

*Um novo direito para a nova economia:
a evolução dos contratos e o Código Civil*

ARNOLDO WALD (*)

"O nosso direito atual é uma curiosa mistura de instituições do antigo direito e daquelas que são exigidas por um novo regime. É uma obra de conciliação."

GEORGES RIPERT

"É útil conservar tudo que não é necessário destruir."

JEAN PORTALIS

ÍNDICE

I. O sentido da nova economia

II. Um novo direito

III. A evolução do contrato

IV. Conclusões

I. O sentido da nova economia

1. A grande ruptura do terceiro milênio consiste na criação, no reconhecimento e na generalização, no mundo inteiro, da nova economia, baseada no desenvolvimento tecnológico e na competição, mas também na globalização e na desmaterialização parcial da riqueza, com reflexos em todos os aspectos da sociedade e, inclusive, no direito.

2. Em primeiro lugar, a revolução no campo das telecomunicações e da informática permitiu uma aceleração da produção industrial e do comércio

interno e internacional, que jamais poderia ser concebida nos meados do século XIX. Passamos, em todos os campos de atividade, das progressões aritméticas para as progressões geométricas da ciência e da tecnologia, exigindo do indivíduo uma formação contínua e um poder de tomar decisões rápidas, que nem sempre se impunham no passado. Podemos, assim, definir a nossa era como sendo não somente a da "incerteza", à qual se referia GALBRAITH⁽¹⁾, ou da "descontinuidade", como a caracterizava PETER DRÜCKER⁽²⁾, mas a da extrema velocidade e do desaparecimento das distâncias e das fronteiras.⁽³⁾

3. Essa transformação radical determinou também uma mudança da estrutura econômica, substituindo, algumas vezes, e, em geral, complementando os importantes fatores de produção do passado – matéria-prima, mão-de-obra barata e capital - por outro - o saber. É a razão pela qual, já nas últimas décadas do século XX, impunha-se a chamada "economia do saber"⁽⁴⁾, que substituiu a esteira de produção em massa, baseada no trabalho repetitivo e mecânico de um grande número de operários, pelos *robots*, controlados por empregados qualificados, quiçá por engenheiros. Em vez de um sistema de regras rígidas aplicadas numa empresa de tipo piramidal e de inspiração quase militar, como o que foi concebido pelo fordismo e pelo sistema de divisão do trabalho e de administração científica das empresas defendido por TAYLOR, foi preciso admitir uma liberdade e uma criatividade mais ampla por parte de todos os que participam das redes de produção ou comercialização, ensejando a necessidade de fazer prevalecer a "empresa flexível", à qual alude ALVIN TOFFLER.⁽⁵⁾

4. Por outro lado, a globalização e a competição fizeram desaparecer os mercados fechados e cativos, que se mantinham com base na tradição ou, até, numa espécie de direito adquirido, com o monopólio de abastecer o consumo local, que existia em nosso país até 1990. A abertura comercial imposta pelas circunstâncias, a desregulamentação progressiva e a redução da intervenção do Estado burocrático e até do *Welfare State* fizeram com que viessem a prevalecer as regras do mercado. Neste sentido, a evolução econômica ensejou a modificação das políticas protecionistas de outrora e, finalmente, a criação de instituições internacionais e os tratados bilaterais e regionais reduziram as barreiras alfandegárias.

5. A luta contra a inflação e os orçamentos relativamente equilibrados, que a maioria dos países foi alcançando, assim como determinados tratados internacionais, também limitaram o poder do Estado de interferir na economia mediante subsídios ou até financiamentos de longo prazo a juros reduzidos. Quer tais modificações tenham ocorrido em virtude da formação de grupos regionais, como ocorreu na Europa, quer tenham sido adotadas para garantir a

(1) JOHN KENNETH GALBRAITH, *A era da incerteza*, São Paulo, Pioneira, 1982.

(2) PETER DRÜCKER, *The age of discontinuity: guidelines to our changing society*, New York, Harper e Row, 1968.

(3) FRANCES CAIRNCROSS, *The death of distance*, Boston, Harvard Business School Press, 1997, p. 303.

(4) PETER DRÜCKER, *Post-capitalist society*, New York, Harper Business, 1993, p. 232.

(5) ALVIN TOFFLER, *A empresa flexível*, São Paulo, Record, 1985.

estabilidade econômica e monetária, como foi o caso do Brasil e da Argentina, o resultado foi o mesmo, com dificuldades no curto prazo e a esperança de um maior desenvolvimento no médio e longo prazos.

6. Em todos os países, mesmo naqueles cujos governos têm formação socialista ou trabalhista, afirma-se que é preciso adotar uma economia de mercado, sem implantar uma sociedade dominada exclusivamente pelas leis do mercado.⁽⁶⁾

7. A nova economia prevê a possibilidade de cortar custos substanciais e aumentar conseqüentemente os lucros empresariais, multiplicando rapidamente a velocidade da comercialização dos produtos e dando uma nova escala à atividade negocial, pela possibilidade de alcançar um número ilimitado de clientes ou de fornecedores pela utilização da Internet.

8. Ao contrário da evolução de outras tecnologias, que se realizou gradual e progressivamente, a da Internet ensejou uma verdadeira ruptura com o passado, caracterizando o que alguns economistas denominaram a "destruição criadora"⁽⁷⁾, pois a nova técnica tornou-se, no mundo hodierno, "tão vital quanto a respiração".

9. É interessante notar que a utilização da Internet e a conseqüente generalização dos contratos eletrônicos não se limitou a uma área geográfica determinada, embora a sua importância seja maior nos Estados Unidos. Na realidade, a Europa tem reagido rapidamente e, já agora, desde a China até os países da América Latina, a nova economia está presente, para se desenvolver e apresentar boas oportunidades, inclusive em setores cuja atividade, no passado, era considerada como necessariamente artesanal, como a educação, a saúde e até a prestação de serviços jurídicos.

10. A nova economia pode até modificar o equilíbrio das forças mundiais, permitindo a alguns países menos desenvolvidos que recuperem o seu atraso, pulando determinadas etapas e utilizando mais adequada e generalizadamente as novas tecnologias.

11. Examinando a matéria, RUDIGER DORNBUSCH chegou a escrever que:

"Apesar das quedas no mercado acionário, a nova economia alcançou a maioria. Ela não oferece uma

⁽⁶⁾ Convergem neste sentido posições de políticos de esquerda e de pensadores independentes. O slogan do Premier francês LIONEL JOSPIN é o seguinte: "A favor da economia de mercado, não à sociedade de mercado." Por sua vez, TONY BLAIR se coloca a favor de uma parceria entre a eficiência econômica e a justiça social, pretendendo reconciliar a esquerda com o capitalismo (*Les Échos*, 8.11.1999, pp. 2-3). A chamada "terceira via" procura construir um liberalismo social, ou seja, uma democracia social modernizada, ou ainda uma solução "social-liberal", à qual se refere MIGUEL REALE (*Estado de São Paulo* de 17.4.1999), em seu artigo intitulado "O capitalismo na encruzilhada".

⁽⁷⁾ A expressão é de JOSEPH SCHUMPETER, que a considera como elemento fundamental da mudança nas economias capitalistas, em decorrência do deslocamento de um produto ou de um processo tecnológico, em virtude da atuação de um empresário que, assim, substitui aquele que domina uma certa área do mercado. A ela se refere ROBERT HEILBRONER (*Twenty-first century capitalism*, UCL Press, 1992, p. 38).

fórmula mágica de enriquecer; não dobra a taxa de crescimento; não se dá pelo simples fato de respirarmos o ar. A nova economia significa trabalho duro; seus milagres são limitados, porém reais. Em vários lugares, ela vira o mundo de cabeça para baixo: a Finlândia como um centro de alta tecnologia, a Alemanha ficando para trás porque a mudança é vista com maus olhos, a decadente economia japonesa resgatada pelo seu formidável potencial tecnológico.”⁽⁸⁾

12. Por sua vez, o historiador ERIC HOBBSBAWN concluiu, em recente entrevista, que:

“A força intelectual e de informação está muito concentrada. É possível superar isso; o Japão conseguiu e, provavelmente, a China conseguirá. Na minha visão, a Índia também tem boas chances de êxito em certas áreas porque é um país com uma grande tradição intelectual na área do pensamento abstrato.”⁽⁹⁾

13. É ainda preciso ponderar que um dos efeitos da nova economia tem sido a multiplicação das parcerias, sob todas as suas formas, abrangendo desde as fusões e incorporações até os vários tipos de *joint-ventures* e as aquisições de controle consensuais ou litigiosas. De um lado, podemos afirmar que os grupos societários substituíram a sociedade anônima e que, seja pela sua natureza, seja pela sua atividade, as empresas tiveram de deixar de ser locais, para se tornarem nacionais, binacionais ou multinacionais. De outro lado, competidores e concorrentes se uniram, muitas vezes, para fins específicos, substituindo a anterior luta pela conquista do mercado alheio por uma colaboração em determinadas atividades de pesquisa ou comercialização, ou ainda para atuarem conjuntamente em certos países ou regiões. O espírito da parceria modificou profundamente as relações entre as partes, multiplicando-se o mesmo entre o Estado e as empresas privadas, entre fornecedores, uns com os outros ou com consumidores, entre empresas de países distintos, entre distribuidores de mercadorias, entre instituições de fim lucrativo e outras sem essa finalidade.⁽¹⁰⁾

⁽⁸⁾ RUDIGER DORNBUSCH, “Não dê a nova economia como morta”, in *Folha de São Paulo* de 11.6.2000, p. A3.

⁽⁹⁾ ERIC HOBBSBAWN, entrevista intitulada “Sociedade de incertezas”, in *Folha de São Paulo* de 11.6.2000.

⁽¹⁰⁾ ARNOLDO WALD, ALEXANDRE DE M. WALD e LUIZA RANGEL DE MORAES, *O direito de parceria e a nova lei de concessões*, com prefácio do Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

14. Outro efeito relevante das recentes transformações econômicas foi uma verdadeira revolução cultural, em virtude do abandono do texto escrito como sendo o único documento vinculatório do ponto de vista jurídico. Efetivamente, a idéia do texto escrito está ligada à origem da história da humanidade que conhecemos, pois até os Dez Mandamentos pressupunham um texto escrito. Quer a inscrição se fizesse na pedra, no papiro ou no papel, à mão ou utilizando a impressão, o documento escrito era condição básica de qualquer pacto, compromisso ou contrato que se revestisse de importância e seriedade. Por mais relevantes que pudessem ser as palavras rituais, que eram exigidas, em numerosos casos, no direito antigo e atualmente só são imperativos em casos excepcionais (como o do art. 194 do Código Civil, que se refere ao casamento), o documento escrito passou a ser, há longos séculos, a principal forma de manifestação da vontade das partes. Assim, o ato de declaração de vontade de contratantes constava sempre de um documento por eles subscrito. A nova economia, admitindo a assinatura eletrônica, constitui, pois, uma modificação cultural da maior importância e que deve refletir-se na própria formação e educação das novas gerações, além de exigir profunda alteração legislativa.

15. Finalmente, é preciso salientar que não há antagonismo, mas simples complementação entre a nova e a velha economia. É o que se evidencia pela utilização de instrumentos da nova economia por empresas tradicionais e, por outro lado, pela fusão ou incorporação, especialmente no campo da informação e do lazer, de entidades pertencentes cada uma a um dos dois grupos. Pode-se afirmar, assim, que existe uma ponte, cada vez mais ampla, entre as duas economias, pois numa - a velha - se dá maior ênfase ao passado da empresa, aos bens materiais e às suas possibilidades atuais, enquanto na outra - a nova - se valoriza basicamente a porção do mercado que ocupa e a sua criatividade, ou seja, em grande parte, bens imateriais e perspectivas futuras.

16. Na realidade, a prevalência dos bens imateriais, abrangendo *know how* e novas tecnologias, e a experiência de uma equipe fazem avaliar as empresas pelo seu futuro, ou seja, pela sua capacidade de gerar lucros, envolvendo uma verdadeira revolução para economistas, auditores e juristas.

17. Num processo dialético, podemos até conceber a velha economia como sendo a tese, a nova, a antítese, e a simbiose de ambas, a síntese que já está ocorrendo e deverá consolidar-se no futuro. Trata-se, agora, de compatibilizar os instrumentos jurídicos de ambas, para que a inovação não signifique um risco incomensurável, mas para que este possa ser limitado por técnicas jurídicas adequadas, sejam elas já existentes e tradicionais ou ainda não concebidas e devendo ser construídas pelos juristas, dentro de uma revisão da dogmática jurídica.

II. Um novo direito

“É mais fácil substituir, nas usinas, material envelhecido por máquinas novas do que substituir

uma aparelhagem jurídica tradicional pela nova ordem jurídica.”

GEORGES RIPERT ⁽¹¹⁾

18. No momento em que o Brasil ingressa no terceiro milênio, comemorando quinhentos anos do seu descobrimento, os meios jurídicos e a opinião pública reconhecem a necessidade de uma grande reforma no plano do direito. Após ter restaurado o regime democrático e conquistado, nos últimos cinco anos, a estabilidade monetária, abrindo a sua economia, o país precisa agora alcançar a estabilidade jurídica que dê ao cidadão um mínimo de garantias quanto ao seu presente e seu futuro, permitindo o planejamento empresarial a curto, médio e longo prazos, que caracteriza o Estado de Direito no mundo hodierno.

19. Por outro lado, a renovação do direito se impõe, com as grandes reformas nos planos tributário, previdenciário, administrativo e judiciário, a fim de modernizar as suas instituições e compatibilizá-las com uma economia dinâmica, que possa competir com a das outras nações, assegurando, assim, a todos os cidadãos um nível digno de vida.

20. Revendo a nossa história, verificamos que a República ensejou a elaboração da Constituição de 1891 e do Código Civil, cujo projeto data do fim do século passado, refletindo a sociedade rural da época, ainda dominada pelo chamado “privatismo doméstico”, e que ORLANDO GOMES considerou atingido de “uma senilidade precoce” ⁽¹²⁾. Meio século depois, os anos quarenta permitiram a implantação do direito do trabalho, a renovação do processo e do direito penal, a modernização do direito societário e falimentar, retratando a fase inicial do nosso capitalismo industrial. Em seguida, nas décadas de sessenta e setenta, a reforma bancária de 1964 e a nova lei societária de 1976 indicavam os novos rumos do país, que pretendia alcançar o nível de potência econômica mundial.

21. Atualmente, a ruptura tecnológica e as transformações características de um mundo que foi considerado como sendo o da mudança constante ⁽¹³⁾ e da imprevisibilidade ensejaram, com a revolução tecnológica nas comunicações e a Internet, a nova economia, que, como vimos, subsiste ao lado da velha e, muitas vezes, com ela se funde ou a complementa. Essa terceira revolução industrial ⁽¹⁴⁾ modifica tanto a estrutura social e a própria concepção do trabalho quanto o fez a do século passado. O papel da informática como catalisadora das mudanças estruturais no mundo de hoje é tão ou mais importante quanto foi o da eletricidade e da máquina a vapor no século passado. E do mesmo modo que já se disse que a sociedade anônima foi o grande instrumento jurídico dos progressos realizados no passado ⁽¹⁵⁾, os grupos societários e as novas técnicas jurídicas, concebidas

⁽¹¹⁾GEORGES RIPERT, *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*, tradução brasileira, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947, p. 56.

⁽¹²⁾ORLANDO GOMES, *A crise do direito*, São Paulo, Max Limonad, 1953, p. 286.

⁽¹³⁾CHARLES HANDY, *Tempo de mudanças: a descontinuidade administrativa num mercado competitivo*, tradução de RICARDO GOUVEIA, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 206.

⁽¹⁴⁾BRUNO LUSSATO, *La troisième révolution*, Paris, Plon, 1999.

⁽¹⁵⁾GEORGES RIPERT, *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*, já citado, p. 59.

tanto pelo legislador como pela jurisprudência e pela prática, apresentam-se, atualmente, como os instrumentos necessários para alcançar o desenvolvimento sustentado. ⁽¹⁶⁾

22. Novas formulações jurídicas não de ser criadas, outros equilíbrios devem ser encontrados, no plano dos contratos, da família, da sociedade e do próprio Estado, para que o direito não seja uma espécie de camisa-de-força que impeça a boa utilização das novas tecnologias e da própria globalização, criando-se, ao contrário, um clima de cooperação entre homens e países, dominado pela ética.

23. Se desapareceu o mundo da segurança que alguns autores acreditavam que ainda existia no fim do século XIX ⁽¹⁷⁾, no momento em que foi concebido o nosso Código Civil, uma adaptação deve ser feita, mantendo aquilo que pode ser duradouro e permanecer, abandonando o que se tornou obsoleto e criando as novas estruturas jurídicas que a sociedade exige.

24. Se a revolução econômica e tecnológica é inegável, cabe ao jurista acompanhá-la, revendo até as premissas da dogmática jurídica, reconhecendo as mudanças que estão ocorrendo e adotando as novas medidas que se impõem num mundo no qual muitas das situações conflitantes do passado, entre nações, empresas e indivíduos, estão sendo substituídas por parcerias por eles realizadas no interesse comum.

25. No campo profissional, as universidades se unem às empresas e magistrados e advogados se encontram com professores e congressistas para tentar, mediante soluções consensuais, encontrar os novos caminhos que, também no plano do direito, o Brasil precisa trilhar, com urgência e coragem, para deixar de ser o país do futuro ⁽¹⁸⁾ e das esperanças, para ser o das realizações. ⁽¹⁹⁾

26. Do mesmo modo que se tem caracterizado o novo capitalismo pela existência de uma "destruição criadora", pode-se pensar na caracterização do novo direito como uma verdadeira criação ou construção interpretativa que, conforme o caso, complementa ou até substitua as normas vigentes ou a interpretação que a doutrina e a jurisprudência lhes davam ou ainda lhes dão. ⁽²⁰⁾

27. Há, evidentemente, em nosso país, um contraste flagrante entre o acelerado desenvolvimento econômico e tecnológico e, de outro lado, a lentidão das reformas políticas e jurídicas. Alguns sociólogos opõem "os dois Brasis" ⁽²¹⁾, o Brasil moderno e o Brasil arcaico, com base no desenvolvimento regional,

⁽¹⁶⁾ ARNOLDO WALD, "O direito do desenvolvimento", in *Revista Forense*, vol. 220, p. 421 e seg. e "Algumas considerações sobre as sociedades coligadas e os grupos de sociedades", in *A nova lei das sociedades anônimas*, publicação da Secretaria da Fazenda de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1977, p. 123 e seg.

⁽¹⁷⁾ STEFAN ZWEIG, *O mundo que eu vi*, Rio de Janeiro, Guanabara, 1942, p. 15 e seg.

⁽¹⁸⁾ STEFAN ZWEIG, *Brasil, país do futuro*, tradução de ODILON GALLOTTI, Rio de Janeiro, Guanabara, 1941, p. 323.

⁽¹⁹⁾ IVAN PEDRO DE MARTINS, *O amanhã é hoje*, Rio de Janeiro, Record, p. 197.

⁽²⁰⁾ ARNOLDO WALD, "A revolução e os juristas", in *Digesto Econômico*, n° 181, pp. 119-121, e *O direito da crise*, in *Revista de Informação Legislativa*, n° 82, pp. 83-86.

⁽²¹⁾ JACQUES LAMBERT, *Os dois Brasis*, 12ª ed., São Paulo, Nacional, 1984.

chegando outros a comparar o nosso país com uma simbiose da Índia e Bélgica, em virtude da diferença do PIB *per capita* no Norte/Nordeste e no Centro/Sul. Do mesmo modo, caberia distinguir o Brasil moderno do mundo industrial e financeiro e o Brasil arcaico da política que, algumas vezes, ainda está inspirada nas capitâneas hereditárias e no coronelismo. O nosso direito revela essas duas faces – a obsoleta e a moderna – cabendo ao jurista conciliá-las e ser um catalisador da verdadeira revolução cultural que está ocorrendo.

28. Assim, o Brasil sofre simultaneamente duas grandes transformações, a decorrente da globalização, que ensejou a nova economia, e a que é consequência da integração nacional das várias regiões do país com as suas peculiaridades.

29. Finalmente, o direito deve servir de ponte entre a economia moderna e a política arcaica, pois abrange regras tradicionais e outras inovadoras, que devem formar um sistema único, racional e coerente, não podendo subsistir sob a forma de uma colcha de retalhos.

30. Por outro lado, na medida em que a evolução das atividades econômicas contribui para tornar mais complexas as regras jurídicas, a criatividade jurídica do advogado tornou-se, no mundo hodierno, uma verdadeira vantagem competitiva, que tem inclusive justificado a preferência pela utilização, em todos os países, de sistemas jurídicos mais flexíveis e adaptados à mudança. ⁽²²⁾

31. Dentro desse contexto, o direito privado se torna uma verdadeira força que assegura a melhor *performance* da empresa, considerada como centro da economia contemporânea ⁽²³⁾, a possibilidade de atrair capitais nacionais e estrangeiros e, conseqüentemente, a riqueza das nações e o aprimoramento das condições de vida na sociedade. E o direito público passa a ser um instrumento da reforma do Estado e da nova estruturação dos serviços públicos, que deve prestar de modo eficiente, para cumprir a sua função constitucional em todos os campos de atividade, assegurando a todos os cidadãos uma vida digna num clima de segurança.

32. Do mesmo modo que nas fases da Independência, da Proclamação da República e, mais recentemente, por ocasião do papel social que o Estado passou a ter na fase do Estado Novo, implantou-se uma nova legislação, cabe hoje uma revisão do sistema jurídico aplicável à nova sociedade na qual passamos a viver. Podemos até afirmar que a abertura da economia e a volta ao regime democrático significaram para o Brasil senão uma revolução, ao menos um “*New Deal*” entre o Estado e a sociedade, com sentido diferente mas com a mesma importância histórica que teve, nos Estados Unidos, o implantado por ROOSEVELT, na década de 1930. A nova sociedade exige, pois, um novo direito, uma nova dogmática jurídica.

⁽²²⁾ É um dos motivos que explica que a globalização ensejou a aplicação generalizada do direito anglo-americano nos contratos internacionais. Em seminário realizado em Paris e organizado pelo Senado francês no início do corrente ano, foi salientado que o direito passou a ser um fator de competitividade econômica (*Les Echos*, 7.3.2000).

⁽²³⁾ ARNOLDO WALD, “Novas perspectivas da empresa”, in *Digesto Econômico*, fevereiro 1995, p. 2 e seg.

33. Assim, tanto quanto ou ainda mais do que na segunda metade do século XX, quando foram proferidas, são da maior atualidade as palavras de SAN TIAGO DANTAS, quando pregava a construção de uma nova dogmática jurídica, nos termos seguintes:

“Não haveria, talvez, exagero em dizer que a obra fundamental reservada ao pensamento jurídico dos nossos dias é, pois, a renovação da antiga Dogmática. No Brasil, como em todos os países, vivemos um momento de dualidade teórica que urge ultrapassar. A visão do Direito objetivo que muitos juristas conservam e defendem é a de um sistema harmônico de normas de Direito comum, em torno do qual cresce a congêrie das normas de Direito especial, caprichosas, contraditórias e efêmeras. A doutrina abona e explica as primeiras; para as segundas, temos de cair numa positividade estreita, pois, não se reconhece estrutura doutrinária capaz de lhes dar continuidade e coerência.

É essa visão que precisa ser substituída, nos livros de doutrina, no ensino universitário, no fôro, nos trabalhos legislativos, por uma outra capaz de se adaptar à renovação do Direito positivo, e de buscar, por igual, nos Códigos e nas leis especiais, os elementos com que se retificarão os conceitos técnicos e o próprio sistema, e numa palavra, a nova Dogmática Jurídica.” (24)

34. Depois de analisar os traços básicos da nova economia e a função do direito como catalisador do desenvolvimento, cabe examinar a evolução do contrato, o seu passado, o seu presente e o seu futuro.

III. A evolução do contrato

35. Poucos institutos sobreviveram, por tanto tempo, e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou a sociedades com estruturas e escalas de valores tão distintas quanto as que existiam na Antigüidade, na Idade Média, no mundo capitalista e no próprio regime comunista. (25)

36. Para os juristas, magistrados e advogados brasileiros, ainda acostumados aos princípios do Código Civil vigente, mesmo quando flexibilizados pelas

(24) F. C. DE SAN TIAGO DANTAS, *Nova dogmática jurídica*, Revista Forense, nº 98, p. 293.

(25) F. C. DE SAN TIAGO DANTAS, “Evolução contemporânea do direito contratual”, *Revista Forense*, nº 139, pp. 5-13, e RENÉ DAVID, *Traité élémentaire de droit comparé*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, p. 328.

chamadas leis extravagantes, o atual projeto de Código Civil apresenta um contrato sob novas vestimentas, com finalidades e regime jurídico que se afastam do nosso direito clássico, justificando uma reflexão sobre a matéria.

37. Na realidade, o contrato nasceu formalista e típico no direito romano, para transformar-se num instrumento válido pelo fato de ser uma manifestação de vontade do indivíduo e, em conseqüência, um instrumento vinculatório, que fazia o papel da lei entre as partes, na concepção dos enciclopedistas que inspiraram a Revolução Francesa e o Código Civil.

38. Por longo tempo, entendeu-se que os pactos deviam ser respeitados (*pacta sunt servanda*), pois refletiam um ato de liberdade individual. O contrato, pela sua própria natureza, por decorrer de um acordo de vontades, devia ser considerado justo e, conseqüentemente, era intangível, devendo ser executado, custasse o que custasse, de acordo com a intenção das partes, ressalvados, tão-somente, os casos excepcionais da força maior e do caso fortuito.

39. Podendo transferir a propriedade no sistema franco-italiano, ou não podendo fazê-lo no direito alemão e na legislação brasileira, o contrato foi, certamente, o grande instrumento jurídico do capitalismo incipiente que dominou o mundo até o fim da Primeira Guerra Mundial.

40. Com o advento do comunismo na Rússia e da Constituição de Weimar na Alemanha, o sopro do socialismo, sob as suas diversas formas e com densidades distintas, abalou, em parte, a mística contratual sedimentada pelo Código Napoleão, sem que, todavia, o contrato perdesse a sua função e utilidade.

41. Surgiram, aos poucos, as limitações tanto à liberdade de contratar, ou de não contratar, quanto à liberdade contratual, ou seja, à fixação do conteúdo do contrato. Embora se mantivesse, como regra geral, a onipotência da vontade individual, com a possibilidade de criação dos mais variados contratos inominados, atípicos e mistos, o legislador, ampliando a área da ordem pública econômica, foi restringindo o conteúdo da autonomia da vontade.

42. A liberdade, no plano contratual, tem sofrido amplas restrições, especialmente no tocante à faculdade de fixar o conteúdo do contrato (liberdade contratual), pois muitos contratos são, hoje, verdadeiros contratos de adesão, cujo texto depende de aprovação prévia de organismos governamentais, ou nos quais, tratando-se de contratos de massa, o aderente não tem condições de discutir as cláusulas. Quanto à liberdade de contratar, tem sido mantida em termos gerais, embora, em determinados casos, possa constituir infração à lei o fato de deixar de vender determinado artigo, por considerar o sistema legislativo vigente tais omissões como contrárias à ordem econômica estabelecida.

43. Em tese, a liberdade contratual só sofre restrições em virtude da ordem pública, que representa a projeção do interesse social nas relações interindividuais. O *ius cogens*, o direito imperativo, defende os bons costumes e a estrutura social, econômica e política da comunidade. Em determinada fase, a ingerência da ordem pública em relação aos contratos se fazia sentir tão-somente ou principalmente pelo combate à usura, proibindo as leis medievais as diversas formas de agiotagem. Quanto aos outros contratos, poucas eram as limitações, até o século XIX.

44. As idéias solidaristas e socialistas e a hipertrofia do Estado levaram, todavia, o direito ao dirigismo contratual, expandindo-se a área das normas de ordem pública destinadas a proteger os elementos economicamente fracos, favorecendo o empregado, pela criação do direito do trabalho, o inquilino, com a legislação sobre locações, e o consumidor, por uma legislação específica em seu favor. Por outro lado, o *dirigismo contratual* restringiu a autonomia da vontade, em virtude da elaboração de uma série de normas legislativas, fixando princípios mínimos que os contratos não podem afastar (salário mínimo, tabelamento de gêneros alimentícios, fixação de juros).

45. O contrato passou, assim, em certos casos, a ter um conteúdo de ordem pública, decorrente da lei, podendo alcançar até pessoas que nele não foram partes, como ocorre na convenção coletiva de trabalho. Temos, então, uma *convenção-lei*, definida como "um ato legislativo, elaborado por via convencional".

46. A obrigatoriedade dos contratos constitui, por sua vez, uma projeção, no tempo, da liberdade contratual, pois as partes são obrigadas a realizar as prestações futuras decorrentes do contrato. O direito contemporâneo limitou, todavia, também tal obrigatoriedade, interpretando-a de acordo com a cláusula implícita *rebus sic stantibus*, ou seja, enquanto as situações das partes não sofrerem modificações substanciais, e permitindo, no caso de haver tais transformações imprevisíveis, uma revisão ou a resolução do contrato.

47. Durante muito tempo, considerou-se que o contrato normalmente compunha interesses divergentes, que nele encontravam uma forma de solução, como acontece nos casos da compra e venda, da locação, da empreitada *etc.* Os contratos que constituem liberalidades são relativamente menos importantes e só recentemente é que a doutrina foi admitindo a importância crescente dos chamados contratos de colaboração, que existem tanto no direito privado quanto no direito público.

48. Nos últimos anos, deixou-se, no entanto, de conceber o contrato como necessariamente decorrente ou representativo de interesses antagônicos, chegando os autores e a própria jurisprudência a admitir, inicialmente nos contratos de longo prazo mas, em seguida, em todos eles, a existência de uma *affectio* - a *affectio contractus*, com alguma semelhança com outras formas de colaboração como a *affectio societatis* ou o próprio vínculo conjugal.

49. Em vez de adversários, os contratantes passaram, num número cada vez maior de contratos, a ser caracterizados como parceiros, que pretendem ter, um com o outro, uma relação equilibrada e equitativa, considerando os ideais de fraternidade e justiça. Já no início do século, alguns autores, como RENÉ DEMOGUE, referiam-se ao contrato como sendo "uma união de interesses equilibrados, um instrumento de cooperação leal, uma obra de confiança mútua" ⁽²⁶⁾. Mais recentemente, outros autores franceses desenvolveram a tese

⁽²⁶⁾ RENÉ DEMOGUE chega a caracterizar a relação entre o credor e o devedor como sendo um verdadeiro microcosmo, uma sociedade na qual ambas as partes devem trabalhar para atingir um fim comum, surgindo entre eles um dever de colaboração (RENÉ DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931, t. VI, n° 3, p. 9).

da equação contratual, inspirada no direito administrativo, para vislumbrar no contrato um ponto de equilíbrio necessário, ou seja, um instrumento de colaboração, entre os contratantes, no interesse de ambos e da própria sociedade.

50. Há, pois, uma evolução na qual, após termos abandonado a caracterização do contrato como manifestação ilimitada da liberdade individual, demos a ele uma nova conceituação em que prepondera, ou deve preponderar, sobre a intenção e a vontade individual de cada um dos contratantes o consenso que entre eles se formou, sem que seja lícito, a qualquer um deles, tirar uma vantagem maior do que a racionalmente aceitável, no momento tanto da celebração do contrato como em todo o período da sua execução, quando se trata de convenções com efeitos duradouros ou diferidos.

51. No passado, o contrato permitia às partes evitar todos os riscos futuros, garantindo-lhes a imutabilidade das prestações convencionadas e a sobrevivência da convenção diante de fatos imprevistos, mesmo quando alteravam substancialmente a equação contratual. Hoje, o contrato perdeu essa perenidade, mas ganhou em flexibilidade, sacrificando-se alguns benefícios eventuais ao interesse comum das partes e ao interesse social.

52. Em recente estudo, pretendeu-se que o contrato, no passado, era uma espécie de bolha ou uma ilha, independente, alheia aos acontecimentos e prevalecendo sobre as eventuais modificações fáticas e legislativas. Atualmente, o contrato se transformou num bloco de direitos e obrigações de ambas as partes, que devem manter o seu equilíbrio inicial, e num vínculo ou até numa entidade.⁽²⁷⁾ Vínculo entre as partes, por ser obra comum das mesmas, e entidade, constituída por um conjunto dinâmico de direitos, faculdades, obrigações e eventuais outros deveres, que evolui como a vida, de acordo com as circunstâncias que condicionam a atividade dos contratantes.

53. Assim, em vez do contrato irrevogável, fixo, cristalizado de ontem, conhecemos um contrato dinâmico e flexível, que as partes devem adaptar para que ele possa sobreviver, superando, pelo eventual sacrifício de alguns dos interesses das partes, as dificuldades encontradas no decorrer da sua existência. A plasticidade do contrato transforma a sua própria natureza, fazendo com que os interesses divergentes do passado sejam agora convertidos numa verdadeira parceria, na qual todos os esforços são válidos e necessários para fazer subsistir o vínculo entre os contratantes, respeitados, evidentemente, os direitos individuais.

54. Dentro desse conceito de parceria, admite-se a anulação do contrato por lesão, a sua resolução ou a sua revisão em virtude da excessiva onerosidade, a cessão do contrato e a assunção da posição contratual, a oponibilidade das cláusulas contratuais a terceiros não contratantes, a relação de dependência que se estabelece entre contratos conexos e subordinados uns aos outros⁽²⁸⁾, inclusive com a eventual substituição de cláusulas e a mitigação das sanções.

⁽²⁷⁾ J. MESTRE, "L'évolution du contrat em droit privé français", in *L'évolution contemporaine des contrats*, Journées Savatier, 1985, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, p. 45 e seg.

⁽²⁸⁾ BERNARD TEYSSIE, *Les groupes de contrats*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975, *passim*, e GEORGES VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1986, *passim*.

55. Trata-se de uma verdadeira nova concepção do contrato, já agora como ente vivo, como vínculo que pode ter um conteúdo variável, complementado pelas partes, por árbitros ou até pelo Poder Judiciário, e no qual, ao contrário do que acontecia no passado, a eventual nulidade ou substituição de uma cláusula não põe necessariamente em perigo toda a estrutura da relação jurídica. Estas modificações surgiram tanto na jurisprudência quanto em virtude do trabalho doutrinário realizado pela extensão que se deu do conceito de boa-fé ⁽²⁹⁾ e pelas obrigações implícitas de leal execução do contrato, significando um dever, imposto às partes, de encontrar uma solução para os eventuais impasses que possam surgir. Por outro lado, também exerceram importante influência sobre a nova conceituação do contrato as normas extravagantes e as chamadas leis de emergência, assim como de certos ramos mais recentes da ciência jurídica, como o direito do consumidor e o desenvolvimento que passou a ter a equação contratual no direito administrativo. ⁽³⁰⁾

56. Num mundo em que nada mais é absoluto, o contrato, para subsistir, aderiu ao relativismo, que se tornou condição *sine qua non* da sua sobrevivência no tempo, em virtude da incerteza generalizada, da globalização da economia e da imprevisão institucionalizada. A indeterminação das prestações contratuais, que era inconcebível no passado, também está vinculada à inflação, à oscilação do câmbio e às rápidas mudanças tecnológicas, fazendo com que as partes adotem determinados critérios para definir os seus direitos, aceitando prestações indeterminadas no momento da celebração do contrato, mas determináveis no momento de sua execução.

57. Por outro lado, a eventual necessidade de substituir certas cláusulas contratuais, sem afetar as bases da equação contratual, obrigou os contratantes e os juristas a realizarem uma verdadeira sintonia fina para distinguir as cláusulas principais ou essenciais das demais, destacando aquelas sem a presença das quais o contrato não teria sido assinado das que foram consideradas inicialmente como meramente complementares ou acessórias. Por outro lado, cabe-lhes verificar se as eventuais mutações sofridas pelas cláusulas principais permitem manter a equação contratual inicial ou se, ao contrário, as modificações surgidas no contexto tornam imperativa a resolução do mesmo.

58. O contrato, realidade viva, forma de parceria, com direitos e obrigações relativas, constitui uma verdadeira novidade para os juristas clássicos, mas decorre de um imperativo categórico do mundo de hoje que é, como vimos, caracterizado como sendo o da descontinuidade, da incerteza e da mudança. Assim, autores recentes puderam afirmar que as regras do direito dos contratos

⁽²⁹⁾ JUDITH MARTINS - COSTA, *A boa-fé no direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, e ARNOLDO WALD, "La bonne foi: dans l'exécution du contrat, rapport brésilien", in *Travaux de L'Association Henri Capitant, XLIII, La bonne foi (journées louisianaises)*, Paris, Litec, 1994, pp. 252-264.

⁽³⁰⁾ ARNOLDO WALD, "O equilíbrio econômico e financeiro no direito brasileiro: a contribuição do professor Caio Tácito", in CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO (org.), *Estudos em homenagem ao prof. Caio Tácito*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 75-97.

se tornaram relativas, pois “o contrato é mais ou menos obrigatório, mais ou menos oponível, mais ou menos sinalagmático ou mais ou menos aleatório e uma nulidade ou uma resolução é mais ou menos extensa”.⁽³¹⁾

59. Por longo tempo, manteve-se a estrutura tradicional do contrato, considerando como exceções as regras que, aos poucos, estavam alterando a escala de valores em que se fundamentou. A generalização das exceções está agora exigindo uma reformulação do regime jurídico do contrato, pois não houve tão-somente modificações técnicas, mas uma verdadeira mudança de concepção, que exige uma reformulação dogmática. Trata-se de passar do absoluto para o relativo, sem perder um mínimo de segurança, que é indispensável ao desenvolvimento da sociedade, e respeitando os princípios éticos.

60. Se, há meio século, uma parte dessa evolução já tinha ocorrido, os juristas da época ainda podiam admitir que os remendos necessários eram de pequena monta, admitindo soluções cosméticas.

61. Já no início do terceiro milênio, é preciso reconhecer que o contrato, para sobreviver, exige o reconhecimento de uma nova estrutura. Efetivamente, o número de exceções à aplicação dos princípios gerais do contrato clássico já alcança um nível que não mais permite fazer com que prevaleçam as regras gerais, sob pena de ensejar o predomínio da ficção sobre a realidade.

62. Em certo sentido, foi essa revolução dogmática que encontramos em vários dos artigos do Projeto do Código Civil, já aprovado pelo Senado e em fase de votação na Câmara dos Deputados. Assim, por exemplo, o legislador, inspirado no texto constitucional, atribui expressamente ao contrato uma função social, limitando a liberdade de contratar em razão da mesma, ao mesmo tempo em que considera a lesão como causa de anulação dos negócios jurídicos e admite a resolução ou a revisão do contrato por excessiva onerosidade, seguindo o exemplo do *Codice Civile* italiano.

63. Quanto à função social do contrato, por si mesma, em nada altera o respectivo regime jurídico, que já repelia o abuso de direito, com base no próprio Código Civil e em virtude de construção jurisprudencial e da norma constitucional de 1988. Efetivamente, a partir do momento em que o direito constitucional brasileiro considerou que a propriedade tinha uma função social (art. 5º, XXIII), tendo a palavra propriedade uma conceituação ampla, o mesmo princípio haveria de ser aplicado aos direitos de créditos, ou seja, às obrigações e, conseqüentemente, aos contratos. Assim, à primeira vista, em termos gerais, pode-se considerar que o Projeto se limitou a explicitar uma norma constitucional e a ratificar tanto a legislação anterior quanto a construção jurisprudencial.

64. Deve-se, entretanto, ponderar que a função social do contrato não deve afastar a sua função individual, cabendo conciliar os interesses das partes e da sociedade. Assim, os direitos contratuais, embora exercendo uma função social, constituem direitos adquiridos (art. 5º, XXXVI) e gozam, nos termos da

⁽³¹⁾ P. MALAURIE e L. AYNES, referidos por CATHERINE GHIÉRIE-GUELFUCCI, no seu excelente artigo intitulado “Libres propos sur la transformation du droit des contrats”, publicado na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, abril-junho 1997, n° 2 (do ano), p. 363, nota 45.

Constituição, da proteção do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV), em virtude do qual ninguém pode ser privado dos seus bens - e dos seus direitos que também se incluem entre os bens - sem o devido processo legal. Com essa interpretação, que é a única aceitável em nosso regime constitucional, a inovação do Projeto não põe em risco a sobrevivência do contrato, como manifestação da vontade individual e acordo entre partes interessadas para alcançar um determinado objetivo, por elas definido em todos os seus aspectos.

65. Por outro lado, a lesão já foi reconhecida no direito brasileiro anterior ao Código Civil e a ela se refere a legislação de economia popular. Trata-se, agora, no Projeto, de caracterizá-la como um dos vícios da vontade que enseja a anulação dos atos jurídicos em geral e dos contratos em particular. É matéria que mereceria ser definida com maior precisão, tanto mais que, anteriormente, havia referência aos diversos tipos de lesão, como, por exemplo, a lesão enorme ou até enormíssima.

66. Finalmente, o dinamismo dos contratos fez com que o legislador admitisse a resolução dos mesmos por excessiva onerosidade e a revisão dos contratos unilaterais pelo mesmo motivo. É preciso lembrar que, seguindo o modelo italiano, o Projeto considera que só se justifica a resolução por onerosidade excessiva, que incide sobre um dos contratantes, quando também ocorre uma extrema vantagem para o outro. O Projeto admite que haja revisão do contrato se o réu, na ação de resolução, modificar equitativamente as condições do contrato. Talvez, aliás, o legislador pudesse ser mais explícito no caso, subordinando a possibilidade de revisão ao enriquecimento indevido ou excessivo do outro contratante.

67. Nos contratos nos quais as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá a mesma pleitear a redução de sua prestação ou a alteração do modo de execução, a fim de evitar a onerosidade excessiva. Nesta última disposição, não há referência à extrema vantagem do outro contratante, cabendo, todavia, ao intérprete considerar que é uma condição necessária da revisão, pois os dois artigos que tratam da matéria devem ser interpretados construtiva e sistematicamente.

68. Na realidade, diante de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, melhor seria admitir simplesmente que se mantivesse a equação contratual, ou seja, a relação inicialmente estabelecida entre as partes, permitindo, outrossim, que, especialmente nos contratos aleatórios, se pudesse convencionar o afastamento da teoria da imprevisão, pela própria natureza e finalidade do negócio jurídico.

69. Também em relação à imprevisão, o Projeto não chega a inovar radicalmente, por já existir a revisão legalmente prevista em determinados contratos, como os de locação comercial, e ter sido a mesma generalizada pela jurisprudência no tocante ao contrato de empreitada, tanto no campo do direito privado como na área do direito administrativo. Houve, no caso, a transformação de uma norma, que já foi considerada excepcional, em verdadeiro princípio geral do direito, que, no fundo, deflui da própria vedação do enriquecimento sem causa.

70. Sintetizando a posição do Projeto, na sua última fase de revisão pelo Senado Federal, esclarece o Professor JOSAPHAT MARINHO que:

“Repele o Projeto, pois, a majestade do contrato, da velha cláusula pacta sunt servanda, para imprimir às obrigações assumidas caráter compatível com o alcance social do direito. Adota o espírito de justiça, que desenvolveu DUGUIT já em 1911, na Faculdade de Direito de Buenos Aires, e se alargou, pelo tempo afora, com RIPERT, SAVATIER e tantos outros mestres. Mas transmitindo flexibilidade às relações jurídicas, o Projeto não as desguarnece de segurança.” ⁽³²⁾

71. Verificamos que a transformação do contrato se realiza nos seus mais diversos aspectos, quer em relação às suas categorias básicas, quer no tocante ao seu conteúdo, quer no tocante à sua forma, seu suporte e suas dimensões.

72. Efetivamente, enquanto se falava, há algum tempo, da publicização do contrato de direito privado ⁽³³⁾, já se admite hoje um movimento pela privatização do contrato de direito administrativo, despojando-se, em certos casos, o Poder Público da sua soberania para atuar como se fosse um particular ⁽³⁴⁾. Um autor português escreveu interessante obra intitulada *Requiem pelo contrato administrativo* ⁽³⁵⁾, mas, não chegando a este extremo, a doutrina mais recente admite a importância crescente de alguns princípios de direito privado, que se aplicam aos contratos públicos, nas várias formas de parceria, que se multiplicam no plano interno ⁽³⁶⁾ e internacional. ⁽³⁷⁾

73. Cabe salientar que, nas relações internacionais, a liberdade contratual está sendo ampliada e a *Lex Mercatoria* nos indica a presença de um contrato no qual as partes escolhem a lei aplicável e o foro competente, eventualmente substituído pelo juízo arbitral, reduzindo-se, cada vez mais, o âmbito de aplicação

⁽³²⁾ JOSAPHAT MARINHO, “O Projeto do novo Código Civil”, in *Revista de Informação Legislativa*, nº 146, p. 8.

⁽³³⁾ LOUIS JOSSEERAND, “Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1937, p. 1. No mesmo sentido, ARNOLDO WALD, “A evolução do direito”, in *Revista do Serviço Público*, dezembro 1951, com separata publicada pelo DASP em 1953, p. 21, e *Obrigações e contratos*, 14ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, nº 64, p. 189.

⁽³⁴⁾ ARNOLDO WALD, “Dos contratos privados firmados pela Administração Pública”, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 40, pp. 13-22.

⁽³⁵⁾ MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra, Almedina, 1990.

⁽³⁶⁾ ALICE GONZALEZ BORGES, “O contrato administrativo repensado”, in *Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia*, nº 3, 1999, p. 13.

⁽³⁷⁾ ARNOLDO WALD, “O direito internacional de parceria”, in LUIZ OLAVO BAPTISTA e outro, *O direito internacional no terceiro milênio (Estudos em homenagem do Professor Vicente Marotta Rangel)*, São Paulo, Ltr, 1998, p. 887.

da ordem pública internacional ⁽³⁸⁾. A aplicação do direito uniforme, por sua vez, tem ensejado grandes transformações que mereceriam ser analisadas em profundidade. ⁽³⁹⁾

74. A importância crescente dos contratos eletrônicos, nos quais se abandona o suporte de papel que, durante tantos anos, caracterizou a estrutura contratual, também modifica alguns dos aspectos da manifestação de vontade das partes, provocando novas regras de interpretação que decorrem das peculiaridades dos novos meios de transmissão.

75. Diante de todas essas modificações, alguns autores chegam a reconhecer a morte do contrato ⁽⁴⁰⁾ ou, ao menos, o fim da liberdade contratual ⁽⁴¹⁾, do mesmo modo que, há cerca de meio século, alguns eminentes juristas diagnosticavam "o declínio do direito". ⁽⁴²⁾

76. É, todavia, interessante que mesmo aqueles que dão ao contrato o atestado de óbito, reconhecem que poderá ressuscitar das suas próprias cinzas. ⁽⁴³⁾

77. Mais adequado nos parece admitir, como o fazia RENÉ SAVATIER, logo após a Segunda Guerra Mundial, que o conceito tradicional de contrato tenha estourado ou explodido, adquirindo novas dimensões e referindo-se ao *éclatement* do contrato a justificar a elaboração de uma nova estrutura que a dogmática teria que lhe dar. ⁽⁴⁴⁾

78. A polivalência do contrato e a sua vinculação à importância que a civilização ocidental reconhece à palavra dada e ao consenso ao qual chegaram as partes justificam tanto a sobrevivência quanto a adaptação ao contexto existente no terceiro milênio desse instrumento tão rico e flexível, que tem permitido o desenvolvimento racional e pacífico das relações entre os homens.

IV. Conclusões

79. Na realidade, temos modificado substancialmente o contrato, dando-lhe conteúdo e efeitos que não tinha no passado, e introduzido, no secular direito civil, com as necessárias cautelas, alguns dos princípios do direito do consumidor e do direito administrativo. Embora seja uma evolução necessária e justa, ela deve ser temperada pelo atendimento dos direitos dos contratantes e da segurança jurídica.

⁽³⁸⁾ ARNOLDO WALD, "Algumas aplicações da *Lex Mercatoria* aos contratos internacionais", in LUIZ OLAVO BAPTISTA e outros, *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas (Estudos em homenagem a Irineu Strenger)*, São Paulo, Ltr, 1994, p. 306.

⁽³⁹⁾ A. V. M. STRUYCKE, "La *Lex Mercatoria* dans les contrats internationaux", in *L'évolution contemporaine du droit des contrats (Journées René Savatier de 1985)*, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, p. 207.

⁽⁴⁰⁾ GRANT GILMORE, *The death of contract*, 2ª ed., Columbus, Ohio State University, 1995.

⁽⁴¹⁾ P. S. ATIYAH, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

⁽⁴²⁾ GEORGES RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

⁽⁴³⁾ GRANT GILMORE, ob. cit., p. 112.

⁽⁴⁴⁾ RENÉ SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1952, p. 19 e seg.

80. De um lado, já não bastam os retoques incidentais para manter um instituto que, tendo sofrido grandes transformações, exige o reconhecimento das respectivas conseqüências pela dogmática jurídica, a fim de evitar que os conceitos se afastem da realidade. Trata-se, pois, de repensar os institutos, redefinindo as suas características, não bastando manter o nome, ou a forma, para que uma técnica jurídica se mantenha com o mesmo conteúdo.

81. Por outro lado, se o Direito tem a dupla finalidade de garantir tanto a justiça quanto a segurança, é preciso encontrar o justo equilíbrio entre as duas aspirações, sob pena de criar um mundo justo, mas inviável, ou uma sociedade eficiente, mas injusta, quando é preciso conciliar a justiça e a eficiência.

82. Não devem prevalecer nem o excesso de conservadorismo, que impede o desenvolvimento da sociedade, nem o radicalismo destruidor, que não assegura a continuidade das instituições. O momento é de reflexão e construção para o jurista que, abandonando o absolutismo passado, deve relativizar as soluções, tendo em conta tanto os valores éticos quanto as realidades econômicas e sociais. Entre princípios antagônicos, num mundo dominado pela teoria da relatividade, cabe adotar, também no campo do direito ⁽⁴⁵⁾, o que alguns juristas passaram a chamar os princípios de geometria variável, ou seja, o equilíbrio entre justiça e segurança, com a prevalência da ética, mas sem desconhecer a economia e os seus imperativos.

83. Surge, assim, um novo contrato, tão afastado daquele que foi concebido pelo Código Napoleão quanto o da lei francesa estava distante do contrato romano. A força das palavras e das instituições e, algumas vezes, a denominação dos institutos jurídicos se mantêm no tempo, mesmo quando sofrem mutações radicais em virtude das quais se poderia considerar que o seu conteúdo foi esvaziado ou até desapareceu. Cabe, todavia, aos juristas, especialmente na fase de transição que atravessamos, adaptar os conceitos e institutos à evolução constante do mundo e da tecnologia, para evitar a revolta dos fatos contra o direito, à qual aludia, há longos anos, GASTON MORIN. ⁽⁴⁶⁾

SP, 25.09.2000.

⁽⁴⁵⁾ GUSTAV RADBRUCH, *Relativismo y derecho*, Bogotá, Temis, 1999, p. 74.

⁽⁴⁶⁾ GASTON MORIN, *La revolte du droit contre le code*, Paris, Recueil Sirey, 1945, p. 119.

^(*) ARNOLDO WALD é Advogado, Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da U.E.R.J., Doutor *honoris causa* da Faculdade de Direito da Universidade de Paris e Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia.
