

POR UMA NOVA TEORIA DOS CONTRATOS

FOR A NEW THEORY OF CONTRACTS

JOÃO BAPTISTA VILLELA

Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

**Transcrição e notas por
ISABELA MARIA PEREIRA LOPES**

Mestranda em Direito Civil na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo (USP). Graduada em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (2015). Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo. Assessora no Superior Tribunal de Justiça.
isabelamplopes@gmail.com

«Elle était si belle et si simple, la notion de contract dans le Code civil» (Savatier¹)

«À temps nouveaux, institutions nouvelles» (Josserand²)

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: Não há perfeito acordo quanto à significação do tema contrato, o que talvez explique o facto de alguns falarem em sua decadência e outros do seu florescimento. A liberdade constituiria a verdadeira substância dos contratos. Como há várias manifestações jurídicas da vida

contemporânea, quer na ordem interna, quer na ordem internacional, que respondem com maior ou menor fidelidade à ideia de um acordo de vontades, sugere-se a revisão da teoria clássica dos contratos, de modo tal que a realidade actual se reflecta adequadamente nos quadros do Direito.

-
1. SAVATIER, R. *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1952, p. 19.
 2. JOSSERAND, Louis. *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contracts. Revue trimestrielle de droit civil*. Paris, 36, 1937, p. 7.

SUMÁRIO: 1. Equivocidades acerca da ideia de contrato. 2. O intervencionismo do estado na vida dos contratos. 3. O pretendido declínio do contrato: sentido e âmbito de validade. 4. As modernas estruturas socioeconômicas e o aparecimento de novas formações contratuais. 5. Contratualismo e estatutarismo. 6. As ideias de concorrência e colaboração no direito privado. 7. A liberdade como substância do contrato. 8. O fenômeno da objectivação do Direito Privado e a metodologia topográfica dos contratos. 9. Perplexidades da hora presente. 10. Perspectivas.

1. EQUIVOCIDADES ACERCA DA IDEIA DE CONTRATO

Embora³ não sendo daquelas ideias a cujo respeito mais vivamente se manifesta o proverbial desacordo dos juristas, o contrato parece longe ainda de obter para si uma concepção uniforme dos espíritos, mesmo dentro do relativismo próprio das ciências humanas, que não sendo exactas, comportam sempre um teor maior ou menor de apreciações subjectivas. Enquanto uns lhe dão compreensão mais abrangente, por modo a alcançar tanto as convenções produtivas, como as modificativas de obrigações, outros lhe reservam apenas a área dos atos criadores de direitos, excluídas, pois, de sua significação hipóteses variadas de categorias jurídicas assentadas num acordo de vontades. Para alguns só pode concernir a direitos pessoais; para outros, ao invés, tanto se refere àqueles como a direitos reais, susceptíveis que são estes de também se constituírem, modificarem ou extinguírem por via de convenção, cuja substância jurídica em nada diferiria do contrato obrigacional, posto que os componentes econômicos não sejam idênticos.

Tradicionalmente, por força, talvez, das necessárias simplificações expositivas e das sugestões mais comuns da experiência, o contrato tem sido apresentado como operação ou fato que envolve duas pessoas. Tal formulação constitui outro ponto de partida para as dissenções doutrinárias. A ser tomada com rigor, isto é, não se admitindo a figura do contrato onde não houver duas – e somente duas – pessoas aquela esquematização, exclui, desde logo, do âmbito da contratualidade, os acordos plurilaterais e a conjunção volitiva consumada por obra de uma só pessoa.

No primeiro caso, e para só ficarmos com a ordem jurídica interna, isto é, considerando os *mehrseitige Rechtsgeschäfte* e excluindo os *mehrseitige Staatsverträge*, encontramos opiniões que vão desde a sua negação mais absoluta ao seu franco acolhimento.

3. Este trabalho destinava-se anteriormente a volume comemorativo do vigésimo aniversário da *Asociación Argentina de Derecho Comparado*, ocorrido em 1966. Decidido que o volume não mais seria editado, optou o A. por publicar o seu artigo, mesmo passados alguns anos de sua elaboração. Espera que, embora sem ter sofrido atualização, possa o texto contribuir de alguma forma para o progresso do tema (J. B. Villela).

No segundo caso, isto é, na hipótese do autocontrato ou *selbstkontrahieren*, não menos divergentes são os pareceres. Muito embora a tendência moderna se manifeste no sentido de ser aceita, com as necessárias reservas, não faltou quem lhe opusesse irrestrita e formal condenação.

Esta mesma questão de uma abrangência maior ou menor do conceito tem sido diversamente interpretada pelos autores. Assim para os que, filiando a noção de contrato nos quadros da teoria geral do negócio jurídico, chegam a identificá-lo como de carácter bilateral, a natureza do vínculo, como observa Osti, careceria de importância, sendo meramente formal o critério de sua determinação no campo mais vasto dos negócios jurídicos; fundamental seria “a estrutura do negócio”, o modo “de ser e de constituir-se” da vontade operando conjuntivamente efeitos jurídicos⁴.

Contra esta posição liberal manifestou-se energeticamente Scutto, para quem uma distensão excessiva do conceito acabaria por lhe retirar a consistência e a cor; o contrato seria uma noção vaga como a de *coisa, acção e qualidade*⁵. A se lhe dispensar o requisito da patrimonialidade, contratos seriam até decisões dos tribunais, pois é facto que nos órgãos colegiados as resoluções se fixam por maioria de votos, o que supõe sempre, de um modo ou de outro, acordos de vontade. E não é certo dizermos nós, em português, destes atos que são *acórdãos*, isto é, decisões tomadas por acordo dos julgadores?

Outro aspecto que revela aqui salienta, ao lado de uma equivocidade meramente extensional do conceito, concerne à variação entitativa a que corresponde ao termo *contrato*. Segundo Corbin, a palavra denota, no seu uso comum, três coisas diferentes em várias combinações: 1º – a série de atos operacionais das partes, exprimindo seu acordo, ou uma parte destes atos; 2º – o documento material onde este acordo vem expresso, e que, por isto mesmo, supõe a celebração de atos anteriores, traduzindo a intenção das partes; 3º – as relações legais resultantes dos atos operacionais das partes⁶, a que se prefere aqui chamar *situação contratual*.

Um trato elementar com a técnica dos conceitos jurídicos naturalmente não permitirá a ninguém confundir o segundo sentido com qualquer dos dois outros. Só por brevidade se chama contrato ao *instrumento do contrato*, assim como se chama de lei ou código o papel ou o livro em que uma ou outro se acham exarados. Já a confusão das outras acepções é menos desdenhável. E parece que os autores não têm insistido

4. OSTI, Giuseppe. Contratto (concetto, distinzioni). In: D'AMELIO, Mariano (cur.). *Nuovo digesto italiano*. Torino: Unione Tip.-Ed. Torinese, 1938, v. 4, p. 40.

5. SCUTTO, Carmelo. Il concetto del contratto e le sue varie applicazioni. *Rivista del diritto commerciale*. Par. 1ª, Milano, 28, 1930, p. 658.

6. CORBIN, Arthur Linton. *Corbin on contracts*. St. Paul Minn.: West Publishing Co., 1952, p. 4.

suficientemente em distinguir as duas realidades ontológicas. Pode dizer-se que as coisas se passam aqui semelhantemente ao que ocorreu na doutrina do direito de família a propósito do significado de *casamento*. Muita discussão estéril teria sido evitada se se houvesse adequadamente distinguido que uma coisa é a celebração do casamento, outra coisa o *status* sócio legal que dela resulta. A estas duas entidades diversas vieram os teólogos e os canonistas católicos a designar por *matrimonium in fieri* e *matrimonium in facto esse*, terminologia a que talvez se pudesse corresponder em alemão com *Eheschliessung* e *Ehestand* respectivamente, e que Leclercq adoptou para o francês em *acte constitutif du mariage* e *état de mariage*⁷.

Assim também há aqui um *contractus in fieri* e um *contractus in facto esse*, ou em vernáculo: ato constitutivo do contrato e situação contratual.

2. O INTERVENCIONISMO DO ESTADO NA VIDA DOS CONTRATOS

As flutuações a que se vem até aqui referindo a respeito da exata delimitação do contrato são, pode dizer-se, independentes de uma contextura histórica, pois não resultam de condições situacionais.

Para agravar o desacordo, discute-se ainda se a intervenção do Estado moderno na vida dos contratos, restringindo em muito a autonomia das partes, não teria chegado ao ponto de aniquilar a viabilidade de um livre acordo na esfera dos interesses patrimoniais.

Sabe-se que a experiência do industrialismo, levando à formação de grandes empresas, à concentração de capitais, à produção em larga escala e a outros inúmeros efeitos na ordem econômica, marcou o início de uma profunda transformação no sistema dominante de bens e serviços. Tal circunstância, aliada às vicissitudes de duas grandes guerras e ao influxo generoso de novas ideias sobre o trabalho, a propriedade e a família, foi gradualmente despertando no legislador a consciência para os chamados direitos econômicos e sociais.

Uma lenta, mas persistente irrupção da pessoa humana nos quadros institucionais do Direito foi dando corpo a uma nova concepção de direitos naturais. Bem diversa da que vigorou no século XVIII, pois enquanto esta operava *more geometrico* e raciocinava com base num ser humano ideal ou imaginário, e, portanto, na verdade inumano e fictício, aquela arranca de uma visão realista do homem e de sua condição existencial, sendo, por conseguinte, autêntica e redentora. O homem que no jusnaturalismo racionalista detinha a potestade de prerrogativas inalienáveis era abstrato

7. LECLERCQ, Jaques. *Leçons de droit naturel*. T. 3: La Famille. 4 ed. Namur – Louvain: Maison d'Éditions Ad. Wesmael – Charller (S.A.) – Société d'Études Morales, Sociales et Juridiques, 1958, p. 41.

e impalpável. Pode dizer-se que existia na razão de seus criadores, mas não era achado jamais andando pelas ruas, bebendo nas tavernas, trabalhando ou passando fome, miséria e doenças. Nem mesmo festejando e se comprazendo nas cortes, porque sua existência jamais logrou deixar o empíreo da idealidade. Já a nova corrente dos direitos naturais empolga o ser humano na sua realidade misteriosa, densa e, tantas vezes, desconcertante. Interessa-lhe o homem verdadeiro, com suas dores, seus anseios e suas frustrações, o homem imerso na concretude da existência, no *Dasein* do cotidiano, na *pesanteur* de sua contingência carnal. Esse enfoque não importa, em absoluto, negar a ideia universal de homem, mesmo porque de um direito natural do homem só se pode falar com a condição de concernir ao homem enquanto tal, e não ao homem simplesmente histórico. Apenas o que se rejeita é uma falsa ideia do homem; uma ideia inadequável ao ser de experiência concreta.

Já em 1904, quando se comemorava o centenário da mais característica expressão do ideal individualista do século passado, o *Code Napoléon*, sentia-se o imenso abismo que ia de suas disposições às exigências das novas estruturas e das novas concepções de justiça. Tissier não via como aquele Código pudesse ser considerado uma legislação democrática⁸, afirmando mesmo que à época de sua promulgação o empenho não era com a sorte das massas obreiras, senão o de “estabelecer um regime que conservasse à classe média as conquistas e incrementos que tinha obtido durante a Revolução, que assegurasse aos pequenos proprietários a manutenção do que lhes havia proporcionado o regime de 1789”⁹.

Para Saleilles ele foi “a expressão perfeitamente adaptada de um estado social” que acabava de se impor: “o da preponderância das classes médias e do individualismo burguês”, tomada a expressão – adverte o mesmo Saleilles – “no mais elevado sentido” e “sem qualquer intenção oculta de desmerecimento”¹⁰.

“A epopeia burguesa do direito privado” é como o qualifica Picard¹¹.

No campo específico dos contratos notou-se que em muitos casos o acordo era mais aparente do que real, porque onde vigorava a desigualdade econômica, e especialmente onde a necessidade se impunha, dificilmente se poderia falar de vontades livres. Tornou-se imperiosa a criação de um sistema de vedações e exigências, a fim

8. TISSIER, Albert. Le Code Civil et les classes ouvrières. In: SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LEGISLATIVES [éd]. *Le Code Civil: Livre du centenaire*. Paris: A. Rousseau, 1901, t.1, p. 74.

9. Op. Cit., p. 87.

10. SALEILLES, Raymund. *Introduction à l'étude de droit civil allemand*. Paris: F Pichon, 1904, p. 120.

11. PICARD, Edmond. *L'évolution historique du droit civil français*, 1808, p. 68 Apud TISSIER. Op. cit., p. 87.

de impedir a espoliação do fraco pelo forte, assegurando assim, a prevalência dos interesses do bem comum sobre as pretensões individuais.

As ingerências legislativas invadiram então o campo antes deixado ao livre arbítrio dos contratantes. Tabelamento de preços, congelamento de aluguéis, renovação compulsória de locações, proscrição da usura, ineficácia de certas cláusulas exonerativas, etc., são expressões deste intervencionismo. Por outro lado, decisões pretorinas dos tribunais, admitindo com mais ou menos liberalidade a teoria da imprevisão, a resolução por excessiva onerosidade, o abuso do direito, jogaram por terra a antiga majestade do *pacta sunt servanda*.

Terá esta política legislativa e judiciária, sob cujo regime vivemos hoje tão intencionalmente, comprometido a existência do contrato, concebido como livre manifestação da vontade?

3. O PRETENDIDO DECLÍNIO DO CONTRATO: SENTIDO E ÂMBITO DE VALIDADE

Para muitos, o dirigismo contratual, se não liquidou por completo com o contrato, retirou-lhe parte da substância.

Segundo Morin, o que existe a respeito é uma discordância entre o nocional e o real, pois a noção de contrato já não corresponde à sua configuração real. Contrato dirigido e contrato coletivo não podem ser para ele contratos na plena significação do termo¹².

Argumenta-se que a livre discussão preliminar, embora não mencionada expressamente na lei como essencial ao contrato, faz parte do seu espírito. Ora, o que se verifica em consequência do dirigismo é que essa liberdade de discussão, que implica liberdade de conteúdo das convenções, tornou-se rarefeita, sendo às vezes, francamente inexistente. A inoperância de uma variedade de cláusulas, a presença implícita de outras tantas, os provimentos legislativos de exceção, impedindo a aplicação subsidiária do regime comum, restringiram a liberdade das partes, em muitos casos, a pouco mais de um simples ato de adesão, e em vários outros, precisamente a este mínimo volitivo.

Tornou-se, por isto mesmo, lugar-comum falar de um declínio do contrato ou de uma crise do contratualismo.

O condicionamento histórico sociológico que determinou esta visão do fenômeno contratual – exatamente o que a afirmação pode ser verdadeira. Só se há de admitir o pretendido declínio para significar que a propósito das figuras contratuais

12. MORIN, Gaston. Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts. *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris, 36, 1937, p. 553-63, speciatt. 560 et seq.

VILLELA, João Baptista; Transcrição e notas por: LOPES, Isabela Maria Pereira. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 31. ano 9. p. 387-404. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022.

clássicas, a locação especialmente, os contraentes não têm mais a plena ou quase plena senhoria do conteúdo das convenções e que, muitas vezes, falece-lhes até uma liberdade absoluta de contratar. Não se há de pretender com a afirmação nem o estancamento do contrato como veículo de necessidades sociais e econômicas, nem mesmo o retraimento das formas tradicionais de contrato. Até porque, sob tais aspectos, o que se nota, e os atores mais atentos registram, é um crescente impulso do contrato.

Há três décadas Josserand chamava a atenção para o que ele denominou *l'essor moderne du concept contractuel*¹³. “*Nous vivons de plus en plus contractuellement*”, anotou mais tarde com grande lucidez¹⁴. Anos depois, Durand, examinando o problema da coerção legal na formação do contrato, voltou a falar de um *essor du concept contractuel*, no sentido de que a obrigação de contratar e a situação contratual de origem legal além de provocar a conclusão de contratos, determinam a generalização das regras aplicáveis às obrigações contratuais¹⁵. Mais recentemente, Roubier salientava como o progresso da economia havia engendrado uma verdadeira “floração contratual”¹⁶. E num artigo de notável penetração publicado em 1964, Michel Vasseur falou de um “novo impulso do conceito contratual”, bem verdade que numa perspectiva um tanto diversa das de Josserand e Durand, mas que se situa na mesma linha de afirmação da contratualidade¹⁷.

4. AS MODERNAS ESTRUTURAS SOCIOECONÔMICAS E O APARECIMENTO DE NOVAS FORMAÇÕES CONTRATUAIS

Uma observação cuidadosa da realidade socioeconômica contemporânea faz ver que, efetivamente, tanto no plano interno como no internacional as práticas contratuais vêm adquirindo uma frequência inusitada e uma crescente dignidade institucional.

13. JOSSERAND, Louis. L'essor moderne du concept contractuel. In: [PLURES]. *Recueil d'Études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*. Paris: Libr. du Recueil Sirey, [s.d.], t.2, p. 333-46.

14. Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats. *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris, 36, 1937, p. 7.

15. DURAND, Paul. La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel. *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris, 42, 1944, p. 96.

16. ROUBIER, P. *Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963, Dalloz, p. 17, 40, 41, 42, 414. Apud VASSEUR, Michel, Un nouvel essor du concept contractuel: Les Aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. *Revue trimestrielle de droit civil*. Paris, janv.- mars 1961, p. 14.

17. Op. Cit., p. 5 et seg.

Nesse tempo de *coexistência pacífica* em que vivemos, os acordos interestatais tornaram-se o veículo privilegiado das relações na ordem externa. As comunidades internacionais de propósitos econômicos, formadas pela adesão livre de Estados, constituem uma das mais expressivas manifestações do espírito contratualista na vida dos povos. Aí estão o Mercado Comum Europeu (MEC), a Comunidade Europeia para o Carvão e o Aço (CECA)¹⁸, o Conselho de Ajuda Mútua Econômica (COMECON), no bloco socialista¹⁹, e, mais próximo de nós, a Associação Latino-Americana para o Livre Comércio (ALALC)²⁰. O contrato, entendido em acepção lata, tornou-se até, na esfera internacional, um instrumento de descolonização. A Constituição Francesa de 1958 prevê expressamente a possibilidade de que as colônias se tornem independentes por via de acordo, processo, aliás, de que já se serviram Estados africanos. Tal prática nem seria rigorosamente nova na História, pois teria sido assim que na Idade Média certas cidades obtiveram sua autonomia²¹.

No âmbito interno, graças ao advento de uma política econômica programada e aberta, cada vez mais intensa e diversificada se faz a vida dos contratos.

No artigo já citado de Michel Vasseur, repleto de observações da maior atualidade, o conhecido professor da Universidade de Lille, depois de assinalar conveniente-

18. O artigo foi escrito na década de 1960 e publicado em 1973, portanto antes do Tratado de Maastricht, que instituiu formalmente a União Europeia em 1993. Todavia, a CECA é considerada umas das precursoras da UE. O bloco já enfrentou diversas crises, sendo a mais recente delas a saída do Reino Unido em 31 de janeiro de 2020. [N.R.]

19. O COMECON se consolidou em 1949 como forma de organização dos países do Leste Europeu que formavam a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) para cooperação econômica, científica e técnica, em resposta ao Plano Marshall, lançado pelos EUA para ajudar a reconstruir a Europa após a Segunda Guerra Mundial. Com o tempo, o Conselho ganhou a adesão de países localizados em outros continentes, como a Mongólia (1962), Cuba (1972) e Vietnã (1978). O Conselho se dissolveu em 1991, ano em que também foi extinta a URSS. [N.R.]

20. Criado pelo Tratado de Montevidéu, firmado em 18 de fevereiro de 1960 na cidade de Montevidéu, Uruguai, como um modelo de integração regional que buscava aumentar a interdependência dos países latino-americanos. Tinha como objetivo último a criação de um mercado comum regional, a partir de conformação de uma zona de livre comércio no prazo de doze anos. Buscava a ampliação dos mercados e a liberalização do intercâmbio pelo desmantelamento de medidas protecionistas, através de negociação multilateral, produto a produto, de rebaixas tarifárias e da eliminação de restrições não tarifárias. Na década de 1980 foi realizado um novo tratado em Montevidéu, com o objetivo de criar um mercado comum latino-americano, quando é criada a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), considerada sucessora da ALALC, que ainda existe e funciona por meio de acordos pontuais para estimular a cooperação na região, sem que seja possível falar em um mercado comum latino-americano. [N.R.]

21. Cf. VASSEUR, Op. cit., p. 7.

mente as implicações contratuais trazidas pela nova ordem econômica, diz do papel que o Estado assume nessa conjuntura: eminentemente dialogal²². Notando que os contratos do direito social ou econômico, que seriam os formados em decorrência de novo estado de coisas, envolvem, no mais das vezes, interesses de massa e de organização, observa que o estado não pode permanecer indiferente nem quanto à sua conclusão nem quanto à sua execução²³. E acrescenta:

“Quando ele não é pessoalmente um dos contratantes, tem sob suas vistas essas convenções e é neste sentido que o decano Savatier pôde se referir ao seu caráter estatal. Mas o desenvolvimento da economia contratual corresponde a uma transformação da concepção clássica do Estado. A visão hegeliana do Estado encontra-se hoje ultrapassada; os tempos não são mais aqueles em que o indivíduo e o Estado se achavam numa posição de contraste essencial, relegado o primeiro a um estado de permanente sujeição; em particular o chefe de empresa deixa de ver no Estado somente o policial e distribuidor de impostos, para descobrir nele o cooperador essencial de sua atividade. A transformação das relações entre a Administração e os administrados decorre daí. De facto, a empresa tem necessidade do Estado. Qual empresa, hoje em dia, é bastante grande, bastante potente, bastante senhora de seus aprovisionamentos, de seus preços, da saída de seus produtos, para projetar utilmente os seus atos sem se entender com o Estado e com outras empresas? Ao mesmo tempo, porém, o Estado tem necessidade da empresa para realizar os fins de interesse geral que persegue. Quando duas pessoas têm necessidade uma da outra, as medidas de força e de autoridade ficam excluídas: a negociação se impõe e o acordo está prestes a se concluir. A interpenetração do público e do privado é então manifesta; a noção de serviço público se dilui; os interesses privados reencontram o interesse público”²⁴.

Vasseur indica, tomando-as do quadro francês, várias ocorrências em matéria social e em matéria econômica, que podem ser havidas como expressões do novo impulso contratual a que se refere²⁵.

Para só se ficar com o exemplo do Brasil poder-se-ia lembrar aqui o caso da Portaria Interministerial nº 71, de estabilização de preços. Essa Portaria estabeleceu a concessão de estímulos fiscais e creditícios às empresas industriais que livremente assumissem o compromisso de manutenção de preços, ou de sua elevação mediante aviso prévio. Os jornais publicaram com frequência, após ter sido baixada a Portaria, editais da Comissão Nacional de Estímulo à Estabilização de Preços (CONEP),

22. Op. cit., p. 12-3.

23. Op. cit., p. 12.

24. Op. cit., p. 12-3, omitidas as citações bibliográficas.

25. Op. cit., p. 18 et. seg.

comunicando a aceitação do compromisso de tais ou quais empresas. E a Resolução nº 1 do Banco Central, de 1º de junho de 1965, concernente ao financiamento para aquisição de veículos populares e bens de consumo duráveis, veio proporcionar uma contraprestação ao mundo empresarial pela sua livre adesão ao empreendimento recém-institucionalizado de contenção de preços. Com efeito, o inciso VI dessa Resolução restringiu o financiamento “aos produtos fabricados ou comercializados pelas empresas que aderiram ou vierem a aderir ao esforço de estabilização de preços de que trata a Portaria Interministerial número 71, de 23 de fevereiro de 1965”²⁶. Naturalmente que esse fenômeno não pode ser submetido a nenhuma das clássicas figuras de contrato. Poder-se-á, contudo, negar-lhe a natureza profundamente contratual?

Outro exemplo que poderia ser aqui aduzido são os acordos firmados entre os institutos previdenciários do estado e hospitais, maternidades, clínicas etc., para atendimento dos contribuintes daqueles. Ou, no âmbito do direito econômico-fiscal: a isenção do recolhimento de importâncias descontadas a diretores e empregados, concedida às empresas que se comprometerem a distribuir, entre uns e outros, “ações do valor correspondente à redução efetuada na remuneração dos mesmos” (Lei 4.621, de 30 de abril de 1965, art. 5º, § 2º).

Assinalem-se ainda, como formações contratuais derivadas das condições sociais e econômicas modernas: os contratos coletivos de trabalho, os contratos de adesão, os contratos-tipo, modalidades variadas e exóticas de contrato de seguro.

5. CONTRATUALISMO E ESTATUTARISMO

Consequência dessa enorme explosão contratual é uma progressiva retração dos regimes regulamentares. Como se exprime Vasseur, enquanto se amplia “o domínio de aplicação do contrato e do bilateral negociado”, restringe-se “o do regulamento e do unilateral imposto”²⁷. E observa:

“Não faz muito a teoria central do Direito Privado era, como a da propriedade, a teoria do contrato, e a teoria central do Direito Público, a da decisão executória. Hoje, e sem que seja preciso exagerar esse movimento, o contrato toma o lugar do

26. O Dec.-lei nº 38, de 18 de novembro de 1966, semelhantemente concedeu redução tributária a empresas comerciais e industriais que demonstrassem “haver mantido, no período de 1º de outubro de 1966 a 31 de dezembro de 1967, os preços das mercadorias vendidas no mercado interno em nível inferior de 30% (trinta por cento) ao nível do índice geral de preços” (art. 2º). Ao revés, sujeitou à multa de 2% sobre a receita bruta, as que, no mesmo período, viessem a aumentar “os preços de venda no mercado interno acima de 10% (dez por cento) do nível geral de preços” (art. 5º).

27. Op. cit., p. 13.

regulamento ou, pelo menos, intervém para individualizar ou matizar a aplicação do regulamento; o direito fiscal, unilateral por excelência, cede, ele próprio, à tentação contratual”²⁸.

Tem-se indagado, no campo da Sociologia e da Política, qual o sentido dessa evolução, que partindo do estatutarismo, chega ao contratualismo.

Para alguns, o fenômeno se explicaria pela chamada Lei de Maine, segundo a qual o contrato sucede ao estatuto, ou, em outros termos, o direito voluntário sucede ao direito imposto. Deve reconhecer-se que conquanto satisfatória na ordem interna, esta lei não se aplica às relações internacionais, onde se verifica uma evolução diametralmente oposta: direito convencional me primeiro lugar, só depois vindo o direito imposto. Pode conjecturar-se, entretanto, que o fortalecimento dos organismos internacionais, permitindo a implantação definitiva do monismo com a supremacia do direito das gentes, acabe por estender, também à ordem externa, a lei evolutiva de Sumner Maine, e ter-se-ia então a sequência *direito convencional – direito imposto – direito convencional*.

É interessante notar a afinidade da Lei de Maine com o pensamento de Teilhard de Chardin. O grande pensador francês, numa perspectiva mais vasta, por ocasião de referir o movimento irresistível da Humanidade para a coletivização, observa que o despertar para “essa economia profunda” importa *ipso facto* em conduzir o fenômeno de uma “fase forçada” em que ele se encontra ainda hoje para uma “fase livre” de amanhã²⁹. Nesse novo estágio, segundo Teilhard,

“tendo os homens, enfim, reconhecido que são os seus elementos solidários de um Todo convergente, e se dispondo, em consequência, a *amar* os determinismos que os estreitam, a unanimidade de afirmações e de simpatia substituirá as potências da coerção”³⁰.

A civilização futura seria então, na antecipação de Teilhard, uma civilização eminentemente contratual, no que esta expressão pode traduzir de dominância perfeita da liberdade. Não seria, pois, a contratualização, se se pode assim dizer, a resultante da “planetização” teilhardiana no campo particular das relações jurídicas?

Pode perguntar-se ainda se essa evolução não seria um indicativo do declínio do Estado, ao menos concebido como organização política incontestável. O aparecimento e a institucionalização de novos centros de comando, como as empresas, os

28. Op. cit., p. 13.

29. TEILHARD DE CHARDIN, Pierre. *L'Avenir de l'homme*. Paris: Éd. du Seuil, 1963, p. 160.

30. Op. cit., p. 160.

grupos profissionais, os sindicatos, tomando consciência de sua força, teriam acabado por se associar ao Estado no exercício do poder.

Ou seria o emprego amplo da contratualidade um recurso estratégico do Estado para melhor obter a cooperação dos administrados?

São, todas essas, hipóteses já formuladas³¹, e que se podem validamente trabalhar para melhor empatia do fenómeno. O que se não pode, de modo algum, é negar a sua existência ou desdenhar-lhe a importância.

6. AS IDEIAS DE CONCORRÊNCIA E COLABORAÇÃO NO DIREITO PRIVADO

O novo estilo da contratualidade, presente nos vários comportamentos que se vem assinalando, constitui para o observador atento uma interessante abertura por onde alcançar o dimensionamento social do Direito Privado.

A concepção individualista do Direito Privado estava toda ela assentada na ideia de concorrência. O contrato era mesmo apresentado como equilíbrio momentâneo de forças antagónicas³². O princípio cardeal que tudo informava era o da obrigação, concebida como vínculo jurídico exercitável pelo constrangimento. Nem o direito de família, tão impregnado de conteúdo ético e mesmo afetivo, escapava a essa tirânica dominação.

Edmond Bertrand chama a atenção para o facto de que a existência, em si, desse poder de opressão não denota qualquer singularidade; o que é grave, isto sim, é que “todo o Direito Civil esteja fundado sobre essa maneira de organizar as relações entre os homens e que esse fundamento seja admitido como a sua parte mais imutável”³³.

Numa tal concepção torna-se inevitável que os homens se coloquem uns contra os outros, num estado de beligerância permanente, ainda que nem sempre visivelmente explicitado. Todos os direitos de ordem privada, segundo a ideia individualista, se reduzem àquela formulação dos clássicos Colin e Capitant, lembrada ainda por Bertrand: “*faculdades* ou *prerrogativas* pertencentes a um indivíduo e das quais ele pode prevalecer-se em relação a seus semelhantes”³⁴.

Hoje o Direito Privado se esforça por se organizar em novas bases. As prerrogativas individuais se mesclam de objetivos da comunidade, a pessoa substitui o

31. Cf. VASSEUR, Op. cit., p. 13-4.

32. Cf. VASSEUR, Op. cit., p. 12.

33. De l'ordre économique à l'ordre collectif. In: [PLURES]. *Le Droit privé français au milieu du XX^e siècle*: Études offertes à Georges Ripert. Paris: Libr. Gén. de Droit et Jurispr., 1950, t. 1, p. 179.

34. COLIN, Ambroise & CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*. 11 ed. par Léon Julliot de la Morandière. Paris: Dalloz, 1917, t. 1, p. 1.

indivíduo e a colaboração se desenvolve onde antes florescia, desembaraçada e forte, a concorrência. Dos chamados contratos do direito social e do direito econômico disse Vasseur que são “contratos de boa vontade”, e “a economia contratual. Ela própria, é uma economia de boa vontade, compreensiva do interesse geral”³⁵.

7. A LIBERDADE COMO SUBSTÂNCIA DO CONTRATO

A despeito da grande variedade de posições acerca da ideia de contrato, é certo que em todas elas está presente o elemento *liberdade*, verdadeiro denominador comum das diferentes concepções. É fato que na caracterização desta liberdade voltam os espíritos a divergir, pois enquanto uns se contentam para reconhecê-la com um mínimo de poder volitivo, outros entendem que não se pode falar dela ali onde a autodeterminação dos contraentes não lograr uma razoável expressividade. Mas este mesmo conflito parece claramente confirmatório de que é na liberdade que reside a essência da ideia contratual.

Tão ligadas se acham, na verdade, as duas categorias que Georges Bordeau pôde dizer que do Estado Liberal que, “fundado sobre o reino da lei, acabou levado a presidir uma civilização do contrato”³⁶. Que esta civilização posse ter menos promovido a liberdade que a dominação do fraco pelo forte é outro problema. O mesmo Bordeau qualifica de “simplificada” (poder-se-ia dizer *demasiado* simplificada) a visão de liberdade do Estado Liberal: “ele a supõe espontânea, de um exercício cômodo, acredita-lhe no efeito regulador”. E acrescenta: “É esse otimismo que os fatos iriam desmentir. O edifício liberal desmoronou-se porque repousava sobre dados falsos”³⁷. Como quer que seja, parece ter sido o culto da liberdade o que conduziu à chamada *civilização do contrato*.

É especialmente atendendo à comunhão nesta substância – a liberdade – que se requer a devida consideração para os comportamentos da nova ordem social e econômica, fundados num acordo de vontades.

Bem pode ser que um estudo aprofundado da matéria leve à conclusão de que não é possível ou não é conveniente submeter as figuras contratuais clássicas e as novas práticas a um regime jurídico comum. Há que estar atento quanto aos perigos da generalização. O importante é não deixar de parte, na análise e na pesquisa, as configurações modernas, os valores atendíveis, o condicionamento “psicossocioeconômico” da atualidade.

35. Op. cit., p. 12.

36. *Traité de science politique*. Paris: Libr. Gén. de Droit et Jurispr., 1953, t. 5, p. 88.

37. *Traité...*, cit., p. 19.

8. O FENÔMENO DA OBJECTIVAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A METODOLOGIA TOPOGRÁFICA DOS CONTRATOS

Desde há algum tempo, é frequente ouvir-se designar a evolução mais saliente que se processa no Direito Civil como sendo a sua publicização. Embora não se possa negar a ocorrência de uma constante absorção pelo Estado do campo antes deixado à autodeterminação das partes, a verdade é que esta fórmula, além de infeliz, só apinha um aspecto do fenómeno, que, por sinal, não é o mais relevante. Infeliz porque a imperatividade ou “dispositividade” não são critérios seguros para extremar ramos da Ciência Jurídica, sendo ainda de se notar a falácia de uma oposição rígida entre o público e o privado. Em lição muito clara e aqui bem a propósito, ensinou Vale Ferreira que “hoje em dia, quase ninguém admite uma fronteira tão nítida entre os dois campos; antes, o que se ensina é que o direito visa a um objetivo único, qual o de disciplinar a colaboração humana”³⁸. Disse-se da fórmula ainda que é pobre em revelações. É que o sentido profundo das transformações por que passa o direito reside no seu progressivo dimensionamento social, que se traduz por melhor incorporação da pessoa humana na sua sistemática, pela substituição das ideias de concorrência e competição por aquelas mais humanas de colaboração e boa vontade, tornando-se, enfim, mais dúctil e funcional.

Ora, o *público* não é sinónimo de social, nem *privado* é sinónimo de individual. A publicização de um ramo do Direito não importa, assim, necessariamente, na sua melhor adequação aos valores sociais e humanos. Pode até exprimir uma direcção inversa. Por isto é que se disse que a apregoada publicização não surpreende a evolução no que ela tem de mais importante.

Por outro lado, há os que dominados pelos esquemas clássicos do Direito Privado, concebidos sob o influxo das ideias liberais-individualistas, e chocados com a tremenda distância que medeia entre as formulações tradicionais e anseios mais humanos, aprofundada com as novas estruturas socioeconómicas, sucumbem à tentação de transferir para o Direito Público número cada vez maior de relações e categorias até então situadas na temática privatística. Seria este o fenómeno do *esvaziamento do Direito Privado*.

Segundo uma e outra perspectiva, a situação atual do contrato estaria a reclamar um equacionamento fora dos quadros do Direito Privado.

Não parece acertada esta pretensão, que talvez tenha a explicá-la, acima de tudo, uma insuficiente apreensão das linhas modernas do Direito Privado. Valle Ferreira

38. VALLE FERREIRA, José G. do. Contribuição ao Estudo da Família. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, ano 12 (nova fase), out. 1961, p. 22.

VILLELA, João Baptista; Transcrição e notas por: LOPES, Isabela Maria Pereira. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 31. ano 9. p. 387-404. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022.

já advertiu quanto à “concepção menos acertada” de considerar o Direito Civil “verdadeiro campo do arbítrio individual”³⁹ e, como quer que seja, não se pode falar do Direito Privado de hoje, com os olhos fitos na compilação de Justiniano ou no *Code Napoléon*.

A atividade privada expressa nas legislações do século XIX, observa Orlado Cascio, era “essencialmente a atividade do indivíduo, constituindo o individualismo econômico a base do sistema e das teorias do liberalismo econômico então dominantes”⁴⁰.

Bem diverso é o panorama que hoje se desenha. Nota o mesmo Orlando Cascio que

“enquanto, de uma parte, assistimos à formação de grupos de poder econômico em sociedades de capitais, em cartéis, consórcios, *trusts*, de proporções sempre maiores (nas quais o sócio individual quase desaparece e os seus interesses ficam submersos e, muitas vezes, sacrificados aos outros interesses da coletividade social), de outra parte, assistimos ao surgimento (ou ao ressurgimento) de associações, ou de agrupamentos vários, que sob diversa denominação (associações, federações, sindicatos, etc.) tendem a defender interesses que não são apenas do indivíduo, mas que não são tampouco da generalidade de todos os cidadãos, mas de uma dada coletividade”⁴¹.

Tais interesses, como esclarece Cascio, devem ter sua tutela própria no Direito Privado, bastante amplo para compreender, ao lado da autonomia individual, também uma autonomia coletiva, mesmo porque, segundo o mestre da Universidade de Palermo, a última é o meio pelo qual se desenvolve e se fortalece a primeira⁴².

É natural que nessa ordem de coisas não se possa pretender que o Direito Privado seja apenas ou prevalentemente o direito do indivíduo, nem, muito menos, que ele se resolva num campo aberto de pura atributividade. O que se está verificando, isto sim, de par com uma constante impregnação do social, é uma crescente objetivação do Direito Privado, fenômeno, este último, já acusado por Orlando Cascio⁴³. Tal como ocorreu no âmbito particular do Direito Comercial, que passou de uma fase subjetivista para uma fase objetivista, isto é, deixou de ser o direito do comerciante para se tornar o direito dos atos de comércio, aspirando hoje a se constituir no direito da

39. Op. cit., p. 24.

40. CASCIO, Salvatore Orlando. Il ‘nuovo volto’ del diritto privato. *Rivista di diritto civile*. Par. 2º, Padova, genn.-febb. 1964, p. 68.

41. Op. cit., p. 68.

42. Op. cit., p. 68-9.

43. Op. cit., p. 76.

empresa⁴⁴, assim também o Direito Civil se objetiva por modo a compreender na sua estrutura inclusive a própria atividade estatal, quando, entre outras oportunidades, ela se exerce não por meio do unilateral imposto, mas sim do bilateral negociado, para usar-se a feliz expressão de Vasseur.

Longe, pois, de um esvaziamento do Direito Privado, o que está ocorrendo é um recurso cada vez mais frequente aos seus modos típicos de expressão e realização. Pode até falar-se, em certa perspectiva, numa privatização da atividade estatal, para significar, talvez o mesmo fenômeno que Bordeau classificou como sendo “o declínio da lei”⁴⁵.

Não há, pois, razão para excluir a temática dos contratos no âmbito do Direito Privado, pelo menos enquanto aqueles conservarem a filosofia de liberdade que os tem caracterizado na história jurídica do Ocidente⁴⁶.

9. PERPLEXIDADES DA HORA PRESENTE

Já não se pode esconder a insuficiência da teoria clássica dos contratos diante das novas realidades e dos valores humanos a realizar.

Comentando a extensão atual do dirigismo, observou Darcy Bessone que ela

“resulta de nos acharmos em momento de transição, entre o milenar estágio individualista e uma nova era, ainda indefinida, mas por todos pressentida, na qual as ideias sociais, sem os exageros por muitos pretendidos, vão conquistar terreno e firmar-se em bases mais sólidas. Passada esta hora confusa e indecisa, aclarados os horizontes, tornar-se-á possível a revisão da teoria dos contratos e dos seus princípios fundamentais. Pode-se prever que então as normas serão, de novo, abstratas e permanentes e incorporar-se-ão aos Códigos, conferindo estabilidade às relações contratuais. A chave da questão está, pois, na solução do problema social. Enquanto não se encontrar esta solução, a elaboração legislativa será empírica e transitória, necessariamente sem sistema, destinada somente a atender às necessidades do momento e sob a premência das exigências sociais, certo que os princípios clássicos já não têm aptidão para satisfazê-las”⁴⁷.

44. Cf. BESSONE, Darcy de Oliveira Andrade. Direito das Empresas: Nova Posição do Direito Comercial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, ano 8 (nova fase), out. 1956, p. 96-117.

45. Cf. BORDEAU, G. Le déclin de la loi. *Archives de Philosophie du Droit*. nº 8. Paris: Sirey, 1963, p. 35-41.

46. Para aprofundamento do tema sugere-se a leitura RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. [N.R.]

47. BESSONE, Darcy de Oliveira Andrade. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 55-6.

Há muito de sabedoria neste trecho. Mas não se deve esquecer que o social e o jurídico não estão entre si numa relação permanente de *prius* e *posterius*. Não se pode cuidar de um para só depois atender a outro, mesmo porque ao Direito cabe não só a expressão de um *status* social, mas também uma função criadora e condutora. Dos juristas, nesta hora de profunda transformação por que se passa, não somente se espera que deem conteúdo normativo a novas realidades, senão também que atuem na sua conservação, modificação, extinção e desenvolvimento.

A “desromanização” do contrato e sua “adaptação ao mundo econômico e social do século XX”, constituem para Josserand o termo de uma crise de crescimento do conceito, expressa tanto pela incorporação de novos aportes, como pela reconquista de vitalidade⁴⁸. Esse movimento, para Michel Vasseur, conduz a uma verdadeira diluição do conceito tradicional de contrato, que cederia, então, lugar à noção mais ampla de relação social e econômica. Poder-se-á extrair daí uma teoria fecunda? É possível, mas tão menos trabalhada se apresenta a ideia de relação com respeito à de contrato que essa abertura, ao menos como tentativa de globalização, parece indicar apenas a retomada do problema no zero jurídico.

Na França, desde 1949, foi proposta, a princípio por Mauricie Byè⁴⁹, e depois por Bloch-Lainé⁵⁰, a criação de uma magistratura econômica e social para conhecer dos problemas suscitados pela economia contratual. Tal organismo teria as características de uma verdadeira instituição “*au-delà du Droit*”⁵¹ e, entre outras justificativas para a sua implantação, dá-se a de que os tribunais comuns não estão preparados para lidar com o econômico e mesmo com o social em escala coletiva⁵². Não se pretende discutir aqui a viabilidade e os méritos de um tal projeto, cujas intenções parece que são antes as de resolver um problema conjuntural do que as de enfrentar uma revisão da teoria dos contratos. Mas a sua mera formulação é sintomática no sentido de revelar o impasse a que se chegou.

10. PERSPECTIVAS

Não há aqui o objetivo precípuo de oferecer sugestões, senão apenas o de chamar a atenção para a imperiosa necessidade de uma revisão da teoria dos contratos. É preciso repensar os esquemas tradicionais, associá-los aos dados novos da Economia e da Sociologia, impregná-los de valores humanos. Não se deve pensar que se esteja a

48. Lessor moderne...cit, p. 346.

49. *Le Pouvoir économique*. Leçon à la Semaine Sociale de Lille, 1949, p. 197 et spécialt. p. 209. Apud VASSEUR, Op. cit., p. 47.

50. *Pour une réforme de l'Enterprise*, 1963, p. 49 et 117. Apud VASSEUR, Op. cit., p. 46.

51. VASSEUR, Op. cit., p. 47.

52. Cf. VASSEUR, Op. cit., p. 47.

propor um abandono puro e simples das concepções clássicas. Não só as reformas não se fazem com desprezo da lição pretérita, como também é verdade que, no caso, muita coisa de positivo ali existe. Poder-se-ia lembrar, entre outros aspectos, o respeito aos compromissos assumidos, a valorização da boa-fé, a proscrição do enriquecimento sem causa, o princípio do *nemo ad factum praecise cogi potest*.

Há mister, particularmente, dignificar a ideia da cooperação social nos contratos. A teoria da proposta, por exemplo, parece demasiado presa ao espírito de antagonismo. Não se vê razão plausível para tornar irrevogável uma oferta, quando a sua retração, além de útil ao ofertante, se revela ainda proveitosa à comunidade, e não tão prejudicial ao solicitado que não possa ser satisfatoriamente reparada com perdas e danos. Se o contrato deve inspirar-se na ideia de colaboração, não se recomenda, em princípio, impor-lhe a execução, malgrado a vontade de uma das partes. Contrato cujas partes não estejam satisfeitas é fonte de atritos, discórdias e baixo rendimento. Claro que tudo isso deve ser atendido com adequada prudência, de modo a não favorecer o abuso e a fraude, e, especialmente, de modo a assegurar os interesses do economicamente mais fraco.

A hora é, pois, aqui de intenso esforço e empenho criador. Aos juristas cabe assumir com realismo e coragem a tarefa de revisão do contrato, por modo a fazer dele não apenas uma expressão da liberdade, mas também um instrumento de libertação: dos homens e dos povos⁵³.

53. Este artigo foi originalmente publicado na *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, v. 2/3/4, p. 313-338, 1973. Trata-se de uma amostra da produção acadêmica do professor emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, João Baptista Villela, falecido em 16 de novembro de 2021. O professor Villela foi Titular da cadeira de Direito Civil da FDUFGM entre 1985 e 2006, e, em seguida, Diretor do Centro de Estudos em Direito Privado ligado à mesma instituição. Foi professor visitante nas Universidades de Münster (1995-1996), Lisboa (2000-2001) e Salamanca (2003-2004). Teve grande influência na formação de muitos professores que atualmente integram o Departamento de Direito Civil e Comercial da FDUFGM, especialmente aqueles que tiveram esta instituição como *alma mater*. O artigo escolhido para compor esta seção de memória representa a singular combinação entre o rigor científico e a sensibilidade intelectual característicos do autor. Resgatá-lo é uma homenagem da *Revista de Direito Civil Contemporâneo* para uma figura que foi singular para o Direito Privado no Brasil e no mundo. Nesta reedição, procurou-se manter ao máximo o texto original na forma como foi primeiramente publicado. Para tanto, conservaram-se a grafia original (conforme as regras ortográficas vigentes em 1973) e as escolhas estilísticas do autor, tais como a forma de citação e de utilização de elementos gramaticais, a fim de não alterar o sentido e a concepção primitivos. Todas as menções à legislação correspondem ao ano de 1966. A legislação estrangeira seguiu sem atualização. A transcrição e a revisão do texto couberam a Isabela Maria Pereira Lopes, mestranda em Direito Civil na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – Universidade de São Paulo (USP) e pesquisadora da Rede de Direito Civil Contemporâneo.