

O contrato no Projeto de Código Civil (Da evolução dos interesses conflitantes do passado até a parceria do futuro)

ARNOLDO WALD (*)

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

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.

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

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.

Com o advento do comunismo, na Rússia, e a 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.

Aos poucos, surgiram 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 atípicos e mistos, o legislador, ampliando a área da ordem pública econômica, foi restringindo o conteúdo da autonomia da vontade.

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. 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 e social estabelecida.

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 pelo combate à usura, proibindo as leis medievais as diversas formas de agiotagem. Quanto aos outros contratos, não havia maiores limitações, até o século XIX.

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).

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".

A obrigatoriedade dos contratos constitui, por sua vez, uma projeção, no tempo, da liberdade contratual, pois as partes são obrigadas a realizar as prestações decorrentes do contrato. O direito contemporâneo limitou, todavia, também tal obrigatoriedade, interpretando-a *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.

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.

Nos últimos anos, deixou-se, no entanto, de conceber o contrato como 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. Em vez de adversários, os contratantes passaram a ser caracterizados como parceiros, que pretendem ter, um com o outro, uma relação equilibrada e igualitária, tendo em vista uma maior fraternidade e justiça. Já no início do século, alguns autores, como RENÉ DEMOGUE, se referiam ao contrato como sendo “uma união de interesses equilibrados, um instrumento de cooperação leal, uma obra de confiança mútua”. Mais recentemente, outros autores franceses desenvolveram a tese da equação contratual, inspirada no direito administrativo, para vislumbrar no contrato um ponto de equilíbrio necessário, um instrumento de colaboração entre os contratantes, no interesse de ambos e da própria sociedade.

Há, pois, uma evolução na qual, após termos abandonado a conceituação do contrato como manifestação ilimitada da liberdade individual, damos-lhe uma nova conceituação em que prepondera, ou deve preponderar, sobre 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 da sua execução.

Tradicionalmente, 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 eventuais benefícios ao interesse social e ao interesse comum das partes.

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. 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. Assim, em vez do contrato irrevogável, fixo, cristalizado de ontem, conhecemos um contrato dinâmico e flexível, que as partes querem e 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.

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 que se estabelece entre contratos conexos e subordinados uns aos outros, inclusive com a eventual substituição de cláusulas e a mitigação das sanções.

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, em parte, na jurisprudência e, em parte, em virtude do trabalho doutrinário realizado pela extensão do conceito de boa-fé 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. Também houve a influência das normas extravagantes e das chamadas leis de emergência, assim como de certos ramos mais recentes da ciência jurídica, como o direito do consumidor.

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 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. Por outro lado, a eventual ne-

cessidade 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.

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 caracterizado pelos economistas como sendo o da descontinuidade, da incerteza e da mudança, ao contrário daquele que existia no fim do século passado, definido como "o mundo da segurança". Assim, autores recentes puderam afirmar que as regras do direito dos contratos 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".

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.

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 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.

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. Por outro lado, 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. 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, gozam, nos termos da Constituição, 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 as partes interessadas para alcançar um determinado objetivo, por elas definido em todos os seus aspectos.

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.

Finalmente, o dinamismo dos contratos fez com que o legislador admitisse a sua resolução 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. Finalmente, 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. 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.

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.

Na realidade, estamos modificando substancialmente o contrato, dando-lhe conteúdo e efeitos que não tinha no passado, e introduzindo, 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.

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.

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, em vez de uma sociedade eficiente mas injusta, quando é preciso conciliar a justiça e a eficiência.

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, 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.

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 se mantém no tempo, mas para tanto é preciso adaptá-las 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.

São Paulo, 25.3.98.

(*) ARNOLDO WALD é Advogado em São Paulo e Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
