contemporânea.¹⁸⁶

¹⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa fé no direito privado: sistema...**, p. 40; "Admitida a necessidade da *conformidade* da conduta individual a uma 'ordem superior' como *conditio sine qua non* da convivência política, permanece viva a correlação inseparável entre o que há de *subjetivo* e *objetivo* na idéia de justiça, o que nem sempre é lembrado pelos que cuidam do assunto." (REALE, Miguel. **Nova fase...**, p. 7).

¹⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa fé no direito privado: sistema...**, p. 195-196.

¹⁸² Nesse sentido, JAMES GORDLEY infere que os juristas da autonomia da vontade não se guiaram pelo pensamento dos iluministas, mas responderam ao mesmo problema que eles e chegaram a resultado semelhante, embora por caminhos diversos: ambos os grupos tentavam superar a ausência de certezas causada pelo declínio da filosofia aristotélico-tomista e ambos chegaram à noção de vontade como fator de estabilidade; a diferença é que os iluministas teriam percorrido o caminho dos axiomas (liberdade e igualdade naturais), enquanto os juristas teriam preferido a estrada dos dogmas (conceitos jurídicos positivados). Ver: GORDLEY, James. **The philosophical...**, p. 228.

¹⁸³ Esse raciocínio soa ainda mais correto se o próprio Código Francês diz que o contrato tem lugar de lei entre as partes (artigo 1.134).

¹⁸⁴ Parece-me que a única exceção à regra da subjetividade da equidade seria o artigo 1.674 do Código Napoleão, que estabelece a hipótese de lesão no contrato de compra e venda de imóveis: "1.674. *Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value.*"

¹⁸⁵ Sobre o excesso de subjetividade no conceito de equidade ter levado ao desenvolvimento da "*will theory*" como forma de conferir alguma objetividade, na Inglaterra puritana, ver: BERMAN, Harold J.. *Op. cit.*, p. 119-120.

¹⁸⁶ REALE, Miguel. **Nova fase...**, p. 13.

Nessa linha, é possível apreender um novo modo de apresentar a *autonomia da vontade*, não mais falando no poder natural próprio do indivíduo (concepção iluminista), nem no espaço dedicado pelo direito para a expressão da autodeterminação moral individual (concepção kantiana). A compreensão exegética do direito como sistema legal pleno e fechado demonstraria o erro de sustentar a tese do poder natural próprio do indivíduo em paralelo com a lei, e a expressa conformação no Código Francês da liberdade de contratar a critérios extraindividuais (bons costumes, ordem pública, equidade e boa-fé¹⁸⁷) inclusive para preencher o conteúdo contratual comprometeria a tese que resume o contrato ao direito moral individual de se autodeterminar. Na verdade, no contexto da Escola de Exegese, em razão da confirmação no direito positivo do *conceito formalista* de contrato como consenso (artigo 1.101 do *Code Civil*) e ao mesmo tempo da diluição da noção *funcional objetiva* da causa final, a *autonomia da vontade* traduziria simplesmente a suficiência do encontro de vontades para formar um contrato com efeitos obrigatórios, como decorrência do preenchimento da hipótese fática das normas legais de *existência e validade*, consideradas como *dogmas conceituais*. Em outras palavras, seria a desnecessidade de as partes observarem qualquer requisito positivo objetivo externo a elas mesmas (*formalidade especial* ou *função*) para gerar o vínculo obrigatório.

O que foi trabalhado até aqui vale especialmente para a teoria do direito contratual clássico na doutrina exegética francesa, munida do dogma legal. Entretanto, é possível identificar que na Escola Histórica da Alemanha do século XIX tenha ocorrido cenário bastante semelhante, pois o direito alemão também era concebido como um sistema racional pleno e fechado.¹⁸⁸ A principal diferença para a exegese francesa é que, na Alemanha, o sistema não provinha da lei, mas sim emanava do *Volksgeist*, a ser identificado por processos doutrinários tomando por base as fontes históricas - como já examinado no subtópico anterior.¹⁸⁹

Conforme já referido com base em JAMES GORDLEY, assim como os exegetas franceses estavam desvinculados da filosofia iluminista, o único comprometimento filosófico do jurista alemão da época seria acreditar que o espírito do povo produzia o direito; fora disso, o jurista deveria permanecer filosófica e politicamente neutro nas

¹⁸⁷ Código Civil Francês de 1804: “1.133. *La cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quando elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public.*”.

¹⁸⁸ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 121-122.

¹⁸⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia...*, p. 10-13.

suas investigações científicas, pois tais áreas do conhecimento extrajurídicas não o ajudariam a identificar o direito positivo.¹⁹⁰ Ou seja, nessa perspectiva, também estaria incorreto relacionar a autonomia da vontade na Escola Histórica com a filosofia kantiana.

Em comum com a Escola da Exegese, a Escola Histórica possui a circunstância de também ter se desenvolvido centrada em *conceitos formalistas* tratados como dogmas, como demonstra a conhecida Jurisprudência dos Conceitos.¹⁹¹⁻¹⁹² No caso alemão, de modo similar ao que aconteceu na interpretação exegética do Código Civil Francês, o conceito *formalista-lógico-positivista*¹⁹³ de contrato – remotamente vinculado à escolástica tardia – ter-se-ia feito presente quando foi criada a categoria doutrinária dos negócios jurídicos, em parte graças ao prévio esforço teórico dos jusnaturalistas que antecederam os juristas da Escola Histórica¹⁹⁴, em parte devido à leitura

¹⁹⁰ Também assim: HESPANHA, António Manuel. *Op. cit.*, p. 395.

¹⁹¹ MIGUEL REALE refere-se ao conceitualismo da Escola da Exegese: “Surge, assim, a idéia de uma *Dogmática Jurídica conceitual*, ou de uma *Jurisprudência conceitual*, como objeto primordial do jurista. Ao jurisconsulto cabe, como sua tarefa por excelência, a análise cuidadosa e metodológica dos textos, desenvolvida no tríplice plano gramatical, lógico e sistemático.” (REALE, Miguel. **Filosofia...**, p. 416). KARL LARENZ sobre o conceitualismo na Escola Histórica Alemã: “Pois o que veio a influir mais tarde foi, além da perspectiva histórica, a ideia de sistema como sistema ‘científico’ construído a partir dos conceitos jurídicos – ideal que serviu de ponto de arranque para a ‘Jurisprudência dos conceitos’[...].” (LARENZ, Karl. **Metodologia...**, p. 159). Ver também: REALE, Miguel. **Nova fase...**, p. 94. Cabe ainda trazer a excelente observação de JUDITH MARTINS-COSTA acerca das diferenças dogmáticas da Escola da Exegese e da Escola Histórica: “A noção da dogmática como elaboração ou construção do sistema é o grande contributo da pandectística alemã à ciência do direito, porque aqui, diferentemente do que ocorria na Escola da Exegese – onde o método era exegético e o dogmatismo uma atitude intelectual -, este, o *dogmatismo*, será predominantemente um método de construção do sistema.” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa fé no direito privado: sistema...**, p. 214).

¹⁹² Sobre o conceitualismo no sistema da *common law*, ROSCOE POUND se posiciona: “*In my opinion, the causes to which we must attribute the course of American constitutional decisions upon liberty of contract are seven: [...] (2) what I have ventured to call on another occasion a condition of mechanical jurisprudence, a condition of juristic thought and judicial action in which deduction from conceptions has produced a cloud of rules that obscures the principles from which they were drawn, in which conceptions are developed logically at the expense of practical results and in which the artificiality characteristic of legal reasoning is exaggerated [...].*” (POUND, Roscoe. Liberty of contract. **Yale Law Journal**, {s.l.}, vol. 18, issue 7, p. 454-487, 1908-1909, p. 457).

¹⁹³ KARL LARENZ afirma que a Jurisprudência dos Conceitos “concebe o ordenamento como um sistema fechado de conceitos jurídicos, requerendo assim ‘o primado da lógica’ no trabalho juscientífico [...]”. (LARENZ, Karl. **Metodologia...**, p. 64). CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 28-29.

¹⁹⁴ Sobre a influência do jusnaturalismo na teoria do negócio jurídico: “Grócio partia do reconhecimento da liberdade do ser humano para sustentar a possibilidade de aliená-la voluntária e parcialmente a outrem. Caso houvesse manifestação externa que permitisse perceber essa intenção e sobreviesse a aceitação da outra parte, formava-se o contrato. Não haveria necessidade de qualquer outro requisito. Esse conceito servirá como base para a criação da doutrina do negócio jurídico, influenciará as gerações de jusnaturalistas posteriores e, finalmente, constituirá a base do pandectismo germânico.” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Op. cit.*, p. 56-57). Ver ainda: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15. ed.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 168.

feita do direito justinianeu, tratado por esses juristas como autoridade.¹⁹⁵ Sendo assim, a categoria dos negócios jurídicos, em seu início, teria sido pouco mais do que uma expansão do conceito *formalista-naturalista* de contrato, feita para abarcar, em perspectiva sistematizante, os demais fatos jurídicos em que a vontade era considerada *essencial*. A grande diferença em relação ao naturalismo da escolástica tardia é que na doutrina alemã, em sua fase inicial, o *conceito* de *existência* do contrato - elaborado a partir do conceito de negócio jurídico - não é o “consenso” *puramente formal*, mas o “encontro de vontades de obrigar-se”, o que indica a presença da *causa final subjetiva* como integrante *substancial* da *forma-lógica-positiva* do contrato (e não meramente como requisito de *validade*): o contrato somente estaria formado quando o consenso fosse acompanhado da efetiva vontade (teoria da vontade).¹⁹⁶⁻¹⁹⁷

Na teoria dos negócios jurídicos do século XIX, portanto, a vontade ocupa posição central no conceito doutrinário desse tipo de fato jurídico, e esse conceito é utilizado para explicar (como paradigma) todas as normas aplicáveis a essa categoria,

¹⁹⁵ Em complemento à influência jusnaturalista, também a autoridade do direito justinianeu na Escola Histórica Alemã: “[...] il caso di ricordare che la figura in esame [autonomia da vontade] venne delineata dai giusnaturalisti tedeschi verso la fine del settecento e fu accolta in seguito dai pandettisti anche dopo il successo della scuola storica. E allora è ovvio chiedersi: come fu possibile una simile, sorprendente concordanza di pensiero tra quei filosofi e quei giuristi, dato che gli ultimi non ebbero altra mira se non di frantumare l’ideologia del diritto eterno e razionale caldeggiata dai primi, per contrapporre la storicità del diritto positivo? La risposta è suggerita dalle date predette: giusnaturalisti e pandettisti vissero in uno dei periodi più fulgenti della storia del pensiero umano, mentre fioriva la religione della libertà che dominò il loro spirito e guidò le loro ricerche, stante la normale coincidenza delle dottrine giuridiche e delle idealità sociali e politiche di una stessa epoca. Perciò i primi si fecero assertori della onnipotenza della volontà individuale anche nel campo del diritto, specialmente come diga di sbarramento contro il prepotere del principe. Ed i secondi ripresero e svilupparono le dottrine dei giustiniani, che l’effetto giuridico degli atti umani dipende direttamente dalla volontà individuale, sicché finirono per creare un sistema di diritto privato fondato sulla libertà dei singoli, al centro del quale posero il negozio giuridico, concepito come il paradigma tipico della manifestazione di volontà da cui deriva la nascita o la modificazione o l’estinzione di un rapporto personale o patrimoniale.” (STOLFI, Giuseppe. **Teoria del negozio giuridico**. Padova: Cedam, 1947, p. xi).

¹⁹⁶ Para ilustrar, a doutrina de SAVIGNY: “La conclusion d’un contrat repose sur les faits isolés qui suivent, les mêmes absolument qu’il faut considérer dans toute interprétation volonté, savoir: la volonté même, la manifestation de la volonté, et la concordance de la volonté avec la manifestation.” (SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Le droit des obligations**. Tomo II. Paris: Auguste Durand Libraire-Éditeur, 1863, p. 331-332). SILVA, Clóvis do Couto e. Negócios jurídicos e negócios jurídicos de disposição. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de [org.]. **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 74.

¹⁹⁷ Posteriormente, a fim de garantir maior segurança nas transações (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson [org.]. **Doutrinas Essenciais – Obrigações e Contratos**. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, fl. 3.), a teoria alemã do negócio jurídico desenvolveu a “teoria da declaração”, que via na declaração de vontade a hipótese fática suficiente para a *existência* do negócio jurídico, mesmo que a vontade efetiva não estivesse presente. Ou seja, a *causa final subjetiva* continuou presente na *forma-lógica-positiva* do negócio jurídico, mas por ela se entendia a vontade perceptível na declaração, e não a vontade efetiva subjacente.

já sem os fundamentos filosóficos aristotélico-tomistas que as haviam originado. Esse *formalismo-logicista* da versão alemã-doutrinária¹⁹⁸ equiparar-se-ia, assim, à versão francesa-legalista da autonomia da vontade há pouco retratada.¹⁹⁹

Desse modo, o advento da nova realidade social do século XX, que trouxe a crise à teoria do direito contratual clássico, teria apenas deixado evidente a já existente incapacidade dessa doutrina, tanto na França quanto na Alemanha, de compreender o direito contratual positivo desprovido dos seus fundamentos aristotélico-tomistas, como defende JAMES GORDLEY:

In the twentieth century, a doctrinal crisis began that is still with us. [...] In the field of contract, as we shall see, the problem was that the nineteenth-century jurists had borrowed part of the earlier doctrinal system and had not managed to make that part work by itself. They claimed to be interpreting positive law. But the positive law did not simply enforce whatever the parties willed and only what they willed - not could it. The positive law distinguished gift from exchange and one type of exchange from another. It held the parties to obligations that depended on the type of contract they had made even if they had not willed these obligations expressly. It sometimes released the victims of unequal bargains from obligations they had willed expressly. Twentieth-century critics pointed out that the will theories could not explain these aspects of contract law. In fact, they were the very aspects that the late scholastics had explained with the Aristotelian notions of essence and virtue that the nineteenth-century jurists had discarded.²⁰⁰⁻²⁰¹

¹⁹⁸ HESPANHA, António Manuel. *Op. cit.*, p. 396-397.

¹⁹⁹ CLÓVIS DO COUTO E SILVA fala sobre essa redução aos conceitos perfeitos definidos (é o caso do conceito voluntarista de negócio jurídico) no caso da boa-fé: "Superada a metodologia da Escola da Exegese, pela Pandectística, com suas concepções sistemáticas, porém mantida uma inexata compreensão do princípio da separação dos poderes, tudo isso levou a considerar-se o mundo jurídico como algum fechado, dimensão própria à aplicação do raciocínio axiomático. Os conceitos não perfeitamente definidos – principalmente os de natureza ética como o da boa-fé – não foram aplicados, resumindo-se a comentários superficiais e lacônicos, a respeito do seu significado." (SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa-fé..., p. 33-34).

²⁰⁰ GORDLEY, James. *The philosophical...*, p. 8-9.

²⁰¹ Tradução livre: "No século XX, uma crise doutrinária começou e ainda está entre nós. [...] Na área contratual, como veremos, o problema era que os juristas do século XIX haviam tomado emprestada apenas parte do sistema doutrinário antecedente, mas não havia conseguido fazê-la funcionar sozinha. Eles afirmavam estar apenas interpretando o direito positivo. Mas o direito positivo não conferia exigibilidade a tudo que as partes queriam, tampouco conferia exigibilidade somente àquilo que queriam – e nem poderia fazê-lo mesmo. O direito positivo distinguia a doação e a troca, e um tipo de troca de outro tipo. Ele submetia as partes a obrigações que dependiam do tipo de contrato que elas haviam criado, mesmo se elas não tivessem desejado tais obrigações de forma expressa. Outras vezes, o direito positivo liberava as vítimas de barganhas desiguais de obrigações que elas expressamente haviam desejado. Os críticos, no século XX, destacaram que as teorias da autonomia da vontade não poderiam explicar tais aspectos do direito contratual. De fato, esses eram os mesmos aspectos que os escolásticos tardios haviam explicado através das noções aristotélicas de essência e virtude, as quais os juristas do século XIX haviam descartado."

Essa incapacidade será mais bem estudada adiante. Por ora cabe analisar o que a teoria do direito contratual clássico, nas suas três versões já apresentadas, possuía como característica no que toca ao conteúdo do contrato, isto é, às obrigações contratuais das partes.

2.3. A relação jurídica obrigacional: a "obrigação de prestar" estática

No tópico anterior foram apresentadas três visões da noção de *autonomia da vontade*, que têm em comum a circunstância de a vontade efetiva das partes ser suficiente para formar um contrato *existente e válido* (único *elemento constitutivo da obrigatoriedade*) – sem a necessidade de observar uma *formalidade especial* ou uma *função* externa à desejada pelas partes. Nas três versões do direito contratual clássico, o contrato era concebido como um *ente formal* pertencente a um *mundo lógico* (um “mundo jurídico”), seja no aspecto *lógico-natural* dos indivíduos com poder natural para criar essa figura jurídica (individualismo iluminista), seja no aspecto *lógico-positivo* da figura jurídica como resultado da incidência de normas garantidoras do direito moral de liberdade (ética kantiana) ou do simples preenchimento da *estrutura* do *conceito* dogmático normativo (conceitualismo jurídico). Nas duas primeiras versões (individualismo iluminista e ética kantiana), o *fundamento da obrigatoriedade* do contrato era a alta valoração filosófica da vontade individual, que era o que dotava esse *ente formal* de força obrigatória (natural ou moral) relativamente às partes, advindo daí – imediata ou mediadamente – o seu caráter jurídico e, à medida que se fazia *existente* no “mundo jurídico”, a sua qualidade inata de *juridicamente obrigatório*. Na terceira versão (conceitualismo jurídico), o *fundamento da obrigatoriedade* do contrato era diretamente o seu caráter jurídico, isto é, era o fato de *existir* como *conceito* em um “mundo jurídico” que por princípio lhe dava a força obrigatória, como qualidade inata devida ao dogmatismo jurídico. Em outras palavras, enquanto nas duas primeiras versões o contrato era jurídico em razão da força obrigatória (natural ou moral) da vontade, na terceira versão o contrato tinha força obrigatória simplesmente em razão de *ser jurídico*.

Porém, mais do que a suficiência da vontade para formar um contrato válido, a grande característica do direito contratual clássico é que a *autonomia da vontade* foi

transformada em paradigma²⁰² para explicar todas as esferas em que se desdobra a figura jurídica do contrato, como o seu conteúdo. De fato, o paradigma da autonomia da vontade e o tom individualista (não necessariamente filosófico) que o acompanha tornam a teoria do direito contratual clássico completamente diferente do direito medieval, quando vigiam concepções supra-individualistas de dever moral, de boa-fé religiosa, de justiça objetiva e de funcionalidade em torno do bem comum objetivo.²⁰³ No direito contratual clássico, deixou de haver qualquer razão para ver o contrato como algo além do encontro das vontades individuais, que por definição era obrigatório.²⁰⁴

Nessa linha, como o contrato era entendido como um *ente formal (ideal)* com *existência lógica* entre ou acima das partes, o seu conteúdo também *existia* como se fosse algo *real* perfeitamente delimitado dentro desse *ente*, integrante da sua *substância*²⁰⁵; já a *validade* do contrato significava que ele estaria apto a produzir seus

²⁰² MOORE, Benoît. *Op. cit.*, p. 704-705.

²⁰³ Sobre o individualismo no pensamento jurídico moderno: “Quant à l’individualisme, ce second trait me paraît le plus spécifique de la pensée juridique moderne: c’est l’individualisme que oppose le droit moderne, non pas seulement aux conceptions dominantes du Moyen Âge, mais encore aux doctrines classiques de la philosophie du droit de l’Antiquité (c’est-à-dire surtout d’Aristote).” (VILLEY, Michel. *Op. cit.*, p. 184). Ademais, as noções medievais de preço justo e valor intrínseco haviam caído em descrédito, por conta da ausência de parâmetros objetivos no mundo moderno pós-aristotélico: “Substantive justice, according to the earlier view, existed in order to prevent men from using the legal system in order to exploit each other. But where things have no ‘intrinsic value’, there can be no substantive measure of exploitation and the parties are, by definition, equal. Modern contract law was thus born staunchly proclaiming that all men are equal because all measures of inequality are illusory.” (HORWITZ, Morton J.. The historical foundations of modern contract law. **Harvard Law Review**, {s.l.}, vol. 87, n. 5, p. 917-956, mar. 1974, p. 918-919).

²⁰⁴ Sobre a convergência de todas as visões de mundo à suficiência e à predominância da vontade individual, no século XIX: “[...] the most important respect in which the situation in 1900 differs from that in 2000 is that, in spite of their complete disagreement about the sources and ends of law, the rival schools of nineteenth-century legal theory were in agreement that there was a single primary basis of legal liability. As Pound argued persuasively in 1917, the main schools of legal theory, including natural rights (Lockean in the U.S.), metaphysical moralism (Kant), idealism (Hegel), historicism in the mode of Henry Maine (status to contract), social Darwinism, and utilitarianism, were in agreement about the crucial characteristics of modern law. The state ought to and largely did in fact define the rules of law so as to guarantee the free exercise of individual will, subject to the constraint that willing actors respect the like rights of other willing actors.” (KENNEDY, Duncan. From the will theory to the principle of private autonomy: Lon Fuller’s “Consideration and Form”. **Columbia Law Review**, {s.l.}, vol. 100, issue 1, p. 94-175, jan. 2000, p. 96).

²⁰⁵ Observa DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE sobre o conteúdo ser uma realidade integrante do acordo como seu objeto: “O conteúdo do acordo de vontades, a *auto-regulação dos próprios interesses pelos contratantes*, é uma realidade emergente da convenção. Mas esta é ainda o contrato mesmo ou, mais exatamente, é um dos seus elementos integradores: o objeto.” (ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Op. cit.*, p. 210). Essa noção ainda é perceptível no Código Civil Brasileiro de 2002: “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. Art. 173. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo.”.

efeitos jurídicos imanentes: fazer nascer, a partir do seu conteúdo, uma *relação jurídica obrigacional*²⁰⁶, esta também percebida como novo *ente formal com existência lógica "real"*²⁰⁷ e com conteúdo próprio - qual seja, obrigações que, por sua natureza jurídica, eram exigíveis das partes contratantes. Ou seja, em última análise, enquanto criadoras do *ente formal* contrato, as vontades individuais seriam teoricamente a única fonte do conteúdo contratual e, por conseguinte, das obrigações jurídicas contratuais. Não havia mais espaço para as obrigações jurídicas surgidas da natureza do contrato ("elementos naturais" do jusnaturalismo) dentro de uma *ordem natural supra-individual*, independentemente da vontade das partes. A legislação seria apenas supletiva, dispondo sobre o que as partes teriam elas mesmas presumidamente desejado e, desse modo, fazendo parte do conteúdo "real" do contrato por força legal ("elementos naturais" do juspositivismo); o conteúdo sempre remontaria, direta ou indiretamente, à vontade individual.²⁰⁸

Assim, o direito contratual clássico considerava a relação social entre as partes no "mundo da vida" apenas como a origem remota do contrato e dos seus efeitos: a partir do nascimento no "mundo jurídico" dos *entes formais* contrato e relação jurídica obrigacional, a operação mental jurídica trabalhava com foco exclusivo nesse *plano lógico*; a continuidade da relação entre as partes no "mundo da vida" – um ato de pagamento, por exemplo - tinha importância meramente indireta e instrumental para aquilo que era o centro das atenções, a *existência* dos *entes formais* no "mundo jurídico". Após constituído, o "mundo jurídico" em sua essência *lógica* já não se sujeitava

²⁰⁶ TUHR, Andreas von. *Op. cit.*, p. 3.

²⁰⁷ Sobre a *realidade* do vínculo obrigacional: "O *facto* de onde nasce o vínculo, que lhe confere existência *real*, é um elemento estranho à obrigação." (VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. Vol. 1. 9. ed.. Coimbra: Almedina, 1998, p. 17). CLÓVIS DO COUTO E SILVA menciona a idéia de obrigação como "ser do mundo do pensamento" (SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação...**, p. 67).

²⁰⁸ Sobre a vontade como única fonte das obrigações contratuais, inclusive no que concerne à legislação supletiva: "A doutrina tradicional afirma que deve existir uma exacta e completa correspondência entre o conteúdo da vontade das partes e os efeitos jurídicos do negócio, tais como a lei os determina. Mesmo aqueles efeitos que o negócio produz por força de disposições legais supletivas reconduzir-se-iam ainda à vontade das partes, através de uma estipulação tácita (*tácita conventio*)." (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 1974, p. 28). Mesmo a integração estaria teoricamente subordinada à vontade: "Só falta agora especificar melhor o critério que deva presidir à integração. É o da vontade *hipotética* ou *conjectural* das partes. Não se trata aqui da *vontade real* provável das partes. Trata-se da *vontade que presumivelmente elas teriam tido se tivessem previsto o ponto omissis*; do modo como elas teriam regulado se o ponto não tivesse ficado estranho às suas previsões." (*Ibidem*, p. 325). É também essa a lição de CLÓVIS DO COUTO E SILVA: "A dogmática do século passado tinha por centro a vontade, de forma que, para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultavam." (SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação...**, p. 38). Sobre o assunto, ainda: GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 13.

mais ao "mundo da vida"; uma vez geradas, as obrigações jurídicas se encontravam perfeitamente delimitadas dentro da relação jurídica obrigacional, como uma "*realidade*" auto-suficiente, independente do "mundo da vida" e infensa a interferências alheias ao *plano lógico-jurídico*. Dessa "*realidade*" auto-referente advém o caráter *estático*²⁰⁹ da relação jurídica obrigacional no direito contratual clássico, já que as obrigações jurídicas nela contidas se reportariam sempre ao passado, ao seu fato formador – o encontro de vontades de obrigar-se.²¹⁰ Em outras palavras, a relação social entre as partes no "mundo da vida" transformava-se no "mundo jurídico" em uma relação jurídica obrigacional do tipo contratual, *ente formal* com *existência* concreta, caráter *estático* e autonomia *existencial* diante da relação social que o originou.

Portanto, em um direito *formalista* em que, após ser gerado, o contrato teria *existência* apartada das partes, como se bastasse a si mesmo, a identificação do seu conteúdo (algo "*realmente*" *existente*) seria mais uma atividade para saber o que o contrato é no "mundo jurídico" - qual tinha sido o objeto da vontade de obrigar-se e quais tinham sido as obrigações geradas por ela – do que uma atividade para compreender a verdadeira finalidade buscada pelas partes e permitir a realização efetiva dos seus interesses no "mundo da vida". Embora em casos corriqueiros essa diferenciação não tenha relevância, porque via de regra a execução *formal* do contrato realiza os interesses das partes, esse *formalismo* exacerbado se torna um problema diante do advento de determinada circunstância imprevista, como a concretização de um risco inesperado. Nesse sentido, aliás, a estreita noção de causa (*causa final subjetiva*) da teoria do direito contratual clássico, formulada pela Escola da Exegese como sendo simplesmente a *prestação* da outra parte²¹¹, também dificulta a compreensão de que a vontade de obrigar-se está intimamente ligada a um certo contexto do "mundo da vida", em que se espera alcançar a finalidade do contrato.

Diante de todas essas considerações, é possível observar que a relação social entre as partes no "mundo da vida" era sintetizada no "mundo jurídico" pela noção jurídico-*formal* de "obrigação de prestar" (segundo as quais a parte devedora deveria

²⁰⁹ Em oposição a "*dinâmico*", como será o caso da teoria do novo direito contratual (obrigação como processo).

²¹⁰ Isso permite inclusive imaginar o *ente formal* relação jurídica obrigacional como localizado internamente ao *ente formal* que o gerou (o contrato, ele mesmo *estático*).

²¹¹ Como visto no tópico anterior.

entregar à parte credora uma prestação²¹²), via de regra como o único objeto do conteúdo do contrato, emanado do encontro de vontades de obrigar-se. As próprias definições do Código Civil Francês conduziam a isso, por exemplo.²¹³ Assim, entendia-se a relação jurídica obrigacional como constituída por uma ou mais "obrigações de prestar"²¹⁴, bem como aspectos acessórios a essa obrigação principal²¹⁵. Dito de outro modo, a menos que as partes explicitassem algo a mais ou que a legislação suplementasse as suas manifestações de vontade, a relação jurídica obrigacional resumia-se inteiramente em função da "obrigação de prestar". É o que JUDITH MARTINS-COSTA aponta, chegando inclusive a tecer comentários acerca da insuficiência dessa noção que aqui chamo de "obrigação de prestar":

Desta conjugação de ideias - a saber, a redução da relação à obrigação principal nela contida e a preeminência da noção de vínculo sobre a de relação - surge a concepção da obrigação como vínculo eminentemente bipolar, que liga uma parte, a credora, titular do direito subjetivo (crédito), a outra, parte devedora, titular do dever jurídico (dívida). [...] Não se trata, obviamente, de uma noção equivocada. Indiscutivelmente há, em toda a relação obrigacional, a criação de um vínculo jurídico ligando o credor e devedor e há, igualmente, o nascimento de direitos subjetivos de crédito e de deveres jurídicos (dívida). Porém,

²¹² Vale citar algumas definições que equiparam a própria idéia de obrigação à de "obrigação de prestar": "La obligación es un vínculo de derecho en virtud del cual el deudor está sujeto a ejecutar una prestación." (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. **Lecciones de derecho civil**. Parte segunda. Vol. I. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, p. 1); "Dase el nombre de obligación a la relación jurídica establecida entre dos o más personas, por virtud de la cual una de ellas – el deudor, deudor – se constituye en el deber de entregar a la otra – acreedor, creditor – una prestación. [...] "La palabra 'obligación' presenta dos acepciones diferentes: [...] En un sentido amplio, se designa con la palabra obligación la relación existente entre dos personas, cualquiera que sea al fundamento a que responda, y de la que nacen uno o varios créditos. Tale son, por ejemplo, las relaciones derivadas de un contrato [...]" (TUHR, Andreas von. *Op. cit.*, p. 1-3); "El objeto de la obligación es aquello que el deudor debe. Ya sabemos que éste puede obligarse a hacer o a no hacer; en el primero supuesto, el objeto consiste en una prestación, en el otro en una abstención." (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Op. cit.*, p. 298); "O direito das obrigações é o conjunto das normas jurídicas reguladoras das relações de crédito, sendo estas as relações jurídicas em que ao *direito subjetivo* atribuído a um dos sujeitos corresponde um *dever de prestar* especificadamente imposto a determinada pessoa." (VARELA, Antunes. *Op. cit.*, p. 15-16).

²¹³ Código Civil Francês de 1804: "1. 101. *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. 1. 126. Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire.*"

²¹⁴ TUHR, Andreas von. *Op. cit.*, p. 3.

²¹⁵ Um tratamento mais analítico da relação jurídica obrigacional, como o de PONTES DE MIRANDA, era suficiente para levar à indicação de outros aspectos acessórios à "obrigação de prestar" mesmo no direito contratual clássico: "Além disso, há a relação jurídica de obrigação (relação jurídica obrigacional), com a irradiação de direitos acessórios do crédito, direitos formativos, direitos de resolução e de rescisão." (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958, p. 13).

não sendo modo algum *incorreta*, essa é, porém, uma noção *insuficiente* para dar conta de algumas manifestações do fenômeno obrigacional.²¹⁶

Por conta de todos esses fatores característicos do *formalismo* exacerbado do direito contratual clássico, a relação social entre as partes no "mundo da vida" acabava negligenciada, pois o seu lugar no "mundo jurídico" era ocupado pela relação jurídica obrigacional, cujo centro era específica e exclusivamente "obrigação de prestar". O problema do direito contratual limitava-se então à necessidade de atender aos desígnios dessa "obrigação de prestar" *formalmente existente* no "mundo jurídico", em obediência ao seu caráter compulsório sobre as partes, atributo lógico da sua natureza jurídica que perduraria até a sua extinção; a entrega da prestação seria, assim, o meio típico para extinguir a obrigação e fazer cessar a sua compulsoriedade.²¹⁷ Por sua vez, por serem de certa maneira estranhas a esse *plano lógico-formalista* (porquanto não traduzíveis em "obrigação de prestar", nem contidas insitivamente nela), considerações acerca do efetivo interesse do credor, da "economia interna do contrato", da autonomia econômica entre prestação e risco ou mesmo da "justiça contratual" não admitiam ser colocadas enquanto problema do "mundo jurídico" – caso não fossem reguladas expressamente pelas partes ou pela lei, tais considerações poderiam, no máximo, ser analisadas sob a perspectiva reflexa das conseqüências do tratamento jurídico conferido à "obrigação de prestar".²¹⁸

É nesse sentido reflexo que, em defesa da lógica *formalista* do direito contratual clássico, logo se passa a afirmar que "*qui dit contractuel dit juste*". A vontade obriga por definição, e, se as partes escolhem contratar, é porque desejam os efeitos obriga-

²¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 199-200.

²¹⁷ Como salienta RUY ROSADO DE ÁGUIAR JÚNIOR: "Logo, por sua própria natureza, a obrigação é uma relação temporária, marcada desde o início para se extinguir." (ÁGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed.. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 22).

²¹⁸ CLÓVIS DO COUTO E SILVA observa sobre o direito contratual clássico fundado na autonomia da vontade: "O pensamento, porém, daqueles que vêm no contrato uma vontade abstrata, que defendem a posição de que, uma vez perfeitos, estão livres de toda e qualquer modificação, ainda que ditada por novos fatos sociais, outra coisa não consiste senão em considerar o contrato algo meramente formal, verdadeiro mecanismo à margem da vida, maior produtor de conflitos de interesses do que soluções para os mesmos." (SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação...**, p. 106). Em sentido similar, PAULO NALIN: "A abstratividade a torna descompromissada com os fatos da realidade, pois seu único compromisso é com as suas próprias categorias conceituais." (NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil. Curitiba: Juruá, 2002, p. 108).

tórios desse contrato, aceitando a equivalência entre as *prestações* às quais se encontram obrigadas.²¹⁹ Sem mais um fundamento moral supra-individualista de fundo, a justiça é meramente subjetiva e auto-referenciada a cada parte - não há um significado objetivo externo de justiça ao qual a vontade deva obedecer; argumenta-se que da vontade individual de contratar não pode decorrer injustiça, tanto mais em se tratando de indivíduos que são *natural e juridicamente iguais*.²²⁰ Qualquer hipótese de incidência do direito contratual (como o contrato de trabalho, ou as condições gerais de contratos de adesão) era automática e irrefletidamente submetida à seqüência lógica "contrato = vontade = justiça = obrigatoriedade".²²¹ Ao invés de a eqüidade fundamentar a obrigatoriedade do encontro de vontades, é o conceito jurídico de contrato como encontro de vontades que será utilizado para explicar dogmaticamente o significado de eqüidade, confirmando assim a obrigatoriedade inata do *ente formal* contrato. Por essas razões, era esse um período em que campeava o dogma da liberdade contratual²²², o qual pressupunha dois ou mais indivíduos no exercício da liberdade de (1) decidir entre contratar ou não contratar, (2) decidir com quem contratar e (3) decidir o conteúdo do contrato.²²³

2.4. A teoria do risco da "obrigação de prestar"

Como o contrato era visto como um *ente formal* do "mundo jurídico" virtualmente resumido à noção jurídico-*formal* de "obrigação de prestar", a preocupação

²¹⁹ Conforme expressa VON TUHR: "*El principio de la libertad contractual ampara el contenido todo del contrato, y en los sinalagmáticos, principalmente, la cuantía de la prestación y la contraprestación.*" (TUHR, Andreas von. *Op. cit.*, p. 227).

²²⁰ GHESTIN, Jacques. *Traité...*, p. 22; ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Op. cit.*, p. 39-40; ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 35.

²²¹ GEORGE GLUCK capta a mecanicidade do direito contratual clássico da época: "*The novelty in nineteenth-century contract theory was not that the agreement would be enforced - for this has existed for centuries - but, rather, that it was now assumed that parties would freely enter into contracts in pursuit of their self-interest. Indeed, it became an underlying premise of contract law that a signed contract, including all of the terms within a particular document, was freely entered into.*" (GLUCK, George. *Standard form contracts: the contract theory reconsidered. International and Comparative Law Quarterly*, {s.l.}, vol. 28, issue 1, p. 72-90, jan. 1979, p. 72).

²²² MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 60. Na doutrina de língua inglesa, "*freedom of contract dogma*" (KESSLER, Friedrich. *Contracts of adhesion - some thoughts about freedom of contract. Columbia Law Review*, {s.l.} vol. 43, issue 5, p. 629-642, jul. 1943, p. 639).

²²³ ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 32.

maior do direito contratual clássico era com o seu adimplemento, marco extintivo satisfatório da relação jurídica obrigacional. Desse modo, como princípio, em razão da auto-suficiência do "mundo jurídico" e dos *entes* que o habitavam, o alvo da atenção da teoria contratual não era a situação real das partes no "mundo da vida", tampouco o "risco econômico" de elas sofrerem prejuízo ante um evento imprevisto, mas sim o "risco jurídico" de que a prestação não pudesse ser entregue e de que isso comprometesse a higidez do *ente formal* relação jurídica obrigacional.

Se nos casos de inadimplemento ou impossibilidade culposa a regra era clara no sentido de que a parte culpada era responsável por basicamente todas as consequências advindas da sua mora ou da sua culpa²²⁴, no caso de impossibilidade não culposa (risco) a dúvida recaía sobre o destino da relação jurídica obrigacional: o que deveria fazer a parte encarregada da "obrigação de prestar" cujo cumprimento se verificara impossível e, nos contratos bilaterais, o que deveria fazer a parte encarregada da correspectiva "obrigação de prestar" cujo cumprimento ainda é possível? As respostas eram dadas conforme a chamada "teoria do risco", elaboradas e debatidas pela doutrina do direito contratual clássico, mas acolhidas no direito positivo segundo o gosto do legislador^{225, 226}.

²²⁴ Por exemplo, dispõe o Código Civil Brasileiro de 1916: "Art. 865 [...] Se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais as perdas e danos. Art. 956. Responde o devedor pelos prejuízos a que a sua mora der causa (art. 1.058). Art. 957. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito, ou força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria, ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada (art. 1.058). Art. 1.056. Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos."

²²⁵ O legislador tem a faculdade de ser mais pragmático do que a doutrina, voltando-se para as preocupações do "mundo da vida" ainda quando não exatamente compatíveis com a teoria.

²²⁶ É interessante notar que até mesmo as soluções da teoria do risco poderiam ser remetidas à vontade implícita das partes, como fazem os irmãos MAZEAUD (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Op. cit.*, p. 365-366). De todo modo, quando houvesse disposição expressa, deixava-se de aplicar a teoria do risco, como ensina ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA: "A convenção pela qual o devedor se obriga a responder pela impossibilidade casual da prestação é juridicamente válida, pois não é contrária à ordem pública ou aos bons costumes. [...] Há mesmo um contrato típico – o de seguro – cuja finalidade é assumir uma das partes, mediante certo prêmio, a obrigação de indenizar a outra do prejuízo resultante de riscos futuros, fortuitos ou não, previstos no ajuste, desde que se não filiem a atos ilícitos do segurado, do beneficiado pelo seguro, ou dos representantes e prepostos, quer de um, quer de outro [...]. Aí temos, pois, a primeira exceção à regra geral estabelecida: a responsabilidade pelos prejuízos decorrentes de caso fortuito existirá quando o devedor os houver *expressamente* assumido." (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3. ed.. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 180).

A hipótese em que o *formalismo* do direito contratual clássico se permite vislumbra mais fácil e intensamente é a da impossibilidade genética do objeto. Se, acreditando na possibilidade de determinada prestação, duas partes celebrassem um contrato, mas depois soubessem que tal prestação na verdade sempre fora impossível, a resposta jurídica seria terminante: o contrato era *existente* mas inválido, incapaz de gerar seus efeitos imanescentes²²⁷; por deficiência da *causa final subjetiva*, a relação jurídica obrigacional sequer nascera, descobrindo-se que as partes estavam desde o princípio livres de quaisquer "obrigações de prestar" ou mesmo de quaisquer indenizações pela ausência de adimplemento.²²⁸

Cabe frisar que, conquanto essa impossibilidade fosse genética, a sua ciência superveniente pelas partes representa um caso de concretização de um risco imprevisível, à medida que elas possuíam expectativas que restaram frustradas em momento posterior à conclusão do negócio.²²⁹ Como se percebe, a mencionada resposta dada a esta hipótese pode resolver completamente a questão da relação jurídica obrigacional ("não há 'obrigação de prestar'"); porém, ela nada tem a dizer a respeito – por exemplo - de eventuais investimentos (gastos) que, preparando-se para executar o contrato, uma das partes tenha feito de boa-fé antes de tomar conhecimento da impossibilidade genética. Quem suporta esse ônus econômico? Aqui não se pode sequer argumentar que a parte é *juridicamente responsável* dentro da relação contratual pelos gastos em que inutilmente incorreu, tendo em vista que a relação jurídica obrigacional teoricamente nem chegou a se constituir. Com isso, já aqui me parece mais do que nunca ficar evidente que a teoria do direito contratual clássico, ao contentar-se em trabalhar com a idéia de um "mundo jurídico" centrado em "obrigações de prestar", não está apta nem mesmo a se afligir com o problema remanescente do risco econômico que as partes correm no "mundo da vida", ao contratar sob a falsa expectativa da possibilidade de uma prestação. Trata-se, em verdade, de uma hipótese bastante semelhante àquela comentada na introdução deste trabalho, em que para corrigir uma injustiça JHERING buscou alargar o espectro da relação jurídica para além

²²⁷ Código Civil Brasileiro de 1916: "Art. 145. É nulo o ato jurídico: II. Quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto."

²²⁸ VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. Vol. 2. 7. ed.. Coimbra: Almedina, 1997, p. 66-67.

²²⁹ A rigor, o risco não se define pela ocorrência de um evento imprevisível, mas pela não obtenção de um resultado ótimo desejado.

da "obrigação de prestar" nos casos de *culpa in contrahendo* – embora tenha deixado em aberto a questão do *risco de incomunicação*.

Quanto à impossibilidade superveniente da prestação, a solução dada pela teoria do risco possuía maior variedade. Em se tratando de contratos unilaterais, não havia grandes dificuldades para se afirmar que a "obrigação de prestar", antes válida, tornava-se extinta (*ipso iure*²³⁰) e que o credor não pode reclamar a sua pretensão (*res perit creditori*).²³¹ Já nos casos de contratos bilaterais, a complexidade aumenta, o que requer exame mais minucioso.

Nos contratos bilaterais contendo obrigação de dar coisa certa, é necessário fazer inicialmente uma distinção entre o risco atinente ao direito real subjacente - pelo qual a coisa em geral perece para o dono (*res perit domino*) - e o risco atinente à relação jurídica obrigacional.²³² Antes do processo histórico de codificação, havia o entendimento – baseado originalmente no Digesto - de que, na compra e venda, a impossibilidade de entrega do bem alienado acarretava a extinção da obrigação do vendedor, liberando-o e isentando-o de qualquer indenização; todavia, o comprador, mesmo sem ter recebido o bem, permanecia obrigado a pagar o preço (*res perit creditori* – risco atinente à relação jurídica obrigacional).²³³ Com o advento do Código

²³⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.*, p. 73.

²³¹ ORLANDO GOMES explica a lógica do *res perit creditori*: "Se o contrato é unilateral, quem suporta o risco é o credor – *res perit creditori*. Uma vez que a prestação não pode ser satisfeita, a parte que deveria recebê-la se vê privada do proveito que esperava do contrato. A solução não apresenta, pois, maior dificuldade." (GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed.. Atualização de Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 213).

²³² SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação...**, p. 109.

²³³ POTHIER é partidário desta solução. Após referir o Digesto como origem remota, trata a questão a partir do direito natural e da formação consensual do contrato de compra e venda. Vale a transcrição completa do trecho, em razão da argumentação do autor francês ilustrar bem o pensamento *formalista* (*formalismo-naturalista*, no caso) focado na existência "real" da obrigação: "*El que la obligación del vendedor quede extinguida cuando la cosa vendida haya perecido sin culpa suya, es una consecuencia del siguiente otro principio, que toda obligación de un objeto determinado, se extingue cuando la cosa cesa de existir. [...] Este principio se ha tomado de la naturaleza mista de las cosas, porque formando la cosa debida la materia de la obligación, resulta de esto que cuando cesa de ser, deja de subsistir también la obligación, por ser ésta imposible sin la materia. La segunda parte de la decisión, a saber, que la obligación del comprador no deja de subsistir aunque la del vendedor se haya extinguido por haber perecido la cosa, no es tan fácil de resolver. Es verdadera, sin embargo, y se funda en la naturaleza del contrato de venta. Este contrato pertenece al número de aquellos que se llaman consensales, que se perfeccionan por el solo consentimiento de los contratantes. La tradición de la cosa vendida, no es ni poco ni mucho necesaria para la perfección de este contrato. La obligación que el comprador contrae de pagar el precio perfeccionándose, pues, por el solo consentimiento de las partes que han intervenido, e independientemente de toda tradición, debe subsistir aunque haya perecido la cosa vendida y no pueda, por consiguiente, entregarse. Verdad es que mientras el vendedor está en mora de entregar la cosa, no puede exigir el precio; pero cuando la obligación del vendedor se ha extinguido por uno de los modos naturales con que las obligaciones se extinguen [imposibilidad superveniente], nada le queda a oponer al comprador para eludir de su parte el cumplimiento de su obligación, la cual*

Civil Francês, a solução prática para o perecimento do bem objeto da obrigação de dar coisa certa continuou igual à do período pré-codificação (o vendedor liberado e o comprador obrigado a pagar o preço), mas a sua justificação teórica mudou: porquanto esse código trouxe como novidade a transmissão da propriedade pelo próprio contrato, o risco recaía no comprador devido à sua posição de proprietário (*res perit domino* – risco atinente ao direito real subjacente).²³⁴ Finalmente, nos códigos que mantiveram a separação entre o direito das obrigações e os direitos reais, a solução tende a ser diferente: tanto o "vendedor" quanto o "comprador" ficam liberados das suas "obrigações de prestar" e isentos de indenizações.²³⁵ Assim, em contraposição ao antigo princípio do *res perit creditori*, essa nova resposta à questão do risco de impossibilidade superveniente das obrigações de dar coisa certa foi designada como "*res perit debitori*" (risco atinente à relação jurídica obrigacional) - embora essa nomenclatura dê azo a confusões, à medida que em verdade ambas as partes são ao

una vez contraída válidamente, subsiste siempre, y no puede extinguirse sino por alguno de los modos con que se extinguen las obligaciones. [...] La obligación que se ha impuesto de pagar el precio no es a condición de que el vendedor le dé la cosa, sino a condición de que, de su parte, se obligue a hacerle adquirir la cosa; basta, pues, que el vendedor se haya obligado a ello válidamente y no haya faltado a su obligación para que la del comprador tenga una causa y subsista.". O próprio POTHIER, entretanto, repara que essa solução era controversa tanto entre os romanos quanto entre os juristas da Escola de Direito Natural. Ver: POTHIER, Robert Joseph. **Tratado de los contratos**. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1948, p. 157-159. A mesma solução – embora fundada diretamente no Digesto, sem utilizar os mesmos argumentos de POTHIER - era dada no direito alemão pré-BGB, conforme DERNBURG, Arrigo. **Diritto delle obbligazioni**. Traduzione de Francesco Bernardino Cicala. Milano: Fratelli Bocca Editori, 1903, p. 398-400.

²³⁴ Código Civil Francês de 1804: "1.138. *L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.*". Comentam esse artigo PLANIOL, RIPERT e os irmãos MAZEAUD: "*Según los tratadistas del siglo XIX, ese precepto consagra la solución romana, admitida por nuestro antiguo derecho, por la que los riesgos pasan al comprador, el cual, no obstante haberse perdido la cosa en poder del vendedor, antes de haberse hecho la entrega, queda obligado a pagar el precio, no obstante no recibirla. [...] Si el art. 1138 imputa los riesgos al comprador es como consecuencia de haber adoptado el Código una nueva regla para determinar la transmisión de la propiedad por el simple consentimiento, que se acerca a la máxima res perit domino, consagrada por nuestro antiguo derecho.*" (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Op. cit.*, p. 587); "*En efecto, los redactores de aquél quisieron, con los juristas del derecho natural, unir la carga del riesgo con la propiedad; pero, mientras que en el derecho romano el vendedor seguía siendo propietario hasta la entrega de la cosa, en el sistema del Código civil francés el comprador se convierte en propietario desde el instante de la conclusión del contrato: la propiedad se transmite solo consensu (por el simple consentimiento) antes de toda tradición [...]; desde ese momento debe soportar, pues, el riesgo: 'res perit domino'.*" (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Op. cit.*, p. 370).

²³⁵ É o caso do Código Civil Brasileiro de 1916, ao regular a obrigação de dar coisa certa: "Art. 865. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes."

mesmo tempo devedoras e credoras e que ambas ficam completamente desobrigadas²³⁶.

Além do caráter *ope legis* que adquiriu em alguns ordenamentos²³⁷, pode-se dizer que no âmbito doutrinário a teoria dos riscos adotou como princípio geral²³⁸ para as demais espécies de obrigações dos contratos bilaterais essa solução *res perit debitori*, no sentido de que, ante a impossibilidade superveniente de uma das prestações, as duas partes ficariam liberadas das suas "obrigações de prestar" e isentas de indenizações, voltando ao estado em que se encontravam antes do contrato²³⁹ - e, vale destacar, sem qualquer previsão acerto de contas no atinente aos gastos já incorridos de boa-fé pelas partes ao se prepararem para execução contratual que ora restava frustrada, exatamente como na hipótese já referida da impossibilidade genética. Considerando que na evolução histórica da teoria dos riscos nunca houvera controvérsia sobre a liberação do devedor encarregado da prestação impossível, a grande dúvida era sobre o destino da "obrigação de prestar" ainda possível: se ela era *existente e válida* e não fora afetada por qualquer imprevisto, por qual razão ela seria extinta? É certo que a liberação da contraprestação nessas hipóteses parece mais justa e coerente com a "economia interna do contrato", mas essas questões não tinham espaço no "mundo jurídico". A justificativa teórica para a liberação da prestação ainda possível, dentro do paradigma do direito contratual clássico, era que a vontade formadora do contrato contém uma condição resolutória tácita²⁴⁰ que extingue a relação jurídica obrigacional nos casos de impossibilidade não imputável, sob a presunção

²³⁶ PLANIOL e RIPERT, por exemplo, tratam o devedor da prestação impossível como "credor", pois tomam como referência a obrigação que segue possível. Ver: PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Op. cit.*, p. 585.

²³⁷ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Op. cit.*, p. 96.

²³⁸ Uma exceção era a obrigação de dar coisa incerta, como no Código Civil Brasileiro de 1916: "Art. 877. Antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior, ou caso fortuito.". Outra era exceção a obrigação de dar bem fungível, pois "o gênero nunca perece" (*genus nunquam perit*), conforme FONSECA, Arnaldo Medeiros. *Op. cit.*, p. 190.

²³⁹ TUHR, Andras von. *Op. cit.*, p. 107-110; AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações**. 9. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 63. Quando não for possível recolocar as partes exatamente no estado anterior, indicam PLANIOL e RIPERT: "*La liquidación implicará el pago del valor de toda cosa consumida, de todo disfrute, de todo servicio recibido, por los cuales la otra parte no hubiera recibido la contraprestación convenida.*" (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Op. cit.*, p. 607).

²⁴⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.*, p. 15.

de que ninguém teria concordado em prestar sem receber a respectiva contraprestação.²⁴¹ Dito de outro modo, desde a gênese da relação jurídica obrigacional pela vontade das partes, o requisito para a manutenção da eficácia da "obrigação de prestar" de uma parte seria a preservação da causa (*causa final subjetiva* como sinalagma genético) na fase de execução do contrato (*causa final subjetiva* como sinalagma funcional)^{242, 243}.

Portanto, na concepção do direito contratual clássico, o *ente formal* relação jurídica obrigacional somente perderia sua imanente eficácia vinculante sobre as partes quando acionada a cláusula resolutiva imbuída tacitamente (pela vontade dos contratantes) em seu conteúdo, a qual tinha como hipótese a impossibilidade superveniente de pelo menos uma das "obrigações de prestar". Do contrário, enquanto ambas as prestações fossem possíveis, as partes estariam inapelavelmente submissas à necessidade de cumprir a respectiva obrigação, pelo simples fato de a sua força obrigatória inata continuar em vigor; desimportava então a ocorrência de circunstâncias imprevistas que dificultassem o cumprimento, visto que não afetavam a integridade desse *ente formal*.²⁴⁴⁻²⁴⁵ No máximo, se as circunstâncias imprevistas implicassem a necessidade de realizar atos distintos da prestação avençada, pelos quais o devedor não havia expressado a vontade de se obrigar, poder-se-ia isentar o devedor da responsabilidade pelo inadimplemento de sua "obrigação de prestar" com base em juízo de culpa, mas isso não seria suficiente para liberá-lo do vínculo obrigatório – e aqui cabe frisar que esta questão específica, embora igualmente envolvesse circunstâncias imprevistas, não era analisada dentro da "teoria do risco" (porque a "obrigação de prestar"

²⁴¹ Sobre a extinção da relação jurídica obrigatória, ensina RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR: "A resolução 'não extingue o contrato, mas tão-só a relação obrigacional' atingida pelo descumprimento." (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.*, p. 39).

²⁴² *Ibidem*, p. 23.

²⁴³ JOSSERAND explica a solução *res perit debitori* a partir da vontade tácita: "*La solución no ofrece duda, tanto en lógica como en equidad, la suministra la intención de las partes, que si se obligaron recíprocamente sólo fué en consideración a lo derecho que la operación les aseguraba [...]. [...] nunca se les ocurrió la idea de pagar sin más ni más, de pagar por nada [...].*" (JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**. Tomo II, vol. I. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950, p. 255).

²⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 68.

²⁴⁵ Em geral, entendia-se que a impossibilidade resolutória deveria ser absoluta ou objetiva: "Reconhece-se, de uma maneira geral, na doutrina francesa, que a impossibilidade de execução, para liberar o obrigado, deve ser absoluta ou objetiva. A dificuldade ou onerosidade maior, mesmo excessiva e imprevista, não bastam. Tampouco a impossibilidade relativa, pessoal ao devedor considerado, porque a situação especial deste não é levada em conta." (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Op. cit.*, p. 45). ORLANDO GOMES ainda acrescenta o caráter definitivo da impossibilidade como requisito para a resolução: GOMES, Orlando. **Contratos...**, p. 212.

ainda era possível), e sim na "teoria do inadimplemento".²⁴⁶ Por isso afirmo que a teoria dos riscos, em verdade, não atenta à questão do risco como problema econômico das partes, e sim o risco como problema jurídico-*formal* do caráter compulsório da relação jurídica obrigacional centrada nas "obrigações de prestar".

Pode-se vislumbrar, assim, como um reflexo meramente indireto desse *formalismo* exacerbado a irradiar-se sobre a real situação econômica das partes no "mundo da vida", que o devedor de uma prestação possuía uma álea econômica ilimitada, sendo-lhe exigível um sacrifício máximo para satisfazer a "obrigação de prestação" ainda possível.²⁴⁷ Com isso, todos os gastos extras ocasionados pelo risco imprevisto acabavam na prática recaindo sobre a sua pessoa. A visão *formalista* da relação jurídica obrigacional, centrada especificamente na noção de "obrigações de prestar" localizadas em um *plano lógico* independente da economia do "mundo da vida", obnubilava o questionamento a respeito de uma autonomia entre o ato de prestar e o "ato" de suportar os ônus econômicos imprescindíveis à prestação. No "mundo jurídico", afora em caso de disposição expressa, não *existiam* propriamente uma "obrigação de custear a prestação", uma "obrigação de suportar economicamente os riscos previstos" e uma "obrigação de suportar economicamente os riscos imprevistos".²⁴⁸ A internalização desses ônus econômicos pela parte devedora (na forma de "custos da prestação") era somente uma consequência da exigência jurídica de respeitar a força vinculante da obrigação, por meio da entrega da prestação: o cumprimento da "obrigação de prestar" conduzia inevitavelmente à incorrência em gastos, para os quais simplesmente não havia modo de reembolso. É claro que, para os gastos certos e os riscos

²⁴⁶ Retomando o caso exemplificativo apresentado na introdução (indústria e transportadora), a resposta do direito contratual clássico, por não recorrer à boa-fé objetiva, seria de que a transportadora não está obrigada a resolver as pendências junto à alfândega argentina, mesmo que isso signifique não adimplir o contrato e não satisfazer o interesse efetivo do credor. Assim, se a transportadora decidisse desistir de cumprir a prestação por não desejar resolver tais pendências, não ficaria liberada da sua "obrigação de prestar", tampouco se credenciaria a receber a contraprestação, mas em tese ficaria imune a uma responsabilização por perdas e danos da parte da indústria. Essa me parece ser exatamente a hipótese da "causa externa" regulada pelo Código Civil Francês de 1804, já mencionada anteriormente: "1. 147. *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère que ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.*"

²⁴⁷ LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Traducción de Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 112.

²⁴⁸ Até porque essas obrigações não se amoldam ao parâmetro de bilateralidade devedor-credor, característica da "obrigação de prestar". Afinal, os custos da prestação são pagos a terceiros, e não ao credor.

previstos, a parte devedora poderia perfeitamente embutir uma contrapartida econômica dentro da contraprestação jurídica, sendo essa uma situação que não geraria maiores transtornos à realidade econômica das partes; contudo, no caso dos riscos imprevistos, a parte devedora terminava de fato suportando tais gastos (como custos da prestação) mesmo que não tivesse sido remunerada por isso. No que concerne a esses gastos inesperados, o direito contratual clássico deixava a parte devedora tão desassistida quanto nas hipóteses de impossibilidade genética e de impossibilidade superveniente, já mencionadas.²⁴⁹

A única hipótese que fugia ao modelo da internalização econômica (por falta de regulação jurídica) dos gastos na figura do devedor ("custos da prestação") se dava quando havia normas específicas: no Código Civil Brasileiro de 1916, esse era o caso dos contratos de depósito e mandato, que têm em comum o caráter de presumidamente gratuitos, e o caso da gestão de negócios, também gratuita²⁵⁰.²⁵¹ Nesses casos, o devedor, ao incorrer em gastos no cumprimento da sua "obrigação de prestar", estaria autorizado a buscar o reembolso junto ao credor. Por assim dizer, em tais contratos os gastos do devedor tomavam a forma de "despesas com a prestação" (ao invés de custos), como se tivessem sido contraídos em nome do credor. Graças a essa previsão legal expressa, nesta hipótese é possível enxergar uma autonomia entre o ato de prestar, a cargo do depositário/mandatário, e o "ato" de suportar os ônus econômicos imprescindíveis à prestação, a cargo do depositante/mandante – o que inclusive torna tais contratos bilaterais imperfeitos, ainda que gratuitos²⁵². Embora igualmente não se mencione aqui a "obrigação de suportar economicamente os riscos

²⁴⁹ Reportando-me ao *formalismo* do tempo dos romanos, é quase como se o devedor não tivesse "ação processual" para postular a responsabilização jurídica do credor por esses gastos advindos da concretização de um risco imprevisto.

²⁵⁰ Código Civil Brasileiro de 1916: "Art. 1.278. O depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa, e os prejuízos que do depósito provierem. Art. 1.310. É obrigado o mandante a pagar ao mandatário a remuneração ajustada e as despesas de execução do mandato, ainda que o negócio não surta o esperado efeito, salvo tendo o mandatário culpa. Art. 1.312. É igualmente obrigado o mandante a ressarcir ao mandatário as perdas que sofrer com a execução do mandato, sempre que não resultem de culpa sua, ou excesso de poderes. Art. 1.339. Se o negócio for ultimamente administrado, cumprirá o dono as obrigações contraídas em seu nome, reembolsando ao gesto as despesas necessárias ou úteis que houver feito, com os juros legais, desde o desembolso. "

²⁵¹ Observa VON TUHR sobre esses casos em que, por força da lei, o devedor pode ser reembolsado pelas despesas efetuadas: "*Hay ciertos y determinados casos en que la ley impone la obligación de resarcir las impensas. Así, por ejemplo, el que en ejecución de un mandato o de otra relación contractual - préstamo, depósito, sociedad - o como gestor de negocios sin mandato hace desembolsos para la otra parte, puede exigir que estos desembolsos le sean indemnizados.*" (TUHR, Andreas von. *Op. cit.*, p. 90-91).

²⁵² GOMES, Orlando. **Contratos...**, p. 85.

contratuais", na prática os gastos oriundos da concretização desses riscos vêm a ser absorvidos pelo depositante/mandante, em razão da sua "obrigação de custear a prestação".

Sobre a justificativa para o tratamento legal diferenciado dos gastos nesses tipos contratuais, diz PONTES DE MIRANDA:

As despesas são diminuições do patrimônio, que a pessoa se impõe de vontade própria, ou por dever, ou a favor de terceiro, ou de quem seja dono ou tenha direito real sôbre bem ou bens ou patrimônio. Se quem fêz as despesas tem direito a reembôlso é porque as despesas não lhe aproveitam [...].²⁵³

O argumento trazido pelo autor refere-se ao caráter gratuito que esses tipos contratuais presumidamente ostentam, o que impele o legislador a escapar da conclusão fatalista que normalmente se aplica entre a noção jurídico-*formal* da "obrigação de prestar" e a conseqüente realidade do seu custeio pela parte devedora.²⁵⁴ Cabe então a pergunta: teria sido esse critério uma deferência do legislador ao "mundo da vida", no intuito de contornar o estrito *formalismo* da teoria do direito contratual clássico nessas espécies de contratos em que a "economia interna do contrato" é mais palpável por serem presumidamente gratuitos? No meu modo de ver, essa suposição de que nesses contratos o legislador estabelece um critério a partir de uma "economia interna do contrato" efetivamente conectada com o "mundo da vida" parece bastante promissora, à medida que, embora o Código Civil de 1916 expressasse de maneira irrestrita que o mandante está obrigado a suportar as "despesas de execução do mandato", seria indiscutível que alguns gastos acabariam internalizados pelo mandatário na forma de custos da prestação, sem que pudessem ser repassados ao mandante;²⁵⁵ ainda, conquanto o Código Civil de 1916 dispusesse de maneira ampla que o mandante era obrigado a "ressarcir ao mandatário as perdas que sofrer com a execução do mandato", dependendo da fortuidade do evento danoso e da extensão do dano sofrido

²⁵³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo XXII..., p. 239.

²⁵⁴ KARL LARENZ também oferece semelhante justificativa para esse tratamento legal diferenciado: "*La idea fundamental es que el mandatario que emplea gratuitamente su tiempo y su trabajo en servicio del mandante no debe soportar además sacrificios económicos relevantes. [...] La pretensión de indemnización de gastos existe siempre que una persona a título gratuito asume la defensa de intereses ajenos y en especial cuando administra un patrimonio extraño [...]*" (LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo II. Traducción de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 352).

²⁵⁵ Citem-se, por exemplo, energia elétrica, material de escritório, remuneração de auxiliares (mesmo horas extras dedicadas à prestação).

pelo mandatário seria desmedido pretender a responsabilização do mandante – embora essa responsabilidade mais ampla também pudesse ser objeto de negociação prévia.²⁵⁶ Assim, ante esses critérios aparentemente ligados à realidade econômica do contrato, tem espaço outra pergunta: se não houvesse regramento legal específico a respeito das despesas e dos danos nesses tipos contratuais, aplicaríamos resignados o tratamento ministrado pelo *formalismo* da relação jurídica obrigacional, deixando o mandatário suportar todos os ônus econômicos da prestação executada em benefício exclusivo do mandante? Para enriquecer ainda mais o assunto: já que a justificativa teórica para o tratamento legal diferenciado dispensado a esses tipos contratuais está embasada no seu caráter gratuito ("as despesas não aproveitam" ao devedor, conforme PONTES DE MIRANDA), é preciso ressaltar que essa regra especial sobre as despesas e os danos é mantida para esses tipos contratuais mesmo quando forem onerosos. Desse modo, do ponto de vista de uma esperada coerência interna do ordenamento jurídico, fica complicado compreender por que razão em um contrato de mandato oneroso (por disposição expressa das partes) os gastos do mandatário "não lhe aproveitam" (despesas reembolsáveis), mas os gastos do transportador "lhe aproveitam" (custos não reembolsáveis). Há realmente tanta diferença assim entre os gastos nesses dois tipos contratuais, ou o que muda é a facilidade do legislador e do operador do direito de vislumbrar a "economia interna do contrato" em um caso e no outro?

Para encerrar a análise da teoria do risco na ótica do direito contratual clássico, há de se referir mais duas hipóteses em que, por força de disposição legal expressa feita no intuito de atender ao efetivo interesse dos contratantes no "mundo da vida", não se deixa resumir a questão do risco contratual à abordagem excessivamente *formalista* da relação jurídica obrigacional. São os casos dos vícios redibitórios e da evicção, situações indesejadas (risco) que podem se verificar após o adimplemento da

²⁵⁶ TUHR, Andreas von. *Op. cit.*, p. 92. KARL LARENZ, ao examinar um exemplo em que o mandatário sofre um acidente de trem durante a execução do mandato, tece as seguintes considerações sobre a ausência de "fundamento" para a responsabilização do mandante: "*Por ej., el accidente sufrido durante un viaje hecho con motivo de la gestión de negocio es un daño fortuito que puede afectar a cualquiera en el tráfico. Tales daños fortuitos ha de soportarlos, por regla general, aquel a quien perjudiquen, en tanto no sea responsable de los mismos otra persona por riesgo o acto ilícito producido por esta última o en cuanto los daños no hayan de ser cubiertos en todo o en parte por un seguro contra riesgos de esta clase. No hay fundamento suficiente para la transferencia al mandante de estos daños, ya que es claramente un hecho fortuito que el mandatario se vea afectado [...]; falta toda relación de los daños sufridos con la voluntad o con la esfera de influencia del mandante que justificaría su imputación.*" (LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo II..., p. 352-353).

"obrigação de prestar".²⁵⁷ Com fundamento nessa regulação legal relativa aos contratos envolvendo a entrega de coisa, tem-se que alguns aspectos da relação jurídica obrigacional perduram por determinado prazo mesmo após a "obrigação de prestar" ter sido extinta. A relação jurídica obrigacional contém, por força da lei, uma "obrigação de garantia" contra os vícios redibitórios e a evicção, que permite a responsabilização do devedor ainda que ele não tenha agido com culpa.²⁵⁸ Vale observar que, na Escola de Direito Natural (pré-individualista), essa "obrigação de garantia" concernente aos vícios redibitórios e à evicção *existia* dentro da relação jurídica obrigacional pela própria *natureza* do contrato ("elemento natural" do jusnaturalismo), no intuito de atender ao interesse efetivo do adquirente da coisa. Em outras palavras, em uma concepção em que o *ente formal* contrato *existia* no mundo natural ("mundo da vida") e estava em conexão com uma *justiça objetiva*, acreditava-se que junto com a "obrigação de prestar" surgia *naturalmente* – isto é, independentemente da vontade das partes - também a "obrigação de garantia". No *formalismo-lógico-positivista* do século XIX, quando já não mais se acreditava nesse conteúdo *natural* do contrato (todo o conteúdo do contrato emanava da vontade formadora), a "obrigação de garantia" *existia* somente em razão das previsões legais ("elemento natural" do juspositivismo).²⁵⁹

Enfim, o que fica claro da análise da teoria do risco do direito contratual clássico é que, afora as exceções legais, a preocupação teórica estava voltada inteiramente à higidez do *ente formal* relação jurídica obrigacional em caso de impossibilidade do objeto; as questões então formuladas diziam respeito apenas ao destino da relação obrigacional diante da ocorrência de uma circunstância imprevista, para saber se as

²⁵⁷ Código Civil Brasileiro de 1916: "Art. 1.101. A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor. Art. 1.107. Nos contratos onerosos, pelos quais se transfere o domínio, posse ou uso, será obrigado o alienante a resguardar o adquirente dos riscos da evicção, toda vez que se não tenha excluído expressamente esta responsabilidade."

²⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 135; AGUIR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Op. cit.*, p. 47.

²⁵⁹ POTHIER, por exemplo, trata da garantia contra vícios redibitórios e evicção no capítulo intitulado "*De las obligaciones del vendedor que nacen de la naturaleza del contrato de venta*". Diz ele: "*La obligación del vendedor no queda del todo cumplida con la tradición que ha hecho de la cosa vendida; queda todavía obligado, después de esta tradición, a defender y garantizar al comprador de toda evicción que se relacione con esta cosa; llámase esta obligación: obligación de garantía.*" (POTHIER, Robert Joseph. **Tratado de los contratos...**, p. 47); "*Es de naturaleza del contrato de venta el garantizar el comprador de que la cosa vendida está exenta de ciertos vicios que la hacen inútil y hasta algunas veces nociva, dado el uso a que se la destina en el comercio. Esta obligación es una consecuencia de la que contrae el vendedor de hacer adquirir al comprador la cosa vendida, porque obligarse a hacer adquirir la cosa en la intención de las partes, es obligar-se a hacerla tener útilmente, porque en vano el comprador tiene útilmente una cosa si no puede servirse de ella.*" (*Ibidem*, p. 107-108).

"obrigações de prestar" ainda se mantinham ou se estavam extintas. Porém, é evidente que, fosse o caso de impossibilidade genética (nulidade), impossibilidade superveniente (resolução) ou possibilidade (permanência da obrigação com álea econômica ilimitada), a resposta jurídica a ser dada acerca do destino das "obrigações de prestar" interferia diretamente na realidade econômica das partes. Nesse sentido, é fato notório que, ao exigir a qualquer custo o adimplemento da prestação enquanto ela fosse possível - a despeito das dificuldades trazidas pela concretização de um risco -, o direito contratual clássico não se sensibilizava com a extrema agravação da situação econômica da parte devedora, nem se preocupava se essa agravação encontrava ou não justificativa dentro de uma "economia interna do contrato" em que, principalmente em hipóteses de risco imprevisto, pudesse haver autonomia entre o ato de prestar e o "ato" de custear a prestação. Não obstante, é também verdade que, nos casos de impossibilidade superveniente, a teoria tenha procurado se aproximar - ainda que indiretamente - de critérios de justiça e equilíbrio econômico ao desenvolver a tese da condição resolutiva tácita contida na vontade (*causa final subjetiva* como sinalagma funcional), a fim de que uma parte não estivesse obrigada a prestar sem receber a contraprestação; e que, nos casos dos contratos de depósito e de mandato e nos casos de gestão de negócio, o legislador (e não propriamente a teoria), na tentativa de preservar algo que se aproxima da idéia de "economia interna do contrato", tenha invertido o fatalismo da internalização econômica dos gastos pela parte devedora.

Assim, dentro desses parâmetros próprios do direito contratual clássico, o que importa ao presente trabalho é salientar que, mesmo nas hipóteses em que a teoria levava em consideração a influência do risco sobre o contrato (impossibilidade genética ou impossibilidade superveniente), do ponto de vista econômico pouco interessa para a parte dizer que ela está liberada da sua "obrigação de prestar", se ela já investiu na prestação e não conseguirá a esperada contrapartida por esse investimento, porquanto a outra parte também foi liberada da contraprestação. Ao concluir pela desnecessidade do adimplemento das "obrigações de prestar" nos casos de impossibilidade, a teoria dos riscos resolvia com excelência o problema dos efeitos do *ente formal* relação jurídica obrigacional *existente* no "mundo jurídico", mas, ao fazê-lo, ignorava completamente o problema econômico das partes *existentes* no "mundo da vida". E - o que é pior - isso acontecia muito embora tal problema econômico tivesse sido diretamente afetado pela resposta jurídica dada à "obrigação de prestar". A realidade

é que, em todos os casos de impossibilidade da prestação por concretização de um risco, fica latente um problema econômico dos gastos incorridos pelas partes ao se prepararem para a execução do contrato que restou frustrado, o que não era resolvido pelo direito contratual clássico. Em suma, nesse *formalismo* construído ao redor da "obrigação de prestar", o risco objeto da teoria do direito contratual clássico não era o risco econômico das partes, o qual em última análise jazia sem tratamento jurídico, oculto embaixo da *forma* da relação jurídica obrigacional que se extinguia ou sequer nascia.

2.5. Traços da crise do direito contratual clássico

A crise do direito contratual clássico foi desencadeada principalmente por críticas de viés prático, relacionadas à insatisfação com os resultados proporcionados pelo voluntarismo individualista imanente à teoria clássica, ante o novo contexto sócio-cultural encontrado na passagem do século XIX para o século XX. Ocorre ainda que, para atender à demanda de correção desses resultados indesejados, o direito positivo foi sendo gradualmente alterado em diversos pontos, e, aos poucos, foi ficando cada vez mais evidente a incapacidade da teoria clássica de explicar o direito contratual objetivo dos novos tempos, já modificado pelas exigências sociais. Referem-se aqui, assim, as *críticas externas*²⁶⁰ ao direito contratual clássico, que são *externas* porque não retratam falhas de coerência dessa teoria. Como dito, essas críticas foram a razão central pela qual durante o século XX se tentou reconstruir a teoria do direito contratual – repetindo, aliás, um processo de renovação que perpassou o direito como um todo. Tais críticas serão abordadas em um primeiro subtópico.

Em um segundo ponto, serão objeto de estudo as *críticas internas*²⁶¹ promovidas contra o paradigma da autonomia da vontade, que se dão no sentido de que a teoria clássica jamais teria explicado com completo êxito o direito contratual, nem

²⁶⁰ A terminologia é inspirada em DUNCAN KENNEDY: “*There were various ways to critique the will theory, which we can organize roughly into ‘external’ and ‘internal’ critiques. External critiques show that a theory has suspect motives or premises or values or factual assumptions, and/or suspect effects, without challenging its internal coherence.*” (KENNEDY, Duncan. *Op. cit.*, p. 117).

²⁶¹ Do mesmo modo, DUNCAN KENNEDY fala sobre as críticas internas à *will theory*: “*An internal critique shows that the theory fails to make sense of the body of legal rules that supposedly flow from it.*” (*Ibidem*, p. 117).

mesmo no período imediatamente posterior à promulgação do Código Civil Francês, no início do século XIX.

2.5.1. Críticas externas

As investidas contra a teoria clássica têm natureza precipuamente sócio-econômica. Embora os juristas cujos nomes estão vinculados à autonomia da vontade não necessariamente fossem comprometidos com idéias econômicas²⁶², o século XIX é reconhecido como o momento de consolidação e apogeu do liberalismo²⁶³, aqui entendido como absentismo do Estado na economia. Esse liberalismo ocasionou um expressivo processo de industrialização e urbanização das sociedades européias, e a liberdade quase absoluta de contratar é vista como um importante instrumento nessa etapa da expansão capitalista.²⁶⁴ O resultado desse processo é que o mundo rural, simples e estável que ainda podia ser vislumbrado no século XVIII havia definitivamente dado lugar a um mundo urbano, complexo e dinâmico.²⁶⁵ À medida em que os mercados foram se desenvolvendo, aumentou o grau de especialização de cada agente econômico²⁶⁶ e, com isso, o grau de interdependência entre eles. Se é que em algum momento após a saída da Idade Média o indivíduo chegou a ser auto-suficiente, a realidade é que na virada do século XIX para o século XX o cidadão comum subsiste cada vez menos sozinho: ele está integrado a uma ordem econômica²⁶⁷, dependente de outros agentes e do bom funcionamento da economia como um todo para viver.²⁶⁸

²⁶² GORDLEY, James. **The philosophical...**, p. 215-216. Ainda hoje os juristas de língua inglesa debatem se a autonomia da vontade na *common law* teria origem econômica ou não. Ver, por exemplo: HAMBURGER, Philip A.. The development of the nineteenth-century consensus theory of contract. **Law and History Review**, {s.l.}, vol. 7, n. 2., p. 241-329, fall 1989; HORWITZ, Morton J.. *Op. cit.*; PERILLO, Joseph M.. The origins of the objective theory of contract formation and interpretation. **Fordham Law Review**, {s.l.}, vol. 69, issue 2, p. 427-477, 2000.

²⁶³ SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa-fé..., p. 34.

²⁶⁴ DANTAS, San Tiago. **Problemas de direito positivo**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 13.

²⁶⁵ KENNEDY, Duncan. *Op. cit.*, p. 118.

²⁶⁶ MACNEIL, Ian R.. Essays on the nature of contract. **North Carolina Central Law Journal**, {s.l.}, vol. 10, issue 2, p. 159-200, spring 1979, p. 176.

²⁶⁷ Em sentido ainda não jurídico. Ver: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 17. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 68.

²⁶⁸ Sobre a interdependência como consequência da crescente especialização dos agentes econômicos: "Hence the individual can no longer do single-handed the aggregate of things demanded by the minute division of labor in a complex economic organization. The situation created by the economic

Assim, *de um lado*, percebeu-se que os indivíduos podem ser juridicamente (ou institucionalmente) livres para contratar ou não contratar, mas de fato eles têm necessidade de contratar – não há liberdade real de decidir entre contratar ou não contratar²⁶⁹; do mesmo modo, dois contratantes podem ser juridicamente (ou institucionalmente) iguais, mas de fato um deles pode ter mais poder de mercado que o outro e por isso consegue fazer prevalecer a sua vontade na relação – não há liberdade de decidir com quem contratar, nem em que termos contratar.²⁷⁰ Com isso, a noção de justiça da apologia ao direito contratual clássico (a seqüência “contrato = vontade = justiça = obrigatoriedade”) foi colocada em xeque ante a nova realidade social, deixando evidente, especialmente em contratos de trabalho e de consumo, que “dizer contrato” nem sempre é “dizer vontade” e, por conseguinte, nem sempre é “dizer justo” - o que levanta questionamentos acerca da sua “obrigatoriedade”.²⁷¹ Quando a parte não contrata por verdadeira vontade, mas por necessidade, nem possui reais condições de negociar o conteúdo do contrato em face da outra parte, não há como se falar, por exemplo, em apreciação *subjetiva* de equivalência das prestações, pois essa parte poderá ter necessidade econômica de contratar apesar de não concordar com tal equivalência.²⁷² Deve haver contrato, sim, porque as interações dentro da ordem econômica o exigem, mas por vezes esse contrato não corresponde a uma autêntica vontade de contratar, ao menos não nos termos que são oferecidos.

Por isso, observou-se mais e mais que a doutrina voluntarista estava levando a relações excessivamente injustas, além de estar chancelando o domínio econômico

order is analogous to that presented by the social order when the individual landowner, unequal to protecting himself, entered into a relation of service and protection with a lord. For the days when the individual business man was self-sufficient are also in the past.” (POUND, Roscoe. *The new feudal system...*, p. 402).

²⁶⁹ COHEN, Morris R.. *Op. cit.*, p. 563.

²⁷⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 268.

²⁷¹ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação...**, p. 78.

²⁷² Sobre a relação entre a desigualdade entre as partes e a desigualdade das respectivas prestações: *“Elle [l'inégalité des parties] peut être constatée aussi en prenant en considération l'inégalité dont souffre une catégorie entière de contractants, habituellement en situation d'infériorité par l'effet de la contrainte ou de l'ignorance, les consommateurs ou les salariés, par exemple. Dans cette seconde hypothèse il est légitime d'assurer de façon particulière la protection du consentement de ces catégories de contractants. L'inégalité des parties ne se distingue pas alors de celle des prestations dont elle est la cause.”* (GHESTIN, Jacques. *Le contrat en tant qu'échange économique. Revue d'Économie Industrielle*, {s.l.}, vol. 92, n. 1, p. 81-100, 2e/3e trimestres 2000, p. 99).

de uma parte sobre a outra. Apontou-se inclusive que isso significaria, em certo sentido, um retorno à estratificação social (do contrato ao *status*)²⁷³.²⁷⁴ Desse modo, como a “vontade livre” havia se tornado definitivamente algo mais ideal do que real, passou a haver pressão social para que o Estado interferisse com mais intensidade nos contratos particulares, no intuito de garantir justiça e equilíbrio “efetivos” entre as partes.²⁷⁵ E, de fato, o Estado começou a expedir normas limitadoras da liberdade de disposição contratual, inflando as matérias reservadas pelo direito contratual à ordem pública, a fim de que a parte mais fraca não ficasse totalmente à mercê da mais forte.²⁷⁶

Nos chamados contratos de consumo por adesão com condições gerais de negócio, o problema sócio-econômico fica bastante visível. Em muitos casos, devido à massificação e à complexidade dos produtos e serviços, é completamente inviável - e sequer seria exigível ou desejável - que o consumidor conheça e/ou compreenda as cláusulas contratuais estipuladas pelo fornecedor.²⁷⁷ Do mesmo modo, se o fornecedor do produto ou do serviço tivesse de apresentar ao consumidor cada detalhe técnico constante no contrato, a sua atividade se tornaria por demais custosa, tornando-se inacessível ao consumidor. Ou seja, tanto da parte do consumidor quanto da parte do fornecedor, não se espera que o aderente tenha pleno conhecimento do conteúdo dos contratos por adesão, mas mesmo assim dessa relação deverão - em princípio - surgir efeitos obrigatórios.²⁷⁸ Em verdade, vista essa relação sob o prisma estrito do contrato como *ente formal* gerado pelos “poderes constituintes da vontade”, haverá

²⁷³ Sobre o dogma da liberdade contratual estar levando na prática ao retorno, metaforicamente, à fase do *status*: “Freedom of contract enables enterprisers to legislate by contract and, what is even more important, to legislate in a substantially authoritarian manner without using the appearance of authoritarian forms. Standard contracts in particular could thus become effective instruments in the hands of powerful industrial and commercial overlords enabling them to impose a new feudal order of their own making upon a vast host of vassals. This spectacle is all the more fascinating since not more than a hundred years ago contract ideology had been successfully used to break down the last vestiges of a patriarchal and benevolent feudal order in the field of master and servant (*Priestley v. Fowler*). Thus the return back from contract to status which we experience today was greatly facilitated by the fact that the belief in freedom of contract has remained one of the firmest axioms in the whole fabric of the social philosophy of our culture.” (KESSLER, Friedrich. *Op. cit.*, p. 640-641).

²⁷⁴ POUND, Roscoe. The new feudal system..., p. 402-403.

²⁷⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 166-167.

²⁷⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de direito econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 120.

²⁷⁷ KESSLER, Friedrich. *Op. cit.*, p. 632.

²⁷⁸ Sobre a inexigibilidade de que o consumidor leia e compreenda os contratos que lhe são oferecidos: “In short, consumers do not read long documents. They do not, therefore, consent in the sense of understanding that to which they are consenting. Moreover, no one can honestly say that consumers ought to read long documents of this kind.” (MACNEIL, Ian R.. Bureaucracy and contracts of adhesion. **Osgoode Hall Law Journal**, {s.l.}, vol. 22, issue 1, p. 5-28, spring 1984, p. 5).

dificuldades em explicar por que tais cláusulas desconhecidas do consumidor poderão se tornar obrigatórias, já que sabidamente elas não foram objeto da sua vontade – não ocorreu a “gênese do conteúdo do contrato”. Mais dificuldades ainda terá quem se contentar com a presunção absoluta de justiça oriunda do mero ato de adesão a cláusulas cujo conhecimento sequer é realisticamente exigível, as quais, se o proponente quisesse (supondo de antemão que o consumidor não as leria), poderiam conter as disposições mais absurdas. Portanto, nesses casos, o Estado foi chamado para regular mais ativamente o conteúdo dos contratos de consumo, no escopo de que se preservasse um equilíbrio *socialmente aceitável* entre as obrigações das partes, tanto por meio da limitação negativa de cláusulas abusivas, quanto por meio da imposição de obrigações positivas ao fornecedor.

Igualmente, nos contratos de trabalho, o Estado foi instado a intervir para garantir – além de condições humanas de trabalho - um equilíbrio *socialmente aceitável* entre empregador e empregado. Assim, no direito do trabalho boa parte do conteúdo dos contratos já não emana da vontade das partes, mas decorre da lei, com caráter cogente. Nem mesmo se o empregado quiser o seu salário poderá ser diminuído abaixo do mínimo legal, por exemplo. Desse modo, o paradigma da autonomia da vontade, por ter suposto que todo o conteúdo do contrato remonta direta ou indiretamente à vontade das partes, não consegue explicar o contrato trabalhista do século XX.

De outro lado, por mais que capitalismo industrial tenha prosperado entre os séculos XIX e XX, as repetidas crises que ele enfrentou deixaram claro que a economia operava em ciclos de expansão e retração, cuja ocorrência o liberalismo não conseguia conter. O problema era ainda maior porque, como dito, agora as crises da ordem econômica afetavam todos os agentes econômicos, mesmo aqueles que não tivessem a mínima responsabilidade por elas – ou seja, criava-se com isso um sentimento de injustiça social. Como diz LEOPOLDINO DA FONSECA, “o Estado não podia mais permitir que a crença na ordem natural da economia dirigisse os fenômenos econômicos”²⁷⁹. Assim, o absentismo viria fatalmente a ser substituído pelo intervencionismo do Estado na ordem econômica. O contorno da noção jurídica de ordem

²⁷⁹ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito econômico**. 7. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 7.

pública deixou de ser apenas social, para ser também econômico (ordem pública econômica).²⁸⁰

Como seria esperado, esse novo papel estatal na economia também implicou mudanças no direito contratual: a partir de então, o Estado não se atém a limitar negativamente a esfera de liberdade das partes, mas, em alguns casos, tenta dirigi-la para efetivar a política econômica planejada pelo governo²⁸¹, podendo chegar até mesmo a substituir a vontade das partes na formação do vínculo jurídico e na elaboração do seu conteúdo, no intuito de promover uma finalidade social²⁸². Destacam-se, nesse sentido, as figuras do contrato coativo e do contrato necessário, em que o vínculo jurídico se forma independentemente e até contra a vontade de uma ou de ambas as partes.²⁸³

O resumo desse (à época) novo cenário do direito contratual positivo é dado por WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA:

A Ordem Pública Econômica já assumia as formas de Ordem Pública de Direção e Ordem Pública de Proteção. Esta, ainda presa à ideologia liberal, individualista, aplica-se a proteger, nos contratos, a parte considerada 'economicamente mais fraca', sendo este sentido de fraqueza relacionado à menor capacidade econômica. Por ele, o Estado faz-se geralmente tutor ou vigilante dos termos do contrato. Foi esta a manifestação, por exemplo, da proteção ao trabalhador, no contrato de trabalho, que surgiu logo após o Código Francês de 1804, como uma imposição da realidade econômica. Manifesta-se igualmente na defesa do locatário, do arrendatário, do tomador de dinheiro a juros e assim por diante, na medida em que também estes vão se tornando dependentes e partes 'fracas' no contrato. A Ordem Pública de Direção prende-se à preocupação de dirigir a economia nacional, pública, impedindo que os contratos privados a prejudiquem. Manifesta-se na legislação de tabelamento de preços, nos estímulos com garantia de benefícios aos contratos que se enquadram na política econômica nacional, e, em âmbito ainda mais amplo, na política monetária e creditícia, por exemplo, que praticamente envolve toda a vida dos negócios.²⁸⁴

²⁸⁰ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Op. cit.*, p. 119-120.

²⁸¹ Sobre o regime jurídico contratual como instrumento político: "Realmente, o que se chama de dirigismo ou intervencionismo contratual, nada mais é do que uma das manifestações eloqüentes do que em Direito Econômico denominamos por efetivação da 'política econômica', por intermédio do contrato. Por isto mesmo, as medidas e as disposições correspondentes, aplicam-se a classificar ou discriminar as possibilidades das pessoas contratarem conforme o tipo, o objeto e a causa dos contratos." (*Ibidem*, p. 130-131).

²⁸² CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Curso elementar de direito econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2014, p. 42.

²⁸³ GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito econômico...**, p. 14; GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos?. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, vol. 96, p. 430.

²⁸⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Op. cit.*, p. 120.

Em suma, seja por razões da esfera pública (desenvolvimento econômico), seja por razões da esfera privada (justiça contratual *socialmente aceitável*), o que se verifica é um grave recuo do paradigma da autonomia da vontade em face do novo contexto histórico do século XX, em que não era mais possível ver o contrato *simplesmente* como uma figura jurídica à disposição da liberdade individual²⁸⁵, nem como algo idêntico e resumido ao encontro de vontades de obrigar-se. Ficou mais forte a impressão de que “dizer contrato” não era bem “dizer vontade”, nem “dizer justo”, tampouco deveria ser sempre “dizer obrigatoriedade”. Essa sequência dogmática foi quebrada. A vida em sociedade mudou, e as alterações feitas no direito objetivo em resposta a essa mudança mostraram que a vontade das partes era algo que poderia estar *no* contrato, mas que o contrato era algo que também poderia existir até apesar dela.

2.5.2. Críticas internas

Quanto à consistência de suas bases teóricas, a visão que a teoria do direito contratual clássico tem do contrato é criticada principalmente no que tange ao *fundamento da obrigatoriedade* do contrato. Isso ocorre porque, mesmo que se admita que o contrato não possa ser feito sem a vontade do indivíduo, a realidade é que a mera vontade de contratar não consegue justificar por si só a obrigatoriedade dessa figura jurídica. Afinal, é possível, em momento posterior à formação do contrato, que a parte não tenha mais a vontade de cumpri-lo; em tais casos, por que o cumprimento continua sendo obrigatório, a despeito da vontade atual da parte? JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO elabora a pergunta em termos bastante claros: “por que é que, do estrito ponto de vista da liberdade individual, aquilo que se quis no passado prevalece sobre aquilo que presentemente se quer?”²⁸⁶. A vontade individual, sozinha, não fornece

²⁸⁵ SAVATIER registra o ocaso do paradigma da autonomia da vontade: “*Malgré l'exagération d'une certaine mystique, c'était certainement une grande chose que cet épanouissement de la liberté de tout homme, dans le Code civil. Et pourtant, de cette conception, il reste aujourd'hui si peu! La liberté civile, celle du particulier, a vécu alors son apogée; elle est aujourd'hui en déclin, presque en débauche, en France et même, quoique peut-être un peu moins, dans le pays voisins. Les débris en jonchent le sol.*” (SAVATIER, René. **Cours de droit civil**. Tome II. 2. ed.. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, p. 20).

²⁸⁶ RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 63.

uma resposta adequada para essa questão fundamental do direito contratual, pois ela está presente na formação do contrato tanto quanto no inadimplemento.²⁸⁷

Partindo das premissas do individualismo, no sentido de que não se pode obrigar ninguém contra a sua vontade e/ou de que o contrato é puro instrumento da liberdade individual, dessas premissas não decorre a conclusão de que a vontade pretérita é fundamento suficiente (autônoma, em sentido amplo) para gerar uma obrigação oponível contra o próprio indivíduo que manifestara a vontade mas arrependeu-se. É verdade que, em consideração à liberdade individual, a vontade de cada parte pode até ser o requisito necessário – e mesmo até o único *elemento constitutivo da obrigatoriedade* - para o surgimento da obrigação contratual, mas não é, ela mesma, o *fundamento* pelo qual o direito permite que uma parte possa exigir da outra o cumprimento do contrato, quando não há mais vontade de adimplir.²⁸⁸ O individualismo não dá essa resposta. Como diz JAMES GORDLEY, a força obrigatória dos contratos, no direito contratual clássico, é “*taken for granted rather than demonstrated*”²⁸⁹. É exatamente isso que caracteriza, aliás, o pensamento *formalista*: o contrato obriga os contratantes simplesmente porque é um *ente formal* com *existência* própria no “mundo jurídico”.²⁹⁰

²⁸⁷ Sobre essa questão, observa JACQUES GHESTIN: “*Kelsen a montré cependant que l'autonomie de la volonté ne pouvait constituer une explication suffisante de la force obligatoire du contrat. Elle n'explique pas pourquoi, en effet, c'est la volonté passée, volonté morte, qui devrait prévaloir sur la volonté présente, volonté vivante, de celui que refuse d'exécuter le contrat.*” (GHESTIN, Jacques. *L'utile...*, p. 39).

²⁸⁸ A fragilidade da teoria clássica para explicar o *fundamento da obrigatoriedade* do contrato apenas com base nas vontades individuais é exposta pelo próprio JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, de cujas considerações se destaca a necessidade de atentar para a coletividade ao redor dos contratantes (o meio) e também para a pessoa da contra-parte (o outro), com seus interesses próprios: “Sempre presente na análise dogmática da figura (o contrato como *acordo de vontades*, como *mútuo consenso*), esse dado essencial desaparece sem rastro quando, numa óptica de fundamentação, se perspectiva o contrato exclusivamente como projecção e instrumento de realização da vontade individual. Procedese, assim, a uma operação conceptual de *duplo isolamento*, com abstracção não só do ‘meio’ onde a relação contratual se insere, do ‘mundo da vida’ e das funções económico-sociais que o contrato aí desempenha, como até da pessoa do outro contraente (e das prerrogativas e interesses contrapostos de que ele é portador).” (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Op. cit.*, p. 56-57).

²⁸⁹ GORDLEY, James. **The philosophical...**, p. 163.

²⁹⁰ Sobre a necessidade de uma justificação estatal para a coerção sobre o indivíduo (uma justificação que transcenda a mera *existência* de um *ente formal*), vale fazer presente a constatação de ROBERT SCOTT e JODY KRAUS: “*The Western tradition in moral and political philosophy begins with a presumption in favor of individual liberty, and so it demands a justification for state coercion. The state exercises coercion through legal institutions. When a court enforces a promise, it imposes a legal sanction on a promisor who fails to keep her promise. [...] Thus, because the state coerces individuals when it legally enforces promises, the law of contract stands in need of justification. But the task of justification cannot proceed independently of the task of identifying and explaining the doctrines that constitute contract law.*” (SCOTT, Robert E.. KRAUS, Jody S.. **Contract law and theory**. 3. ed.. Newark: LexisNexis, 2002, p. 23).

O interessante é notar que, antes da teoria do direito contratual clássico do século XIX (*formalismo-lógico-naturalista* dos iluministas ou *formalismo-lógico-positivista* dos kantianos e dos conceitualistas jurídicos), já nos autores pioneiros do jusnaturalismo racionalista e humanista (*formalismo-naturalista*), como Grotius e Pufendorf, é a *fides* – e não a liberdade individual – quem atua para fundamentar o cumprimento dos contratos.²⁹¹ De acordo com JACQUES GHESTIN, também em Domat e Pothier o *fundamento da obrigatoriedade* dos contratos não é a vontade, mas o dever de consciência de respeitar a palavra dada, com inspiração na boa-fé, na eqüidade e na lei divina.²⁹² POTHIER, ao discorrer sobre a circunstância de o contrato entre duas pessoas capazes ser inválido na hipótese de lesão, diz: “*la equidad debe reinar en todas las convenciones*”²⁹³. Isto é, POTHIER esboça claramente a idéia de que a obrigatoriedade do contrato depende da eqüidade, a qual se impõe objetivamente sobre a vontade das partes. Ainda segundo ele, quando a violência não é grave o suficiente para configurar coação (“vagas ameaças”), o contrato não pode ser anulado por vício de consentimento, mas peca por defeito “*de la buena fe que debe reinar en todos los contratos*”²⁹⁴.

Tal linha de raciocínio de POTHIER está em plena conformidade com a Escola de Direito Natural, que, similarmente ao pensamento escolástico medieval referido anteriormente – mas sem se confundir com ele –, acreditava na *existência* de *conceitos objetivos* (como eqüidade e justiça) independentes da vontade das partes contratantes, os quais seriam passíveis de conhecimento pela razão humana. Apesar do racionalismo em comum, os jusnaturalistas não seguiam a linha *logicista* axiomática ou positivo-dogmática que será característica do direito contratual clássico no século XIX (a vontade obriga por definição de um axioma pré-lógico ou de um dogma legal, e daí se segue um raciocínio lógico).²⁹⁵ Por isso, POTHIER, além de não se apoiar estrita-

²⁹¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Op. cit.*, p. 222-223; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa fé no direito privado: sistema...**, p. 155 e ss.; GORDLEY, James. **The philosophical...**, p. 73-74.

²⁹² GHESTIN, Jacques. **Traité...**, p. 33.

²⁹³ POTHIER, Robert Joseph. **Tratado de las obligaciones...**, p. 31.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 26-27.

²⁹⁵ Sobre a obrigatoriedade por definição do contrato na teoria da vontade, em comparação com a tradição herdada pela escolástica tardia e a Escola de Direito Natural: “*For Hobbes and Locke, there were no virtues in the Aristotelian sense. Indeed, there was no ultimate standard of conduct beyond the conflicting interests of the parties. Yet, supposedly, people were obligated by a contract even when they could get away with violating it. There were no essences. Yet, supposedly, complex phenomena such*

mente na vontade, não menciona a liberdade individual como *fundamento da obrigatoriedade* do contrato. Como se percebe, portanto, enquanto a teoria do direito contratual clássico sofre para explicar a obrigatoriedade dos contratos para além do simples *formalismo*, os juristas que inegavelmente inspiraram o Código Civil Francês oferecem possíveis fundamentos para tanto, pois não se limitam à perspectiva voluntarista ou ao *plano lógico* do direito como *estrutura*.

A inconsistência interna do direito contratual clássico não se restringiria ao *fundamento da obrigatoriedade*, todavia. É que o encontro de vontades de obrigar-se pode bastar para explicar a formação de contratos válidos na maioria dos casos, mas haverá exceções não contempladas nessa hipótese fática, que, entretanto, inegavelmente geravam contratos mesmo no século XIX. MORRIS COHEN auxilia a elaborar um exemplo dessa incoerência entre a teoria e o direito positivo: uma parte dirige a outra uma carta com oferta de contratar; no dia seguinte, arrepende-se da oferta e desiste do negócio, mas não comunica o arrependimento ao oblato, que responde aceitando a oferta inicial. Nesse caso, haverá contrato, embora nem por um momento tenha havido efetivo encontro de vontades (teoria da vontade). Ainda que se afaste a questão da inescrutabilidade da vontade interna do ofertante (como na teoria da declaração), o problema persiste: o proponente pode registrar por escrito o seu arrependimento, mas, se a desistência não for comunicada a tempo ao oblato, o contrato se formará mesmo assim. Em outras palavras, tanto pela teoria da vontade quanto pela teoria da declaração, o paradigma da autonomia da vontade não consegue justificar o surgimento do contrato no caso em que de fato não houve encontro de vontades de obrigar-se mas uma das partes tinha motivos para supor o contrário.²⁹⁶ A teoria do direito contratual clássico teria de se valer de um argumento puramente dogmático: uma hipótese como essa é uma exceção legal à hipótese normal do contrato.

Enfim, as críticas internas ao direito contratual clássico demonstram que a autonomia da vontade – em todas as suas versões - falha em explicar o *fundamento da obrigatoriedade* dos contratos além da própria noção de que o contrato é obrigatório

as government could be understood through a simple formula, the social contract, from which a variety of consequences followed. The explanation of Hobbes and Locke seems to have been that one could formulate definitions even in a world without essences, and from these definitions one could extract all the consequences necessary to their theory. People were bound by contract, according to Hobbes and Locke, because a contract by definition was binding." (GORDLEY, James. **The philosophical...**, p. 116-117).

²⁹⁶ COHEN, Morris R.. *Op. cit.*, p. 576.

por definição, bem como falha em explicar a sua *existência* quando o contrato valido se forma em casos em que sabidamente não houve o encontro de vontades.

3 O FORMALISMO MITIGADO DO NOVO DIREITO CONTRATUAL: A FUNÇÃO DA "OBRIGAÇÃO DE PRESTAR"

No capítulo anterior, foi estudado o *formalismo* excessivo do direito contratual clássico do século XIX, o qual foi alvo de críticas externas e internas em razão precisamente da sua desconexão com o "mundo da vida", o que o levava não apenas a produzir resultados indesejados, como também a carecer de fundamentação efetiva (os *entes formais conceituais* simplesmente *existiam*, sem precisar cumprir alguma finalidade no "mundo da vida"). A teoria do "'novo' direito contratual" foi sendo desenvolvida ao longo século XX para responder às críticas e também para se adequar ao direito positivo que passou a vigor. Nesse sentido, cumpre advertir que, se antes havia uma teoria praticamente unânime referenciada pelo paradigma da autonomia da vontade, em seu lugar surgiram várias escolas que se propõem a estudar o instituto do contrato, sem que se possa, entretanto, agrupá-las unitariamente.²⁹⁷ Assim, neste capítulo, a proposta é analisar o novo direito contratual nas suas vertentes que mais influenciaram o direito brasileiro em vigor, contexto em que se destacam os nomes de Emilio Betti e Karl Larenz.

O ponto crucial da teoria objeto deste capítulo é – como um legado de JHERING²⁹⁸ - a maior aproximação ou até fusão entre "mundo jurídico" e "mundo da vida", ou no mínimo a maior instrumentalização/*funcionalização* da *estrutura* daquele perante este. Apesar de ter mitigado suas inadequações, é preciso observar que essa teoria deu continuidade à tradição *formalista* na qual o próprio direito contratual clá-

²⁹⁷ GUIDO ALPA elenca algumas dessas linhas de pesquisa que impactaram o direito contratual, dentre as quais: a reconstrução do sistema de direito privado sob a base dos princípios constitucionais; o uso alternativo do direito; o fenômeno da descodificação; o contrato como operação econômica; o controle social da atividade privada. Ver: ALPA, Guido. *Op. cit.*, p. 9-10.

²⁹⁸ JHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Vol. 1. Tradução de José Antonio Faria Correa. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979. KARL LARENZ comenta sobre a influência de JHERING na compreensão do direito: "Enquanto 'a orientação anterior, a Jurisprudência dos conceitos', limita o juiz 'à subsunção lógica da matéria de facto nos conceitos jurídicos' – e, nessa conformidade, concebe o ordenamento como um sistema fechado de conceitos jurídicos, requerendo assim 'o primado da lógica' no trabalho juscientífico -, a Jurisprudência dos interesses tende, ao invés, para 'o primado da indagação da vida e da valoração da vida'." (LARENZ, Karl. **Metodologia...**, p. 64).

sico já estava inserido, uma tradição trabalhada em cima do direito romano e – segundo JAMES GORDLEY - da escolástica tardia, tendo passado também pela Escola de Direito Natural.²⁹⁹

Em continuidade ao exame da hipótese do tratamento autônomo dado ao risco contratual imprevisto, neste capítulo abordarei as fontes e os fundamentos das obrigações contratuais dentro da nova concepção de contrato, já não mais regida pelo paradigma da autonomia da vontade. No novo paradigma, ao invés de valorizar-se especificamente a “vontade” (a formação, o início), tutelam-se sobretudo “interesses” (o resultado prático, o fim); ao invés da suficiência da “autonomia”, uma composição com a “heteronomia” nas relações privadas. É essa dualidade³⁰⁰ entre autonomia e heteronomia na tutela dos interesses privados que explicará os fundamentos do novo direito contratual: da formação do contrato ao seu conteúdo. Será a partir dessa compreensão que se tornará possível estudar os acréscimos dados pelo novo direito contratual à teoria do risco herdada do direito contratual clássico, a fim de chegar ao objetivo específico do capítulo: permitir ao trabalho a conclusão sobre a hipótese de a teoria atual tratar o risco imprevisto como integrante autônomo do conteúdo do contrato.

3.1. O paradigma dos interesses privados: entre autonomia e heteronomia

A teoria do direito contratual clássico operava sob o paradigma da autonomia da vontade, que, em suas diferentes versões, estava invariavelmente baseado na concepção de contrato como produto do consenso ou do encontro de vontades de obrigarse; a presença da vontade no conceito de contrato válido era a base sobre a qual foi

²⁹⁹ Isso significa que a nova teoria pode eventualmente ser aplicada para compreender também o direito positivo do século XIX – até porque, como visto, a teoria clássica, por mais segura que fosse, não conseguia explicar com êxito todos os aspectos do direito contratual da época. Explica também por que, ainda hoje, a despeito das severas críticas que recebeu, a teoria do direito contratual clássico ainda permanece como a base do ensino do direito contratual no país, de modo não problematizado²⁹⁹ – o que acaba levando a uma certa confusão entre a teoria clássica e a teoria mais atual. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO comenta a respeito da doutrina contratual brasileira, fazendo referência às obras de João Franzen de Lima, Washington de Barros Monteiro, Silvio Rodrigues: “As definições voluntaristas são indubitavelmente dominantes na doutrina brasileira, na qual, aliás, com poucas exceções, nem sequer se cogita da concepção oposta [...]” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Op. cit.*, p. 4-5).

³⁰⁰ E não dualismo.

construída a noção de autonomia da vontade como paradigma, de modo que esse elemento formador do contrato explicasse todo o direito contratual. Entretanto, como visto, essa concepção voluntarista do contrato foi sendo colocada em xeque pelo direito positivo, que, cada vez mais nitidamente, com o fito de alcançar resultados práticos melhores, enxergava contrato e obrigação onde não havia consenso ou encontro de vontades. Como alternativa, a partir de então, falou-se na troca da vontade individual pelos interesses privados e na troca da autonomia da vontade pela autonomia privada. O trabalho mais influente no direito brasileiro sobre a noção de autonomia privada em contraposição à de autonomia da vontade é o de EMILIO BETTI, que por isso será estudado aqui com mais atenção; e, no intuito de compreender o significado da mudança de paradigma ocorrida com o desenvolvimento da noção de autonomia privada, também serão examinados aqui outros aspectos do pensamento do autor italiano, ainda que estejam mais diretamente vinculados aos assuntos dos próximos tópicos. É que, curiosamente, na teoria do novo direito contratual, não é o conceito de contrato que servirá como base para o novo paradigma, mas o novo paradigma que ajudará a refinar o conceito de contrato.

A obra de BETTI parte da premissa fundamental de que o direito positivo é um *instrumento social* para disciplinar a vida de relações³⁰¹ e de que, assim, esse instrumento apenas empresta juridicidade àquilo que a sociedade reputa ser relevante³⁰². As normas de direito privado – como as de direito contratual - seriam aquelas que regulam as relações entre particular e particular, sendo que, para BETTI, essas relações entre particulares dão-se em torno de algo traduzido pela expressão “interesses”. Em outras palavras, portanto, as relações entre particulares têm como objeto interesses, e o direito confere juridicidade a uma relação quando os interesses envolvidos são socialmente relevantes, hipótese em que passa a regular o modo como tais interesses se concertam^{303 304}.

³⁰¹ BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática. Tradução de Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 210.

³⁰² *Idem*. **Teoria generale del negozio giuridico...**, p. 3.

³⁰³ *Ibidem*, p. 6.

³⁰⁴ Sobre os interesses da vida de relações como objeto central do direito: “*Precisammo allora che l’indagine scientifica deve puntualizzarsi sul problema pratico che il diritto positivo, inteso quale disciplina della vita di relazione, ha risolto mediante la posizione di norme che rappresentano la soluzione di un conflitto di interessi considerati, raffrontati e comparativamente valutati nella loro tipica entità sociale. Questo indirizzo metodologico trova la sua giustificazione, seppur ve ne sia bisogno, col sol tener presente che il diritto oggettivo non è un complesso di norme astratte, avulse dalla vita sociale, alla quale si sovrappongono quasi come ordine che la trascende e che le si impone dall’alto: il diritto*”

Dentre as inúmeras espécies de relações privadas, BETTI faz uma classificação trinitária das situações em que o direito costuma dispor sobre os interesses dos particulares por meio de obrigações: (1) obrigações surgidas de um dano (desequilíbrio patrimonial) – responsabilidade civil; (2) obrigações surgidas de um estado de fato – por exemplo, o dever legal de prover alimentos aos filhos; e (3) obrigações surgidas de um negócio jurídico, compreendido como ato de autonomia privada³⁰⁵ - que é o caso a ser estudado aqui.³⁰⁶

Por “autonomia privada” BETTI se reporta à aptidão (*potestà*) pré-jurídica que as partes têm de, ao travar relações sociais no "mundo da vida", autorregular seus interesses de modo até mesmo independente do direito.³⁰⁷ Sem prejuízo disso, será o direito quem “*selecionará*” (em sentido forte) quais desses atos de autonomia receberão a tutela jurídica, *qualificando-se* como negócios jurídicos e ensejando um *efeito* juridicamente obrigatório entre as partes³⁰⁸.³⁰⁹ Há três destaques a serem feitos aqui, em contraste com a autonomia da vontade da teoria do direito contratual clássico: primeiro, a expressão “autonomia” não tem como referência o direito ou o poder normativo dos indivíduos (isto é, não se trata de analisar como o indivíduo e o direito se relacionam), pois essa autonomia existiria como dado fático mesmo que o direito não

trova, anzi, il suo fondamento, la sua ragione di esistenza nella stessa umana vita di relazione, in quel complesso di rapporti che legano gli uomini nello svolgimento di ogni loro attività, rapporti che si ricollegano ad interessi tipico spesso confliggenti, alcune volte paralleli, ma reciprocamente limitantisi, sempre interessi, comunque, dai quali l'interprete non può prescindere nello studio degli istituti giuridici e delle norme proprio perchè in queste essi, come entità sociali storicamente determinate, sono rispecchiati.” (BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**. Vol. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953, p. 7-8).

³⁰⁵ Sobre o ato de autonomia privada: “*Esse è l'atto con cui il singolo regola da sè i propri interessi nei rapporti con altri (atto di autonomia privata): atto, al quale il diritto ricollega gli effetti più conformi alla funzione economico-sociale che ne caratterizza il tipo (tipica in questo senso).*” (*Idem*. **Teoria generale del negozio giuridico...**, p. 51).

³⁰⁶ *Idem*. **Teoria generale delle obbligazioni**. Vol. 3, 1. parte. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1954, p. 8-9.

³⁰⁷ Nas palavras de BETTI: “*Codesta genesi che i giuridici sogliono avere sul terreno sociale, in ordine all'esigenza della circolazione dei beni, mostra chiaramente come essi rampollino dall'iniziativa privata e siano essenzialmente atti coi quali i privati provvedono in vista di quell'esigenza a regolare da sè i propri interessi nei rapporti reciproci: atti di autonomia privata in questo senso, atti cioè di autodeterminazione, di autoregolamento dei propri interessi fra gli stessi interessati.*” (*Idem*. **Teoria generale del negozio giuridico...**, p. 42); *Ibidem*, p. 45-46.

³⁰⁸ BETTI não trata o negócio jurídico como algo *existente* em um “mundo jurídico”. O autor italiano fala em relações existentes na vida social que são qualificadas como jurídicas à medida que são objeto de efeitos jurídicos. O “negócio jurídico” é exatamente o mesmo “negócio” da vida social, apenas recebe uma qualificação em razão dos efeitos jurídicos que gera. Mais adiante esse aspecto do pensamento do autor será mais bem explicado. Ver: *Ibidem*, p. 3 et 51.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 83-84.

existisse³¹⁰; segundo, a “autonomia” não remete ao indivíduo isolado (isto é, não se trata de um atributo de cada indivíduo), sendo antes uma aptidão dos particulares em geral, uma aptidão de, em conjunto, gerir seus interesses privados por meio de relações sociais, como fenômeno social³¹¹; terceiro, a seleção para saber quais atos são recebidos como jurídicos não é feita sob a égide de uma idéia de liberdade individual, mas sim sob uma orientação de índole não individualista, de harmonia intersubjetiva e social, na qual a liberdade individual poderá estar também contemplada. Desse modo, o direito não concede sua tutela senão aos interesses socialmente dignos dela, e o mero encontro de vontades por si só não atende a esse critério, ainda quando ele mesmo se pretenda jurídico.³¹²

Com isso, a noção de autonomia privada, em BETTI, afasta-se da noção de autonomia da vontade nas três versões apresentadas no capítulo anterior: não se fala em poder natural do indivíduo para gerar um contrato (versão iluminista), pois os atos emanados da autonomia privada somente se tornam juridicamente obrigatórios mediante a incidência de uma norma positiva; não se fala em direito moral do indivíduo de exercer sua liberdade de gerar um contrato (versão kantiana), porque o direito positivo não está centrado em atender aos anseios do indivíduo isolado, mas sim, no caso do direito privado, em manter a harmonia das relações intersubjetivas, considerando os interesses das partes; e não se fala em preenchimento puramente *formal* dos *conceitos* normativos como requisito suficiente para gerar um contrato obrigatório (versão *conceitualista*), porquanto a juridicidade exige um requisito adicional de relevância social. A concessão de efeitos jurídicos não está à completa disposição da vontade (do “capricho”) dos indivíduos;³¹³ em BETTI, de maneira alguma as partes têm autonomia

³¹⁰ BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico...**, p. 41.

³¹¹ *Ibidem*, p. 50.

³¹² BETTI nega o individualismo: “L’istituto del negozio giuridico non consacra la facoltà di ‘volere’ a vuoto, come piace affermare a certo individualismo, non ancora estirpato della odierna dogmatica. Piuttosto, secondo quanto si è veduto, esso garantisce e protegge l’autonomia privata nella vita di relazione, in quanto si volge a dare assetto ad interessi degni di tutela nei rapporti che li concernono. Esso è l’atto con cui il singolo regola da se i propri interessi nei rapporti con altri (atto di autonomia privata): atto, al quale il diritto ricollega gli effetti più conformi alla funzione economico-sociale che ne caratterizza il tipo (tipica in questo senso).” (*Ibidem*, p. 51).

³¹³ Aqui BETTI relativiza a importância da vontade individual: “Quanto all’efficacia obbligatoria dell’odierno contratto-accordo, è necessario respingere quel dogma che attribuisce al solo consenso, di per se considerato – qualunque ne sia l’oggetto’ – l’efficacia di porre in essere l’obbligazione sul piano del diritto. È una fanfaronata socialmente assurda l’affermazione, spesso ripetuta, di tale smisurato ed autosufficiente potere dei contraenti nella realtà sociale di una comunità; mentre chiaramente appare come il consenso formatosi in un contratto circa un determinato assetto d’interessi, per avere efficacia obbligatoria deve rispondere ad una tipica funzione economico-sociale che è oggetto di valutazione da

para formar um contrato com efeitos obrigatórios, uma vez que dependem de um juízo positivo³¹⁴ da sociedade.

Ademais, como diferencial também em relação à teoria do direito contratual clássico, na linha de pensamento de BETTI a vontade individual não atua no primeiro plano da tutela jurídica. Como os atos de autonomia privada são fatos sociais, é preciso que sua manifestação seja social; a vontade individual é um fato psicológico interno que não é passível de reconhecimento em si mesmo, razão pela qual não configura um fato social - ela pode ser até mesmo irrelevante para o direito.³¹⁵ Já a declaração ou o comportamento, à medida que perceptíveis externamente, são verdadeiros fatos sociais e, por isso, podem sim ser examinados pelo direito no processo de recepção dos atos da autonomia privada – por isso, eles são a forma do negócio na vida de relações, aquilo que o torna socialmente reconhecível.³¹⁶

Por enfatizar essa exigência de reconhecimento externo para a tutela jurídica, aqui se poderia supor que BETTI fosse um adepto da teoria da declaração, ainda vinculada à autonomia da vontade; entretanto, tal conclusão seria um equívoco. Para esse autor, mesmo quando o encontro de vontades internas existir e for corretamente manifestado mediante uma declaração ou um comportamento passível de reconhecimento, e mesmo quando essa vontade comum retratar um interesse socialmente digno de proteção jurídica, isso não bastará para qualificá-lo como negócio jurídico. Isso porque o encontro de vontades não tem teor jurídico em si mesmo: não basta o comprador querer comprar e o vendedor querer vender; é necessário que os dois projetem para si uma conduta conjunta a ser seguida. Por isso, a declaração (ou comportamento) apta a formar um negócio não é uma declaração “de vontade”, mas uma declaração de *conteúdo preceptivo*, como um regulamento de conduta, que é o que o torna apto a ser *preceito jurídico*. Portanto, declaração e comportamento são a forma reconhecível da juridicidade, mas o seu conteúdo não é a vontade (como acontece na

*parte dell'ordine giuridico, al quale spetta di apprezzare se quell'assetto sia meritevole della sua tutela (art. 1322 cpv.).” (BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**. Vol. 3, 1. parte..., p. 6-7); “In conclusione, il diritto delle obbligazioni non è – come credettero pandettisti e civilisti del secolo XIX, e taluni purtroppo credono ancor oggi sotto la persistente influenza dell'individualismo liberale – il regno della ‘volontà’: al contrario, esso è il regno della socialità: un regno, nel quale l'ordine giuridico, quanto più evoluto, tanto più protegge la solidarietà umana.” (Ibidem, p. 103).*

³¹⁴ Em oposição a “negativo”.

³¹⁵ BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico...**, p. 423.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 52-53 et 123.

teoria da declaração), e sim uma regulação de conduta. Nas próprias palavras de BETTI:

*Una definizione ancor oggi comune in dottrina, dove è divenuta tralatizia per una sorta di inerzia mentale, caratterizza invece il negozio come una manifestazione di volontà diretta a produrre effetti giuridici. Ma codesta qualifica formale, scialba e incolore, ispirata al "dogma della volontà" non ne coglie l'essenza. La quale sta nell'autonomia, nell'autoregolamento d'interessi nei rapporti privati, come fatto sociale: autoregolamento, dunque, che il singolo deve non limitarsi a desiderare, a "volere" nella sfera interna della coscienza, ma piuttosto disporre, ossia attuare oggettivamente. Col negozio in singolo non si limita a dichiarare che vuole alcunchè, ma dichiara per gli altri l'oggetto del suo volere: e questo dev'essere un regolamento impegnativo che egli prescrive ai propri interessi nei rapporti con altri. Col negozio egli non può limitarsi a manifestare uno stato d'animo, un modo di essere del volere, che avrebbe una importanza puramente psicologica individuale; ma deve additare un criterio di condotta, porre un rapporto di valore normativo. La questione cade non già sul carattere di atto volontario, che ogni negozio deve avere, ma sulla funzione della volontà, sul posto che alla volontà deve essere assegnato nella struttura di un fatto sociale, qual è l'esplicazione dell'autonomia privata nella vita di relazione. Non si nega che nella normalità dei casi il singolo dichiara o faccia qualcosa di voluto. Si nega soltanto che la volontà si trovi, nel negozio, in primo piano e che la concordanza degli effetti giuridici con la funzione o ragione (causa) del negozio, debba essa stessa essere voluta, come si pretende allorchè si postula una volontà individuale rivolta agli effetti giuridici. [...] Il tenore di un negozio qualunque insegna che in esso sta in primo piano il regolamento d'interessi disposto per l'avvenire, mentre la volontà sta solo in secondo piano, siccome indirizzata alla funzione pratica di quello: essa appartiene bensì alla genesi, ma non già al contenuto dell'atto di autonomia come fatto sociale.*³¹⁷⁻³¹⁸

³¹⁷ BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico...**, p. 53-55.

³¹⁸ Tradução livre: "Uma definição ainda hoje comum na doutrina, que se tornou tradicional devido a uma espécie de inércia mental, caracteriza o negócio como uma manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos. Mas essa qualificação formal, apagada e incolor, inspirada no 'dogma da vontade', não lhe retém a essência, que está na autonomia, no auto-regulamento de interesses nas relações privadas, como fato social: auto-regulamento, portanto, que o indivíduo não deve se limitar a desejar, a 'querer' na esfera interna de sua consciência, mas deve sobretudo dispor, ou seja, atuar objetivamente. Com o negócio o indivíduo não se limita a declarar que quer algo; ele declara aos outros o objeto de sua vontade: e este deve ser um regulamento vinculativo que ele prescreve aos próprios interesses nas relações com os demais. Com o negócio ele não pode se limitar a manifestar um estado de ânimo, um estado do seu querer, que teria uma importância puramente psicológica individual; ele deve acrescentar um critério de conduta, estabelecendo uma relação de valor normativo. A questão recai não mais sobre o caráter de ato voluntário (que todo negócio deve possuir), mas sim sobre a função da vontade, sobre o lugar que à vontade deve ser reservado na estrutura de um fato social, que é a justificativa da autonomia privada na vida de relações. Não se nega que na normalidade dos casos o indivíduo declare ou faça o que deseja. Nega-se somente que a vontade se encontra, no negócio, em primeiro plano, e que a concordância dos efeitos jurídicos com a função ou razão (causa) do negócio deva ela mesma ser desejada, como se pretende quando se postula uma vontade individual voltada aos efeitos jurídicos. [...] O teor de um negócio qualquer ensina que em seu primeiro plano está o regulamento de interesses disposto para o futuro, enquanto que a vontade está somente em segundo

Assim, quando BETTI afirma que os atos da autonomia privada são fatos “sociais” e que devem ser “socialmente” reconhecíveis, ele não está simplesmente se referindo à necessidade de externar/comprovar para a sociedade as vontades individuais.³¹⁹ BETTI, na verdade, usa a palavra “social” para expressar a qualidade da própria declaração (ou comportamento): não se trata de uma declaração de conteúdo individual (vontade) que se *funde* com a declaração de conteúdo individual (vontade) da outra parte, mas de uma declaração de conteúdo intersubjetivo (o preceito, regulamento de condutas) que é social pela sua natureza, uma vez que prevê um comportamento recíproco³²⁰ dentro da relação. Nesse passo, segundo BETTI, a declaração (ou comportamento) não meramente comunica algo que existe previamente no foro íntimo das partes (a “vontade de obrigar-se”), senão que ela própria *constitui* algo *novo*: o regulamento declarado bilateralmente, que necessariamente implica as duas partes ao mesmo tempo.³²¹ Portanto, enquanto na teoria da declaração sob o prisma do direito contratual clássico a declaração sempre remonta à esfera de cada indivíduo e serve para “rastrear” a sua vontade de obrigar-se, sendo a declaração unicamente um meio objetivo de prova das vontades individuais, na visão de BETTI a declaração pertence à esfera da socialidade (intersubjetividade) porque expressa uma disposição de comportamento recíproco, com força *geradora* de um *regulamento* para uma *relação social do tipo preceptivo*. Quando essa relação social do tipo preceptivo for digna de tutela, o regulamento gerado será juridicamente obrigatório. A obrigatoriedade advinda da declaração não acontece pela sua presumível representação das esferas individuais, mas sim porque ela é social, envolve dois ou mais indivíduos em um regulamento intersubjetivo que foi talhado pelas partes para ser cumprido e que criou expectativas mútuas sobre seu comportamento recíproco.

Diante disso, entendo que, ao falar na *constituição* de um *regulamento*, BETTI também está manifestando um pensamento *formalista*, como se o regulamento gerado a partir das declarações bilaterais fosse algo *existente*, com *realidade* objetiva

plano, considerada como endereçada à função prática daquele: ela pertence à gênese, mas não ao conteúdo do ato de autonomia como fato social.”

³¹⁹ BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico...**, p. 57-58.

³²⁰ “Recíproco” aqui não indica uma relação sinalagmática, e sim a circunstância de o comportamento das partes não ser uni-referenciado. A prestação do devedor não toma como referência ele mesmo, ainda que o contrato seja unilateral.

³²¹ BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico...**, p. 130 et 150.

própria. Por isso, em BETTI, após afastada a teoria voluntarista e individualista, a noção de regulamento em verdade continua *praticamente* equivalente à clássica noção de relação jurídica obrigacional enquanto *ente formal* dotado de efeitos jurídicos.³²² Pode-se dizer então que, quando BETTI em sua terminologia usa a expressão “regulamento”, nós estaríamos autorizados a ler em sentido figurado “relação jurídica obrigacional”, como algo cuja “*substância*” ou “*essência*” é passível de obter *realidade* jurídica por conter deveres de conduta (as obrigações). Entretanto, o mesmo paralelo com o direito contratual clássico não se aplica para a expressão “negócio jurídico”, que em BETTI meramente indica uma *qualificação* dada pelo direito a uma *realidade* que jamais deixa de ser pré-jurídica: o negócio da vida de relações, mesmo quando *qualificado* de jurídico, nunca *constitui* um *ente formal* do ponto de vista jurídico. Isso se dá porque o *formalismo* de BETTI não remonta mais ao *naturalismo* estudado no capítulo anterior (contrato como similar a uma entidade ou um ser vivo, cuja *existência* se distingue de sua validade e conseqüente obrigatoriedade), e sim ao *normativismo* de KELSEN, segundo o qual somente normas (“preceitos”) podem ter *realidade* jurídica (regulamento como uma espécie de norma, cuja *existência* é por *essência* sinônimo de *validade* e obrigatoriedade).³²³ BETTI é chamado por isso de “preceptivista”, ainda que – como pode ser percebido da descrição mais acima - ele não adira à tese kelseniana sobre o negócio jurídico ser fonte formal imediata de normas³²⁴.³²⁵ Não obstante tudo isso, convém ressaltar que, em seu *formalismo*, BETTI não repete os excessos do direito contratual clássico, devido à compreensão *instrumental* que o autor italiano tem a respeito do direito em relação ao “mundo da vida” – por isso, pode-se falar em um *formalismo* mitigado.

³²² ALPA, Guido. *Op. cit.*, p. 127-128.

³²³ Cite-se para ilustrar uma passagem de KELSEN: “Na verdade, o Direito, que constitui objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed.. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 5). ALF ROSS comenta o *idealismo* (sinônimo de *formalismo*) de KELSEN, após contrapô-lo ao *formalismo-naturalista*, por ele chamado de *idealismo material*: “Há duas variedades principais de idealismo que podem ser denominadas a *material* e a *formal*. [...] A variedade formal, que encontrou sua expressão mais completa no sistema de Hans Kelsen, dissocia-se terminantemente da censura ética que o direito natural exerce sobre o direito positivo. Aceita, sem reservas, como direito qualquer ordem vigente no mundo dos fatos. Todavia, sustenta que de acordo com o significado que lhe é inerente, o conhecimento do direito não visa à descrição de algo factual, mas sim à apreensão do que é válido. A apreensão da existência de uma norma é a mesma coisa que a apreensão da validade dela.” (ROSS, Alf. *Op. cit.*, p. 92).

³²⁴ KELSEN, Hans. *Op. cit.*, p. 284.

³²⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Op. cit.*, p. 12-13.

Em razão dessa natureza social constitutiva da declaração de conteúdo preceptivo, pela qual é gerado um "ente" *formal-normativo* com *realidade objetiva* (regulamento), para BETTI as declarações se separam terminantemente do *íntimo* dos declarantes e devem ser tomadas em si mesmas como objeto, impossibilitando que o intérprete faça o percurso de retorno ao foro íntimo dos declarantes³²⁶ e, conseqüentemente, impedindo a perquirição das suas vontades reais.³²⁷ Queda-se, ao invés, com os seus interesses, pois é em direção a ele que aponta o regulamento. Nas palavras do próprio BETTI:

*Il fenomeno che ci si presenta nella dichiarazione si può caratterizzare come un evadere del pensiero da sè stesso, un oggettivarsi e diventare espressione dotata di vita propria, comunicabile e apprezzabile nel mondo sociale. Il mutamento dello stato preesistente, cioè l'evento al quale questo tipo di atto che è la dichiarazione mira e mette capo, trascende il medio fisico per compiersi nell'interno di un soggetto diverso dall'autore, e così concretarsi nella mente altrui. [...] Una volta che con la dichiarazione il pensiero, uscito da sè stesso, è diventato qualcosa di oggettivo, questo qualcosa, che è appunto la dichiarazione, ha ormai nel mondo sociale un valore a sè stante oggettivamente riconoscibile, che non dipende più dal pensiero dell'autore, e fa la sua strada per conto proprio secondo le regole che governano ogni comunicazione espressiva fra gli uomini. [...] La insostituibilità di questo tipo di dichiarazione [direttiva], che ha un valore proprio e a sè stante, è da intendere nel senso che il contenuto ha esistenza in essa e per essa, così che fuori di essa non avrebbe rilievo, nè si potrebbe da essa prescindere per porlo in essere o per farlo conoscere aliunde.*³²⁸⁻³²⁹

³²⁶ BETTI, Emilio. **Interpretação...**, p. lxxvi.

³²⁷ Sobre a separação entre a vontade e o regulamento: "*Dove la volontà, come fatto psichico, è qualcosa che si confonde con la persona e non è concepibile scissa da essa, il precetto del negozio è, per la sua natura normativa e non psicologica, qualcosa di separato dalla persona e tale da contrapporlesi (anche nei negozio unilaterali) e da vincolarla.*" (Idem. **Teoria generale del negozio giuridico...**, p. 60).

³²⁸ BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico...**, p. 12-15.

³²⁹ Tradução livre: "O fenômeno que aqui se apresenta na declaração se pode caracterizar como uma evasão do pensamento de si mesmo, um objetivar-se e tornar-se expressão dotada de vida própria, comunicável e apreciável no mundo social. A mudança do estado pré-existente - isto é, o evento ao qual o ato de declaração visa e o qual ele origina - transcende o meio físico porque se cumpre no íntimo de um sujeito diverso do autor, e assim se concretiza na mente do outro. [...] Uma vez que, com a declaração, o pensamento, saído de si mesmo, é transformado em algo objetivo (a própria declaração), ele tem então no mundo social um valor em si mesmo objetivamente reconhecível, que não depende mais do pensamento do autor e que faz sua estrada por conta própria segundo as regras que governam toda comunicação expressiva entre os homens. [...] A insubstituíbilidade desse tipo de declaração, que possui valor próprio e bastante em si mesmo, há de ser entendida no sentido de que o conteúdo tem existência nela e por ela; que fora dela não teria relevância; e que dela não se poderia prescindir para o conteúdo vir a ser, nem para fazê-lo conhecido externamente."

Dentro desse contexto, para BETTI o grande distintivo da categoria dos negócios jurídicos, em comparação com os demais fatos jurídicos, seria essa circunstância de o preceito jurídico (regulamento) ser advindo da autonomia privada, seja mediante uma declaração, seja mediante um comportamento.³³⁰ É dizer: todos os fatos jurídicos têm por referência um preceito, mas no negócio jurídico são as próprias partes que geram esse preceito. No negócio jurídico, quando houver declaração, o direito tomará o regulamento explícito nessa declaração e o tornará preceito jurídico; quando houver comportamento, o direito perquirirá o arranjo de interesses nele implícito e tratará de identificar nele um regulamento também com caráter de preceito jurídico.³³¹ Por outro lado, se o ordenamento jurídico conferir ele mesmo um preceito ao fato social, sem atentar para a disposição própria das partes, para BETTI esse fato jurídico enquadrar-se-á em categoria distinta do negócio jurídico.

É justamente neste ponto que se apreende com maior completude o significado de “autonomia” na locução “autonomia privada”: trata-se de uma aptidão dos particulares para, na vida de relações, regular seus interesses mediante critérios próprios. Quando estiver em conformidade com o ordenamento jurídico e disser respeito a interesses dignos de tutela, esse regulamento será tratado como preceito jurídico, munido da força cogente do direito. Nesta acepção, “autonomia privada” tem como contraponto a “heteronomia privada”, que ocorre quando, no preceito jurídico, a definição da regulação da conduta das partes em busca dos seus interesses privados é feita por uma autoridade, mediante critérios externos aos particulares. Assim, sempre que, para encontrar o preceito jurídico, o direito *precisar*³³² olhar para a disposição das partes no caso concreto, estar-se-á diante de uma esfera de manifestação da autonomia privada. Quando isso não acontecer, estar-se-á na esfera de manifestação da heteronomia privada, como são as hipóteses de o preceito jurídico ter como base uma

³³⁰ Sobre a característica distintiva do negócio jurídico ser a autonomia privada: “*L’elemento centrale e propriamente caratteristico del negozio è il contenuto della dichiarazione o del comportamento. Dichiarazioni e comportamenti rilevanti nel campo del diritto privato possono avere il contenuto più vario. Ma solo allora la dichiarazione o il comportamento è da qualificare negozio giuridico, quando abbia un contenuto precettivo in ordine a una materia di autonomia privata, e rispetto a tal contenuto assume funzione costitutiva insostituibile, nel senso che il precetto sia operativo di corrispondenti effetti giuridici solo in questa forma.*” (BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico...**, p. 156).

³³¹ *Ibidem*, p. 127-130.

³³² O destaque se justifica em consideração às normas de natureza supletiva, que incidem quando as partes não tiverem exercido a capacidade de disposição própria quanto a algum ponto do regulamento contratual.

norma abstrata cogente ou uma decisão arbitral de um terceiro (magistrado ou árbitro) específica para o caso concreto.

Nesse sentido, é curioso notar que, para BETTI, os chamados “contratos de fato” não são verdadeiros *contratos*, porque lhes falta “consenso contratual” na sua formação; ainda assim, eles configuram negócios jurídicos, porque o regulamento a eles correspondente se forma a partir de um comportamento social significativo de um arranjo particular de interesses juridicamente relevantes.³³³ Também assim a gestão de negócios.³³⁴ Isso acontece porque, uma vez estabelecido que o negócio jurídico não se forma por uma declaração/manifestação de “vontade”, mas por uma declaração ou comportamento com conteúdo preceptivo visando a um concerto de interesses, não há mais óbice para que figuras não voluntaristas sejam erigidas à categoria de negócio jurídico. Afinal, em todas essas hipóteses há comportamento com teor dispositivo de interesses, do qual é possível extrair, seguindo critérios internos às partes (autonomia privada), o regulamento juridicamente aplicável.

³³³ Sobre os “contratos de fato” não serem contratos, mas serem negócios jurídicos: “*Si deve osservare da ultimo, a prevenire un equivoco, cui può dar luogo la non felice designazione di ‘rapporti contrattuali di fatto’, che le situazioni cui essi si ricollegano, sono pur sempre fattispecie dotate di rilevanza giuridica e anzi sono, a nostro avviso, negozi giuridici, ancorchè non qualificabili come contratti, per l’insussistenza di un consenso contrattuale, ovvero di elementi o presupposti che il contratto concluso richiedeva. La conclusione così raggiunta, imperniata sulla netta separazione fra il rapporto obbligatorio e la sua fattispecie genetica, non può stupire chi ci abbia seguito in questa disamina. La nosta veduta è coerente alla premessa che ravvisa l’essenza del negozio nell’assetto di interessi in cui si esplica l’autonomia privata, e, respingendo il pregiudizio individualistico della necessità di un intento rivolto agli effetti giuridici, ritiene unicamente decisiva per la valutazione giuridica del negozio la rispondenza del divisato assetto d’interessi ad una funzione economico-sociale tipica, che nel settore da noi studiato è una funzione di cooperazione. Questo dette obbligazioni – ripeteremo ancora – non è il regno della volontà, ma della socialità.*” (BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**. Vol. 3, 1. parte..., p. 128).

³³⁴ Novamente, a respeito da gestão de negócios: “*È bene chiarir subito che coloro i quali negano la qualifica di negozio alla gestione d’affari ed al pagamento d’indebito, anzichè guardare alla funzione economico-sociale tipica cui questi atti rispondono, ed alla tutela che la legge, proprio in considerazione di questa loro funzione sociale per essi predispone, sono dominati dal pregiudizio volontaristico da cui discende il concetto di negozio giuridico come manifestazione di volontà del singolo diretta a produrre effetti giuridici, e quindi ricercano in questi atti, non soltanto una volontà manifestata in una dichiarazione, ma anche una volontà rivolta a dar vita ad una obbligazione. È chiaro che, partendo da queste premesse, non si può che arrivare alla conclusione della mancanza di carattere negoziale nei due nominati atti. In verità niuno contesta che nella gestione d’affari altrui manca una dichiarazione, ma c’è bene un comportamento di cooperazione tenuto da un consociato nell’interesse di un altro consociato: comportamento che, proprio per la funzione di cooperazione gestoria che svolge e che lo caratterizza tipicamente come comportamento tenuto nella vita di relazione, assume il carattere e la qualifica di negozio giuridico. Per assumere tale qualifica, infatti, l’ordine giuridico non richiede che un atto di autonomia privata si esplich in una volontà rivolta a produrre effetti giuridici (che ad esso sono sempre e soltanto ricollegati dalla legge), ma è sufficiente, ed a tal fine rileva, che si esplich in un comportamento rispondente ad una funzione economico-sociale tipica che la legge tutela, ad esso ricollegando effetti giuridici obbligatori, tali da favorire l’attuazione di quella funzione.*” (Ibidem, p. 109-110).

Como se verifica, sob esse prisma, ao dispensar o elemento “vontade”, o conceito de negócio jurídico em BETTI acaba sendo mais abrangente do que aquele vinculado ao direito contratual clássico, o que faz com que consiga abarcar figuras até então problemáticas, como os “contratos de fato” e os “quase-contratos”. Ao mesmo tempo, causando certa surpresa, BETTI atém-se ao conceito de contrato como “consenso” (essa é a razão pela qual não considera os “contratos de fato” como efetivos contratos), conceito esse que persiste nitidamente arraigado ao século XIX. Quiçá isso se deva à circunstância de que, no Código Civil Italiano de 1942, ainda sob a inspiração do Código Civil Francês, o conceito de contrato estava positivado expressamente como “acordo”³³⁵, ao passo que o conceito de negócio jurídico na Itália não estava positivado, era puramente doutrinário. Portanto, parece-me que, sem querer ir contra o conceito legal de contrato, BETTI viu na categoria do negócio jurídico a oportunidade para resolver a questão teórica da obrigatoriedade de figuras em que indubitavelmente não há encontro de vontades (“acordo”) em sua formação, mas cujo preceito jurídico está no âmbito de disposição dos particulares e acaba seguindo o modelo contratual. Desse modo, constata-se que, se no início a teoria clássica do negócio jurídico foi elaborada mediante uma expansão da concepção *naturalista* de contrato, agora, quando essa concepção *naturalista* estava positivada mas já apresentava problemas, a teoria do negócio jurídico foi utilizada por BETTI para manter o contrato enclausurado dentro de si, enquanto ela mesma se expandia sozinha ao seu redor.

A despeito disso, é importante esclarecer que em BETTI o contrato não deixa de fazer parte da categoria dos negócios jurídicos, motivo pelo qual lhe é extensível em geral tudo o que já foi dito até aqui sobre a visão que o autor italiano tem a respeito dessa categoria. Por conseguinte, o mero consenso das partes não se habilita automaticamente a gerar um regulamento contratual do ponto de vista jurídico, havendo, para tanto, a necessidade de que exerça uma função econômico-social relevante, isto é, de que seja digno da tutela jurídica. Em outras palavras, mesmo em relação aos contratos, em que teria preservado o requisito do “consenso”, BETTI não acolhe o conceito *naturalista* na sua *forma* pura, visto que lhe apõe um componente *funcional* como *elemento constitutivo da obrigatoriedade*. A transformação de um consenso em

³³⁵ Código Civil Italiano de 1942: “Art. 1321 Nozione: Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.” Esse conceito é bastante parecido com o do Código Civil Italiano de 1865: “1.098. Il contratto è l'accordo di duo o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico.”.

um regulamento jurídico ("relação jurídica obrigacional") já não depende mais apenas da subjetividade das partes; a última palavra pertence sempre ao direito, que analisará esse consenso por um critério externo de relevância social.³³⁶ Se bem que neste ponto o modelo de BETTI lembre o modelo de contrato da escolástica tardia, também *funcional*, ele não se apóia na noção de *bem comum com realidade objetiva*, mas sim na noção de que a sociedade pode fixar um *bem* a ser buscado através do direito, instrumento social; esse *bem* seria então algo *subjetivo*, por ter sido estabelecido pela sociedade, embora também possa ser figurativamente entendido como algo *objetivo*, por ser externo às partes. Por tudo isso, não há que se falar em "vontade" individual - ou mesmo "interesse", mais ao gosto do autor - como *fundamento de obrigatoriedade* do contrato, já que a sua juridicização obedece a outros critérios, principalmente sociais.

Em todos esses aspectos, BETTI se distancia definitivamente do paradigma do direito contratual clássico, ao opor-se ao individualismo, ao voluntarismo e ao *estruturalismo* jurídico. Porém, ainda assim, a noção de autonomia privada do mestre italiano guarda alguns aspectos em comum com a teoria clássica, como será visto agora.

Já foi referido que, para BETTI, o negócio jurídico é o fato social tutelado pelo direito, cujo regulamento, formado por declarações ou comportamentos com conteúdo preceptivo com a função de regular a conduta das partes em direção a interesses privados, constitui um preceito jurídico emanado da autonomia privada. A ser frisado agora é que, para BETTI, o ordenamento jurídico não pode constituir esse regulamento em contrariedade à iniciativa³³⁷ das partes em suas declarações ou comportamentos ocorridos na vida de relações, tampouco pode o ordenamento inserir nesse regulamento deveres de conduta em contrariedade com a autonomia privada.³³⁸ Tratando-se da categoria do negócio jurídico, a formação e o conteúdo do preceito jurídico (regulamento) devem advir exclusivamente das partes em sua relação social, estando o direito adstrito (I) a estabelecer limites negativos e requisitos positivos à autonomia privada para conceder-lhe sua tutela, (II) a determinar os seus efeitos jurídicos

³³⁶ BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico...**, p. 399-403.

³³⁷ Para não usar o termo "vontade", repellido por BETTI.

³³⁸ Sobre a autonomia privada ser a fonte exclusiva do regulamento: "*Ma il punto saliente è che, rispetto all'iniziativa privata, l'ordine giuridico non ha che una funzione negativa, limitatrice e disciplinatrice; nè è pensabile che possa sostituirsi al singolo nel compito che è propriamente suo. Tale compito consiste nel porre in essere quello che è il contenuto del negozio giuridico, ossia di configurarne e orientarne l'oggetto secondo il prescelto apprezzamento.*" (BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico...**, p. 84).

e (III) a *complementar* o regulamento negocial com normas de natureza supletiva, integrativa ou até corretiva, apenas quando isso for necessário para atender à função buscada pelas partes.³³⁹ Pode-se perceber com isso que, embora reserve ao direito um papel bastante ativo na juridicização dos atos (o direito pode “selecionar” quais atos merecem tutela jurídica e quais não merecem, no que se contrapõe à “autonomia da vontade para gerar um contrato com efeitos obrigatórios” da teoria clássica), BETTI sustenta uma grande passividade do direito no que concerne à formação e à definição do conteúdo daqueles regulamentos que venham a ser juridicizados na categoria de negócio jurídico: o direito faria pouco mais do que *recepção* o regulamento gerado pelas partes na vida de relações. Ou seja, apesar de extirpado o viés individualista e voluntarista da autonomia da vontade, em BETTI *o negócio jurídico continua sendo o “reino” da esfera privada, pois os particulares têm “soberania” sobre a formação e o conteúdo do preceito jurídico*. Afinal, como visto, o regulamento é um “ente” *formal-normativo com existência objetiva* gerado pelas partes (conquanto sob a supervisão do direito), razão pela qual o elemento formador do regulamento (a autonomia privada) continua sendo o determinante do seu conteúdo. Assim, por ser fonte material praticamente exclusiva do preceito jurídico, a autonomia privada, embora sujeita à seleção do direito, possui total protagonismo no negócio jurídico.

Desse modo, há ainda um significativo alinhamento entre a autonomia da vontade do direito contratual clássico e a autonomia privada de BETTI, conquanto esse alinhamento se dê em pólos diametralmente opostos do espectro voluntarismo-preceptivismo.³⁴⁰ Não se pode deixar de observar, com isso, que a teoria do mestre italiano, ainda que represente um significativo avanço, continua por não abarcar as hipóteses em que, a despeito do que as partes tenham regulado para si na vida de relações, o Estado lhes impõe o surgimento de uma relação jurídica obrigacional de modelo contratual (formação), tampouco as hipóteses em que o Estado define integral ou parcialmente as suas obrigações jurídicas (conteúdo). BETTI exclui completamente a esfera da heteronomia privada do âmbito dos negócios jurídicos, ao segregar os casos em que o poder público regula ativamente o arranjo de interesses dos particulares. Assim como na teoria do direito contratual clássico, a sua teoria é radicalmente

³³⁹ BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**...., p. 86-88.

³⁴⁰ ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, antes de expor a sua visão estruturalista, opõe a “definição pela gênese, ou voluntaristas” a “definições pela função, ou objetivas” (AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Op. cit.*, p. 4-14).

dicromática, sem meios-termos: ou temos autonomia privada e negócio jurídico, ou temos heteronomia privada e *não* negócio jurídico.

Porém, como já referido ao tratar da teoria clássica, o direito contratual do século XX apresenta nuances mais complexas do que essa dicromacia permite enxergar, motivo pelo qual a teoria de BETTI, apesar do seu brilho, mostra-se ainda insuficiente como novo paradigma. Se nos fiássemos apenas no que sustenta BETTI, em determinados casos, quando a autonomia privada definisse apenas parte do regulamento contratual, ficaríamos entre duas alternativas: negar a juridicidade a esse negócio ou deixá-lo no limbo, isto é, sem enquadrar-se em nenhuma das categorias dos fatos jurídicos.³⁴¹ Será necessário, então, multiplicar o espectro de visão dessa teoria, aproveitando as acuradas lições de BETTI a respeito dos interesses e da autonomia privada, mas contrabalançando-as com doutrinas mais amenas, que não dêem tanta ênfase ao elemento típico da formação do regulamento e, assim, que reservem espaço também para a heteronomia privada.

PONTES DE MIRANDA, por exemplo, apesar de ser adepto de uma noção voluntarista e *formal-lógico-positivista* (na tradição *formal-naturalista*) do negócio jurídico, e apesar também de não fazer distinção entre “autonomia da vontade” e “autonomia privada”, reconhece a autonomia dos particulares mais como um “princípio” que, embora deva estar sempre presente (sob pena de descaracterizar o negócio jurídico), não necessariamente determinará todo o conteúdo do ato negocial:

A técnica jurídica legislativa pode (a) deixar o mínimo à autonomia da vontade (a escolha de um dentre os negócios jurídicos *a, b, e, ..., n*), (b) deixar-lhe a escolha, até qualquer ponto, entre o mínimo e o máximo, (c) deixar-lhe o máximo (escolha do negócio jurídico com um só efeito legal que o distinga). A teoria da vontade determinante somente viu (c) ou exagerou (b); a teoria antitética reduziu (b) e (c) a (a). Ora, em certos negócios jurídicos, a vontade tem papel inelidível, e enorme, quanto à determinação da eficácia do negócio jurídico (negócios jurídicos fiduciários); outras vezes, a lei como que lhe prepara caixas, ou repositórios (negócios jurídicos formais); outras, ainda, a vontade exerce bem pouco (porém não nenhum) papel de relêvo (e.g., a derelicção). Quando a vontade desaparece, isto é, quando se abstrai

³⁴¹ Sobre a heteronomia privada como algo característico do direito, o que torna a hipótese da pura autonomia privada algo irrealístico: “*A legitimate criticism of the principle of private autonomy may be that it is phrased too narrowly, and excludes by implication private heteronomy. If we look at the matter realistically, we see that men not only make private laws for themselves, but also for their fellows. I do not refer here simply to the frequent existence of a gross inequality of bargaining power between contracting parties, nor to the phenomenon of the standardized contract established by one party for a series of routine transactions. Even without excursion into the social reality behind juristic conceptions, a principle of private heteronomy is visible in legal theory itself [...].*” (FULLER, Lon L.. Consideration and form. **Columbia Law Review**, {s.l.}, vol. 41, issue 5, p. 799-824, may 1941, p. 808).

dela, não há negócio jurídico (e.g., composição de obra científica, aquisição da posse, descobrimento de tesouro, que são atos-fatos jurídicos; aquisição da posse segundo o art. 493, III, se o que é figurante no ato está em situação de poder exercer o poder fáctico, que é efeito de ato jurídico *stricto sensu*).³⁴²

MARCOS BERNARDES DE MELLO, ao - de certo modo - desenvolver a teoria do negócio jurídico de PONTES DE MIRANDA para atender às necessidades teóricas dos tempos atuais, menciona “variação de amplitude” como uma concepção capaz de conjugar autonomia privada e heteronomia privada:

Na verdade, desde o final da Segunda Guerra Mundial, temos presenciado profundas transformações nas concepções de vida e nos padrões de comportamento social, em decorrência, principalmente, do desenvolvimento tecnológico e da explosão demográfica. No mundo massificado em que hoje vivemos, as relações negociais perderam, em muito, o carácter individual, que antes tinham, passando a se estabelecer de um modo impessoal, muitas vezes, até, por intermédio de máquinas. Essas transformações sociais impuseram a necessidade da intromissão do Estado na regulação do relacionamento individual, reduzindo e abrandando a liberdade contratual da maneira como concebida pelo individualismo do Estado liberal. [...] Ainda na nossa concepção, o elemento fundamental caracterizador do negócio jurídico consiste, precisamente, na circunstância de que a liberdade das pessoas (autonomia da vontade) na escolha da categoria jurídica e na estruturação do conteúdo eficaz da relação jurídica respectiva varia em amplitude, conforme as normas do sistema jurídico, podendo ir de um mínimo de escolha – quando há *numerus clausus* e apenas um tipo a escolher – a um máximo, quando se permite, até, a criação de espécies novas (*numerus apertus*). A vontade negocial, assim, só tem poderes de escolha dentro dos limites traçados pelo ordenamento jurídico, não sendo, portanto, livre e muito menos absoluta. A partir de uma tal concepção, não vemos dificuldade para explicar, como negócios jurídicos, os contratos de adesão, o contrato-tipo, o contrato administrativo e até os contratos ditos necessários.³⁴³

Todavia, ainda mais completa e precisa é a descrição da composição entre autonomia e heteronomia privada feita por VINCENZO ROPPO:

Ora dobbiamo domandarci: di dove scaturisce il regolamento contrattuale? Quali fattore lo determinano? Quali agenti lo costruiscono? Quando dominava il dogma della volontà, la risposta era semplice: un solo fattore, un solo agente – la volontà delle parti, cui si attribuiva la forza di creare effetti giuridici. Quel dogma oggi è tramontato. Ciò non significa negare il ruolo della volontà nella costruzione del regolamento contrattuale: tale ruolo resta decisivo. Semplicemente, non lo si concepisce più come onnipotente ed esclusivo. [...] In prima battuta, le fonti del regolamento contrattuale

³⁴² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo III. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 39.

³⁴³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. cit.*, p. 195-197.

*possono ricondursi a due categorie: fonti autonome, e fonti eteronome. Le fonti autonome si sintetizzano nella volontà delle parti. Questa fonte opera all'interno del contratto, nel senso che s'identifica con un elemento costitutivo della sua struttura: appunto la volontà delle parti, e più di preciso quella comune volontà che dà luogo all'accordo. Le fonti eteronome (o esterne, in quanto agiscono sul contratto dal di fuori della sua struttura) sono essenzialmente due: la legge, e la decisione del giudice.*³⁴⁴⁻³⁴⁵

O paradigma do novo direito contratual, então, residiria na circunstância de o ordenamento jurídico regular interesses privados efetivos e de essa regulação manifestar-se de maneira complexa no ordenamento jurídico, entre autonomia e heteronomia. Outrossim, o novo direito contratual, ao girar em um eixo em torno e em função de interesses reais do "mundo da vida", já não mais comporta a noção excessivamente *formalista* do contrato como um conceito preso ao "mundo jurídico".³⁴⁶

Nessa senda, é importante reparar que o direito contratual brasileiro, mais do que nunca após o Código Civil de 2002, admite perfeitamente esse novo paradigma.

³⁴⁴ ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. 2. ed.. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 429-430.

³⁴⁵ Tradução livre: "Agora devemos perguntar: de onde nasce o regulamento contratual? Quais fatores o determinam? Quais agentes o constroem? Quando reinava o dogma da vontade, a resposta era simples: apenas um fator, apenas um agente – a vontade das partes, à qual se atribuía a força de criar efeitos jurídicos. Esse dogma hoje está superado. Isso não significa negar o papel da vontade na construção do regulamento contratual: tal papel continua decisivo. Simplesmente, não se o concebe mais como onipotente e exclusivo. [...] Em primeiro lugar, as fontes do regulamento contratual podem ser reconduzidas a duas categorias: fontes autônomas e fontes heterônomas. As fontes autônomas se sintetizam na vontade das partes. Esta fonte opera no interior do contrato, no sentido de que ela se identifica com o elemento constitutivo de sua estrutura: exatamente a vontade das partes, e ainda mais precisamente aquela vontade comum que dá lugar ao acordo. As fontes heterônomas (ou externas, porque agem sobre o contrato por fora de sua estrutura) são essencialmente duas: a lei e a decisão judicial."

³⁴⁶ FERNANDO ARAÚJO, ao estudar o contrato do ponto de vista econômico, rechaça o *formalismo* "platônico": "A rematarmos esta introdução, sublinhemos aquele que é porventura o mais valioso contributo prestado pelo pendor pragmático da análise econômica à Teoria do Contrato: a advertência de que não pode nem deve sacralizar-se o contrato, que não é propriamente uma 'forma platônica' a que tudo deva acomodar-se, devendo reconhecer-se antes que, sendo um mero instrumento *facilitador* de interesses, está, e deve continuar a estar, sujeito a rectificações na sua forma e nos resultados a que conduz, em nome da justiça e da eficiência (não necessariamente por esta ordem) [...]" (ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 35-36); GERSON BRANCO chega à mesma conclusão; porém, a sua análise é feita em consideração à inovação de JHERING – como antecedente de BETTI - ao tratar sobre a finalidade do direito: "Apesar disso, o despertar para o estudo da finalidade do direito teve o papel de situar historicamente o contrato, afastando-o das concepções jusnaturalistas de caráter conceitual e metafísico, e nesse sentido atribui significação social ao contrato em razão da reflexão a respeito do interesse." (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos**: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45); também JACQUES GHESTIN descarta o contrato como *forma* puramente conceitual: "*Il n'y a pas d'essence contractuelle, de 'contrats par nature'. Il faut donc renoncer à faire du contrat un concept pour accepter de le réduire au rôle plus modeste, mais plus exact, de notion juridique, dont la seule justification ne peut être que fonctionnelle.*" (GHESTIN, Jacques. *Le contrat en tant...*, p. 81).

Com efeito, segundo MIGUEL REALE, o Novo Código tem como diretrizes a socialidade e a eticidade do “homem situado”, isto é, não mais o indivíduo abstrato e idealizado em si mesmo, isoladamente, mas sim o homem em sociedade e em permanente relação com seus pares, todos sujeitos a deveres jurídicos recíprocos.³⁴⁷ Essas diretrizes de socialidade e eticidade, à medida que impõem deveres aos particulares simplesmente pelo fato de conviverem em sociedade, autorizam que os contratos conjuguem a autonomia com a heteronomia privada, de modo que a regulação da relação contratual adote por vezes critérios internos às partes e, outras vezes, critérios externos a elas. Exatamente nessa linha, o paradigma autonomia-heteronomia privada se desdobrará nos parâmetros normativos basilares previstos no Código Civil Brasileiro de 2002: função social do contrato e boa-fé objetiva, estudados mais adiante. Assim, esse novo paradigma do direito contratual, cujos fatores comportam inúmeras combinações em cada ordenamento jurídico, podem dar maior vazão à autonomia ou à heteronomia privadas, sem, entretanto, descaracterizar-se a relação contratual.

3.2. A função social do contrato

A função social do contrato, mencionada no Código Civil Brasileiro de 2002, logo sabe como uma grande inovação do novo direito contratual. Se o contrato no século XIX era visto como estrutural e individual, fala-se agora no contrato com um elemento funcional e social. A doutrina, diante da novidade, esforça-se para entender tal parâmetro normativo, mas as respostas são variadas. GERSON BRANCO identifica uma linha de evolução histórica da função social que começa ainda no final do século XIX com Jhering, passa por León Duguit, por Enrico Cimbali (provavelmente o

³⁴⁷ MIGUEL REALE leciona sobre as idéias do Novo Código Civil: “Podemos dizer que estamos diante de duas realidades conexas: uma Sociologia da situação e uma Ética da situação. São dois valores que estão presentes na feitura do Código: conceber o homem não isoladamente, como um sujeito de direito *in abstracto*, mas sim como destinatário da norma que por si mesma leva em consideração o homem situado no conjunto de suas circunstâncias. Esta colocação inicial põe à vista dois princípios básicos que orientaram a elaboração do Código: o *princípio da socialidade*, vinculado à idéia de circunstância social em que se situa a pessoa humana; e o *princípio da eticidade*, que é o dever-ser em razão dessa situação mesma.” (REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 57).

primeiro a usar a expressão “função social do contrato”³⁴⁸) e por Karl Renner³⁴⁹, até desaguar em Betti, cuja noção de função social do contrato, juntamente com a concepção culturalista de direito de Miguel Reale³⁵⁰, teria sido a que mais fortemente influenciou o Código Civil Brasileiro de 2002.³⁵¹ Ante a impossibilidade de estudar as mais diferentes interpretações que a doutrina dá à função social do contrato, será essa linha apresentada por GERSON BRANCO que examinarei primordialmente aqui.

No tópico anterior, foi visto que, para BETTI, o ato da autonomia privada só adquire a qualidade de jurídico e gera um preceito jurídico quando merecer a tutela do direito. Deve haver uma justificação "objetiva" - ou seja, um critério criado pelo direito, e não pela subjetividade das partes - para que o ato da autonomia ganhe efeitos jurídicos.³⁵² Para o autor italiano, essa justificação (*fundamento da obrigatoriedade*) está relacionada exatamente com a *função* exercida pelo negócio, tradicionalmente denominada de causa³⁵³ (*causa final objetiva positiva*). Segundo BETTI, em um caso concreto, quando a relação social do tipo preceptivo tiver a função de realizar um interesse privado admitido pelo ordenamento como *socialmente* relevante, o ato de autonomia privada será qualificado como negócio jurídico e gerará um regulamento dotado de efeitos jurídicos (preceito jurídico).³⁵⁴ Portanto, nesse sentido, para que o ato da vida de relações pertença à categoria de negócio jurídico, é necessário que exerça uma *função social*, a fim de cumprir com o critério da justificação objetiva imposto pelo direito e, assim, merecer a sua tutela. Nas palavras do próprio BETTI:

Il diritto – e già prima del diritto la coscienza sociale – approva e protegge l'autonomia privata non in quanto segue il capriccio momentaneo, ma in quanto persegue un oggettivo e tipico interesse al

³⁴⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Op. cit.*, p. 52.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 41 et ss.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 151 et ss.

³⁵¹ Sobre a influência de BETTI na função social do contrato do Código Civil Brasileiro de 2002: “A concepção de autonomia privada adotada no artigo 421 do Código Civil segue a formada no direito italiano, com traços que identificam, principalmente, o acolhimento das idéias da doutrina italiana desenvolvida entre o final do século XIX e meados do século XX, especial do pensamento de Emilio Betti, para quem o contrato deve corresponder a funções típicas de cooperação socialmente úteis entre os membros de uma comunidade.” (*Ibidem*, p. 306).

³⁵² BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico...**, p. 172-173.

³⁵³ A equivalência de causa e função, para BETTI: “La causa è, in breve, la funzione d'interesse sociale dell'autonomia privata.” (*Ibidem*, p. 183).

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 173-174.

*mutamento dello stato di fatto e si dirige a funzione sociali degne di tutela.*³⁵⁵⁻³⁵⁶

A causa final como função já existia no direito contratual da escolástica tardia como como *elemento constitutivo da obrigatoriedade* atrelado à realização do *bem comum objetivo* mediante a prática de atos de *virtude*, o que era então o *fundamento da obrigatoriedade* do contrato. Já no direito positivo contemporâneo, seguindo a corrente de BETTI, a função também seria um *elemento constitutivo da obrigatoriedade* de uma relação social; porém, tendo em vista a separação da moral e do direito, ao invés da prática do *bem comum objetivo*, essa função estaria vinculada à prática de um interesse privado *socialmente* relevante.³⁵⁷ Pode-se dizer, a partir disso, que a realização desse interesse privado socialmente relevante é – em termos genéricos, sem precisar o que é socialmente relevante - o *fundamento da obrigatoriedade* do contrato no novo direito contratual. O direito somente confere efeitos jurídicos a uma relação social do tipo preceptiva à medida que ela realize um interesse privado socialmente relevante, porque esse é, dentro da concepção *instrumental* que BETTI tem do direito como fenômeno social, o *fundamento da sua obrigatoriedade*.³⁵⁸ A função

³⁵⁵ BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico...**, p. 181.

³⁵⁶ Tradução livre: "O direito – e antes que ele a consciência social – aprova e protege a autonomia privada não enquanto ela segue o capricho momentâneo, mas enquanto persegue um interesse objetivo e típico de mudança do estado de fato e se dirige a uma função social digna de tutela."

³⁵⁷ ORLANDO GOMES e ANTUNES VARELA evidenciam que a superação do individualismo é uma marca do direito do século XX como fenômeno geral, não uma característica exclusiva do direito contratual: "o indivíduo deixa de ser um fim em si e se torna um *ser social*; os direitos privados passam a ser encarados, no seu exercício, como uma *função social*; [...] Não há mais nada *individual*. Tudo passa a ser *social*." (GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. *Op. cit.*, p. 55).

³⁵⁸ Também é essa a abordagem de MORRIS COHEN: "*A contract, therefore, between two or more individuals cannot be said to be generally devoid of all public interest. If it be of no interest, why enforce it? For note that in enforcing contracts, the government does not merely allow two individuals to do what they have found pleasant in their eyes. Enforcement, in fact, puts the machinery of the law in the service of one party against the other. When that is worthwhile and how that should be done are important questions of public policy.*" (COHEN, Morris R.. *Op. cit.*, p. 562). Igualmente é assim que SANTORO-PASSARELLI trata a questão ao se referir à causa: "A autonomia privada é admitida pelo ordenamento em vista e em função do *escopo* que ela prossegue. Por isso acontece, antes de mais nada, que a lei deduz as várias causas possíveis, isto é, os vários tipos de negócio, dos objectivos que na realidade os particulares se propõem, desde que estes objectivos pareçam socialmente oportunos e por isso mercedores de tutela. [...] É este o problema fundamental da causa, e, esclarecido desta maneira, compreende-se que a causa seja ao mesmo tempo um elemento objectivo, na medida em que é estabelecido pela lei como *condição* da autonomia privada, e subjectivo, na medida em que a vontade deve, *em concreto*, ser movida por uma causa, isto é, tender a um fim, em conformidade com a lei." (SANTORO-PASSARELLI, F.. **Teoria geral do direito civil**. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Atlântida Editora, 1967, p. 140-141).

ganha, com isso, a condição de *elemento constitutivo da obrigatoriedade* de uma relação social do tipo preceptiva, isto é, causa jurídica que deve estar presente para que a relação gere efeitos jurídicos (*causa final objetiva positiva*).³⁵⁹

Neste primeiro aspecto, segundo a linha *formal-normativista* de BETTI, o parâmetro da função social não teria um caráter de normatividade, mas unicamente um caráter de requisito de juridicidade, no intuito de que a relação social passe ao plano jurídico. Isso acontece porque, como já mencionado, BETTI atribui um papel muito ativo ao direito na “seleção” dos atos fáticos relevantes para o direito, papel ativo que se manifesta justamente na função social: para configurar um regulamento do ponto de vista do direito, não basta a relação social preencher o conceito estrutural de contrato ou negócio jurídico (“consenso”, “encontro de vontades de obrigar-se” ou “regulamento”); ela deve atender também a um requisito funcional. GERSON BRANCO retrata muito bem a função social como elemento constitutivo da juridicidade:

A função social é uma das dimensões do contrato, portanto a função é elemento constitutivo e não mero limite externo do contrato. [...] O Código Civil, ao acolher a função social dos contratos em uma cláusula geral que disciplina a liberdade de contratar, alargou o conceito de contrato: inseriu como elemento indispensável de recepção e juridificação dos atos de vontade que o preceito resultante esteja conformado aos interesses sociais para os quais o contrato foi concebido, como condição de sua validade e eficácia. Em outras palavras, o contrato não pode mais ser visto e definido somente a partir de sua estrutura. É necessário que qualquer definição de contrato inclua sua dimensão funcional. O legislador não ordenou diretamente aos particulares que celebrem contratos conforme o princípio da socialidade, tal qual fez com a boa-fé; ele determina que o juiz, ao executar ou interpretar um contrato, somente reconheça os efeitos da declaração negocial que sejam conforme à função social dos contratos.³⁶⁰

Por outro lado, é preciso ressaltar que, em uma linha *formal-lógico-positivista* de tradição *formal-naturalista*, o preenchimento do conceito estrutural do contrato continua suficiente como constitutivo da sua juridicidade (*existência* jurídica), ainda que a sua

³⁵⁹ Em visão bastante aproximada, CLÁUDIA LIMA MARQUES: “É uma nova concepção de contrato no Estado social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o *interesse social*.” (MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 211); e SCOGNAMIGLIO: “*La dottrina ragiona in proposito così: l’ordinamento non riconosce di certo qualsiasi volontà delle parti purchè sia dichiarata; occorre che la volontà privata sia diretta, altresì, a realizzare finalità, scopi, che il diritto ritenga meritevoli di tutela. Quest’esigenza viene soddisfatta, sul piano della costruzione giuridica, appunto concependosi la causa, cioè lo scopo della volontà giuridicamente protetto, come elemento essenziale del negozio.*” (SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*, p. 246).

³⁶⁰ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Op. cit.*, p. 306-312.

validade exija a função social.³⁶¹ Em um aspecto mais prático, em verdade as linhas *formal-normativista* e *formal-lógico-positivista* acabam por convergir neste ponto, à medida que o regulamento jurídico (primeira linha) e a relação jurídica obrigacional (segunda linha) somente nascem quando a estrutura estiver acompanhada da função.

Portanto, seja qual for a linha adotada, percebe-se, neste primeiro aspecto, como destacado por GERSON BRANCO, que a função social do contrato não traduziria uma norma, e sim uma *metanorma*³⁶²⁻³⁶³, um parâmetro para verificar a incidência das normas de direito contratual, de modo que elas (as autênticas normas, como o dever de cumprir um contrato) somente incidam quando estiver presente a função social. O artigo 421 do Código Civil Brasileiro de 2002, ao estabelecer que “a liberdade de contratar será exercida *em razão* da função social do contrato”, estaria exercendo justamente esse papel de metanorma, informando que a relação social das partes só se justifica como contrato *válido por causa* da sua função social.³⁶⁴

E cabe advertir: até aqui, nessa linha teórica de BETTI, a metanorma da função social é apresentada apenas enquanto mecanismo jurídico puro, ainda desprovida de qualquer significado ou consequência normativa. Ou seja, não se está discutindo em que consiste esse critério, mas tão-somente afirmando que, seja qual for a idéia de relevância social adotada por um determinado ordenamento jurídico para que um interesse privado mereça tutela, há uma condição funcional para que as normas incidam – o mero preenchimento do conceito estrutural não basta, porque o “mundo jurídico” não se justifica mais a si mesmo. É por isso que a relevância social dos interesses privados é uma definição do *fundamento da obrigatoriedade* do contrato feita em termos genéricos. Não se trata ainda de uma abordagem dogmática para perquirir quais são os valores sociais refletidos no direito contratual (individualismo, liberalismo, socialidade, solidarismo, socialismo *etc.*); trata-se de uma proposição relacionada mais

³⁶¹ Por exemplo, ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO – se bem que escrevendo sob a égide do Código Civil de 1916 - nega que a função seja elemento *constitutivo* do “negócio” (plano da *existência*), por ela ser externa à sua estrutura. Seguem as palavras exatas do autor: “Diz-se também, especialmente nos países causalistas, que a causa, entendida, pois, como ‘função’, é ‘elemento constitutivo’ do negócio. Ora, isso envolve a insuperável contradição de colocar a função como fazendo parte do negócio, quando jamais a função de um ser pode ser, ao mesmo tempo, elemento constitutivo dele.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Op. cit.*, p. 153-154).

³⁶² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 122.

³⁶³ Mais correto seria “pronorma”, já que possui anterioridade lógica em relação à norma.

³⁶⁴ Nesse sentido, a lição de JUDITH MARTINS-COSTA: “A expressão ‘em razão da’ função social indica, concomitantemente: a) que a função social do contrato integra, constitutivamente, o *modo de exercício* do direito subjetivo (liberdade contratual); [...]” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Reflexões...*, p. 236).

diretamente à teoria geral do direito, de compreender o direito como instrumento social, pertencente à sociedade, que, para ser empregado, precisa de uma função que é, nesse sentido, social. É verdade – como já estudado - que BETTI possui uma visão “objetivista” do negócio jurídico, considerando-o como um ato da esfera da socialidade, e não da individualidade. Porém, neste ponto específico da sua teoria, entender a função social como um *elemento constitutivo da obrigatoriedade* vinculado ao *fundamento da obrigatoriedade* do contrato não é algo exclusivo dessa visão objetivista e social do negócio, nem depende dela. Aliás, convém lembrar que o próprio BETTI reserva a categoria do negócio jurídico para a autonomia privada, com exclusividade, descartando qualquer influência estatal sobre o conteúdo do regulamento negocial admitido pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, SCOGNAMIGLIO comenta que, normalmente, ao se tecerem as diferenças entre a teoria subjetivista e a teoria objetivista no que diz respeito à causa, atribui-se à teoria subjetiva uma causa subjetiva (que remonta à vontade das partes) e reserva-se a causa objetiva (que exige uma função social) à teoria objetiva; no entanto, logo afirma que esse dualismo não é mais tão nítido.³⁶⁵ STOLFI, por exemplo, em sua visão subjetivista e individualista do negócio jurídico, também reconhece a causa como *elemento constitutivo da obrigatoriedade* necessário para que o consenso receba a proteção do ordenamento jurídico, e compreende causa como “escopo lícito” a ser definido pelo legislador³⁶⁶ – ou seja, há um componente funcional “objetivo” (externo às partes) como requisito para que o negócio produza um resultado admitido pela sociedade. Enfim, entendida a função social como um elemento conectado à realização de um interesse privado aceito como socialmente relevante (*fundamento da obrigatoriedade* do contrato em sentido genérico), não há necessariamente uma limitação material da liberdade de contratar; o que muda com essa perspectiva é o modo pelo qual essa liberdade de contratar se manifesta, que é um modo funcional, mas essa liberdade pode ser a mais ampla possível - não há nada que impeça a sociedade de considerar relevante um mero capricho

³⁶⁵ Conforme relata SCOGNAMIGLIO: “Solitamente si contrappongono in materia due concezioni fondamentali, l’una, detta soggettiva, che riporta la causa alla volontà dell’agente, l’altra, oggettiva, che, distaccandola dal volere, la collega alla funzione del negozio; si esse deve esporsi brevemente il contenuto e la critica, avvisandosi fin da ora che l’opposizione tra i due profili (soggettivo e oggettivo) non risulta mai troppo netta poichè si concede da ciascuna teoria, nella sua formulazione migliore, non poco al punto di vista avversario.” (SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*, p. 247).

³⁶⁶ STOLFI fala em acolhimento da autonomia das partes pelo ordenamento jurídico: “La causa ha dunque rilievo perchè serve a limitare l’autonomia della volontà: il legislatore non accorda la protezione dell’ordinamento giuridico se non si sappia perchè le parti hanno prestato il loro consenso ed inoltre se non si sappia che tale consenso è stato prestato per uno scopo lecito.” (STOLFI, Giuseppe. *Op. cit.*, p. 31).

individual, por exemplo. A liberdade de contratar pode ser a mais plena, e ainda assim ser garantida pelo direito *em razão* da sua função socialmente relevante.

Enfim, esse seria o primeiro aspecto da função social do Código Civil Brasileiro de 2002, coerente com a teoria de BETTI, que, a rigor, sequer precisaria constar expressamente do Código, já que se trata mais de uma metanorma que anuncia em teoria como o direito contratual opera, independentemente do seu conteúdo normativo.

O segundo aspecto da função social, a ser estudado agora, também está contido no artigo 421 do Código Civil Brasileiro de 2002, quando estabelece: “a liberdade de contratar será exercida nos *limites* da função social do contrato”. Isso já indica um acréscimo material ao parâmetro normativo, de dar significado ao critério objetivo-funcionalista atinente à metanorma. Ao invés de se restringir a tratar o *fundamento da obrigatoriedade* como “realização de interesses privados admitidos como socialmente relevantes”, em termos genéricos, esse segundo aspecto impele o operador a buscar a definição normativa do que é o *fundamento da obrigatoriedade* no direito brasileiro. Em outras palavras, o texto normativo conduz à definição de quais são os valores que o ordenamento jurídico preza e que moldam seus princípios, de modo que se possa reconhecer concretamente quando se está diante de interesses privados tidos como socialmente relevantes a ponto de receberem efeitos jurídicos. Afinal, se o Código fala em *limites*, quer deixar explícito que a atividade de contratar não é plena, admite interferência estatal - o que pode se referir tanto à sua formação quanto ao seu conteúdo.

Nesse passo, para que possa ser feita essa compreensão completa dos *fundamentos da obrigatoriedade* do contrato, duas questões se colocam ainda primariamente. A primeira é saber qual ou quais esferas de interesses o ordenamento toma em consideração ao definir quando o interesse privado das partes é socialmente relevante. A segunda é verificar se os limites impostos pelo ordenamento à liberdade de contratar, com base na função social que ela deve desempenhar, são apenas negativos, ou se podem ser também limites positivos.

Quanto à primeira questão, segundo JUDITH MARTINS-COSTA, a função social esculpida no direito brasileiro pelo artigo 421 do Código Civil expressa que o instituto do contrato concerne tanto à dimensão social intersubjetiva (entre as partes),

quanto à dimensão social transubjetiva (frente a terceiros, determinados e indeterminados).³⁶⁷ MIGUEL REALE, igualmente, compreende a função social do contrato como uma “justa composição de interesses individuais e coletivos”.³⁶⁸ Ou seja, esses autores entendem que, com o Novo Código, até mesmo em decorrência da diretriz da socialidade, o direito brasileiro se afastou de uma concepção puramente privatista do contrato, o que acaba se refletindo no significado da função social dessa figura jurídica.³⁶⁹⁻³⁷⁰ A função social do contrato não é apenas proporcionar que as partes realizem seus interesses socialmente relevantes, mas é também conciliar o modo de realização desses interesses com outros interesses socialmente relevantes.³⁷¹ Na verdade, não há nada substancialmente novo aqui, já que o modo como os contratantes podem realizar os seus interesses socialmente relevantes sempre foi controlado pelo direito em face de demais interesses sociais, como no caso da proibição de contratar

³⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Reflexões..., p. 236

³⁶⁸ REALE, Miguel. **Estudos preliminares do código civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

³⁶⁹ Vale citação mais específica de JUDITH MARTINS-COSTA a respeito da eficácia transubjetiva da função social: “Situada essa perspectiva podemos concluir que a autonomia privada (fonte da liberdade de contratar), re-significada, afastada da perspectiva atomista e voluntarista, assenta-se no *postulado* (concomitantemente *fático e normativo*) da socialidade, é dizer: que todo o indivíduo é social e que o *telos* da individuação só pode ser alcançado socialmente. [...] É, porém, na geração de eficácias transubjetivas que reside, no meu juízo, a função que mais de perto está ligada no ‘*em razão da*’ e a que mais fundamentalmente poderá inovar a teoria do contrato. Em termos amplíssimos, significa que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas.” (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Reflexões..., p. 229-242).

³⁷⁰ Alguns autores, como LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA, vislumbram um mandamento de comportamento solidário na função social do contrato, o que importa aqui para demonstrar a relevância de esferas de interesses alheias às partes: “Já os reflexos externos das relações contratuais, ou seja, as relações contratuais enquanto fatos que se inserem no mundo de relações econômicas e sociais, com isto integrando-se à cadeia produtiva e afetando a esfera de terceiros, impõem um comportamento solidário, cooperativo, que é atuado pela idéia de função social no exercício da liberdade contratual (regra do artigo 421 do Código Civil).” (SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 133). Em sentido similar, JORGE CESA FERREIRA DA SILVA: “Assim, visando a estabelecer um perfil conceitual do princípio da função social, *pode-se dizer que ele impõe a observância das consequências sociais das relações obrigacionais, tendo como pressuposto a compreensão de que direitos e faculdades individuais não são imiscíveis às necessidades sociais, dado que o indivíduo só pode construir a sua vida em sociedade.*” (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 271 p p. 112).

³⁷¹ Cabe fazer a ressalva de que, no Código Civil Brasileiro, a função social não exige que as partes contratantes “tenham interesse” pelos terceiros e pela coletividade; ao revés, é a sociedade que tem interesse no contrato e que, ao mesmo tempo, busca salvaguardar os interesses dos terceiros e da coletividade. Sem prejuízo disso, parece-me que, em se tratando de relações privadas, não se admite que o ordenamento jurídico desprezasse os interesses das partes contratantes, tampouco os subordine (em grau de importância) relativamente a interesses alheios, embora possa orientá-los para se conformarem com os demais interesses envolvidos.

em contrariedade à ordem pública e aos bons costumes, que já existia no Código Civil Francês de 1804.

A partir disso, pode-se sustentar que, ao definir os *fundamentos da obrigatoriedade* do contrato, o direito (I) pode ter como referência imediata os seus potenciais efeitos benéficos entre as partes (e mediata os seus efeitos sobre a sociedade, que também preza os efeitos benéficos entre as partes); (II) pode ter como referência imediata os seus potenciais efeitos benéficos e prejudiciais sobre terceiros³⁷² (e mediata os seus efeitos sobre a sociedade, que pode sentir responsabilidade por esses terceiros); e, ainda, (III) pode ter como referência imediata os seus potenciais efeitos benéficos e prejudiciais na sociedade em geral (e mediata os seus efeitos entre as partes, que podem se beneficiar juntamente com a sociedade).³⁷³ É dizer: os critérios a serem escolhidos pelo direito para avaliar *quando* e *como* um interesse privado é digno de proteção podem ter em conta essas três perspectivas.³⁷⁴

No que toca à segunda questão levantada acima (limites negativos e/ou positivos), já foi visto que BETTI, apesar de reservar um papel bastante ativo ao direito na “seleção” dos atos da autonomia privada acolhidos pelo ordenamento jurídico, continua a considerar a categoria dos negócios jurídicos como um ambiente exclusivo para a autonomia privada, afirmando que o direito exerce um papel passivo e receptivo na formação e na determinação do conteúdo do negócio jurídico. Nesse sentido, o critério da função social imporia somente limites negativos à autonomia privada, evitando que negócios sem relevância social se tornem jurídicos, ou, quando houver relevância social parcial, desbastando os negócios jurídicos nos pontos em que isso for necessário para se conformarem aos demais interesses socialmente relevantes. Todavia, se, incrementando a visão de BETTI, aceitar-se a premissa de que o direito contratual hoje é regido pela dualidade autonomia e heteronomia privadas, como referido no tópico anterior, não haveria motivo para que o papel da função social fosse apenas negativo

³⁷² USTÁRROZ, Daniel. **Direito dos contratos: temas atuais**. 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 117.

³⁷³ Sobre o interesse social na realização dos interesses individuais, sustenta CLÁUDIO MICHELON: “Podemos considerar assim que todos os membros de uma particular comunidade política têm interesse na realização dos interesses de cada um dos demais membros da daquela comunidade (independentemente de o indivíduo reconhecer que tem esse interesse).” (MICHELON, Cláudio. A natureza (pública) do direito privado. In: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister; FRADERA, Véra Maria Jacob de [org.]. **Estudos de direito privado e processual civil**: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 67).

³⁷⁴ JACQUES GHESTIN também trata os fundamentos da obrigatoriedade do contrato tendo como referência o interesse das partes e o interesse geral. Ver: GHESTIN, Jacques. L'utile..., p. 41.

– até porque, se assim fosse, não haveria novidade *normativa* alguma na função social, bastaria repetir o enunciado do Código Civil Francês de 1804. Portanto, seria compatível com esse paradigma interpretar que o artigo 421 do Código Civil, ao estabelecer que “a liberdade de contratar será exercida nos limites da função social do contrato”, está implicitamente a gizar também que a “liberdade de *não* contratar será exercida nos limites da função social do contrato”. Ou seja, com base na função social, as fontes heterônomas estariam autorizadas, dependendo das circunstâncias, a impelir as partes a contratar (formação) ou a criar novas obrigações contratuais (conteúdo) mesmo sem a sua concordância - seja no intuito de zelar pelos interesses privados das partes, seja no intuito de conciliá-los com interesses alheios³⁷⁵.

Assim, conjugando a matéria do tópico anterior com a função social, pode-se dizer que a autonomia privada se manifesta nos contratos quando o direito, ao definir via interpretação ou integração a conduta juridicamente exigível das partes, toma em consideração a aptidão delas de, na sua interação social, dispor entre si sobre seus interesses segundo critérios internos. Todavia, inegavelmente haverá casos em que se manifestará a heteronomia privada, quando o direito, ao avaliar a disposição feita pelas partes, resolve empregar – parcial ou integralmente - critérios próprios (externos às partes) para definir a conduta juridicamente exigível, no intuito de melhor regular os interesses delas (por exemplo, justiça contratual *socialmente aceitável*). Nessa tarefa de regular os interesses das partes por critérios externos a elas, o direito poderá também direcionar tais interesses privados para promover algum interesse alheio ou coletivo (por exemplo, desenvolvimento econômico). E, em algumas situações mais drásticas, o direito poderá até mesmo colocar autoritariamente as partes em uma relação jurídica mesmo quando não haja prévia interação na realidade social, ou quando tal interação for imperfeita, inconclusa.³⁷⁶ Portanto, vale salientar mais uma vez a visão do substrato do contrato como uma relação social³⁷⁷ do tipo preceptiva, com uma

³⁷⁵ Desde que os seus interesses privados sejam preservados, sem subordinação em relação aos interesses de terceiros e aos interesses públicos, pois do contrário se estaria saindo do âmbito do direito contratual ou do direito privado.

³⁷⁶ Sobre a formação de contratos sem interação social autônoma: “A liberdade para concluir negócio jurídico é a faculdade que tem cada um de decidir se quer, e com quem quer, realizá-lo. Tal liberdade pode, excepcionalmente, ser restringida, a ponto de transformar o negócio em ato de cogência. É o que ocorre com os denominados ‘contratos ditados’, utilizados em certos tipos de planificação econômica, surgidos nas últimas guerras, como instrumentos para a melhor distribuição de certos produtos ou de determinados bens, considerados básicos.” (SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação...**, p. 26).

³⁷⁷ SCOGNAMIGLIO fala em “momento social”. Ver: SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*, p. 5-6.

finalidade de composição de interesses privados intersubjetivos, necessariamente; e, contingentemente, com uma finalidade de composição desses interesses privados intersubjetivos também com interesses coletivos³⁷⁸.

Nessa senda, o estudo mais aprofundado da função social permitirá compreender como o direito contratual atua na prática jurídica e quais são os seus fundamentos mais importantes; conhecidos esses fundamentos, a função social realizará ainda uma importante tarefa: servir como baliza interpretativa de todas as normas e de todas as relações contratuais.³⁷⁹ Nos subtópicos a seguir, examinarei os *fundamentos de obrigatoriedade* que a doutrina identifica como aplicáveis ao nosso direito, a utilidade e a justiça, bem como os princípios deles decorrentes.

3.2.1. Fundamentos da obrigatoriedade do contrato: utilidade e justiça

Embora BETTI tenha bem estabelecido a tese da função social, a sua análise dos *fundamentos da obrigatoriedade* do contrato se restringe a uma abordagem tipológica, reconhecendo que cada tipo contratual realiza uma determinada função sócio-econômica.³⁸⁰ Assim, BETTI efetua uma categorização de tipos contratuais que seriam relevantes de acordo com a função sócio-econômica que desenvolvem, a exemplo dos contratos de circulação de bens mediante alienação, contratos de crédito, contratos de gestão (e assim por diante).³⁸¹

³⁷⁸ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*, p. 116.

³⁷⁹ Sobre os diversos papéis exercidos pela função social do contrato: "A cláusula geral da *função social* dos contratos tem múltipla função: a) cânone hermenêutico e norma de sistematização do direito contratual; b) norma de integração entre a teoria geral dos contratos e o regime geral das obrigações disciplinados no Código Civil com as leis especiais; c) sistematização e regulação do tratamento unitário das obrigações civis e mercantis, tendo em vista que o contrato é o instrumento de concretização das atividades econômicas organizadas sobre o plano funcional da unidade de fim, que caracterizam a atividade empresarial; d) controle do conteúdo das condições gerais dos negócios e contratos de adesão; e) controle a ser realizado pelo juiz da necessária correspondência entre o interesse privado e o interesse social que tipicamente é realizado por meio do contrato celebrado pelas partes." (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Op. cit.*, p. 306).

³⁸⁰ GERSON BRANCO também faz essa leitura de BETTI: "O reconhecimento da relevância e utilidade tem como principal critério o construído pela teoria do negócio jurídico de Emilio Betti, que identifica na tipicidade social da operação econômica subjacente, na causa do contrato, os elementos necessários para que o juiz avalie a existência de uma razão objetiva que justifique a tutela estatal." (*Ibidem*, p. 205)

³⁸¹ BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**. Vol. 3, 1. parte..., p. 1-3.

Em uma proposição de caráter geral, quem fornece uma prestigiada definição dos *fundamentos da obrigatoriedade* do contrato é JACQUES GHESTIN. Para esse autor francês, o direito tutela os contratos porque eles promovem utilidade e à medida que isso garanta justiça; são esses os dois valores que o direito positivo busca realizar e que inspiram todo o direito contratual³⁸²:

*C'est finalement la recherche, par le droit objectif, de l'utile et du juste, qui justifie la force obligatoire du contrat, et qui, du même coup, en fixe les conditions et les limites, autrement dit le régime du contrat, dans son ensemble. Dans cette optique le just et l'utile n'apparaissent plus comme des éléments objectifs, extérieurs au contrat, et permettant de le contrôler au nom de l'intérêt général et de la justice contractuelle. Le juste et l'utile sont les fondements mêmes de la force obligatoire du contrat, d'où se déduira l'ensemble de son régime. [...] On peut ajouter que le législateur, conformément au droit objectif qui le dépasse, ne sanctionne le contrat que parce qu'il est utile et à la condition qu'il soit juste.*³⁸³⁻³⁸⁴

Segundo essa visão, a sociedade tem interesse nos contratos porque eles são úteis às partes, e também porque são úteis à sociedade. Uma utilidade adviria da circunstância de, ao garantir-se a obrigatoriedade do contrato, oferecer-se aos cidadãos um instrumento em que é possível prever e coordenar os seus atos futuros com segurança jurídica, diminuindo os riscos e as incertezas sobre o amanhã. Isso propicia relações de cooperação mais numerosas e permite interações econômicas de troca mais eficientes, o que facilita a satisfação das necessidades dos particulares e a vida em sociedade.³⁸⁵ Nesse sentido, ao lado da heteronomia, a autonomia privada desempenha um importante papel que a faz merecedora da tutela jurídica, porque o direito jamais conseguiria regular sozinho todas as inúmeras relações da vida econômica – ao contrário, o direito quase nunca consegue fazê-lo sozinho.³⁸⁶

³⁸² São esses também os dois valores vinculados à função social dos contratos no direito brasileiro, segundo LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA: "A dicção do novo artigo 421, ao referir que a liberdade é exercida em razão e nos limites da função social, dentro da definição acima dada, pode ser compreendida, como já tive a oportunidade referir, como 'a realização da utilidade e da justiça do próprio contrato [...]'" (SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social..., p. 138).

³⁸³ GHESTIN, Jacques. L'utile..., p. 40-41.

³⁸⁴ Tradução livre: "É finalmente a busca, pelo direito objetivo, do útil e do justo, que justificam a força obrigatória do contrato e que, ao mesmo tempo, fixam suas condições e seus limites - também dito regime do contrato - em seu conjunto. Nessa ótica o justo e o útil não aparecem mais como elementos objetivos, exteriores ao contrato; permitem controlá-lo em nome do interesse geral e da justiça contratual. O justo e o útil são os verdadeiros fundamentos da força obrigatória do contrato, de onde se deduzirá o conjunto do seu regime. [...] Pode-se acrescentar que o legislador, em conformidade com o direito objetivo naquilo que o excede, não sanciona o contrato senão porque ele é útil e sob a condição de que seja justo."

³⁸⁵ GHESTIN, Jacques. L'utile..., p. 44-48; GHESTIN, Jacques. Le contrat en tant..., p. 91.

³⁸⁶ FULLER, Lon L.. *Op. cit.*, p. 810.

Ao mesmo tempo, no intuito de preservar a harmonia social, a sociedade tem interesse que as relações entre as partes sejam justas (justiça comutativa). Ou seja, de um lado, a sociedade entende que a falta de coercibilidade em caso de não cumprimento da prestação pode originar danos entre as partes (dir-se-ia, assim, que os contratos são obrigatórios *para que* haja justiça); de outro lado, a sociedade não quer emprestar sua tutela jurídica para perpetrar algo que ela própria entende injusto (aqui, os contratos são obrigatórios *contanto* que haja justiça contratual). A expressão “justiça” pode assumir diferentes nuances a depender do contexto, como o respeito à palavra dada, que obriga ao cumprimento da prestação, mas também um equilíbrio entre as prestações previstas no contrato, que pode desobrigar o cumprimento da mesma prestação. Em outras palavras, o fundamento da justiça nos ajuda a compreender as hipóteses em que o direito obriga o devedor e também as hipóteses em que o libera.³⁸⁷⁻³⁸⁸

Há de se destacar que esses dois valores que fundamentam a obrigatoriedade dos contratos (utilidade e justiça) são independentes, mas complementares. O ordenamento jurídico poderá proteger um contrato por uma questão de justiça, mesmo que não haja utilidade; e poderá proteger um contrato por uma questão de utilidade, mesmo que não haja justiça. Todavia, o normal é que utilidade e justiça andem juntas, inclusive porque garantir a obrigatoriedade do contrato em nome da justiça costuma contribuir para a utilidade econômica dessa figura jurídica.³⁸⁹ Do mesmo modo, em algumas ocasiões, excepcionar a obrigatoriedade do contrato em razão da justiça também poderá ser benéfico do ponto de vista econômico. LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA, por exemplo, sustenta a idéia de que um contrato desequilibrado tem menor

³⁸⁷ GHESTIN, Jacques. *L'utile...*, p. 50.

³⁸⁸ Veja-se a proximidade dessa tese com a doutrina de POTHIER: “*Cuando la causa por la cual el compromiso ha sido contratado es una causa que hiere la justicia, la buena fe, o las buenas costumbres, ese compromiso es nulo, lo mismo que el contrato que la contiene.*” (POTHIER, Robert Joseph. **Tratado de las obligaciones...**, p. 33).

³⁸⁹ Sobre a justiça como forma de promover a utilidade econômica do contrato: “*Economic analysis, then, suggests a ground for legal enforcement of promises: promises are enforced, not to do justice between the parties to a particular dispute, but rather to establish rules that will encourage socially desirable promise-making behavior by future parties. Full development of this theory requires an explanation of why legal enforcement is required (is legal enforcement cheaper than enforcement by other means?), and why it isn't the case that all promises are enforced.*” (SCOTT, Robert E.; KRAUS, Jody S.. *Op. cit.*, p. 27).

probabilidade de ser cumprido, o que resultaria na perda de sua utilidade, já que haveria comprometimento na obtenção da finalidade contratual.³⁹⁰ Outrossim, a possibilidade de serem liberadas de cumprir um contrato que padece de grave injustiça aumenta a disposição das partes de entrar em uma relação contratual, principalmente no caso dos contratos por adesão, já que reduz a insegurança quanto ao compromisso assumido sem plena informação. Por outro lado, se qualquer nível de injustiça for suficiente para liberar o devedor, a segurança das relações também restará prejudicada, diminuindo a utilidade social dessa figura jurídica. Por essas razões, a teoria da utilidade e da justiça é recebida também por autores ligados à análise econômica do direito, como é o caso de FERNANDO ARAÚJO³⁹¹.

Assim, nessa dualidade entre utilidade e justiça como *fundamentos da obrigatoriedade* contratual, o direito adota, dentre outros, quatro princípios que merecem atenção aqui. Dois deles agem especialmente para incitar a obrigatoriedade: a confiança contratual e a reciprocidade; os outros dois agem geralmente para restringi-la: a liberdade contratual e o equilíbrio das prestações contratuais.

3.2.2. Princípio da confiança contratual

Na dualidade entre utilidade e justiça, um dos elementos que o direito analisa em uma relação social é a confiança que uma parte gerou na outra. Diferentemente do que ocorre nas teorias voluntaristas do direito contratual clássico, a teoria da confiança busca na pessoa do destinatário da promessa (e não do promitente) o *fundamento da obrigatoriedade* do contrato. Segundo a teoria da confiança, o contrato surge não porque o indivíduo exerceu sua liberdade ao manifestar uma “vontade”, mas porque essa manifestação criou uma expectativa no outro indivíduo. Devido ao preceito

³⁹⁰ Nas palavras do autor: “Para isto, é importante que as trocas sejam justas e úteis, pois se não o forem, os contratantes, certamente, deixarão de cumprir os contratos firmados, e isto resultará em uma quebra da finalidade da liberdade contratual. Com isso entendo que o contrato cumpre sua função (razão pela qual foi acolhido no ordenamento jurídico) sempre que permitir a realização e a manutenção das convenções livremente estabelecidas. Estas, porém, só serão mantidas enquanto as partes (e ambas as partes, pois trata-se de um negócio jurídico bilateral) retirem vantagens em condições paritárias, ou seja, enquanto houver uma equação de utilidade e justiça nas relações contratuais.” (SILVA, Luis Renato Ferreira da. *A função social...*, p. 137).

³⁹¹ ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.*, p. 35-36.

moral de respeitar a palavra dada, à importância social da segurança jurídica e à utilidade social do planejamento nas interações econômicas³⁹², é essa expectativa que o direito visa a proteger quando torna obrigatório o contrato – o que pode acontecer até mesmo quando a manifestação de vontade seja viciada. Há uma clara referência ao contrato enquanto momento social, conforme observa SANTORO-PASSARELLI³⁹³.

Conforme essa visão, o que gera o contrato em última análise é a confiança do declaratório, e não a vontade do declarante. Porém, para que essa confiança seja legítima, o declaratório, ao receber a declaração, deverá ter como parâmetro a *idéia* de contrato como “encontro de vontades de obrigar-se”, ou seja, ele deve perquirir a verdadeira vontade e interesse da contraparte, pois, do contrário, ao invés de proteger justamente a confiança, o direito estaria perpetrando injustamente a submissão de uma parte à outra. Para isso, pode-se usar em geral como parâmetro o padrão de conduta social.³⁹⁴ Nessa linha conclui BENOÎT MOORE:

*Ces principes justificatifs ne constituent pas la norme elle-même mais sa raison d'être. Se questionner sur le principe justificatif, ce n'est pas se demander comment l'obligation naît, mais pourquoi naît-elle. Ainsi, on s'entend aujourd'hui pour dire que la force obligatoire du contrat tire sa source de la loi, agissant ici comme source formelle habilitatrice. Mais le fondement de cette force obligatoire doit se trouver, lui, dans la raison pour laquelle la loi renonçait au contrat le pouvoir de créer une obligation civile. Cette justification peut se trouver dans le respect des principes du juste et de l'utile, dans la confiance légitime créée par la manifestation de volonté, dans la sauvegarde de la sécurité des transactions ou tout simplement, dans le devoir général de ne pas nuire à autrui.*³⁹⁵⁻³⁹⁶

³⁹² A combinação de utilidade e justiça contida no princípio da confiança, segundo GHESTIN: “La confiance du créancier est aussi, sur le plan moral, l'aspect positif du respect de la parole donnée. Cette règle morale peut être ainsi justifiée, non seulement par référence à la justifiée contractuelle, mais aussi par son utilité sociale.” (GHESTIN, Jacques. *Le contrat en tant...*, p. 92); DANIS-FATÔME, Anne. **Apparence et contrat**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004, p. 508-510.

³⁹³ Diz o autor italiano: “Segundo a outra teoria, o que é decisivo é que a declaração tenha determinado a *confiança do destinatário*. Se determinou esta confiança, realizou-se concretamente, segundo o teor da declaração, o momento social do negócio, graças ao qual ele adquiriu relevo jurídico, ficando por isso precludida a indagação sobre a vontade que estaria por detrás da declaração. O conteúdo já não pode deduzir-se senão da própria declaração. É evidente que esta teoria tira as devidas consequências da prevalência do momento *social* na admissão da autonomia privada.” (SANTORO-PASSARELLI, F.. *Op. cit.*, p. 118).

³⁹⁴ CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. Discovering the implicit dimensions of contracts. *In*: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John [org.]. **Implicit dimensions of contract**: discrete, relational and network contracts. Portland: Hart Publishing, 2003, p. 30.

³⁹⁵ MOORE, Benoît. *Op. cit.*, p. 710-711.

³⁹⁶ Tradução livre: “Esses princípios justificativos não constituem a norma em si mesma, mas a sua razão de ser. Questionar-se acerca do princípio justificativo não é o mesmo que se perguntar como a obrigação nasce, mas por que ela nasce. Assim, entende-se que, quando se fala hoje que a força

Em realidade, a teoria da confiança é uma nova roupagem da teoria da boa-fé subjetiva como *fundamento da obrigatoriedade* do contrato³⁹⁷, a qual já poderia ser encontrada inclusive na Escola de Direito Natural. Assim, a confiança legítima segundo a boa-fé é o *fundamento da obrigatoriedade* do contrato que permite entender o surgimento de um contrato válido, por exemplo, nas hipóteses reguladas pelos artigos 110 e 138 do Código Civil Brasileiro de 2002³⁹⁸.³⁹⁹

3.2.3. Princípio da reciprocidade

Se o princípio da confiança dá significado à dualidade utilidade-justiça no que concerne à esfera subjetiva, isto é, vinculada às expectativas pessoais dos contratantes, o princípio da reciprocidade faz o mesmo no que se refere à esfera objetiva, dos seus interesses e dos seus patrimônios. Em algumas hipóteses, ao estabelecer a obrigatoriedade de uma prestação, o direito procura simplesmente proteger a relação de correspondência objetiva que existe entre os interesses das partes, sem necessidade de fazer qualquer juízo quanto à expectativa subjetiva efetivamente criada. Como o direito não admite o enriquecimento sem causa, todo benefício (traduzível em termos

obrigatória do contrato tem como fonte a lei, trata-se aqui da fonte formal habilitadora; mas o fundamento de essa força obrigatória deve se encontrar naquela razão pela qual a lei reconhece ao contrato o poder de criar uma obrigação civil. Essa justificativa pode se encontrar no respeito aos princípios do justo e do útil, na confiança legítima criada pela manifestação de vontade, na salvaguarda da segurança das transações ou, simplesmente, no dever geral de não causar prejuízo a outrem."

³⁹⁷ Sobre a boa-fé e a legítima confiança serem os valores sociais base para a vinculabilidade jurídica, ver: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo [coord.]. **Princípios do Novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli**. São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 402.

³⁹⁸ Código Civil Brasileiro de 2002: "Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento. Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio."

³⁹⁹ O próprio KARL LARENZ trata da confiança como fundamento social da obrigatoriedade dos contratos: "*La salvaguardia de la buena fe y el mantenimiento de la confianza forman la base del tráfico jurídico y en particular de toda vinculación jurídica individual.*" (LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I..., p. 144).

econômicos) experimentado por uma parte deve ser restituído⁴⁰⁰ ou retribuído à outra parte, por uma questão de justiça comutativa⁴⁰¹.

Quando a restituição não é socialmente recomendável ou mesmo não é possível, o direito trata a relação como se fosse contratual e exige da parte beneficiada a prática de uma prestação com caráter de retribuição. Nesse passo, portanto, a reciprocidade é o *fundamento da obrigatoriedade* dessa relação. Em sentido equivalente, observa LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA:

A noção de sinalagma, tomado no sentido que dele se vale Aristóteles e como meio de realização da justiça comutativa, parece ser o fundamento suficiente para que certas relações se tornem obrigatórias, ensejando o surgimento de uma relação paracontratual. Nesta, o desenvolvimento se assemelha ao das relações contratuais, mas a fonte de seu surgimento não é contratual.⁴⁰²

Por outro lado, em uma relação contratual já em andamento, o princípio da reciprocidade retira a exigibilidade da prestação de uma parte quando a outra parte está inadimplente, por exemplo mediante a exceção do contrato não cumprido^{403, 404}.

Assim, o princípio da reciprocidade do novo direito contratual tem origem remota na noção de causa que existia nos contratos bilaterais da escolástica tardia, quando a vontade das partes somente era obrigatória se colocasse em prática a virtude da justiça comutativa (*causa final objetiva positiva*); no direito contratual clássico, essa noção de causa foi restringida ao nexa entre a vontade de obrigar-se da parte e a prestação da outra parte (*causa final subjetiva*), que, a fim de que obrigação nascesse e se mantivesse eficaz, deveria estar presente tanto na fase de formação do contrato (sinalagma genético), quanto na fase de execução (sinalagma funcional). No novo direito contratual, à medida que se recupera o requisito funcional (externo às

⁴⁰⁰ Hipótese do artigo 884 do Código Civil Brasileiro de 2002: “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

⁴⁰¹ Excetuados os casos em que o benefício é dado a título de liberalidade, quando os interesses das duas partes são convergentes a respeito da desnecessidade de justiça comutativa.

⁴⁰² SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade...**, p. 164.

⁴⁰³ Código Civil Brasileiro de 2002: “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

⁴⁰⁴ Complementa LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA: “Sob esse ponto de vista, pode-se utilizar a noção de causa sinalagmática exposta neste trabalho para ela desenvolver papel tanto no campo contratual como no campo paracontratual. No âmbito contratual ela não diz respeito ao surgimento da relação (que depende da vontade). Ela serve, porém, como elemento de equilíbrio nas prestações, de modo a que o contrato não produza obrigações sem correspondentes. Já no âmbito paracontratual, ela opera como fator gerador da própria obrigação.” (SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade...**, p. 131).

partes) para a obrigatoriedade dos contratos, o princípio da reciprocidade volta a manifestar esse aspecto objetivo (*causa final objetiva positiva*) que tinha sido perdido, no sentido de que o ordenamento jurídico torna obrigatória uma prestação de acordo com a reciprocidade havida da contraprestação.

O caráter sinalagmático do contrato passa a expressar, com isso, uma relação de mútua dependência objetiva entre a "obrigação de prestar" e a "obrigação de contraprestar" contidas no regulamento ou na relação jurídica obrigacional.

3.2.4. Princípio da liberdade individual

O princípio da liberdade individual, que aflui já da teoria do direito contratual clássico, presta-se muito mais para explicar o fundamento da *não* obrigatoriedade do contrato⁴⁰⁵, no sentido de que, em determinadas hipóteses, a confiança legítima e a reciprocidade podem não ser suficientes para garantir a obrigatoriedade da prestação, caso haja uma desconformidade com a verdadeira vontade da parte. Desse modo, ainda que a obrigatoriedade do contrato esteja sempre fundada na idéia de alteridade, nada impede que o próprio direito, em determinadas circunstâncias, decida dar primazia a uma visão mais individualista e voluntarista, que preserve a capacidade de livre disposição individual sobre os próprios interesses.

Portanto, esse seria mais propriamente de um *requisito* (principiológico) da obrigatoriedade - e não de um *fundamento da obrigatoriedade* – ligado à dualidade justiça-utilidade.

⁴⁰⁵ Afinal, se a parte obrigada quer cumprir espontaneamente o contrato, o direito não precisa obrigá-la a isso; basta que reconheça efeitos jurídicos à relação, de modo que ela possa servir de causa da atribuição patrimonial realizada voluntariamente.

3.2.5. Princípio do equilíbrio contratual

Assim como o princípio da liberdade individual, o princípio do equilíbrio contratual pode, independentemente da confiança e da reciprocidade, excepcionar a obrigatoriedade do contrato em determinadas circunstâncias, se entender que ela não encontra fundamento aceitável pelo direito.⁴⁰⁶ Contudo, no intuito de preservar a relação contratual desequilibrada, este princípio pode algo mais: em alguns casos, o conteúdo do contrato poderá até ser revisado, de modo a garantir um equilíbrio entre os deveres das partes.

Apesar de assemelhar-se à teoria contratual de origem aristotélico-tomista⁴⁰⁷, a preocupação com a justiça do "mundo da vida", que volta a tomar conta do direito contratual do século XX⁴⁰⁸, não tem por base uma *idéia de justiça objetiva*, mas sim de uma *justiça socialmente aceitável, subjetiva*. Vale dizer: a sociedade, mediante o direito, não tem interesse em tutelar relações que reputa injustas, especialmente nos casos de desequilíbrio manifesto.⁴⁰⁹ Ainda que - inclusive por uma questão de justiça e utilidade com base na confiança – o normal seja o direito respeitar o equilíbrio contratual segundo as valorações dos seus interesses feitas pelas próprias partes⁴¹⁰, haverá casos em que o direito intervirá para garantir justiça do ponto de vista social,

⁴⁰⁶ DANTAS, San Tiago. *Op. cit.*, 1953, p. 24.

⁴⁰⁷ Como observa JAMES GORDLEY: *"Elsewhere, I have argued that modern legal systems police the same kinds of unfairness. In general, they give relief when the price is seriously unfair, and use, as a standard of fairness, the market price at the time and place of the transaction. They give relief when the auxiliary terms of a contract, such as disclaimers of warranties, place burdens or risks on a party that is not compensated for bearing. Admittedly, the victim who receives relief was usually under some disability such as inexperience or hardship. [...] It is hard to see why we should care about these kinds of unfairness except for the reason given by the late scholastics. The distribution of resources, even if it is imperfectly just, is still worth defending. To the extent it is unjust, it should be corrected by a social decision, or by individual acts of liberality, but not by people who take advantage of the situation of others to redistribute wealth in their own favor. Therefore, in principle, neither party should be enriched at the other's expense. That is so even if we sometimes must tolerate this evil to avoid a greater one."* (GORDLEY, James. *Morality and contract...*, p. 1742).

⁴⁰⁸ SHARMA, K. M.. From sanctity to fairness: an uneasy transition in the law of contracts. **New York Law School Journal of International and Comparative Law**, {s.l.}, vol. 18, issue 2, p. 95-180, 1999, p. 112.

⁴⁰⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 308.

⁴¹⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. Revisão de contratos no Código Civil: reflexões para uma sistematização das suas causas à luz da intenção comum dos contratantes. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues [coord.]. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 382.

retirando a obrigatoriedade da relação, ou no mínimo revisando o seu conteúdo a fim de que a obrigatoriedade se justifique.

Evidentemente, esse princípio encontra maior guarida no direito do consumidor e no direito do trabalho, em que é mais comum a hipossuficiência negocial de uma das partes no processo de valoração das prestações; não obstante, não há nada que o impeça terminantemente de atuar também no direito civil e no direito empresarial, ainda mais quando em conjunto com o princípio da liberdade contratual - estas me parecem ser inclusive as hipóteses dos artigos 156 e 157 do Código Civil Brasileiro de 2002⁴¹¹⁻⁴¹².

Portanto, este também é um *requisito* (principiológico) da obrigatoriedade - e não um *fundamento da obrigatoriedade* – conectado à dualidade justiça-utilidade.

3.3. A relação jurídica obrigacional: a "obrigação de prestar" dinâmica

Nos tópicos anteriores, o pensamento de BETTI serviu como fio condutor para que fosse trabalhada a grande característica do novo direito contratual: a relação mais próxima e instrumental/*funcional* entre o "mundo jurídico" e o "mundo da vida". Em síntese, estudou-se que, de um lado, isso se deu pela valorização dos efetivos interesses privados na realidade sócio-econômica, em detrimento da antiga idéia de uma vontade íntima que adentra o "mundo jurídico"; e que, de outro lado, isso aconteceu porque a concessão de efeitos jurídicos às interações entre as partes passou a depender dos resultados alcançados nessa realidade sócio-econômica, já que há um interesse da sociedade em tutelar os contratos à medida que cumpram a sua função social em termos de utilidade e justiça. Nesse passo, pode-se afirmar com BETTI que os deveres contidos no regulamento jurídico (preceito jurídico) somente surgem porque visam a realizar os interesses efetivos das partes e a promover valores socialmente desejáveis no "mundo da vida". Entretanto, sem prejuízo disso, foi necessário

⁴¹¹ Código Civil Brasileiro de 2002: "Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico."

⁴¹² ROPPO, Vincenzo. *Op. Cit.*, p. 829-837.

fazer alguns reparos à teoria do mestre italiano, que, ao dar especial ênfase à formação do regulamento negocial, foca exclusivamente na autonomia privada e acaba rejeitando a hipótese de que alguns deveres do regulamento jurídico – além do próprio regulamento jurídico, em casos excepcionais - sejam provenientes da heteronomia privada, como de fato acontece no direito atual.

Já o presente tópico tem como objetivo analisar mais detidamente em que consistem os deveres contratuais das partes, isto é, o conteúdo daquilo de BETTI chama de regulamento jurídico. Ocorre que neste ponto o autor mais influente no direito brasileiro é KARL LARENZ, que prefere tratar a matéria dentro da tradição (remotamente) *formal-naturalista*; assim, ao invés de falar em regulamento jurídico, LARENZ continua a examinar as obrigações contratuais das partes dentro da noção de relação jurídica obrigacional. Portanto, já tendo referido a equivalência em sentido figurado entre as expressões "regulamento jurídico" e "relação jurídica obrigacional" (ambos são "*entes formais*" que implicam deveres/obrigações das partes), passarei aqui a utilizar a terminologia de LARENZ, a qual tem a vantagem de possuir maior afinidade com a concepção do direito contratual clássico, estudado no capítulo anterior. Não obstante, não é demais mencionar que as considerações feitas nos tópicos iniciais deste capítulo acerca da aproximação entre "mundo jurídico" e "mundo da vida" e acerca das condições de surgimento das obrigações contratuais também se estendem à relação jurídica obrigacional do novo direito contratual.

Ao estudar o direito contratual clássico, analisei que a relação jurídica obrigacional era entendida como se fosse um *ente formal* gerado por efeito do conteúdo de um contrato, também *ente formal*, e como se *existisse* de modo estático dentro dele (em um "mundo jurídico"), já que as obrigações contidas na relação jurídica obrigacional remontavam todas ao fato pretérito (ocorrido ainda no "mundo da vida") que formara o contrato. Examinei ainda que o conteúdo da relação jurídica obrigacional era uma *realidade objetiva existente* sob a noção jurídico-*formal* de "obrigação de prestar", que era o que sintetizava no "mundo jurídico" a relação social havida entre as partes no "mundo da vida".

Com base em LARENZ, tem-se que o novo direito contratual aproveitou essa *estrutura* em larga medida, embora tenha feito alterações em pontos relevantes. De fato, para o autor alemão contrato é também um *ente formal*⁴¹³ que gera uma relação

⁴¹³ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I..., p. 85-87.

jurídica obrigacional. Porém, ele identifica duas espécies principais de relações jurídicas obrigacionais: as geradas a partir de danos imputáveis (responsabilidade civil aquiliana) e as geradas a partir do tráfico jurídico.⁴¹⁴ O contrato seria a fonte de uma relação jurídica obrigacional dentro dessa última hipótese, mas não a única: também a conduta social típica ("contratos de fato"), os fatos legalmente regulamentados e o ato de soberania estatal estariam aptos a fazer nascer uma relação jurídica obrigacional abaixo da categoria de tráfico jurídico.⁴¹⁵ Com isso, LARENZ alcança o mesmo tratamento obrigatório dos contratos às figuras jurídicas das interações econômicas que não se formam pela vontade, algo que o direito contratual clássico tinha dificuldade em explicar. A espécie das relações jurídicas obrigacionais geradas a partir do tráfico jurídico são as que seguem o modelo contratual, portanto.

Assim como no direito contratual clássico, essa relação jurídica obrigacional que nasce a partir do tráfico também é tida por LARENZ como um *ente formal*, com *existência* própria, distinta da *existência* das partes. Com efeito, de todos os autores, talvez KARL LARENZ seja aquele que tenha explicitado melhor o *formalismo* do seu pensamento:

*[La relación de obligación] Es, pues, un conjunto no de hechos o de acontecimientos del mundo exterior perceptible por los sentidos, sino de "consecuencias jurídicas", es decir, de aquellas relaciones y situaciones que corresponden al mundo de la validez objetiva del orden jurídico. Ahora bien, este mundo del pensamiento jurídico no es, como pretende creerse por algunos, un mundo "irreal", fuera del tiempo o incluso puramente imaginario; por el contrario, el orden jurídico es algo vivo, en tanto en cuanto los hombres, y en particular los órganos de la administración de justicia, tienden a él en su actuación real. Y es que "reales" no son solamente las cosas del mundo corporal espacial y temporal, así como las sensaciones anímicas, sino que lo son también las sustancias eficaces del "espíritu objetivo" reconocidas en las relaciones humanas de convivencia, y entre las que se cuentan que derivan de aquéllas. No existen, ciertamente, en el espacio, mas sí en el tiempo; pueden, por consiguiente, nacer y desaparecer (extinguirse, anularse), modificarse y desarrollarse hacia un fin determinado.*⁴¹⁶⁻⁴¹⁷

⁴¹⁴ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I..., p. 13-14.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 55-64.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 37-38.

⁴¹⁷ Tradução livre: "[A relação obrigacional] É, pois, um conjunto não de fatos ou de acontecimentos do mundo exterior que seja perceptível pelos sentidos, mas de 'consequências jurídicas' - é dizer, daquelas relações e situações que correspondem ao mundo da validade objetiva do ordenamento jurídico. Agora, esse mundo do pensamento jurídico não é, como alguns pretendem crer, um mundo 'irreal', fora do tempo e inclusive puramente imaginário; pelo contrário, o ordenamento jurídico é algo vivo, à medida que os homens - e em particular os órgãos da administração da justiça - tendem a ele na sua conduta real. Isso porque 'reais' não são somente as coisas do mundo corporal espacial e temporal, como as sensações anímicas, mas também são reais as substâncias eficazes do 'espírito objetivo' reconhecidas nas relações humanas de convivência, incluindo as que se consideram derivadas delas. Não existem,

Pode-se considerar, assim, que, ao colocar os *entes formais* jurídicos no mesmo plano do "mundo da vida", LARENZ manifesta um *formalismo-positivo-organicista*⁴¹⁸: a relação jurídica obrigacional é como um ser vivo que, criado por força do direito positivo, nasce, cresce e morre após atingir a sua finalidade na vida social; nisso a sua concepção se diferencia do *formalismo-lógico-positivista*, que, apesar de também ver a relação jurídica como um ser, colocava-o em um plano lógico ("mundo jurídico") sem tempo próprio. Ou seja, em LARENZ se observa um *formalismo* mitigado, em que as figuras jurídicas não possuem *existência* isolada do "mundo da vida".

É exatamente por trazer essa figura jurídica ao "mundo da vida" que LARENZ consegue dar a sua maior contribuição ao direito das obrigações: a relação jurídica obrigacional, assim como um ser vivo, é uma totalidade e um processo. No aspecto da "totalidade" destaca-se o caráter de *coexistência* (idéia de organicidade) das diversas obrigações contidas na relação jurídica obrigacional, uma *coexistência* que se expressa pelo sentido finalístico da relação jurídica, segundo o qual todos os seus elementos internos se justificam apenas como conjunto em busca de um resultado - isto é, as obrigações *existem* com dependência do fim buscado pela relação jurídica e, assim, com dependência umas das outras.⁴¹⁹ Já o significado do quesito "processo" é que agora a *existência* da relação jurídica obrigacional não está mais presa ao fato pretérito que a gerou (o consenso ou encontro de vontades); a vida desse *ente formal* agora passa a ser dinâmica, conformando-se aos fatos que vão ocorrendo ao longo do tempo na realidade social, principalmente no intuito de obter a finalidade própria da relação jurídica obrigacional, qual seja, o efetivo interesse do credor:

certamente, no espaço, mas sim no tempo; podem, por conseguinte, nascer e desaparecer (extinguir-se, anular-se), modificar-se e desenvolver-se em busca de um fim determinado."

⁴¹⁸ CLÓVIS DO COUTO E SILVA também identifica um organicismo na relação obrigacional e aponta a sua origem na doutrina de Savigny. Ver: SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação...**, p. 17. JUDITH MARTINS-COSTA coloca lado a lado as possibilidades de que essa visão da relação jurídica obrigacional seja organicista ou dialética, mas afirma que LARENZ se afastou da visão organicista. Ver: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado: critérios...**, p. 208-213.

⁴¹⁹ LARENZ explica a totalidade: "*La relación de obligación, como relación jurídica concreta entre personas determinadas, existente en el tiempo, es, ciertamente, un conjunto de derechos, obligaciones y 'situaciones jurídicas', pero no es la suma de aquéllos. Es, más bien, un todo, un conjunto ('Gefüge').*" (LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I..., p. 38); "*Bajo este concepto [relación de obligación como un todo] entendemos la 'relación de obligación' no sólo como lo hace la ley [...], es decir, como la relación de prestación aislada (crédito y deber de prestación), sino como la relación jurídica total (p. ej.: relación de compraventa, de arrendamiento, de trabajo) fundamentada por un hecho determinado [...] y que se configura como una relación jurídica especial entre las partes. En este sentido la relación de obligación comprenderá una serie de deberes de prestación y conducta, y además de ellos puede contener para una u otra de las partes derechos de formación [...] u otras situaciones jurídicas [...].*" (Ibidem, p. 37).

*Ahora bien, por el hecho mismo de que en toda relación de obligación late el fin de la satisfacción del interés en la prestación del acreedor, puede y debe considerarse la relación de obligación como un proceso. Está desde un principio encaminada a alcanzar un fin determinado y a extinguirse con la obtención de ese fin. Y precisamente la obtención del fin puede exigir alguna modificación [...]. La relación de obligación como un todo se extingue cuando su fin haya sido alcanzado totalmente, es decir, cuando el acreedor (o todo el que participa como acreedor) haya sido totalmente satisfecho en su interés en la prestación.*⁴²⁰⁻⁴²¹

Nesse sentido, observa-se que KARL LARENZ supera os maiores problemas do excesso de *formalismo* do direito contratual clássico, pois não concebe mais as obrigações como exigíveis simplesmente por seu caráter compulsório inato dentro do "mundo jurídico", mas sim pela finalidade real a ser atingida no "mundo da vida" - a satisfação efetiva do interesse do credor. Em razão disso, não se admite mais o conteúdo da relação jurídica obrigacional como uma *realidade objetiva estática* que remonta ao momento da sua formação, e sim como uma *realidade objetiva dinâmica*, que vai se tornando cada vez mais concreta ao longo do tempo, de acordo com as circunstâncias, com o fito de alcançar um resultado prático. Em outras palavras, uma vez formada a relação jurídica obrigacional, o seu conteúdo está mais orientado pelo seu fim do que pelo seu começo; afinal, agora não apenas a formação da relação jurídica obrigacional se reporta aos fatos do "mundo da vida" (consenso ou encontro de vontades de obrigar-se); a sua finalidade também tem como referência a realidade.

De acordo com KARL LARENZ, o contrato gera uma relação jurídica em que o credor "crê" na capacidade do devedor de cumprir com a obrigação estipulada. A expressão "crédito" bem denota que entre as partes passa a existir uma *confiança* de que elas empregarão diligentemente seus esforços para cumprir a obrigação, com o objetivo de atender aos seus reais interesses. Essa confiança, ao ganhar contornos jurídicos por ter sido acolhida pelo direito objetivo, impõe às partes *deveres de conduta*

⁴²⁰ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I..., p. 39.

⁴²¹ Tradução livre: "Agora, pelo fato mesmo de que em toda relação obrigacional está compreendido o fim de satisfação do interesse do credor na prestação, pode-se e deve-se considerar a relação obrigacional como um processo. Ela está desde o início destinada a alcançar um fim determinado e a extinguir-se com a obtenção desse fim. E precisamente a obtenção do fim pode exigir alguma modificação [...]. A relação obrigacional como um todo se extingue quando o seu fim tenha sido alcançado totalmente, é dizer, quando o credor (ou qualquer um que participe como credor) tenha sido totalmente satisfeito em seu interesse na prestação."

que excedem o que havia sido avençado na formação da relação jurídica.⁴²² O embrião dessa idéia de relação jurídica obrigacional como um plexo maior de deveres, na verdade, já estaria em JHERING e o seu trabalho sobre *culpa in contrahendo*: ao examinar a possibilidade de um defeito no *processo* de formação do contrato dar ensejo a uma responsabilização da parte culpada pelos danos causados à parte inocente, JHERING observa que mesmo o contrato nulo quanto à obrigação principal poderá gerar efeitos secundários.⁴²³ Posteriormente, LARENZ passou a tratar os deveres de conduta como algo inerente a qualquer relação obrigacional, inclusive quando não defeituosa, porque, para ele, a própria relação obrigacional é um *processo* do início ao fim, sempre voltado para a consecução do interesse do credor.⁴²⁴ Para LARENZ, o fundamento desses deveres, nos contratos, seria sobretudo o mandamento de agir em conformidade com a boa-fé e em consideração à equidade, naquilo que cada parte poderia esperar da outra se estivessem em situações opostas.⁴²⁵

Dentro desse contexto, a boa-fé objetiva é entendida como um mandamento de conduta (artigo 422 do Código Civil Brasileiro de 2002⁴²⁶) que as partes são obrigadas a seguir em sua relação social, o qual é imposto pelo direito em razão de essa relação social ter constituído uma relação jurídica.⁴²⁷ O detalhe é que esse mandamento de conduta, ao jungir as partes a um padrão de comportamento objetivo desejado pela sociedade (heteronomia)⁴²⁸, não deixa de levar em conta as circunstâncias

⁴²² LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I..., p. 18-22.

⁴²³ JHERING, Rudolf von. **Culpa...**, p. 22.

⁴²⁴ Na doutrina brasileira, o grande inscultor da noção de obrigação como processo foi CLÓVIS DO COUTO E SILVA: "A presente obra, *A obrigação como processo*, tem por finalidade salientar os aspectos dinâmicos que o conceito de dever revela, examinando-se a relação obrigacional como algo que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor." (SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação...**, p. 17).

⁴²⁵ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I..., p. 154.

⁴²⁶ Código Civil Brasileiro de 2002: "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

⁴²⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Op. cit.*, p. 632.

⁴²⁸ Sobre a desvinculação entre a boa-fé e a vontade: "O aspecto capital para a criação judicial é o fato de a boa-fé possuir um valor autônomo, não relacionado com a vontade. Por ser independente de vontade, a extensão do conteúdo da relação obrigacional já não se mede com base somente nela, e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se 'construir' objetivamente o regimento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escapa, por vezes, até mesmo ao controle das partes. Essa concepção objetiva da relação obrigacional assemelha-se, muito embora a diversidade conceitual, à interpretação objetiva da lei. Também quanto a esta última, vigorou, em princípio, a interpretação da 'vontade' do legislador e, somente mais tarde, chegou-se à própria hermenêutica objetiva da lei, que prevalece, hoje, na maioria dos países." (SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa fé..., p. 40); MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado: critérios...**, p. 273.

do caso concreto, ou seja, o comportamento recíproco das partes (autonomia). No que concerne ao conteúdo da relação jurídica obrigacional, portanto, a boa-fé objetiva é uma janela tanto para a autonomia privada quanto para a heteronomia privada, de modo que em verdade todos os deveres jurídicos referentes à relação jurídica obrigacional – inclusive aqueles criados diretamente pelas partes - podem ser justificados por esse padrão de conduta. Assim, de um lado, esse padrão objetivo de conduta conecta-se à autonomia privada ao obrigar o respeito à palavra dada (princípio da confiança)⁴²⁹, embora, por outro lado, ele implique o dever de clareza recíproca⁴³⁰ e de lealdade, no intuito de “não falsear o objectivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações”⁴³¹ arranjado pelas partes.

Essas expectativas mútuas entre as partes de uma relação jurídica obrigacional poderiam ser traduzidas, com base nos ensinamentos de BETTI, pela expressão “cooperação”.⁴³² JACQUES GHESTIN também defende que a cooperação é a característica típica da relação contratual e, citando a análise econômica do direito, entende que “cooperar” é preferir um resultado coletivo a um ganho individual. Ainda, segundo o autor francês, a cooperação não seria uma inteira subordinação aos interesses da outra parte, mas um meio-termo entre o utilitarismo egoísta e o puro altruísmo.⁴³³ Como refere GHESTIN, os autores da análise econômica do direito realmente prezam a função colaborativa e coordenadora do contrato, que, em uma ordem econômica de divisão do trabalho⁴³⁴, atuaria como um instrumento de obtenção

⁴²⁹ BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico...**, p. 42; LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I..., p. 142.

⁴³⁰ BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**. Vol. 1..., p. 89-90.

⁴³¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Op. cit.*, p. 606.

⁴³² Sobre a cooperação como característica das relações obrigacionais: “Noi diremo, pertanto, che nei rapporti di diritto reale si risolve un problema di attribuzione di beni, nei rapporti di obbligazioni, invece, un problema di cooperazione o di riparazione nell’ipotesi di responsabilità aquiliana. Noi vedremo come l’idea della cooperazione sia il filo conduttore che serve a orientare il giurista attraverso le massime questioni del diritto delle obbligazioni.” (BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**. Vol. 1..., p. 10). Em sentido similar e relacionando com o caráter dinâmico da relação jurídica obrigacional, CLÓVIS DO COUTO E SILVA: “A inovação, que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito do vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem. Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas.” (SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação...**, p. 19).

⁴³³ GHESTIN, Jacques. *Le contrat en tant...*, p. 92-95.

⁴³⁴ A respeito a importância coordenadora do contrato para o funcionamento da economia: “[...] bastará levarmos em conta a conta a centralidade do fenómeno da divisão de trabalho para a análise económica para podermos concluir que os arranjos contratuais que se estabelecem entre indivíduos que querem colaborar são não apenas o cimento da coesão social e da divisão colectiva de tarefas, mas são também o veículo através do qual os indivíduos coordenam livremente as condutas nas quais se traduz a actividade económica – sendo que, na sua aceção mais ampla, e porventura a mais frequente no seio

de ganhos recíprocos (“*win-win*”⁴³⁵) sob o critério da eficiência de Pareto⁴³⁶⁻⁴³⁷, sendo de destacar ainda o aumento da confiança geral no mercado como decorrência do comportamento cooperativo e de boa-fé⁴³⁸. Por outro lado, ROSCOE POUND, ao examinar as mudanças sócio-culturais inclusive sob a perspectiva do direito contratual, observa que, após a comunidade auto-suficiente do feudalismo medieval ter sido sucedida pelo homem auto-suficiente do individualismo do século XIX, a nova tecitura social do século XX estaria a evocar novamente a cooperação, ao invés de competição; e afirma que, embora obviamente isso não represente um retorno ao feudalismo medieval, está em curso o desenvolvimento de uma “sociedade organizada relacionalmente”, baseada em relações entre “unidades” economicamente interdependentes.⁴³⁹

Ou seja, se o escopo da relação contratual é a cooperação como modo de satisfazer os interesses efetivos das partes, a boa-fé objetiva manda que elas sempre contemplem a situação uma da outra, sob pena de sofrerem uma interferência corretiva por parte do direito. Independentemente do que tenham regulado em sua autonomia privada, as partes que se colocam em uma relação contratual estão envolvidas em um plexo de deveres recíprocos que decorre simplesmente da circunstância de a

da ciência económica, o contrato não passa de um acordo bilateral de coordenação de condutas, a via dominante para a produção e circulação da riqueza.” (ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.*, p. 13).

⁴³⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. cit.*, p. 405.

⁴³⁶ ROBERT COOTER e THOMAS ULEN definem assim o critério de Pareto: “*The other kind of efficiency, called Pareto efficiency after its inventor or sometimes referred to as allocative efficiency, concerns the satisfaction of individual preferences. A particular situation is said to be Pareto or allocatively efficient if it is impossible to change it so as to make at least one person better off (in his own estimation) without making another person worse off (again, in his own estimation).*” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & economics**. 6. ed.. Boston: Addison-Wesley, 2012, p. 14).

⁴³⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. cit.*, p. 525.

⁴³⁸ Como observa PAULA FORGIONI: “A boa-fé no direito comercial não desempenha apenas uma função moral, desconectada da realidade dos negócios e fundada em valores outros que não a busca do melhor funcionamento do mercado. Ao contrário, reforça as possibilidades de confiança dos agentes econômicos no sistema, diminuindo o risco.” (FORGIONI, Paula A.. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 27).

⁴³⁹ ROSCOE POUND retrata essas mudanças históricas: “*But the significant point is to contrast the feudal self-sufficient community with the individualist self-sufficient man, and then contrast the latter, as he had a real existence in the pioneer, rural, agricultural society of the past, with the employer, shareholder, investor of today, held at least in one and often in many relations, with shares or interests rather than ownership in the things which count; cooperating rather than competing; finding his satisfactions in the achievements toward which he contributes rather than in what he achieves of himself. [...] No one could pretend that we shall ever return exactly to a feudal organization of society. Yet we do seem to be developing a relationally organized society. Our picture can no longer be one of free competitive activity of economically self-sufficing units. It must be redrawn as one of adjusted relations of economically interdependent units.*” (POUND, Roscoe. *The new feudal system...*, p. 403).

sua relação social - sendo relevante para o direito - ter constituído uma relação jurídica. Essa juridicização faz com que as expectativas mútuas de realização de interesses, que até então eram apenas sociais, também adquiram importância jurídica e irradie efeitos jurídicos conforme exigido pelo ordenamento.

Nessa senda, dentro do paradigma do novo direito contratual e mediante os parâmetros vinculados às diretrizes da socialidade e da eticidade que orientaram o Código Civil Brasileiro de 2002, a boa-fé objetiva age ativamente na relação jurídica obrigacional, de acordo com JUDITH MARTINS-COSTA, ao exercer três funções: (I) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às expectativas da outra parte; (II) baliza do modo de exercício de posições jurídicas; e (III) cânone hermenêutico das disposições contratuais.⁴⁴⁰ Como se verifica, nessas três funções o preceito normativo da boa-fé objetiva é fundamental para a definição do conteúdo da relação jurídico obrigacional, no paradigma de regulação de interesses entre autonomia e heteronomia privada. A determinação exata desses deveres fundados na boa-fé objetiva, contudo, deve sempre se verificar no caso concreto.⁴⁴¹

Diante do exposto nessa linha enfatizada por LARENZ, tem-se que, da boa-fé, da confiança e da expectativa de mútua cooperação existentes entre as partes de uma relação jurídica obrigacional, surgem deveres que não estavam necessariamente previstos no momento da sua formação. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR reúne em três categorias esses deveres complementares, fazendo uma comparação com a concepção de relação jurídica obrigacional do direito contratual clássico:

Superando o conceito de relação obrigacional simples, limitada ao direito de crédito e ao dever de prestar [referência ao direito contratual clássico], podemos reconhecer a existência de uma relação obrigacional complexa, na qual se incluem, além da obrigação principal de prestação e respectivos direitos, (a) os deveres secundários meramente acessórios da obrigação principal, como o de conservar a coisa vendida até a entrega ou o de embalar a coisa vendida, e os deveres secundários como prestação autônoma (independentes), como o de indenizar por impossibilidade culposa (dever secundário sucedâneo), ou pela mora (dever secundário coexistente); (b) os deveres laterais, ou anexos, ou de conduta, derivados de uma cláusula contratual ou do princípio da boa-fé, existentes antes da celebração, persistentes durante a execução e mesmo depois de efetuada a prestação; (c) os direitos formativos e os correspectivos estados de sujeição, os direitos expectativos, as exceções e as situações jurídicas.⁴⁴²

⁴⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado: critérios...**, p. 42.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 40.

⁴⁴² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.*, p. 46.

Os deveres complementares citados por RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR correspondem, segundo JUDITH MARTINS-COSTA, ao interesse de prestação que o credor possui em face do devedor; a eles, a autora ainda acrescenta os deveres de proteção, originários dos interesses de proteção.⁴⁴³

No entanto, no que diz respeito mais particularmente ao presente trabalho, ao mesmo tempo em que a concepção de LARENZ sobre a totalidade e o processo enriquece o significado e o conteúdo da relação jurídica obrigacional, especialmente através da *função* de obter um resultado prático e da atuação da boa-fé objetiva, a verdade é que a raiz da relação jurídica obrigacional continua fortemente estabelecida sobre a mesma *estrutura formalista* do direito contratual clássico: esse *ente formal* permanece centrado na noção de "obrigação de prestar". Como diz expressamente LARENZ, a finalidade da relação jurídica obrigacional é a satisfação do "interesse do credor na prestação".⁴⁴⁴ Se é assim, em razão de sua totalidade, todos os elementos internos à relação jurídica obrigacional se justificam à medida que estejam direcionados à obtenção dessa finalidade de realizar a prestação. De fato, o foco da "satisfação efetiva do credor" no "mundo da vida" e de todos os deveres complementares gerados pela boa-fé objetiva, em última análise, recai e limita-se à idéia de adimplemento útil da "obrigação de prestar" por parte do devedor, cabendo ao credor, para tanto, colaborar para com o resultado almejado.⁴⁴⁵⁻⁴⁴⁶ A "obrigação de

⁴⁴³ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado: critérios...**, p. 220.

⁴⁴⁴ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I..., p. 39.

⁴⁴⁵ Sobre os deveres complementares terem como referência a "obrigação de prestar", esta como "significado primário": "*Por consiguiente, lo que distingue la relación de obligación de otras relaciones jurídicas es el significado primario del deber de prestación. Ello no significa, sin embargo, que la relación obligatoria se agote con ese deber. Para toda relación jurídica, cualquiera que sea su estructura, rige el principio de cumplir la prestación con fidelidad a la palabra dada o a la obligación fundamentada de cualquier modo que sea, sin defraudar la confianza de la otra parte, es decir cumplir la prestación según la buena fe [...]*" (*Ibidem*, p. 20); "*Como ya antes expuso [...], de las exigencias de la buena fe derivan para todos los participantes en una relación obligatoria determinados deberes de conducta que hacen referencia a la preparación de la prestación propiamente dicha, a la forma de su ejecución, a la cooperación eventualmente necesaria de ambas partes y a la consideración que según la equidad puede cada parte esperar de la otra en semejante relación.*" (*Ibidem*, p. 154).

⁴⁴⁶ JUDITH MARTINS-COSTA explica a condição estruturante da "obrigação prestar": "Cogite-se, primeiramente, (i) dos deveres de prestação assim compreendidos como aqueles que conformam o *praestare*, elemento estruturante de toda e qualquer relação obrigacional ('obrigação principal'), estando consubstanciados num *dare*, *facere* ou num *non-facere*. Os deveres de prestação são correlativos a interesses de prestação e se originam da manifestação negocial ou da pontual fixação legislativa." (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado: critérios...**, p. 220). No mesmo sentido, RUY ROSADO AGUIAR JÚNIOR: "A relação contratual total gira em torno do vínculo principal entre débito e crédito e tem por fim precípua a satisfação do interesse do credor." (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.*, p. 46-47).

prestar" ocupa um espaço nuclear no próprio conceito de relação jurídica obrigacional, conforme o autor alemão:

*Relación de obligación es aquella relación jurídica por la que dos o más personas se obligan a cumplir y adquieren el derecho a exigir determinadas prestaciones.*⁴⁴⁷⁻⁴⁴⁸⁻⁴⁴⁹

No caso da *culpa in contrahendo*, por exemplo, quando o contrato não chegou a se formar, a ausência da "obrigação de prestar" é suficiente para que LARENZ afirme que, a despeito do dever da parte culpada em indenizar a parte inocente, não se trata de uma autêntica relação jurídica obrigacional.⁴⁵⁰

Em suma, assim como no direito contratual clássico, no novo direito contratual a relação social entre as partes é transformada e sintetizada juridicamente na "obrigação de prestar", da qual os demais deveres são apenas uma extensão instrumental à satisfação efetiva do credor pela entrega da prestação⁴⁵¹. Em outras palavras, relação social e relação jurídica obrigacional não se confundem: da realidade pré-jurídica da relação social entre as partes, apenas o que consiste na "obrigação de prestar" e nos seus aspectos correlatos integrará o *ente formal* relação jurídica obrigacional; a relação jurídica obrigacional é, por isso, uma versão jurídica simplificadora da relação social, fundada sobre a noção jurídico-*formal* de "obrigação de prestar".⁴⁵²

⁴⁴⁷ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I..., p. 18

⁴⁴⁸ Tradução livre: "Relação obrigacional é aquela relação jurídica em que duas ou mais pessoas se obrigam a cumprir e adquirem o direito de exigir determinadas prestações."

⁴⁴⁹ Vale destacar que essa constatação é verdadeira inclusive na concepção bettiana do regulamento jurídico: "*È comunemente riconosciuto che il contenuto economico sociale del diritto di obbligazione è, almeno in definitiva, l'interesse ad una prestazione altrui: prestazione, che ha per termine di riferimento una persona [...]*" (BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**. Vol. 1..., p. 16); "*L'oggetto del contratto è costituito dalle prestazioni contrattuali. [...] Più di preciso: il regolamento contrattuale guardato dal punto di vista delle prestazioni che il contratto mette a carico delle parti. [...] Così concepito, l'oggetto del contratto s'identifica con le prestazioni contrattuali.*" (ROPPO, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 312 et 317).

⁴⁵⁰ Nas palavras do autor alemão: "*Para la aclaración terminológica ha de observarse, además, que 'deberes precontractuales' no son, en el sentido a que aquí nos referimos, los derivados de un pre-contrato, sino que surge por la existencia de negociaciones contractuales y existen con independencia de que el contrato llegue o no a concluirse. Esta 'relación jurídica precontractual' no es aún una 'relación obligatoria' propiamente dicha (a diferencia del precontrato, que crea por lo menos para una de las partes un deber de perfección), porque no da lugar a ningún deber de prestación (exigible judicialmente), sino sólo a deberes de conducta (en la medida exigida por la 'buena fe').*" (LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I..., p. 110).

⁴⁵¹ Com exceção dos deveres de proteção, que, no entanto, também são de menor importância em comparação com a "obrigação de prestar".

⁴⁵² ENZO ROPPO, ao conceituar o contrato como veste jurídico-formal das operações econômicas, expressa a idéia de que a *forma* jurídica é como se fosse uma tradução da realidade econômica para

Portanto, há de se destacar o mérito do novo direito contratual pelo enriquecimento da relação jurídica obrigacional e pela sua adaptação ao "mundo da vida", mas deve-se igualmente reconhecer que, apesar de se lhe ter dado uma *função*, o modelo *estrutural* do *ente formal existente* em torno da "obrigação de prestar" se manteve praticamente idêntico ao direito contratual clássico. Como consequência das mudanças teóricas efetuadas, de um lado, é bem certo que agora o efetivo interesse do credor ganhou protagonismo, trazendo consigo uma preocupação genuína com a justiça contratual, dentro de determinados critérios; de outro lado, é também verdade que questionamentos acerca da "economia interna do contrato" e da autonomia econômica entre a prestação e o risco imprevisto agora ao menos podem ser formulados, pois a teoria permite que o direito se preocupe com a realidade econômica das partes. Porém, como consequência da base teórica conservada, a verdade é que tais questionamentos ainda não têm sido propriamente feitos ou desenvolvidos dentro da teoria, pois a atenção tem se fixado e se contentado em trabalhar exclusivamente com a "obrigação de prestar" principal (*estrutura*) e com a satisfação efetiva dos interesses do credor (*função*). Assim, considerações sobre a "economia interna do contrato" e a autonomia econômica entre a prestação e o risco seguem externas ao *ente formal*, como se fosse um problema não necessário, o qual somente será objeto de regulação jurídica em caso de disposição explícita das partes ou do ordenamento jurídico. Ou seja, de maneira muito semelhante ao direito contratual clássico, tais questões podem no máximo ser analisadas sob a perspectiva reflexa das consequências do tratamento jurídico conferido à "obrigação de prestar" dinâmica; se

o idioma compreendido pelo direito; todavia, essa tradução não se faz sem perdas do significado original: "Esta formalização jurídica dá vida a um fenómeno que está indiscutivelmente dotado, no plano lógico, de uma autonomia própria, porque as normas, as sentenças, as doutrinas que acabamos de referir, constituem mesmo uma realidade governada pelas suas próprias regras, dotada dos seus próprios estatutos lógicos, cognoscível, portanto, segundo um seu universo próprio de conceitos e de categorias, possuindo uma própria linguagem técnica: a não ser assim, não faria sentido pensar a própria existência de uma ciência do direito. Mas se isto é verdade - e se, conseqüentemente, se pode e se deve falar de contrato-conceito jurídico, como algo diverso e distinto do contrato-operação econômica, e não identificável pura e simplesmente com este último - é, contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída (com seus caracteres específicos e peculiares) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação económica [...]." (ROPPO, Enzo. *Op. cit.*, p. 9). Em sentido similar, vale trazer presente a seguinte lição de MENEZES CORDEIRO: "O segundo obstáculo reside na incapacidade do formalismo, perante a riqueza dos casos concretos. Na verdade, todas as construções formais assentam num discurso de grande abstracção e, como tal, marcado pela extrema redução das suas proposições. Quando invocadas para resolver casos concretos, tais proposições mostram-se insuficientes: elas não comportam os elementos que lhes facultem acompanhar a diversidade de ocorrência e, daí, de soluções diferenciadas." (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. xx).

o adimplemento útil da "obrigação de prestar" é obtido e o credor queda-se satisfeito, a visão *formalista* da relação jurídica obrigacional dá a sua tarefa por encerrada.

3.4. Acréscimos à teoria do risco da "obrigação de prestar"

Pelo que já foi examinado nos tópicos anteriores, pode-se considerar que o novo direito contratual em geral manteve a *estrutura* do direito contratual clássico, apenas tentando resolver a dificuldade teórica das fontes não voluntaristas e dando às obrigações do tipo contratual um fundamento *funcional* por referência ao "mundo da vida", seja pelo interesse efetivo das partes, seja pela sua conformação aos interesses alheios (coletivos e de terceiros). Por isso, também a teoria do risco do novo direito contratual se serviu das mesmas bases já estudadas no primeiro capítulo, somente tendo feito acréscimos nos pontos que julgou necessário, principalmente no que tange aos mencionados fundamentos das obrigações.

Assim, neste tópico, demonstrarei primeiro que a base da teoria do risco do direito contratual clássico realmente foi preservada no Código Civil Brasileiro de 2002. Em seguida, analisarei quais foram os acréscimos mais sensíveis à teoria do risco, nos casos em que a prestação ainda é possível, apesar de afetada pela ocorrência de um evento imprevisto.

3.4.1. Manutenção da base do direito contratual clássico

Do mesmo modo como ocorria no direito contratual clássico, nos casos de inadimplemento ou impossibilidade culposa a parte culpada via de regra se torna responsável por praticamente todas as conseqüências advindas da sua mora ou da sua culpa⁴⁵³. No caso de impossibilidade da prestação sem culpa das partes (isto é, em

⁴⁵³ Código Civil Brasileiro de 2002: "Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o

caso de risco), a resposta do novo direito contratual também segue a mesma: quando a impossibilidade for genética, o contrato é inválido, a relação jurídica obrigacional não nasce⁴⁵⁴; quando a impossibilidade for superveniente, as duas partes ficam liberadas de suas "obrigações de prestar" (*res perit debitori*), sem dever de indenizar⁴⁵⁵.

Portanto, a solução para as hipóteses de impossibilidade por concretização de um risco não muda; o que muda, na verdade, é a justificativa teórica dessa solução, que passa a encontrar fulcro no princípio da reciprocidade. Como visto no tópico da função social do contrato, o caráter sinalagmático do contrato começou a ser entendido como uma exigência objetiva (externa às partes) do direito no sentido de que deve haver uma mútua dependência entre a "obrigação de prestar" e a "obrigação de contraprestar". Uma conseqüência dessa ressignificação do sinalagma (isto é, a abordagem objetiva da causa final pelo princípio da reciprocidade) se manifesta exatamente aqui: a razão para a impossibilidade de uma prestação acarretar a liberação também da contraprestação não depende mais de uma vontade presumida das partes, como na tese clássica da condição resolutiva tácita existente em todos os contratos desde a sua formação; o que ocorre, em caso de impossibilidade, é a ausência ou a perda do *fundamento da obrigatoriedade* dessa prestação do ponto de vista do ordenamento jurídico (sinalagma genético e funcional como *causa final objetiva positiva*).⁴⁵⁶ Em sentido correlato, de acordo com a tese da totalidade elaborada por LARENZ, a relação jurídica obrigacional nascida de um contrato sinalagmático tem como finalidade a satisfação dos interesses de prestação das duas partes (há dois credores) no "mundo da vida", e, não sendo possível atingir tal finalidade, todas as obrigações contidas na relação jurídica carecem de exigibilidade, em conjunto.⁴⁵⁷

Igualmente, como a *estrutura do ente formal* relação jurídica obrigacional persiste tendo como eixo principal a "obrigação de prestar", manteve-se, como reflexo

atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada."

⁴⁵⁴ Código Civil Brasileiro de 2002: "Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; [...]".

⁴⁵⁵ Código Civil Brasileiro de 2002: "Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos. Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado."

⁴⁵⁶ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade...**, p. 163.

⁴⁵⁷ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I..., p. 103.

meramente indireto dessa *estrutura*, a conseqüente alocação de todos os gastos da prestação na parte obrigada (como se fossem "custos da prestação"). Não se cogita como questão necessária uma eventual autonomia entre o ato de prestar e o "ato" de suportar os ônus econômicos imprescindíveis à prestação. As únicas hipóteses de exceção a esse regime – afora possíveis disposições expressas das partes – permanecem como aquelas dos contratos de depósito e de mandato e da gestão de negócios⁴⁵⁸, em que os gastos são suportados pelo credor, como "despesas com a prestação".

3.4.2. Novos contornos à "obrigação de prestar" possível

No capítulo anterior foi examinado que, sob a concepção do direito contratual clássico, a parte devedora estava obrigada a praticar a prestação enquanto isso fosse possível, a qualquer custo, pois a relação jurídica obrigacional seguia intocada no "mundo jurídico"; falava-se então em uma álea econômica ilimitada. Ocorre que, por ocasião da Primeira Guerra Mundial e da grave mudança de circunstâncias causada por ela, os resultados sócio-econômicos dessa concepção mostraram-se excessivamente indesejados, já que se exigia um sacrifício enorme das partes sem que elas tivessem culpa alguma por se encontrarem em uma situação desfavorável. A partir de então, várias teorias começaram a ser elaboradas no intuito de estabelecer no direito contratual um mecanismo semelhante à antiga *clausula rebus sic standibus*, para liberar a parte devedora de uma prestação severamente afetada pela ocorrência de um evento imprevisto.⁴⁵⁹

Ainda sob a égide do voluntarismo e com ênfase na formação do contrato, as primeiras teorias tentavam formular argumentos para vincular a vontade das partes a determinadas circunstâncias no momento de executar o contrato. Assim são as teorias

⁴⁵⁸ Código Civil Brasileiro de 2002: "Art. 643. O depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa, e os prejuízos que do depósito provierem. Art. 676. É obrigado o mandante a pagar ao mandatário a remuneração ajustada e as despesas da execução do mandato, ainda que o negócio não surta o esperado efeito, salvo tendo o mandatário culpa. Art. 869. Se o negócio for utilmente administrado, cumprirá ao dono as obrigações contraídas em seu nome, reembolsando ao gestor as despesas necessárias ou úteis que houver feito, com os juros legais, desde o desembolso, respondendo ainda pelos prejuízos que este houver sofrido por causa da gestão."

⁴⁵⁹ LARENZ, Karl. **Base del negocio...**, p. 1.

da pressuposição de Windscheid, da superveniência de Giuseppe Osti e da base subjetiva de Oertmann, que, entretanto, tinham a desvantagem de requerer uma aplicação demasiadamente subjetiva (a necessidade de perscrutar o foro íntimo dos contratantes) e de assim causar insegurança jurídica e negocial.⁴⁶⁰

Outra solução apontada foi o alargamento das hipóteses de resolução por impossibilidade superveniente, no sentido de que, além da impossibilidade absoluta da prestação, também a impossibilidade econômica causasse a liberação do devedor. Com isso, ao invés de um critério subjetivo (vontade) como nas teorias da pressuposição e da superveniência, quedar-se-ia com um critério mais objetivo, uma vez que a possibilidade ou impossibilidade econômica seria aferida de acordo com os parâmetros usuais do mercado – eventualmente considerados até mesmo como elementos integrantes do conteúdo da relação jurídica obrigacional -, que serviriam para fixar o limite do sacrifício exigível do devedor, segundo a boa-fé. Poder-se-ia argumentar, nessa linha, que a prestação que ainda pode ser entregue já não é, em razão da alteração das circunstâncias, mais a mesma prestação que consta do conteúdo da relação jurídica obrigacional⁴⁶¹⁻⁴⁶².⁴⁶³ Do outro lado da moeda, olhando para a perspectiva do credor, defendeu-se com base na boa-fé objetiva e no abuso de direito a

⁴⁶⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos**: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 102-103; GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. *Op. cit.*, p. 148-149; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Op. cit.*, p. 209-211; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato**: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 96; LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico...**, p. 7-21.

⁴⁶¹ PONTES DE MIRANDA explana de modo magistral a relevância da prática negocial para a definição da impossibilidade econômica: "Impossibilidade objetiva superveniente é impossibilidade de prestar. Não se há de exigir que seja absoluta, impossível também é o que somente com despesas desproporcionadas e extraordinários esforços poderia ser adimplido. O transportador prometeu levar à montanha o material de construção; a ponte sobre o rio caiu; para levá-lo até o lugar que se designou seria preciso dar a volta à montanha e entrar por outro caminho, o que custaria muitíssimo mais do que o preço dos transportes. O devedor somente é obrigado a prestar se, *in concreto*, há possibilidade, segundo a concepção do tráfico [...]. [...] o que é preciso é que a desproporcionalidade dos gastos seja, na concepção do tráfico, impossibilidade objetiva; porque essa concepção do tráfico está no conteúdo do negócio jurídico." (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo XXIII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958, p. 105-106).

⁴⁶² Com a diferença de não tratar especificamente do caso de risco o artigo 625, III, do Código Civil Brasileiro de 2002 parece-me prever uma hipótese em que, a despeito do equilíbrio contratual, há uma alteração – ainda que implícita - na identidade da prestação do empreiteiro: "Art. 625. Poderá o empreiteiro suspender a obra: III - se as modificações exigidas pelo dono da obra, por seu vulto e natureza, forem desproporcionais ao projeto aprovado, ainda que o dono se disponha a arcar com o acréscimo de preço."

⁴⁶³ SILVA, Clóvis do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no Direito brasileiro. *In*: FRADERA, Véra Maria Jacob de [org.]. **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 90; LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I..., p. 310-313.

inadmissibilidade do exercício da pretensão de cumprimento dessa obrigação que extrapola o limite do sacrifício exigível.⁴⁶⁴

Entendo que esse argumento da liberação do devedor em razão da mudança de identidade da prestação que é afetada seriamente pelo risco imprevisto está ainda muito próximo do direito contratual clássico, não se enquadrando plenamente na teoria do novo direito contratual. Vale lembrar que, no direito contratual clássico, o devedor era obrigado apenas a cumprir exatamente a "obrigação de prestar" que havia sido objeto da vontade formadora do contrato: caso a alteração das circunstâncias tornasse necessário um ato "substancialmente" distinto da prestação avençada (exemplo da indústria e da transportadora mencionado na introdução, em que a transportadora precisaria resolver as pendências junto à alfândega argentina no intuito de poder realizar a sua prestação de entrega das mercadorias), ainda que o devedor não ficasse liberado da sua obrigação (porque ela continuava possível), não poderia ser responsabilizado por culpa em caso de inadimplemento, uma vez que não se encontrava obrigado a praticar tal ato "substancialmente" distinto. O argumento da mudança de identidade segue a mesma linha teórica: à primeira vista, o risco imprevisto não exigiria ato "substancialmente" distinto da prestação avençada (exemplo trazido por PONTES DE MIRANDA, em que o transportador se vê na necessidade de fazer um caminho muito mais longo por causa da queda de uma ponte⁴⁶⁵); porém, bem examinado, o modo de praticar esse ato se tornou tão distinto do esperado que ele não pode ser reputado como "substancialmente" o mesmo. Ocorre - como já visto - que no novo direito contratual, por efeito da confiança, da cooperação e da boa-fé objetiva, não se admite mais sustentar essa idéia de que o devedor somente está obrigado a cumprir *aquela* "obrigação de prestar" imaginada no momento da formação do contrato; compreendida a relação jurídica obrigacional como um processo, é-lhe exigível o quanto mais seja necessário para satisfazer o interesse efetivo do credor, conquanto isso implique a prática de atos "substancialmente" distintos da prestação avençada. Portanto, esse argumento deixa de possuir amparo na teoria atual, sendo pertinente observar ainda que a expansão dos deveres acessórios de conduta e o dinamismo da própria "obrigação de prestar" acabam por acarretar um aumento dos "ônus econômicos" – e, conseqüentemente, do risco econômico imprevisto - a que o devedor está sujeito.

⁴⁶⁴ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação...**, p. 106-107.

⁴⁶⁵ Ver nota número 461.

Já efetivamente na teoria do novo direito contratual, KARL LARENZ trabalhou essa problemática dentro da sua já estudada concepção da relação jurídica obrigacional, definindo duas categorias em que a ocorrência superveniente de eventos imprevisíveis pode afetar as condições de exigibilidade de uma prestação ainda possível: o rompimento da base subjetiva e o rompimento da base objetiva do contrato. A base subjetiva seria a representação mental de ambas as partes que as induziu à formação do contrato, a qual acaba por influir na relação jurídica obrigacional no papel de motivo comum determinante; se as circunstâncias imaginadas nessa representação mental não se confirmarem, as partes terão incorrido em erro nos motivos, o que retira a eficácia obrigacional da relação jurídica.⁴⁶⁶⁻⁴⁶⁷ Já a base objetiva diria respeito à estrutura interna da relação jurídica obrigacional e às circunstâncias cuja existência são necessárias para que essa estrutura se mantenha e esteja apta a realizar a sua finalidade; assim, tenham ou não as partes tido tais circunstâncias necessárias em mente, o seu desaparecimento faz com que a relação jurídica obrigatória perca "*sentido, fin u objeto*". LARENZ refere duas hipóteses em que há a quebra da base objetiva do contrato, as quais serão estudadas aqui: a destruição da relação de equivalência e a impossibilidade de se alcançar o fim do contrato.⁴⁶⁸

A hipótese de destruição da relação de equivalência diz respeito ao caráter sinalagmático do contrato bilateral, em que, "por essência", há uma mútua implicação entre a prestação e a contraprestação. Se um risco imprevisível prejudica de maneira expressiva uma das prestações, a ponto de abalar a natureza sinalagmática do contrato, a relação jurídica obrigacional perde a sua identidade originária e passa a carecer de sentido. LARENZ ilustra a destruição da relação de equivalência mencionando o caso em que já não se pode mais falar "racionalmente" em "contraprestação", tamanha a disparidade de valor diante da prestação. Ou seja, a base sinalagmática do contrato bilateral, considerado objetivamente, teria sido rompida, ainda que ambas as

⁴⁶⁶ LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico...**, p. 41 et 224.

⁴⁶⁷ Sobre o acolhimento do rompimento da base subjetiva pelo direito brasileiro, LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA comenta a referência do Código Civil Brasileiro de 2002 ao "motivo comum determinante": "Se o *motivo comum determinante* ilícito nulifica o contrato, aquele que seja lícito pode ser considerado comum, senão um requisito de validade, visto que ausente regra explícita do ordenamento, ao menos um fator de eficácia entre as partes." (SILVA, Luis Renato Ferreira da. Revisão de contratos no Código Civil..., p. 398).

⁴⁶⁸ LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico...**, p. 39.

prestações continuassem possíveis.⁴⁶⁹ Para desenvolver melhor essa hipótese, dentro da sua teoria, o autor alemão argumenta que as partes contratantes, mesmo que não tenham uma representação mental clara, agem em vista de uma situação dada, "*cuyos sedimentos penetran en el contrato en forma de presuposiciones inmanentes*"; se há uma modificação superveniente que não havia sido cogitada pelas partes ao ponderar seus interesses e ao distribuir os riscos, a exigência do cumprimento das obrigações acabaria por realizar "*consecuencias totalmente distintas de las que las partes habían proyectado*".⁴⁷⁰ O autor ainda adverte mais uma vez: o rompimento da base objetiva do contrato por completa destruição da equivalência requer um acontecimento imprevisível de grande repercussão sobre as prestações;⁴⁷¹ não basta que uma das partes sofra mero prejuízo – mesmo um prejuízo considerável – entre a prestação que entregou e a contraprestação que recebeu; deve-se perguntar se o mesmo contrato celebrado diante daquelas circunstâncias supervenientes seria chamado de contrato bilateral.⁴⁷² Nessa hipótese, para que a relação jurídica obrigacional não se resolva, o devedor onerado pelo risco imprevisto pode pleitear aumento da prestação que seja suficiente para restaurar o sinalagma (revisão do contrato em lugar da extinção).⁴⁷³

Tenho que na hipótese sob exame manifesta-se com maior intensidade o já comentado caráter *formalista* da teoria de LARENZ. O autor alemão é motivado a tratar do tema da alteração superveniente das circunstâncias por um problema econômico real, mas conduz a sua abordagem estritamente dentro de uma perspectiva *formal*, preocupado com a descaracterização (a higidez) do *ente formal* relação jurídica obrigacional, em caso de "perda do sinalagma". Quando refere a destruição da relação de equivalência como caso para a cessação da obrigatoriedade das prestações, ele não tem em vista nem a situação econômica das partes, nem o princípio do equilíbrio contratual, nem o princípio da reciprocidade, os quais estão ligados à função social exigida pelo ordenamento jurídico como *fundamento da obrigatoriedade*; a sua referência é exclusivamente a estrutura da relação jurídica obrigacional, o que o faz

⁴⁶⁹ LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico...**, p. 130-131 et 170.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 97-98.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 144.

⁴⁷² Diz LARENZ: "*Aunque sea posible que la contraprestación resulte notablemente inferior al valor de la prestación, ello no afecta al carácter que el contrato tiene como bilateral. [...] Por lo demás, siempre habrá que preguntarse si un idéntico contrato celebrado en las actuales circunstancias podría considerarse como un contrato bilateral, dirigido a una prestación onerosa.*" (*Ibidem*, p. 146-147).

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 225.

soar muito próximo ao direito contratual clássico – no caso da impossibilidade genética, por exemplo. Porém, embora opere no plano *formalista* da estrutura da relação jurídica obrigacional, sem invocar escolhas funcionais do direito positivo quanto à utilidade e à justiça das obrigações, o autor decide colocar dentro da noção de sinalagma um significado econômico quantitativo, como se isso fosse algo necessário, não sujeito a opções legislativas; e toma esse significado econômico quantitativo como algo objetivo, passível de que um intérprete declare imparcialmente que houve "perda do sinalagma", mesmo que a prestação ainda possa ser entregue (o que a rigor seria suficiente para realizar a operação econômica programada, dentro de uma base objetiva não quantitativa). Ou seja, o autor rejeita de antemão a hipótese de que, até mesmo devido à subjetividade dos valores das prestações, o ordenamento jurídico não veja na noção de sinalagma em si um significado econômico quantitativo. Por outro lado, ao mesmo tempo em que quer ressaltar o aspecto objetivo da bilateralidade como algo próprio do contrato (e não das partes), LARENZ recorre a critérios nitidamente subjetivos, como o contexto diante do qual as partes pensaram e negociaram e as conseqüências que elas projetaram através do contrato. Por fim, o autor chega a propor usar como estratégia o questionamento sobre se o mesmo contrato feito diante das novas circunstâncias seria havido como bilateral, mas, a menos que alegasse algum tipo de simulação ou se respaldasse na função social, seria forçado a admitir a existência de sinalagma se as partes tivessem aceitado de bom grado a equivalência das prestações, mesmo que para o intérprete não fosse "razoável" falar em "contraprestação". Por todos esses fatores, entendo que a quebra da base objetiva do contrato somente encontra amparo se estiver vinculada ao princípio da reciprocidade enquanto função social do contrato, sob pena de se cair em subjetivismos quanto ao significado econômico quantitativo desejado pelas partes. É que, a menos que se dê ao contrato uma função externa à vontade das partes, não se pode afirmar objetivamente que a estrutura da relação jurídica obrigacional em si necessite de um significado econômico quantitativo.

A outra hipótese de rompimento da base objetiva do contrato ocorre quando a prestação ainda é possível, mas mesmo com a sua prática a finalidade do contrato não poderá ser alcançada.⁴⁷⁴ Aqui LARENZ, apesar de *formalista*, claramente se afasta da pura análise da estrutura do *ente formal*, pois assume a premissa de que

⁴⁷⁴ LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico...**, p. 99.

toda relação jurídica obrigacional apenas se justifica quando tiver a função de satisfazer o interesse efetivo do credor. Em outras palavras, por uma questão de concepção funcional dessa figura jurídica pelo direito positivo, pode-se afirmar objetivamente que a compulsoriedade de toda relação jurídica obrigacional depende da finalidade de satisfazer efetivamente os interesses do credor, o que penetra o conteúdo objetivo do *ente formal*.⁴⁷⁵ Assim, uma vez que esse significado funcional/finalístico é admitido como algo necessário para a obrigatoriedade da prestação, a hipótese de quebra dessa base objetiva em caso de ocorrência de um evento imprevisto é algo concreto, real⁴⁷⁶ - o problema, é claro, passa a ser identificar o que é um interesse efetivo interno e o que é um interesse efetivo externo ao conteúdo da relação jurídica obrigacional, mas ao menos se sabe que algum interesse efetivo interno *existe*. Portanto, quando, por conta de circunstâncias supervenientes que estejam fora de sua esfera de influência e pelas quais não tenha assumido o risco, o credor deixa de ter interesse efetivo na prestação, dentro daquela finalidade que se incorpora ao conteúdo da relação jurídica obrigacional, ele estaria autorizado (faculdade, opcional) a rechaçá-la – mesmo que ela continue possível - e ainda a negar a contraprestação por ele devida.⁴⁷⁷ Ou seja, a teoria de LARENZ concede ao credor uma capacidade de decisão sobre o destino da relação jurídica obrigacional que jamais teria sido cogitada no direito contratual clássico, o que sem dúvidas aumenta o risco econômico da parte devedora, ameaçada de não receber a contraprestação esperada.

Nesse sentido, no que importa mais diretamente a este trabalho, esta hipótese em que o credor opta – mesmo que a prestação ainda seja possível - por retirar a eficácia da relação jurídica obrigacional, por perda da finalidade, é a única em que LARENZ se preocupa com os gastos incorridos pela parte devedora. Para isso, o autor

⁴⁷⁵ Vale transcrever as palavras de LARENZ neste ponto importante: "*La finalidad primera e inmediata de cada parte de un contrato bilateral es obtener la contraprestación. [...] Esta finalidad se desprende de la naturaleza del contrato en cuestión; es una finalidad común, puesto que cada parte quiere procurar la finalidad de la otra para así conseguir la suya; por tanto, es necesariamente contenido del contrato. Pero esta primera finalidad se enlaza de ordinario en las representaciones de las partes con una segunda y, aún a veces, una tercera finalidad: el comprador querrá emplear la cosa para un determinado fin [...]. Estas finalidades ulteriores de una de las partes nada interesan a la otra, aun cuando las conozca e incluso se le hayan comunicado expresamente, a no ser que las haya hecho suyas de algún modo, por haber influido en su prestación, o por haber fijado la cuantía de la contraprestación en atención a ellas.*" (LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico...**, p. 166).

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 155.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 196.

alemão tece uma argumentação econômica a respeito de como os gastos da prestação são incluídos implicitamente no valor da contraprestação; observa assim que, caso o credor opte por exercer a faculdade de retirar a eficácia da relação jurídica obrigacional por perda da finalidade, o devedor será prejudicado porque, além da perda do lucro visado, ainda deixará de recuperar os gastos já investidos na preparação da prestação. A partir disso, afirma que "não parece justo" que o devedor se veja em situação de ter de suportar esses gastos em caso de frustração da finalidade.⁴⁷⁸ Segundo o autor, ainda que seja verdade que o credor tenha a faculdade de negar-se a praticar a sua contraprestação em favor do devedor, o exercício dessa faculdade ainda deixaria na relação jurídica obrigacional um "residuo de la pretensión de cumplimiento", que consistiria no ressarcimento dos gastos já incorridos pelo devedor.⁴⁷⁹ Como fundamento para esse resíduo da contraprestação, LARENZ refere expressamente uma repartição do risco contratual e faz uma analogia com a gestão de negócios (em que, como já visto, os gastos com a execução incorridos pelo gestor são considerados "despesas" do beneficiário): *"el deber de indemnizar los gastos se deriva de las exigencias de un justo reparto del riesgo contractual y del punto de vista de la gestión de negocios"*.⁴⁸⁰ LARENZ então vai além da mera analogia, para sustentar uma certa natureza de gestão de negócios subjacente a diversos tipos contratuais:

*En la mayoría de los casos se trata de contratos de arrendamiento de servicios, de obra y de suministro de obra y a veces de sociedad; todos ellos contratos que implican una gestión de negocios, entendida esta expresión en el más amplio sentido [...]. En la compraventa, los gastos se tienen en cuenta tan sólo con respecto a las prestaciones secundarias adicionalmente asumidas, como embalaje y expedición, y con relación a los mismos puede hablarse igualmente en una gestión de negocios.*⁴⁸¹⁻⁴⁸²

⁴⁷⁸ Conforme explica LARENZ: *"En los contratos de arrendamiento de servicios, de obra y de suministro de obra y también en la compraventa cuando en ella se realicen gastos por las prestaciones adicionales, la contraprestación convenida incluye, por lo general, los gastos normalmente enlazados con el cumplimiento del contrato (por ejemplo, desplazamientos al lugar de trabajo, empleo de materiales, gastos necesarios de viajes, transportes, expedición, etcétera), de modo tal que estos gastos, por lo general, no se mencionan especialmente. Sin embargo, con arreglo a un criterio económico la contraprestación está integrada por esta indemnización y el pago del trabajo o de la prestación. No parece justo que en el caso de la frustración de la finalidad, el deudor de la prestación que resultó inútil pierda ambas cosas y, por tanto, esté en peor situación que el que ha decidido gestionar el negocio de otro sin ninguna retribución."* (LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico...**, p. 192-193).

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 194-195.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 191.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 192.

⁴⁸² Tradução livre: "Na maioria dos casos se trata de contratos de arrendamento de serviços, de obra e de fornecimento de obra, e às vezes de sociedade; todos são contratos que implicam gestão de negócios – expressão entendida em seu sentido mais amplo [...]. Na compra e venda, os gastos se referem tão-somente às prestações secundárias adicionalmente assumidas, como as de embalagem e envio, e em relação a esses gastos pode-se falar igualmente em uma gestão de negócios."

Parece-me que, apesar de tentar manter o tom jurídico *formalista* (chegando até mesmo a suscitar uma aplicação subsidiária da regulação legal da gestão de negócios), as considerações de LARENZ sobre a justiça dessa relação jurídica obrigacional se fiam precisamente em um exame real da "economia interna do contrato", como algo que na relação entre as partes excede a simples "obrigação de prestar" e de "satisfazer os interesses do credor na prestação". No meu ponto de vista, LARENZ está prestes a fazer uma distinção entre o ato de prestar e o "ato" de custear a prestação, tratando isso como uma questão eventualmente necessária de todo contrato (já que todo contrato pode ser afetado pela perda de finalidade), especialmente no que toca à distribuição de riscos imprevistos. Essa é exatamente a hipótese analisada neste trabalho, ao testar a pressuposição de uma autonomia entre o problema econômico do risco imprevisto e o destino jurídico da "obrigação de prestar". De fato, nesse caso de perda da finalidade, LARENZ não se contenta com o destino jurídico dado à "obrigação de prestar" enquanto núcleo do *ente formal* relação jurídica obrigacional; ele segue na busca de critérios que, em última análise, recaem na "economia interna do contrato". O curioso é que, a despeito dessa notável preocupação neste caso específico da quebra da base objetiva por perda da finalidade, LARENZ percebe a similitude do problema dos gastos nos casos de impossibilidade superveniente, mas recusa-se expressamente a dar-lhes o mesmo tratamento relativo à justiça na repartição de riscos e à natureza subjacente de gestão de negócios de todos os contratos. Para o autor alemão, no caso de resolução por impossibilidade, a parte devedora deve invariavelmente suportar os ônus econômicos remanescentes, que não receberão contrapartida. Enfim, nas tradicionais hipóteses de resolução da relação jurídica obrigacional, LARENZ não abandona o *formalismo* centrado no destino da "obrigação de prestar".⁴⁸³ O autor, entretanto, não explica qual seria a razão para o tratamento diferenciado nas duas situações. Pode-se especular que a maior sensibilidade demonstrada na hipótese de perda da finalidade se deve ao maior poder conferido ao credor, que toma a decisão de resolver a relação jurídica obrigacional e acaba prejudicando o

⁴⁸³ Veja-se como LARENZ coloca no mesmo contexto o caso de resolução por impossibilidade e o caso de quebra da base objetiva por perda da finalidade: "*Pero si resulta imposible para el deudor la prestación correspondiente (o sea, el acto de prestación en cuanto tal, prescindiendo de su substrato) por motivos de los que no es responsable, el deudor pierde, conforme al § 323 del Código civil, su contraprestación. En este caso, el deudor no sólo pierde todas las ganancias que hubiese podido obtener del contrato, sino también los gastos hechos que luego resultaron inútiles. Por tanto, soporta el riesgo contractual en toda su amplitud. Pero no es justo que soporte el riesgo en igual medida en los casos de frustración de la finalidad.*" (LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico...**, p. 194-195).

devedor por causa de sua decisão; porém, em verdade, o problema econômico dos riscos imprevistos e a questão da justiça da parte que os suporta são objetivamente os mesmos em ambas as hipóteses.

Por fim, após esse estudo da teoria da base de LARENZ, convém examinar a extinção da "obrigação de prestar" possível de acordo com a teoria da onerosidade excessiva, que, por influência italiana, foi absorvida pelo Código Civil Brasileiro de 2002⁴⁸⁴:

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.

Em verdade, a teoria da onerosidade excessiva também tem origem dentro da lógica do direito contratual clássico, segundo a qual a necessidade inapelável de cumprir a "obrigação de prestar" fazia com que, mesmo em caso de grave alteração das circunstâncias por concretização de um risco imprevisto, o devedor se visse compelido a arcar com todos os ônus econômicos a fim de praticar a prestação enquanto ela fosse possível; falava-se então, por consequência disso, que o devedor tinha uma álea econômica ilimitada. Pois a teoria da onerosidade excessiva do novo direito contratual pretende ser a apelação que o devedor antes não tinha: ou seja, mantém-se a lógica de que o devedor suporta todos os ônus econômicos dos riscos imprevistos no intuito de cumprir a "obrigação de prestar", mas se lhe oferece uma válvula de escape quando esses ônus econômicos vierem a ser excessivos. Essa válvula de escape consiste na faculdade de pleitear a resolução da relação jurídica obrigacional - facultando-se ao credor, por outro lado, a oferta de aumento da contraprestação para evitar a resolução⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ Ainda, no Código Civil Brasileiro de 2002: "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. Art. 625. Poderá o empreiteiro suspender a obra: II - quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado, observados os preços; [...]".

⁴⁸⁵ Código Civil Brasileiro de 2002: "Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.".

Para que o devedor possa fazer uso desse recurso, no entanto, há algumas condições, como observa-se no próprio Código Civil Brasileiro de 2002: a alteração das circunstâncias deve se dar em razão de eventos extraordinários e imprevisíveis, de modo a que o mecanismo não sirva para beneficiar o devedor por um problema que ele poderia ter evitado; e o credor deve estar em situação de extrema vantagem, para que assim se justifique a sua "penalização" feita através da resolução da relação jurídica obrigacional.⁴⁸⁶ Como parâmetro para fixar-se o momento em que a "obrigação de prestar" ainda não se tornou excessivamente onerosa, utiliza-se uma idéia de álea econômica normal do contrato⁴⁸⁷, que seria aquele risco que o devedor implicitamente assume ao contratar, por ser comum ao tipo de negócio – trata-se, em verdade, de um risco previsível, que afasta a incidência da norma.⁴⁸⁸ Porém, deve-se esclarecer que o mero trespasse da álea econômica normal do contrato não traz automaticamente a incidência da resolução por onerosidade excessiva.

A doutrina critica tanto o requisito da imprevisibilidade/extraordinariedade dos acontecimentos supervenientes, quanto o requisito da extrema vantagem do credor. Se for entendida como "incapacidade humana de cogitar o evento", a imprevisibilidade é um fator que quase nunca se verifica, pois a tecnologia avançada – ou a simples imaginação – fazem com que praticamente qualquer evento possa ser concebido pelas partes, por mais remoto que seja.⁴⁸⁹ Já a vantagem extrema do credor pode ser considerada incongruente em face dos supostos objetivos do mecanismo da resolução por onerosidade excessiva, pois dificilmente a concretização de riscos imprevistos melhora a situação da parte credora: ou apenas o devedor é prejudicado e o credor mantém-se como estava, ou as duas partes são afetadas negativamente.⁴⁹⁰ Assim, na prática jurídica, a jurisprudência prefere muitas vezes relativizar esses requisitos,

⁴⁸⁶ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Op. cit.*, p. 234.

⁴⁸⁷ Código Civil Italiano de 1942: "*Art. 1467 Contratto con prestazioni corrispettive - Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168). La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. [...]*".

⁴⁸⁸ ROPPO, Vincenzo. *Op cit.*, p. 952-953.

⁴⁸⁹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos...**, p. 111.

⁴⁹⁰ *Idem*. Revisão de contratos no Código Civil..., p. 393; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Op. cit.*, p. 152.

a fim de que o mecanismo da onerosidade excessiva possa ser usado pelo devedor em casos onde se reputa necessário.⁴⁹¹

Portanto, pelo exposto, tem-se que o verdadeiro acréscimo do novo direito contratual à teoria dos riscos do direito contratual clássico foi a criação de hipóteses excepcionais em que, apesar de a prestação ainda ser possível, a relação jurídica obrigacional toma o já conhecido destino da resolução, o que antes era reservado aos casos de impossibilidade. Conquanto essas novas hipóteses levem em conta a repercussão econômica da "obrigação de prestar" no "mundo da vida", o que antes era desprezado, a análise *formalista* da relação jurídica obrigacional foi preservada, e as respostas dadas restringem-se quase exclusivamente a decidir sobre a permanência, a resolução ou a revisão dessa relação jurídica obrigacional centralizada nas "obrigações de prestar". Não se chega ao ponto de discutir a questão da autonomia entre o ato de prestar e o "ato" de suportar os ônus econômicos da prestação, tampouco de formular uma teoria sob a idéia de "economia interna do contrato" – ainda que, por várias vezes, as teorias existentes tenham de tangenciar essa noção de "economia interna do contrato", como fez KARL LARENZ ao defender a indenização dos gastos do devedor no caso do credor optar pela resolução por perda da finalidade do contrato. Ou seja, diante do parco acréscimo provido pelo novo direito contratual à teoria do risco do direito contratual clássico, mantêm-se até hoje sem solução todos aqueles problemas relativos aos ônus econômicos que, após o decaimento da "obrigação de prestar" afetada pelo risco imprevisto (impossibilidade genética e impossibilidade superveniente), as partes acabam suportando simplesmente por falta de remédio jurídico; em verdade, tendo em vista a criação de novas hipóteses de decaimento da "obrigação de prestar" mesmo quando ela ainda é possível, e tendo em vista também a maior amplitude das obrigações contratuais de acordo com a boa-fé objetiva e com o dinamismo da relação jurídica obrigacional, em alguns casos esse problema econômico até se agravou, sem que tenha recebido a devida atenção.

Enfim, por tudo isso, o risco objeto da teoria, mesmo no novo direito contratual, ainda não é exatamente o risco econômico das partes diante da ocorrência de um evento imprevisto, e sim o risco do comprometimento da função do *ente formal* relação

⁴⁹¹ COSTA, José Eduardo da. A revisão dos contratos: entre o *pacta sunt servanda* e o equilíbrio econômico. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues [coord.]. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 419; SILVA, Luis Renato Ferreira da. Revisão de contratos no Código Civil..., p. 392-394. Também assim na jurisprudência italiana, conforme: ROPPO, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 954.

jurídica obrigacional, seja pela perda do interesse do credor, seja pela onerosidade insuportável da "obrigação de prestar" do devedor.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como proposta estudar a evolução da teoria contratual como forma de compreender a teoria do risco e, com isso, testar a hipótese jurídica de que se possa considerar o risco econômico imprevisto como integrante autônomo e necessário do conteúdo do contrato, no sentido de que, mesmo quando as partes ou a legislação nada disponham expressamente, os ônus econômicos ocasionados pela concretização do risco imprevisto sejam suportados por uma das partes – ou por ambas – sempre em razão de critérios jurídicos próprios da *responsabilização* ("obrigação de suportar economicamente os riscos imprevistos"), e não simplesmente como uma conseqüência indireta do dever de cumprir a "obrigação de prestar". A premissa econômica – cuja comprovação não foi objeto desta pesquisa - subjacente a essa hipótese jurídica é de que, na "economia interna do contrato", o "ato" de custear a prestação é em princípio distinto e independente do ato de prestar: em toda interação econômica de modelo contratual, há sempre uma resposta sobre *quem* deverá prestar e outra resposta sobre *quem* deverá encarregar-se dos ônus econômicos referentes à prestação, seja em termos de gastos esperados, riscos previstos ou riscos imprevistos; ainda que na prática comercial seja comum a alocação da prestação e do custeio na mesma pessoa, isso não desfaz a noção de que a "economia interna do contrato" formula as duas perguntas separadamente e de que, portanto, as respostas possam divergir - o que é uma possibilidade especialmente relevante no caso dos riscos imprevistos, que não foram objeto de negociação implícita nem explícita.

Nesse passo, a eventual confirmação da premissa econômica e da hipótese jurídica não significaria que o direito está impedido de oferecer uma solução ao problema econômico surgido em um caso concreto, mas sim que a atribuição a alguma das partes de uma *responsabilidade* jurídica pelo risco imprevisto depende da sua adequação específica à teoria das fontes e dos fundamentos das obrigações contratuais, assim como acontece com a "obrigação de prestar" e com os demais deveres de conduta integrantes do conteúdo do contrato. Por outro lado, a eventual confirmação apenas da premissa econômica deixaria evidente a necessidade de a teoria jurídica evoluir, caso se admita que o direito tem como mister atender às exigências da vida sócio-econômica.

Assim posicionado o problema da pesquisa, o exame da teoria atual começou pelo direito contratual clássico, característico do século XIX. Analisou-se que esse período teórico ficou marcado pela noção de *autonomia da vontade para formar um contrato com efeitos obrigatórios*, pois, para assumir um compromisso juridicamente exigível, o mero consenso ou encontro de vontades era suficiente - para estarem contratadas as partes não precisavam mais observar uma formalidade especial (como no direito romano e no direito medieval) ou realizar uma *função* externa a si mesmas (como na escolástica tardia inspirada em Tomás de Aquino). Mais do que uma simples noção jurídica, porém, a *autonomia da vontade* foi elevada ao patamar de paradigma teórico, para explicar todos os aspectos do direito contratual da época. Isso não se deu por acaso, todavia; foi fruto da visão de mundo moderna e da sua repercussão sobre o modo de se entender o direito.

É que, à medida em que o padrão religioso da Idade Média perdeu prestígio, abandonou-se a concepção de que toda pessoa por essência está inserida em relação com os demais dentro de uma *ordem natural divina* difusa; no espaço vazio antes ocupado por essa *ordem natural*, estabeleceu-se a idéia do indivíduo *a priori* isolado, seja em estado de natureza, seja na condição de destinatário singular das normas irradiadas de um sistema jurídico central. É essa idéia de indivíduo que permite captar as três versões pelas quais a *autonomia da vontade* costuma ser apresentada: a versão iluminista-francesa, a versão kantiana-alemã e a versão jurídico-conceitual – ressalva deve ser feita de que, nas duas primeiras versões, esse individualismo é filosófico e proposital, enquanto que, na terceira versão, ele é circunstancial e jurídico. Na versão iluminista, o indivíduo é completamente livre por natureza, razão pela qual todas as obrigações a que se sujeita somente podem ter origem na sua vontade, que seria então *naturalmente* hábil a gerar um vínculo jurídico entre dois indivíduos contratantes (vontade como fonte formal e material das obrigações contratuais). Na versão kantiana, já não se fala em indivíduo livre por natureza, mas sim no indivíduo priorizado pelo direito positivo, cuja vontade, por ser *moralmente* significativa da sua capacidade de autodeterminação, deve ser valorizada pelo direito a fim de gerar um vínculo jurídico entre dois indivíduos contratantes (vontade como fonte material das obrigações contratuais). Na versão jurídico-conceitual, a vontade gera um vínculo jurídico entre dois indivíduos contratantes simplesmente porque a hipótese fática do

conceito dogmático (dogma legal na França, dogma doutrinário na Alemanha) de contrato válido foi preenchida (vontade como fonte material das obrigações contratuais), independentemente de qualquer critério supra-individual a ser seguido.

Nessa senda, examinou-se que, apesar dessa perda do pensamento religioso, a concepção do contrato na teoria do direito contratual clássico, em suas três versões, ainda segue a tradição *formalista (idealista)* pré-moderna, que via essa figura jurídica como um *ente formal (ideal)*, com *existência* própria, distinta da *existência* das partes contratantes. A própria definição do contrato como consenso ou encontro de vontades descende remota mas diretamente desse *formalismo* pré-moderno, seja pela sua vertente do direito canônico, seja pela sua vertente da escolástica tardia - tendo depois passado pela Escola de Direito Natural humanista até chegar à corrente filosófica iluminista-kantiana e à corrente jurídico-conceitualista da Escola da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos. A diferença é que, pela intensificação do *materialismo* no pensamento moderno, no século XIX já não se acreditava nesse *ente formal* como *existente no mundo natural* (o "mundo da vida"), e sim como *existente em um plano lógico* (o "mundo jurídico"). Ou seja, o *formalismo-naturalista* de outrora foi adaptado para um *formalismo-logicista*, tanto quando esse *ente formal-lógico* é criado imediatamente pela vontade (*formalismo-lógico-naturalista* do iluminismo), quanto quando ele é criado imediatamente pelo direito positivo (*formalismo-lógico-positivista* da ética kantiana e do conceitualismo jurídico).

Diante das questões analisadas, exatamente neste ponto foi possível apreender aquele que pode ser considerado o traço marcante do direito contratual clássico: o seu extremo *formalismo*. Enquanto o *ente formal* contrato e as partes contratantes habitavam o mesmo *mundo natural*, o *direito natural*, ao regular os deveres de condutas recíprocos por critérios *objetivos* de justiça, levava em conta os resultados práticos do contrato sobre a situação real das partes (*causa final subjetiva, clausula rebus sic standibus*); no caso da escolástica tardia, essa estreita relação no *mundo natural* entre o contrato e as partes contratantes era ainda mais marcante, pois o *direito natural* somente concedia efeitos jurídicos a esse *ente formal* se a sua *estrutura* estivesse *funcionalizada* em direção à obtenção do *bem comum objetivo*, mediante a prática das *virtudes* da justiça comutativa ou da liberalidade (*causa final objetiva positiva*). Contudo, ao remeter-se o *formalismo* para um "mundo jurídico" diverso do "mundo da vida", os resultados práticos do *ente formal* contrato sobre a situação real das partes – a menos que houvesse disposições dogmáticas em contrário - deixaram de importar;

em um *plano lógico* concebido como "*realidade*" auto-suficiente e auto-referente, o "mundo da vida" passou a ser apenas a origem dos fatos que geravam os *entes formais* habitantes do "mundo jurídico". Portanto, nessa fase inicial de delineamento do direito moderno positivo, levou-se a *estrutura* pré-moderna para o "mundo jurídico", mas, com isso, perdeu-se a antiga *função* que essa *estrutura* exercia no "mundo da vida".

Nesse sentido, demonstrou-se que a noção de *autonomia da vontade para formar um contrato com efeitos obrigatórios* foi erigida ao papel de paradigma do direito contratual clássico precisamente porque esse momento inicial da gênese do *ente formal* contrato era – por assim dizer – o último em que os fatos do "mundo da vida" teriam maior relevância para o "mundo jurídico"; uma vez *existente* e válido, o contrato fazia nascer no "mundo jurídico" uma relação jurídica obrigacional, também concebida como *ente formal*, cujo conteúdo remontava ao fato do consenso ou encontro de vontades presente na sua formação. E, dessa referência exclusiva ao fato pretérito ocorrido no "mundo da vida", advinha o caráter *estático* da relação jurídica obrigacional, *ente formal existente* em um "mundo jurídico" isolado e infenso a interferências alheias, um mundo lógico sem vida e sem tempo próprio.

Em vista dessa *estrutura formalista* pela qual o direito contratual clássico era compreendido, destacou-se que a relação sócio-econômica das partes no "mundo da vida" adentrava o "mundo jurídico" sintetizada na noção jurídico-*formal* de "obrigação de prestar", via de regra como único integrante do conteúdo do contrato. Dentro dessa noção limitada, não havia espaço para falar-se em "interesse efetivo do credor", "justiça contratual" e "economia interna do contrato" com autonomia entre o ato de prestar e o "ato" de custear a prestação – até porque, levando em conta o *formalismo* extremo do direito contratual clássico, tais questões não eram necessárias à *existência* do *ente formal* no "mundo jurídico". Desse modo, já que via de regra o direito contratual não fazia a pergunta sobre *quem é o responsável* por suportar os ônus econômicos da prestação dentro da "economia interna do contrato", na perspectiva econômica (ajurídica) o devedor acabava internalizando tais ônus na forma de "custos da prestação", simplesmente pelo fato de estar compelido – sob pena de sanção – a cumprir a sua "obrigação de prestar". A única exceção a esse modelo fatalista de alocação dos ônus econômicos se dava, por disposição legal expressa, nos contratos de depósito

e de mandato e na gestão de negócios, hipóteses em que havia uma verdadeira "obrigação de suportar os ônus econômicos da prestação" atribuída juridicamente à parte credora.

Assim, considerada essa lógica que emana da teoria geral, ao analisar a teoria do risco do direito contratual clássico ficou claro que o *formalismo* extremo da época somente tomava em consideração a higidez dos *entes formais* contrato e relação jurídica obrigacional *existentes* no "mundo jurídico", ignorando completamente - por não ser seu objeto - a situação econômica das partes no "mundo da vida". Por isso, o "risco" que concerne a essa teoria não é o risco econômico das partes, e sim o risco de que a "obrigação de prestar" contida na relação jurídica obrigacional não possa ser extinta pelo modo típico, o adimplemento. Era isso que acontecia, por exemplo, nos casos de impossibilidade genética e impossibilidade superveniente, nos quais a teoria do risco concluiu - respectivamente - pela invalidade do contrato/inexistência da relação jurídica obrigacional e pela perda bilateral (*res perit debitori*) da eficácia da "obrigação de prestar" mediante a aplicação de uma suposta cláusula resolutiva tácita, a qual estaria imbuída em todos os contratos pela vontade implícita das partes. Ou seja, conclui-se que, após a teoria do risco solucionar o problema jurídico do destino das "obrigações de prestar" contidas em uma relação jurídica obrigacional afetada pela impossibilidade da prestação, o direito contratual clássico nada tinha a dizer sobre a situação econômica remanescente das partes, como na hipótese de elas terem incorrido em gastos preparatórios à execução do contrato afetado pelo risco imprevisto.

Essa análise do direito contratual clássico foi levada para o estudo do novo direito contratual do século XX, o que foi realizado especialmente através das obras de Emilio Betti e Karl Larenz. Examinou-se que a nova teoria tentou aproveitar a *estrutura* recebida do direito contratual clássico, mas ao mesmo tempo promoveu reparos onde o *formalismo* extremo fracassara - ou seja, principalmente na questão dos indesejados resultados práticos no "mundo da vida". A solução encontrada pode ser descrita como uma *funcionalização* da antiga *estrutura*, seja mediante uma instrumentalização do "mundo jurídico" para com o "mundo da vida" (BETTI), seja mediante uma verdadeira fusão do "mundo jurídico" e do "mundo da vida" (LARENZ); com isso, a tradição *formalista* foi preservada, embora com um perfil mitigado, desprovido de excessos. Mas convém ressaltar: se bem que de certa forma essa *funcionalização* tenha implicado uma maior semelhança com o direito da escolástica tardia, o novo direito

contratual mantém-se aferrado à modernidade: a finalidade a ser alcançada pelo direito não voltou a ser um *bem comum objetivo* decorrente de uma concepção metafísica incontestável, mas um *bem comum subjetivo* proveniente da "vontade" da sociedade manifestada no ordenamento jurídico - portanto, embora *subjetivo*, ele pode ser tido figurativamente como *objetivo*, à medida que externo às partes.

Essa aproximação entre "mundo jurídico" e "mundo da vida" transformou o paradigma teórico do período atual: ao invés de valorizar-se a vontade das partes (a formação do contrato, o início), tutelam-se os seus interesses (o resultado prático obtido pelo contrato, o fim); ao invés da suficiência da "autonomia" privada, uma composição com a "heteronomia" privada na forma de tutelar tais interesses. Já pelo parâmetro normativo da função social, de um lado, entende-se agora que não basta o objeto da interação econômica ser lícito (*causa final objetiva negativa*), pois o direito somente lhe conferirá *existência/validade* jurídica como contrato quando os interesses propiciados por ela forem *socialmente relevantes* (*causa final objetiva positiva*, requisito positivo externo às partes), de modo que não há mais a *autonomia da vontade para formar um contrato com efeitos obrigatórios*; de outro lado, nesse juízo de relevância social, toma-se não apenas a esfera de interesse das partes, mas também os interesses de terceiros e os interesses coletivos.

Ainda em razão dessa aproximação entre o "mundo jurídico" e o "mundo da vida", passou-se a ver a necessidade de que o contrato obtenha como resultado prático a satisfação dos interesses efetivos do credor na prestação mediante o adimplemento útil, e não um mero interesse abstrato no *plano lógico* que se extinguiria com o adimplemento formal. É nesse sentido que KARL LARENZ traz o *ente formal* relação jurídica obrigacional para o "mundo da vida", de modo que ele possa estar sujeito às mudanças das circunstâncias reais: o seu conteúdo deixa de ser *estático*, preso a um fato pretérito, e passa a ser *dinâmico*, concretizável com a passagem do tempo no intuito de obter a finalidade de satisfazer os verdadeiros interesses do credor. Isso significa uma ampliação dos deveres de conduta da parte devedora, mas também uma exigência de cooperação da parte credora, pois ambas devem se portar de acordo com a boa-fé objetiva. Enfim, agora não apenas a formação da relação jurídica obrigacional se reporta ao "mundo da vida" (consenso ou encontro de vontades); a sua finalidade também tem como referência a realidade (interesse do credor na prestação).

Apesar do indiscutível mérito do novo direito contratual em conectar o "mundo jurídico" ao "mundo da vida" e com isso obter melhores resultados práticos do que o direito contratual clássico, demonstrou-se, porém, que a teoria atual continua limitada à concepção da relação jurídica obrigacional como um *ente formal* que sintetiza a relação sócio-econômica das partes na noção jurídico-*formal* de "obrigação de prestar". É verdade que essa "obrigação de prestar" não é exatamente a mesma do direito contratual clássico, mas ela segue vista como o eixo principal ao redor do qual gravitam todos os demais deveres contidos na relação jurídica obrigacional, eixo esse que inclusive os justifica - uma vez que todos os deveres têm como finalidade satisfazer o interesse do credor na prestação. Em outras palavras, conservou-se a *estrutura* da "obrigação de prestar" e apenas se lhe conferiu uma *função* (satisfazer o interesse do credor na prestação). Assim, porquanto apenas uma determinada parcela (o eixo ao redor da prestação) da relação sócio-econômica é vestida pela *forma* jurídica da relação jurídica obrigacional, a teoria "vigente" segue sem falar em "economia interna do contrato" como uma questão necessária a ser formulada; a menos que as partes ou a lei disponham expressamente, persiste-se via de regra sem se fazer a pergunta sobre *quem é o responsável* por suportar os ônus econômicos da prestação, mesmo nos casos de riscos imprevistos; não se cogita da autonomia *a priori* entre o ato de prestar e o "ato" de custear a prestação, de modo que, na perspectiva econômica, o devedor permanece internalizando os ônus econômicos da prestação simplesmente pelo fato de estar compelido a cumprir a sua "obrigação de prestar" – as únicas exceções que se mantêm são aquelas já existentes no direito contratual clássico.

Na análise da teoria do risco do novo contratual clássico, percebeu-se que a evolução da teoria geral dos contratos teve acréscimos importantes, mas não fundamentais, nem numerosos. Preservou-se como tendência geral a abordagem que se preocupa com a higidez das "obrigações de prestar" contidas na relação jurídica obrigacional; as soluções para os casos de impossibilidade genética (nulidade) e impossibilidade superveniente foram mantidas (*res perit debitori*), somente se lhe agregando uma explicação teórica compatível com a *funcionalização* implementada pelo novo direito contratual – isto é, não mais a cláusula resolutiva tácita, mas a perda da finalidade de obtenção dos interesses efetivos das partes e carência de função social.

A mudança mais significativa se deu pela tentativa de desenvolver teorias que levassem à liberação do devedor de uma "obrigação de prestar" que, embora tivesse

sido gravemente afetada por riscos imprevistos, ainda fosse possível. Dentre as teorias que buscam então proteger o devedor, destacam-se a da quebra da base objetiva por destruição da relação de equivalência, elaborada por LARENZ, e a da onerosidade excessiva, insculpida no Código Civil Italiano de 1942 e acolhida no Código Civil Brasileiro de 2002. Ainda que ambas as teorias conseguissem fazer com que a álea econômica do devedor ficasse limitada até certo ponto – diferentemente do direito contratual clássico, em que a álea econômica acabava sendo ilimitada –, a sua argumentação é muito mais vinculada ao *formalismo* da "obrigação de prestar" do que à idéia de "economia interna do contrato". No caso da quebra da base objetiva, LARENZ em momento algum atenta para a situação econômica do devedor agravado pelo risco imprevisto, fixando-se somente na perda da "natureza sinalagmática" própria da relação jurídica obrigacional, em casos de desproporção extrema entre os valores das prestações. Por sua vez, no caso da onerosidade excessiva, ao mesmo tempo em que se corrobora a lógica fatalista segundo a qual o devedor de antemão está sujeito a suportar o ônus econômico integral da prestação simplesmente pelo fato de estar obrigado a prestar, oferece-se-lhe um "recurso" para liberá-lo das situações econômicas mais graves; entretanto, para isso, utilizam-se critérios que, ao invés de examinar estritamente a "economia interna do contrato", fazem juízos sobre a ausência de culpa do devedor (requisito da extraordinariedade e da imprevisibilidade) e sobre o demérito da posição do credor (requisito da extrema vantagem), que em verdade implicam uma avaliação da "obrigação de prestar" de acordo a noção de justiça e utilidade como *fundamentos da obrigatoriedade* do contrato, dentro da função social exigida da figura jurídica.

Diante de todos esse material teórico levantado pela pesquisa, concluo, em primeiro lugar, que o desenvolvimento da teoria geral dos contratos, com os seus reflexos na teoria do risco contratual, ainda não enfrentou diretamente o problema econômico atinente ao risco de accidentalidade imprevisto, não se podendo falar por ora no risco econômico como um fator autônomo necessariamente integrante do conteúdo do contrato. Via de regra, a parte que internaliza o risco econômico imprevisto não o faz a título de *responsabilidade jurídica* no que toca a uma hipotética "obrigação de suportar os ônus econômicos do risco imprevisto", mas sim porque do ponto de vista fático-econômico se encontra juridicamente compelida, sob pena de sanção, a cumprir a "obrigação de prestar". A hipótese jurídica investigada nesta pesquisa não se confirma no atual estágio da teoria contratual, portanto.

Essa conclusão é obtida porque, ao tratar do risco contratual, a teoria do novo direito contratual não se preocupa em ir além de afirmar a *inexistência*, a resolução ou a manutenção do *ente formal* relação jurídica obrigacional centrado na noção jurídico-formal de "obrigação de prestar", ainda que para fazer tal juízo em alguns momentos leve em conta a situação real das partes. Como regra, não são feitas considerações acerca de *quem* (e *em que medida*) deve custear a prestação, em termos de gastos esperados, riscos previstos e até mesmo riscos imprevistos.

Assim, *de um lado*, ao responder pela *inexistência* da relação jurídica obrigacional em caso de impossibilidade genética e pela sua resolução em caso de impossibilidade superveniente, quebra da base objetiva por perda da sinalagmaticidade ou onerosidade excessiva, a teoria do risco libera bilateralmente as partes de suas "obrigações de prestar" e isenta-as de qualquer indenização pelo não adimplemento; contudo, tal qual o direito contratual clássico, o novo direito contratual não tem mais nada a dizer – porque sequer coloca esse problema - sobre a situação econômica dessas partes que se viram afetadas pela concretização de um risco imprevisto. Os gastos em que elas já tenham incorrido ao se prepararem de boa-fé para a execução da "obrigação de prestar" frustrada continuam sem receber atenção jurídica, exatamente como os prejuízos que elas tenham sofrido por causa da nulidade ou resolução do contrato.

É fato que houve uma certa limitação da álea econômica do devedor nos casos de resolução da "obrigação de prestar" ainda possível, mas mesmo nesses casos o tratamento do risco econômico oferecido pela teoria atual é feito exclusivamente pela perspectiva da "obrigação de prestar", e não pela "economia interna do contrato". De pouco adianta dizer para o devedor que ele está liberado de sua "obrigação de prestar" que se tornou excessivamente onerosa, se na realidade ele já incorreu em elevados gastos e não poderá recuperar minimamente o investimento; o mesmo se aplica ao credor dessa prestação, que pode ter incorrido em gastos para preparar a sua contraprestação, por exemplo. Ou seja, mesmo nessas hipóteses em que limita a álea econômica, a teoria não chega ao ponto de enfrentar direta e efetivamente o problema econômico das partes, pois não faz a pergunta sobre *quem* deve suportar os ônus econômicos dentro da "economia interna do contrato".

A única vez em que esse problema econômico é realmente colocado consiste na teoria de LARENZ sobre a faculdade do credor (e não do devedor) de pleitear a resolução da relação jurídica obrigacional por quebra da base objetiva em caso de

perda da finalidade, quando o cumprimento formal da "obrigação de prestar" já não lhe será mais útil. Nesta hipótese, LARENZ sustenta que o credor que exerce a faculdade resolutória tem o dever residual de ressarcir o devedor pelos investimentos já realizados, invertendo a lógica sobre *quem* deve suportar os ônus econômicos da prestação frustrada pelo risco imprevisto. No entanto, mesmo nesta hipótese, pela sua argumentação LARENZ parece estar mais sensibilizado com a necessidade de o devedor não ser prejudicado com o exercício da faculdade pelo credor (o que poderia ser injusto e arbitrário) do que com o modelo fatalista de alocação de riscos econômicos no devedor da "obrigação de prestar". De todo modo, a questão levantada pelo autor alemão serve mais para corroborar a circunstância de que o problema econômico em geral não é enfrentado pela teoria, mas de que isso pode e deve ser feito – LARENZ tece considerações importantes sobre a diferença entre o ato de prestar, o "ato" de custear a prestação e o "ato" de remunerar a prestação, bem como sobre uma natureza de gestão de negócios subjacente a diversos contratos.

De outro lado, também a comprovar que a teoria do risco não tem como objeto direto o risco imprevisto enquanto problema econômico, citem-se os casos em que o devedor adimple perfeitamente a "obrigação de prestar", mesmo que ela tenha sido afetada pelo risco imprevisto. Com efeito, nesses casos em que a "obrigação de prestar" é mantida e extinta por adimplemento útil, a teoria não aplica qualquer tratamento jurídico concernente ao risco; há um completo silêncio, como se não existissem problemas remanescentes após o adimplemento. Pode-se dizer que, nesses casos, o novo direito contratual procurou, por meio da boa-fé objetiva e da expansão das obrigações a cargo do devedor, resolver a questão do credor que corria o "risco econômico imprevisto" de que, com a mudança das circunstâncias, a prestação formal não mais satisfizesse os seus interesses efetivos; porém, ao zelar pelos interesses efetivos do credor, a teoria não atentou para o aumento do risco econômico imprevisto experimentado pelo devedor, de quem se passou a exigir maiores esforços em face da alteração superveniente das circunstâncias. Assim, têm-se os casos como o do exemplo trazido na introdução deste trabalho, em que a transportadora está obrigada a resolver uma série de pendências junto à alfândega argentina no intuito de realizar a entrega da carga, mas a rigor não receberá da indústria qualquer contrapartida por isso - tampouco poderá revisar o contrato, porque há maior onerosidade, mas não onerosidade excessiva. Outrossim, é possível cogitar de casos em que há onerosi-

dade excessiva, mas mesmo assim o devedor decide se sacrificar e adimplir a "obrigação de prestar", ficando – ao menos à primeira vista - sem contrapartida por isso também. Por fim, pode-se imaginar até casos em que o devedor ultima totalmente o ato da prestação no que lhe tocava, mas por causa de algum risco imprevisto esse ato não satisfaz o interesse efetivo do credor, sendo necessário – e possível – repeti-lo em outra ocasião; nesta hipótese, a não ser que se defenda que o primeiro ato da prestação configurou o adimplemento mesmo não tendo atingido a finalidade do contrato, o devedor se verá obrigado a empregar seus esforços para prestar por duas vezes, mas receberá a contraprestação só por uma.

Ou seja, ao centralizar-se a relação jurídica obrigacional na noção jurídico-*formal* de "obrigação de prestar", conquanto como uma *estrutura* provida de *função* real, continua sem haver propriamente uma "obrigação de custear a prestação", uma "obrigação de suportar economicamente os riscos previstos" e uma "obrigação de suportar economicamente os riscos imprevistos". Nesses casos em que o adimplemento útil será obtido a despeito da alteração das circunstâncias, a pergunta sobre qual é a parte responsável por suportar os ônus econômicos desse risco imprevisto dentro da "economia interna do contrato" também sequer chega a ser feita, pois a teoria se contenta em saber que a "obrigação de prestar" mantém-se hígida, a salvo do risco. Em realidade, a resposta a essa dúvida é dada indiretamente: como decorrência da *estrutura* da relação jurídica obrigacional, a parte obrigada a prestar terá de internalizar esses gastos simplesmente porque é ela quem tem o dever de adimplir, ainda que o faça parcial ou até totalmente no interesse do credor.

Portanto, concluo, em segundo lugar, que o desenvolvimento da teoria geral dos contratos não apenas não conseguiu lidar diretamente com esse problema econômico dos riscos imprevistos, como também não desenvolveu mecanismos alternativos e indiretos que o solucionassem de modo efetivo. Em alguns casos, por conta da majoração do conteúdo da "obrigação de prestar", a evolução da teoria contratual até agravou o problema

Não obstante, em que pese a insuficiência da teoria atual para lidar com esse problema econômico do risco imprevisto, é preciso reconhecer os seus méritos em ter dado uma finalidade real para o contrato. É precisamente isso que permite considerar que - a confirmar-se a premissa econômica de que o risco imprevisto possui autonomia diante da prestação - a teoria contratual deve procurar evoluir para formular solu-

ções para esse problema econômico realmente existente no "mundo da vida". Do contrário, a teoria estaria se distanciando propositalmente da realidade e, com isso, falhando em seu mister como instrumento social.

Nesse sentido, convém fazer referência aos custos de transação, tema que tem sido cada vez mais debatido por influência da análise econômica do direito. Se hoje se admite amplamente o fato de que as partes muitas vezes preferem não alocar previamente os riscos no intuito de evitar os gastos atinentes a esse processo de negociação, soa como um contrassenso que essa decisão bilateral de não alocar os riscos acabe, em última análise, devido a uma lógica fatalista decorrente do *formalismo* centrado na "obrigação de prestar", desfavorecendo o devedor e favorecendo o credor. Como visto, se no caso dos gastos certos e dos riscos previstos isso não causa maiores conflitos práticos, porque normalmente esses ônus econômicos são integrados ao valor da contraprestação, no caso dos riscos imprevistos deixa-se em aberto um verdadeiro problema econômico, já que tal ônus não foi economicamente alocado pelas partes. Assim, parece-me que uma solução ao problema possa passar pelo melhor desenvolvimento da idéia de "economia interna do contrato", para que o eixo entre a "obrigação de prestar" e a satisfação efetiva do interesse do credor na prestação deixe de ser o núcleo central exclusivo da relação jurídica obrigacional. Afinal, sempre que criarmos mentalmente um plano obrigacional *formal* diferente do plano relacional econômico *real*, a ausência de justaposição entre esses planos deixará problemas práticos não resolvidos, como acontece com os riscos imprevistos em muitos casos.

Nessa linha, é evidente que, como o risco imprevisto não está alocado, o mero exame da "economia interna do contrato" também não será suficiente para que o direito contratual consiga atribuir a uma das partes – ou a ambas – a *responsabilidade jurídica* pela "obrigação de suportar economicamente os riscos imprevistos". Porém, a idéia de "economia interna do contrato" é essencial para compreender o significado econômico da relação social naquilo que excede a noção jurídico-*formal* de "obrigação de prestar" e, com isso, para auxiliar a que a teoria contratual formule as perguntas certas à solução dos problemas econômicos. A questão é que, mesmo que eventualmente a alocação dos riscos econômicos na parte devedora possa ser a melhor solução jurídica para boa parcela ou até a para a maioria dos casos concretos, essa alocação não deve ser feita pela via reflexa de uma lógica que aceita fatalmente o acaso tal como ele se apresenta; ela deve ser feita, sim, mediante a aplicação consciente de critérios racionais e compatíveis com a atual teoria geral dos contratos, especialmente

em termos de fontes e fundamentos das obrigações – ou seja, entre autonomia e heteronomia privada na regulação e realização de interesses, a utilidade e justiça do contrato segundo os princípios da confiança, da reciprocidade, da liberdade individual e do equilíbrio contratual, dentre outros.

Em suma, para fazer jus ao atual estágio do desenvolvimento teórico do direito contratual, o problema econômico do risco imprevisto merece ser tratado pela própria teoria contratual como questão primária, e não mais como questão secundária à prestação. Essa conclusão vem exatamente ao encontro do que já observara MORRIS COHEN ao discutir os fundamentos do direito contratual:

*All human transactions are directed to a future that is never free from elements of uncertainty. Every one of our ventures, therefore, involves the taking of a risk. [...] Now the human power to foresee all the consequences of an agreement is limited, even if we suppose that the two parties understand each other's meaning to begin with. Disputes or disagreements are therefore bound to come up; and the law of contract may thus be viewed as an attempt to determine the rights and duties of the two parties under circumstances that were not anticipated exactly in the same way by the two contracting parties, or at any rate were not expressly provided for in an unambiguous way. One can therefore say that the court's adjudication supplements the original contract as a method of distributing gains and losses. From this point of view, we may look upon the law of contract as a number of rules according to which courts distribute gains and losses according to the equities of such cases; and the pretense that the result follows exclusively from the agreement of the two parties is fictional. [...] If we view the law of contract as directed to strengthening the security of transactions by enabling men to rely more fully on promises, we see only one phase of its actual workings. The other phase is the determination of the rights of the contracting parties as to contingencies that they have not foreseen, and for which they have not provided. In this latter respect the law of contract is a way of enforcing some kind of distributive justice within the legal system. [...] In any case, the essential problem of the law of contract is the problem of distribution of risks. The other phase, namely, the assurance that what the parties have actually agreed on will be fulfilled, is a limiting principle.*⁴⁹²⁻⁴⁹³

⁴⁹² COHEN, Morris R.. *Op. cit.*, p. 583-585.

⁴⁹³ Tradução livre: "Todas as transações humanas são direcionadas a um futuro que nunca está livre dos elementos de incerteza. Todos os nossos empreendimentos, então, envolvem a assunção de um risco. [...] Mas a capacidade humana de prever todas as conseqüências de um acordo é limitada, mesmo se supusermos que as duas partes compreendem mutuamente as suas intenções. Disputas e desacordos são, assim, passíveis de surgir, e o direito contratual pode por isso ser visto como uma tentativa de determinar os direitos e os deveres de partes que estejam sob circunstâncias não previstas exatamente da mesma maneira por elas, ou então circunstâncias tratadas de forma ambígua. Alguém pode afirmar que a decisão judicial supre o contrato como se fosse um método de distribuição de ganhos e perdas. Nesse ponto de vista, nós podemos vislumbrar o direito contratual como um conjunto de normas segundo as quais as cortes distribuem ganhos e perdas conforme a equidade de cada caso; e, então, a pretensão de que o resultado segue exclusivamente o acordo das duas partes é ficcional. [...] Se nós vislumbrarmos o direito contratual como dirigido a reforçar a segurança das transações, ao

propiciar que os homens confiem de forma mais ampla em suas promessas, nós apenas enxergaremos uma fase de seu verdadeiro funcionamento. A outra fase é a determinação dos direitos das partes contratantes em face de contingências imprevistas, para as quais elas não estavam preparadas. Neste aspecto, o direito contratual é uma forma de reforçar uma espécie de justiça distributiva dentro do sistema jurídico. [...] De todo modo, o problema essencial do direito contratual é o problema de distribuição de riscos. A outra fase, de garantir que o acordo das partes seja cumprido, é um princípio limitante."

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed.. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. 326 p.

_____. Os contratos nos Códigos Civis Francês e Brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 5-14, jan./mar. 2005.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos I: conceito, fontes, formação**. 5. ed.. Coimbra: Almedina, 2013. 249 p.

_____. Interpretação do contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, {s./}, vol. 17, p. 5 et ss., jan. 1996.

ALPA, Guido. **Il contratto in generale: fonti, teorie, metodi**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2014. xiv, 868 p.

ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do Projeto de Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 1986. x, 161 p.

_____. **Direito romano**. Vol. II. 6. ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. 510 p.

ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 815, p. 11-31, set. 2003.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. xvi, 352 p.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 1974. 480 p.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. 1340 p.

ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du Code Civil Français**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969. xv, 326 p.

ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**. Campinas: Servanda Editora, 2009. 639 p.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 3. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 171.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. 190 p.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos: disposições gerais, princípios e extinção. *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo [coord.]. **Princípios do Novo Código Civil brasileiro e outros temas**: homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo, Quartier Latin, 2008. 735 p. p. 48-77.

_____. **Curso de direito civil**: teoria geral das obrigações. 9. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. 360 p.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2002. viii, 172 p.

BARROS, Manuel Corrêa de. **Lições de filosofia tomista**. Porto: Livraria Figueirinhas, 1945. 430 p.

BARROS, Wellington Pacheco. A interpretação dos contratos. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, vol. 17, n. 49, p. 63-86, jul. 1990.

BELTRÃO, Silvio Romero. Elementos para a interpretação dos contratos. **Revista da ESMAPE**, Recife, v. 19, n. 39, p. 189-212, jan./jun. 2014.

BERMAN, Harold J.. The religious sources of general contract law: an historical perspective. **Journal of Law and Religion**, {s./}, vol. 4, issue 1, p. 103-124, 1986.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**: teoria geral e dogmática. Tradução de Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2007. cxxviii, 482 p.

_____. **Teoria generale del negozio giuridico**. 2. ed.. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1960. xvi, 632 p.

_____. **Teoria generale delle obbligazioni**. Vol. 1. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953. 204 p.

_____. **Teoria generale delle obbligazioni**. Vol. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1953. 159 p.

_____. **Teoria generale delle obbligazioni**. Vol. 3, 1. parte. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1954. 160 p.

_____. **Teoria generale delle obbligazioni**. Vol. 3, 2. parte. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1955. 279 p.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. 201 p.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução de Jaime A. Clasen. São Paulo: Editora Unesp; Instituto Norberto Bobbio, 2016. 304 p.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. 239 p.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed.. São Paulo: EDIPRO, 2016. 191 p.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2. ed.. São Paulo: EDIPRO, 2016. 174 p.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. 511 p.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos. *In*: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. 602 p. p. 257-290.

_____. **Função social dos contratos**: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. xxxvii, 328 p.

BRANDÃO, Wilson de Andrade. **Lesão e contrato no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964. 274 p.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1999. x, 288 p.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Curso elementar de direito econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2014. 527 p.

CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh. Discovering the implicit dimensions of contracts. *In*: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John [org.]. **Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts**. Portland: Hart Publishing, 2003. xx, 401 p. p. 25-49.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. cxiv, 311 p.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. **Direito econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973. ix, 366, ix p.

COHEN, Morris R.. Basis of contract. **Harvard Law Review**, {s./}, vol. 46, issue 4, p. 553-592, feb. 1933.

_____. **Razón y naturaleza: un ensayo sobre el significado del método científico**. Traducción de Gino Germani. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1956. 431 p.

COLLINS, Hugh. Introduction: the research agenda of implicit dimensions of contracts. *In*: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John [org.]. **Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts**. Portland: Hart Publishing, 2003. xx, 401 p. p. 1-24.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. 716 p.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & economics**. 6. ed.. Boston: Addison-Wesley, 2012. xii, 555 p.

COSTA, José Eduardo da. A revisão dos contratos: entre o *pacta sunt servanda* e o equilíbrio econômico. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues [coord.]. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012. x, 874 p. p. 401-442.

DANIS-FATÔME, Anne. **Apparence et contrat**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004. xii, 676 p.

DANTAS, San Tiago. **Problemas de direito positivo: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 1953. 428 p.

DANZ, Erich. **A interpretação dos negócios jurídicos**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1941. 347 p.

DAUCHY, Pierre. Une conception objective du lien d'obligation: les apports du structuralisme à la théorie du contrat. **Archives de philosophie du droit**, Paris, tome 26, p. 269-280, 1981.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986. 556 p.

DAWSON, John P.. Judicial revision of frustrated contracts: The United States. **Boston University Law Review**, {s./}, vol. 64, n. 1, p. 1-38, jan. 1984.

DE LUCCA, Newton. Normas de interpretação contratual no Brasil. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, São Paulo, vol. 81, p. 25-89, jan./fev. 2007.

DE NARDI, Marcelo. **Redes de contratos em perspectiva de interpretação sistêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. 220 p.

DERNBURG, Arrigo. **Diritto delle obbligazioni**. Traduzione de Francesco Bernardino Cicala. Milano: Fratelli Bocca Editori, 1903. xiv, 652 p.

EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric A.; ZECKHAUSER, Richard. The design and interpretation of contracts: why complexity matters. **Northwestern University Law Review**, {s./}, vol. 95, n. 1, p. 91-132, 2000/2001.

EISENBERG, Melvin A.. Why there is no law of relational contracts. **Northwestern University Law Review**, {s./}, vol. 94, issue 3, p. 805-822, spring 2000.

EPSTEIN, Richard A.. The utilitarian foundations of natural law. **Harvard Law Review**, {s./}, vol. 12, issue 3, p. 711-752, summer 1989.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico: perspectivas para a utilização da boa-fé objetiva como método hermenêutico. **Revista de Direito Privado**, {s./}, n. 31, p. 7-30, jul./set. 2007.

_____. **Obrigações**. 9. ed.. São Paulo: Atlas, 2015. xxix, 584 p.

FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Contratos e eficácia dos direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010. 238 p.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3. ed.. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. 391 p.

FORGIONI, Paula A.. A interpretação dos negócios empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 130, p. 7-38, abr./jun. 2003.

_____. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 300 p.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 240 p.

FRANTZ, Laura Coradini. Excessiva onerosidade superveniente: uma análise dos julgados do STJ. In: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. 602 p. p. 215-248.

FRANZOLIN, Cláudio José. Negócios jurídicos: interpretação, integração, conteúdo negocial e efeitos. **Revista de Direito Privado**, {s./}, n. 39, p. 61-86, jul./set. 2009.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Vol. 1. Edição fac-símile. Brasília: Senado Federal, 2003. xxiv, CCXXI, 522 p.

FULLER, Lon L.. Consideration and form. **Columbia Law Review**, {s./}, vol. 41, issue 5, p. 799-824, may 1941.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. 7. ed.. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. 631 p.

GHESTIN, Jacques. Le contrat en tant qu'échange économique. **Revue d'Économie Industrielle**, {s./}, vol. 92, n. 1, p. 81-100, 2e/3e trimestres 2000.

_____. L'utile et le juste dans les contrats. **Archives de philosophie du droit**, Paris, tome 26, p. 35-57, 1981.

_____. **Traité de droit civil: les obligations: le contrat: formation**. Tomo II. 2. ed.. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1988. xi, 1125 p.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979. 813 p.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012. 222 p.

GLUCK, George. Standard form contracts: the contract theory reconsidered. **International and Comparative Law Quarterly**, {s./}, vol. 28, issue 1, p. 72-90, jan. 1979.

GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E.. The limits of expanded choice: an analysis of the interactions between express and implied contract terms. **California Law Review**, {s./}, vol. 73, n. 2, p. 261-322, mar. 1985.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed.. Atualização de Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007. xvii, 627 p.

_____. **Obrigações**. 17. ed.. Atualização de Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. xiii, 331 p.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. xxi, 115 p.

_____ ; VARELA, Antunes. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977. 295 p.

GORDLEY, James. Morality and contract: the question of paternalism. **William & Mary Law Review**, {s.l.}, vol. 48, issue 5, p. 1733-1772, 2007.

_____. **The philosophical origins of modern contract doctrine**. New York: Oxford University Press, 1991. 263 p.

GORDON, Robert W.. Macneil, Macaulay, and the discovery of power and solidarity in contract law. **Wisconsin Law Review**, {s.l.}, p. 565-579, 1985.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 17. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. 384 p.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 316 p.

_____. Um novo paradigma dos contratos?. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, vol. 96, p. 423-433, 2001.

_____ ; FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 352 p.

HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos direitos do homem**. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. 202 p.

HAICAL, Gustavo. Os usos do tráfico como modelo jurídico e hermenêutico no Código Civil de 2002. **Revista de Direito Privado**, {s.l.}, vol. 50, p. 11 et ss., abr. 2012.

HAMBURGER, Philip A.. The development of the nineteenth-century consensus theory of contract. **Law and History Review**, {s.l.}, vol. 7, n. 2., p. 241-329, fall 1989.

HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. xv, 399 p.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 552 p.

HILLMAN, Robert A.. Court adjustment of long-term contracts: an analysis under modern contract law. **Duke Law Journal**, {s./}, vol. 1987, n. 1, p. 1-33, feb. 1987.

HORWITZ, Morton J.. The historical foundations of modern contract law. **Harvard Law Review**, {s./}, vol. 87, n. 5, p. 917-956, mar. 1974.

HOVENKAMP, Herbert. Law and morals in classical legal thought. **Iowa Law Review**, {s./}, vol. 82, issue 5, p. 1427-1466, aug. 1997.

HUIZINGA, Johan. **O outono da Idade Média**. Tradução de Francis Petra Janssen. São Paulo: Cosac Naify, 2010. 656 p.

IRTI, Natalino. **Studi sul formalismo negoziale**. Padova: Cedam, 1997. xxii, 213 p.

JEREMY, Anthony. Pacta sunt servanda - the influence of canon law upon the development of contractual obligations. **Law & Justice - The Christian Law Review**, {s./}, vol. 144, p. 4-17, 2000.

JHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Vol. 1. Tradução de José Antonio Faria Correa. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979. xii, 303 p.

_____. **Culpa in contrahendo**. Tradução de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. xx, 91 p.

JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**. Tomo II, vol. I. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950. xii, 770 p.

JOUANJAN, Olivier. **Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)**. Paris: Presses Universitaires de France, 2005. 364 p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed.. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. xviii, 427 p.

KENNEDY, Duncan. From the will theory to the principle of private autonomy: Lon Fuller's "Consideration and Form". **Columbia Law Review**, {s./}, vol. 100, issue 1, p. 94-175, jan. 2000.

KESSLER, Friedrich. Contracts of adhesion - some thoughts about freedom of contract. **Columbia Law Review**, {s.l.} vol. 43, issue 5, p. 629-642, jul. 1943.

_____ ; FINE, Edith. Culpa in contrahendo, bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study. **Harvard Law Review**, {s.l.}, vol. 77, issue 3, p. 401-449, jan. 1964.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. xxii, 296 p.

KOSCHAKER, Paul. **Europa y el derecho romano**. Traducción de Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. xvii, 517 p.

LAMPERT, Roberta. Equilíbrio e justiça no contrato segundo o paradigma contratual contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, vol. 26, p. 189-220, dez. 2006.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Traducción de Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956. xxxvi, 237 p.

_____. **Derecho de obligaciones**. Tomo I. Traducción de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. xv, 542 p.

_____. **Derecho de obligaciones**. Tomo II. Traducción de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. xv, 730 p.

_____. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 5. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. xxii, 727 p.

LAWSON, Frederick Henry. **A common lawyer looks at the Civil Law**. Westport: Greenwood Press Publishers, 1977. xxi, 238 p.

LENZENWEGER, Josef; STOCKMEIER, Peter; AMON, Karl; ZINNHOBLER, Rudolf [org.]. **Historia de la Iglesia Católica**. Traducción de Víctor Abelardo Martínez de Lopera. Barcelona: Herder Editorial, 2006. 730 p.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito econômico**. 7. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 342 p.

LESAFFER, Randall. The medieval canon law of contract and early modern treaty law. **Journal of the History of International law**, {s./}, vol. 2, issue 2, p. 178-198, feb. 2000.

LLEWELLYN, Karl N.. What price contract? - an essay in perspective. **Yale Law Journal**, {s./}, vol. 40, 704-751, 1930/1931.

LOPEZ, Teresa Antona. Princípios contratuais. *In*: FERNANDES, Wanderley [coord.]. **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012. 542 p. p. 19-92.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de direito civil brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2004. xi, 314 p.

LUDWIG, Marcos de Campos. **Usos e costumes no processo obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo código civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 191 p.

MACAULAY, Stewart. An empirical view of contract. **Wisconsin Law Review**, {s./}, vol. 1985, issue 3, p. 465-482, 1985.

_____. Non-contractual relations in business: a preliminary study. **American Sociological Review**, {s./}, vol. 28, n. 1, p. 55-67, feb. 1963.

_____. The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules. *In*: CAMPBELL, David; COLLINS, Hugh; WIGHTMAN, John [org.]. **Implicit dimensions of contract: discrete, relational and network contracts**. Portland: Hart Publishing, 2003. xx, 401 p. p. 51-102.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed.. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. xxvi, 780 p.

MACNEIL, Ian R.. Bureaucracy and contracts of adhesion. **Osgoode Hall Law Journal**, {s./}, vol. 22, issue 1, p. 5-28, spring 1984.

_____. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neo-classical, and relational contract law. **Northwestern University Law Review**, {s./}, vol. 72, issue 6, p. 854-905, 1977/1978.

_____. Essays on the nature of contract. **North Carolina Central Law Journal**, {s.l.}, vol. 10, issue 2, p. 159-200, spring 1979.

_____. Relational contract: what we do and do not know. **Wisconsin Law Review**, {s.l.}, vol. 1985, issue 3, p. 483-526, 1985.

_____. Relational contract theory: challenges and queries. **Northwestern University Law Review**, {s.l.}, vol. 94, issue 3, p. 877-908, spring 2000.

MAGGILOLO, Marcello. **Il contratto predisposto**. Padova: Cedam, 1996. 307 p.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 1433 p.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Princípio da justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 2009. xxiii, 430 p.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. 800 p.

_____. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 544 p.

_____. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. *In*: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. 602 p. p. 9-32.

_____. A noção de contrato na história dos pactos. **Organon**, Porto Alegre, vol. 6, n. 19, p. 20-33, 1992.

_____. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *In*: TEPEDINO, Gustavo José Mendes; FACHIN, Luiz Edson [org.]. **Doutrinas Essenciais – Obrigações e Contratos**. Vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1121.

_____. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva (com ênfase nas relações empresariais). *In*: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister; FRADERA, Véra Jacob de [org.]. **Estudos de direito privado e processual civil**: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. 414 p. p. 189-229.

_____. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo [coord.]. **Princípios do Novo Código Civil brasileiro e outros temas**: homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo, Quartier Latin, 2008. 735 p. p. 387-421.

_____. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *In*: CUNHA, Alexandre dos Santos. **O direito da empresa e das obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. 430 p. p. 218-248.

_____; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. **Revista de Arbitragem**, Belo Horizonte, n. 2, p. 63-114, jul./dez. 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. xvii, 335 p.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. **Lecciones de derecho civil**. Parte segunda. Vol. I. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. xvi, 410 p.

_____. **Lecciones de derecho civil**. Parte segunda. Vol. III. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires> Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960. xviii, 530 p.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, 1ª parte. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009. xii, 283 p.

_____. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 15. ed.. São Paulo: Saraiva, 2008. xxx, 294 p.

_____. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 8. ed.. São Paulo: Saraiva, 2008. xxv, 314 p.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997. 1406 p.

_____. Introdução à edição portuguesa. *In*: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. cxiv, 311 p. p. vii-cxiv.

MICHELON, Cláudio. A natureza (pública) do direito privado. *In*: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister; FRADERA, Véra Maria Jacob de [org.]. **Estudos de direito privado e processual civil**: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. 414 p. p. 61-73.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Interpretação e integração dos negócios jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. 234 p.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. xxxiv, 543 p.

_____. **Tratado de direito privado**. Tomo II. 4. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983. xvi, 576 p.

_____. **Tratado de direito privado**. Tomo III. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. xiv, 511 p.

_____. **Tratado de direito privado**. Tomo IV. 4. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983. xviii, 565 p.

_____. **Tratado de direito privado**. Tomo V. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. xiv, 561 p.

_____. **Tratado de direito privado**. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958. xiv, 470 p.

_____. **Tratado de direito privado**. Tomo XXIII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958. xiv, 503 p.

_____. **Tratado de direito privado**. Tomo XXV. Rio de Janeiro: Editor Borsoiu, 1959. xv, 461 p.

MOORE, Benoît. La théorie des sources des obligations: éclatement d'une classification. **Revue Juridique Themis**, {s.l.}, vol. 36, issue 3, p. 689-732, 2002.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil**. Curitiba: Juruá, 2002. 274 p.

_____; SIRENA, Gugo. Da estrutura à função do contrato: dez anos de um direito construído. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues [coord.]. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012. x, 874 p. p. 273-291.

NARASIMHAN, Subha. Of expectations, incomplete contracting, and the bargain principle. **California Law Review**, {s.l.}, vol. 74, n. 4, p. 1123-1202, jul. 1986.

NEUNER, Jörg. Interpretação, complementação e correção dos contratos. Tradução de Pedro Scherer de Mello Aleixo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, vol. 38, p. 41-80, abr./jun. 2000.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 9. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 336 p.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. xiv, 306 p.

PASQUALOTTO, Adalberto. A importância dos conceitos na construção da dogmática. *In*: MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister; FRADERA, Véra Maria Jacob de [org.]. **Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. 414 p. p. 99-116.

PATTERSON, Edwin W.. The apportionment of business risks through legal devices. **Columbia Law Review**, {s.l.}, vol. 24, n. 4, p. 335-359, apr. 1924.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. III. 11. ed.. Atualização de Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. xvi, 604 p.

_____. **Lesão nos contratos**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1959. 241 p.

PERILLO, Joseph M.. The origins of the objective theory of contract formation and interpretation. **Fordham Law Review**, {s.l.}, vol. 69, issue 2, p. 427-477, 2000.

PINHEIRO, Armando Castela; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. xxx, 553 p.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Tratado practico de derecho civil frances**. Tomo VI. Traducción de Mario Diaz Cruz. Habana: Cultural, 1946. 1005 p.

POSNER, Richard A.; ROSENFELD, Andrew M.. Impossibility and related doctrines in contract law: an economic analysis. **The Journal of Legal Studies**, {s./}, vol. 6, p. 83-118, 1997.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado de las obligaciones**. Buenos Aires: Editora Atalaya, 1947. 573 p.

_____. **Tratado de los contratos**. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1948. 322 p.

POUGHON, Jean-Michel. **Histoire doctrinale de l'échange**. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1987. viii, 300 p.

POUND, Roscoe. Liberty of contract. **Yale Law Journal**, {s./}, vol. 18, issue 7, p. 454-487, 1908/1909.

_____. The French Civil Code and the spirit of nineteenth century law. **Boston University Law Review**, {s./}, vol. 35, issue, p. 77-98, jan. 1955.

_____. The new feudal system. **Commercial Law Journal**, {s./}, vol. 35, issue 8, p. 397-403, aug. 1930.

_____. The role of the will in law. **Harvard Law Review**, {s./}, vol. 68, issue 1, p. 1-19, nov. 1954.

PRIETO, Fernando. **Manual de historia de las teorías políticas**. Madrid: Unión Editorial, 1996. xxvi, 973 p.

RAKOFF, Todd D.. Good faith in contract performance: Market Street Associates Ltd. Partnership v. Frey [comments]. **Harvard Law Review**, {s./}, vol. 120, issue 5, p. 1187-1198, mar. 2007.

_____. Is "freedom from contract" necessarily a libertarian freedom?. **Wisconsin Law Review**, {s.l.}, vol. 477, issue 2, p. 477-494, 2004.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais, o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 1981. 462 p.

_____. **O direito e a vida dos direitos**. Atualização de Ovídio Rocha Sandoval. 6. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 1040 p.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do código civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 84 p.

_____. **Filosofia do direito**. 12. ed.. São Paulo: Saraiva, 1987. xxvii, 749 p.

_____. **Fundamentos do direito**. 3. ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. xvii, 323 p.

_____. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 272 p.

_____. **Nova fase do direito moderno**. São Paulo: Saraiva, 1990. xii, 239 p.

_____. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968. xii, 294 p.

_____. **Teoria tridimensional do direito**. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 1986. xvi, LVI, 117 p.

REIS, Carlos David S. Aarão. A matematização do Direito: as origens da Parte Geral do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 133, p. 121-128, jan./mar. 1997.

RIBAS, Antonio Joaquim. **Curso de Direito Civil brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2003. xi, 529 p.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999. 713 p.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. 371 p.

ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. 2. ed.. Milano: Giuffrè Editore, 2011. xxviii, 976 p.

_____. **El contrato del dos mil**. Traducción Milagros Koteich. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. 92 p.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. 2. ed.. Bauru: EDIPRO, 2007. 432 p.

RUSSELL, Bertrand. **História da filosofia ocidental – livro 1: a filosofia antiga**. Tradução de Hugo Langone. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. 363 p.

_____. **História da filosofia ocidental – livro 2: a filosofia católica**. Tradução de Hugo Langone. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. 222 p.

_____. **História da filosofia ocidental – livro 3: a filosofia moderna**. Tradução de Hugo Langone. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. 405 p.

_____. **História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein**. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. 416 p.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. 159 p.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**. Curitiba: Juruá, 2005. 185 p.

SANTOLIM, Cesar. "Behavioral law and economics" e a teoria dos contratos. **Revista Jurídico Luso-Brasileira**, {s./}, n. 3, p. 407-430, 2015.

SANTORO-PASSARELLI, F.. **Teoria geral do direito civil**. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Atlântida Editora, 1967. xix, 274 p.

SAVATIER, René. **Cours de droit civil**. Tome II. 2. ed.. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949. 636 p.

_____. **Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui**. 2. ed.. Paris: Librairie Dalloz, 1952. 314 p.

_____. **Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui**. Vol. 2. Paris: Dalloz, 1959. 340 p.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho**. Traducción de Adolfo G. Posada. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946. 173 p.

_____. **Le droit des obligations**. Tomo II. Paris: Auguste Durand Libraire-Éditeur, 1863. 484 p.

_____. **Le obbligazioni**. Vol. I. Traduzione di Giovanni Pacchioni. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1912. viii, 753 p.

_____. Los fundamentos de la ciencia jurídica. *In*: SAVIGNY, Friedrich Karl von [*et al.*]. **La ciencia del derecho**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1949. 377 p. p. 27-246.

SCALFI, Gianguido. **Corrispettività e alea nei contratti**. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino, 1960. 199 p.

SCHAUER, Frederick. Formalism. **The Yale Law Journal**, {s.l.}, vol. 97, n. 1, p. 509-548, mar. 1988.

SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E.. Contract theory and the limits of contract law. **The Yale Law Journal**, {s.l.}, vol. 113, issue 3, p. 541-619, dec. 2003.

_____. Contract interpretation redux. **The Yale Law Journal**, {s.l.}, vol. 119, p. 926-964, 2009/2010.

SCOGNAMIGLIO, Renato. **Contributo alla teoria del negozio giuridico**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1950. 427 p.

SCOTT, Robert E.. The case for formalism in relational contracts. **Northwestern University Law Review**, {s.l.}, vol. 94, issue 3, p. 847-876, spring 2000.

_____. The death of contract law. **University of Toronto Law Journal**, {s.l.}, vol. 54, n. 4, p. 369-390, fall 2004.

_____; KRAUS, Jody S.. **Contract law and theory**. 3. ed.. Newark: LexisNexis, 2002. xxxi, 1218 p.

SHARMA, K. M.. From sanctity to fairness: an uneasy transition in the law of contracts. **New York Law School Journal of International and Comparative Law**, {s.l.}, vol. 18, issue 2, p. 95-180, 1999.

SIDOU, J. M. Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas: a cláusula rebus sic standibus; dos efeitos da fiança; empresa individual de responsabilidade limitada**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. vi, 329 p.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. 176 p.

_____. A teoria da base do negócio jurídico no Direito brasileiro. *In*: FRADERA, Véra Maria Jacob de [org.]. **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. 223 p. p. 87-94.

_____. Negócios jurídicos e negócios jurídicos de disposição. *In*: FRADERA, Véra Maria Jacob de [org.]. **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. 223 p. p. 71-85

_____. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *In*: FRADERA, Véra Maria Jacob de [org.]. **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. 223 p. p. 11-30.

_____. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. *In*: FRADERA, Véra Maria Jacob de [org.]. **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. 223 p. p. 31-55.

_____. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow). **Revista de Processo**, {s.l.}, vol. 37, p. 238-270, jan./mar. 1985.

_____. Teoria da causa no Direito Privado. *In*: FRADERA, Véra Maria Jacob de [org.]. **O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. 223 p. p. 57-69.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 286 p.

_____. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 271 p. p. 99-126.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 271 p. p. 127-150.

_____. **Reciprocidade e contrato**: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. 172 p.

_____. Revisão de contratos no Código Civil: reflexões para uma sistematização das suas causas à luz da intenção comum dos contratantes. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues [coord.]. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012. x, 874 p. p. 378-400.

_____. **Revisão dos contratos**: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001. xviii, 165 p.

SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. **Risco contratual, onerosidade excessiva & contratos aleatórios**. Curitiba: Juruá, 2015. 226 p.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de direito econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. 317 p.

SPEIDEL, Richard E.. The 'duty' of good faith in contract performance and enforcement. **Journal of Legal Education**, {s.l.}, vol. 46, issue 4, p. 537-545, dec. 1996.

STEINER, Renata C.. **Descumprimento contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014. 271 p.

STOLFI, Giuseppe. **Teoria del negozio giuridico**. Padova: Cedam, 1947. xviii, 248 p.

STRAUSS, Leo; CROPSEY, Joseph [org.]. **History of political philosophy**. 3. ed.. Chicago: The University of Chicago Press, 1987. xiv, 966 p.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva *versus* eficiência econômica. *In*: TIMM, Luciano Benetti. **Direito & economia**. 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 349 p. p. 63-96.

_____. **O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 204 p.

TREVES, Renato. **Sociologia do direito: origens, pesquisas e problemas**. 3. ed.. Tradução de Marcelo Branchini. Barueri: Manole, 2004. xix, 373 p.

TUHR, Andreas von. **Tratado de las obligaciones**. Tomo I. Traducción de W. Rocés. Madrid: Editorial Reus, 1934. 335 p.

_____. **Tratado de las obligaciones**. Tomo II. Traducción de W. Rocés. Madrid: Editorial Reus, 1934. 361 p.

USTÁRROZ, Daniel. **Direito dos contratos: temas atuais**. 2. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. 142 p.

VANZELLA, Rafael. *O contrato*, de Enzo a Vincenzo. **Revista Direito GV**, {s.l.}, v. 1, p. 221-228, jun./dez. 2005.

VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. Vol. 1. 9. ed.. Coimbra: Almedina, 1998. 990 p.

_____. **Das obrigações em geral**. Vol. 2. 7. ed.. Coimbra: Almedina, 1997. 612 p.

VICENZI, Marcelo. **Interpretação do contrato: ponderação de interesses e solução de conflitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 175 p.

VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne**. Paris: Presses Universitaires de France, 2003. 624 p.

WALTON, F. P.. Cause and consideration in contracts. **Law Quarterly Review**, {s./}, vol. 41, issue 3, p. 306-328, 1925.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed.. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. xv, 768 p.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economics institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**. New York: The Free Press, 1985. xiv, 450 p.

ZANCHIM, Kleber Luiz; ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder de. Interpretação contratual: o problema e o processo. *In*: FERNANDES, Wanderley [coord.], **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007. 464 p. p. 157-202.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Direito contratual contemporâneo: a liberdade contratual e sua fragmentação**. São Paulo: Método, 2008. xxxiii, 301 p.