

## O CONTRATO E A SISTEMÁTICA DA VIDA MODERNA

Ana Tereza Jacinto TEIXEIRA\*

- **Resumo:** Inicialmente, o Direito não se preocupava com acordos ou quebras de acordos. A lei tinha os olhos postos na necessidade de ajuste, não no acordo. O mundo atual tem cada vez mais exigido a criação dos mais diversos contratos cuja atuação tem conseguido manter um certo equilíbrio nas relações mais diversificadas.
- **Palavras-chave:** Acordo, contrato, Direito, lei, negócio jurídico, liberdade contratual.

Na era comercial e industrial em que vivemos, as relações são largamente compostas de promessas que geram exigências para que esses compromissos sejam cumpridos.

Desta forma, o indivíduo exige que se realizem as promessas vantajosas que lhe foram feitas, assim como, também, a satisfação das expectativas criadas por acordos. E

---

\* Professora da FACEF; da Faculdade de Direito de Franca e da Universidade de Franca, e Doutoranda em Direito Público do Programa de Pós-graduação em Direito – UMSA/IEAT.

a não satisfação dessas exigências gera atritos, conflitos e desperdícios.

Assim sendo, surge a necessidade da renovação dos estudos jurídicos, dando novo tratamento a institutos jurídicos tradicionais. É o que ocorre com o contrato.

"Ao tratarmos de negócio jurídico, vimos que sua noção primária assenta na idéia de um pressuposto de fato querido ou posto em jogo pela vontade, e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido. Seu fundamento ético é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica." (Pereira, 1990, p.6).

O contrato vem a ser, portanto, uma espécie de negócio jurídico de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo do encontro da vontade das partes, tendo por base a auto-regulamentação dos interesses particulares reconhecido pela ordem jurídica que lhe dá força criativa.

"Portanto, o contrato, como negócio jurídico que é, é um fato criador de direito, ou melhor, de norma jurídica individual, pois as partes contratantes, acordam que se devem conduzir de determinada maneira, uma em face da outra" (Diniz, 1989, p. 21).

"A escala na genealogia do conceito de contrato sobe ao negócio jurídico, denominado entre nós ato jurídico, e daí para o fato jurídico. Nessa perspectiva, o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes" (Gomes, 1990, p.4).

Assim, no Direito moderno, o contrato encerra a idéia de uma convenção, pela qual as duas partes, reciprocamente, ou somente uma das duas, prometem e se obrigam perante a outra, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa.

Esta noção é aceita pelos ordenamentos modernos, a começar pelo Código de Napoleão, artigo 1101, que diz: "O contrato é uma convenção pela qual uma ou várias pessoas se obrigam para com uma ou várias outras a fazer ou a não fazer alguma coisa.", também pelo Código Civil Italiano de 1865, no seu artigo 1098, e pelo novo de 1942, no artigo 1321, que assim se reporta: "Contrato é um acordo de duas ou mais partes para constituir, regulamentar ou extinguir, entre elas, uma relação jurídico-patrimonial."

O mecanismo de formação do contrato, obtido através de declarações convergentes de vontades, emitidas

pelas partes, embora alguns não se formem só dessa maneira, a coincidência das declarações é essencial.

Finalmente, podemos dizer que contrato é: "o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesse entre as partes, como escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial." (Diniz, 1989, p.22).

Inicialmente o Direito não se preocupava com acordos ou quebras de acordo, sendo que sua função era manter a paz através de leis reguladoras, ou evitar guerras, ocupando-se da violência pessoal e de litígios sobre a posse da propriedade.

Os acordos para ajuste de um delito foram, possivelmente, o mais remoto tipo de ressarcimento. A lei tinha os olhos postos na necessidade de ajuste, não no acordo; não possuindo os Tribunais qualquer base para um Direito Contratual.

Na sociedade antiga, a religião, a disciplina interna das comunidades organizadas por laços de sangue e parentesco e a lei do Estado eram os agentes coordenadores

do contrato social. Destes três elementos, o mais forte era a religião.

Assim, a obrigação de manter e respeitar uma promessa era assunto para a religião, da mesma forma que os pactos e os acordos, se não fossem realizados com o conhecimento dos sacerdotes, não tinham valor.

Nos seus primórdios, também o Direito Romano não se diferenciava muito do que vimos até agora. Os acordos, por si próprios, não eram tomados em conhecimento pelos Tribunais, por serem considerados como questões para a religião, ou para a disciplina da classe ou profissão.

Quando o direito substitui a religião como regulador e controlador da vida em sociedade, a antiga promessa sancionada pela religião converteu-se em contrato formal e legal.

"O Direito Romano estruturou o contrato, e todos os romanistas a ele se reportam, sobre a base de um acordo de vontades a respeito de um mesmo ponto. O confronto com o direito moderno pode não acusar, ao primeiro súbito, maior disparidade. Uma aproximação mais chegada e uma perquirição mais aguda apontam, entretanto, sensível

diferença que vai articular-se na noção mesma do ato, naquele sistema jurídico. Ali como nas sociedades antigas, a convenção por si só não tem o poder criador de obrigações." (Pereira, 1990, p.7).

Os juristas romanos estabeleceram sobre a base da obrigação, duas espécies de promessas: as promessas formais e as informais, não reconhecidas por lei. Distinguiram, portanto, obrigações civis e obrigações materiais.

Um *nudum pactum*, ou simples acordo, ou mera promessa, não revestido de eficácia legal, porque não estava abrangido em qualquer das categorias de transações legais sancionadas pela *jus civile*, criava apenas uma obrigação. Era legítimo e justo aderir a tal pacto, mas só os contratos, compromissos reconhecidos pela lei, em virtude de sua forma ou natureza, vigoravam com responsabilidade legal.

"Entendia o romano não ser possível contrato sem a existência de elemento material, uma exteriorização de forma, fundamental na gênese da própria *obligatio*. Primitivamente, eram as categorias de contratos *verbis*, ou *litteris*, conforme o elemento formal se ostentasse por palavras sacramentais, ou pela efetiva entrega do objeto, ou pela inscrição no códex. Somente mais tarde, com a

atribuição de ação a quatro pactos de utilização freqüente (vendas, locação, mandato e sociedade), surgiu a categoria dos contratos que se celebravam *consensu*, isto é, pelo acordo puro das vontades." (Pereira, 1990, p.7).

Na Idade Média, houve, por algum tempo, um retrocesso às idéias primitivas através do Direito Germânico, surgindo a teoria da *causa debendi* ou razão de dívida pelo ato prometido, influenciando o pensamento posterior.

Por algum tempo, pareceu que a Igreja conseguiria estabelecer uma jurisdição a respeito de promessas, preparando o caminho para a Filosofia nos séculos seguintes dando origem a várias teorias que foram sendo adotadas pelos juristas.

Ainda no século XVI, é grande a influência religiosa e moral no campo do direito.

"O Renascimento, que marcou o despertar da cultura para um novo mundo de valores, é dominado por uma idéia crítica de redução do conhecimento a seus elementos mais simples. Enquanto na Idade Média existia um sistema ético subordinado a uma ordem transcendente, o homem renascentista procura explicar o mundo tão somente segundo exigências humanas." (Reale, 1969, p.565).

Para os juristas dos séculos XVII e XVIII não havia distinção entre obrigação natural e obrigação civil, por considerarem que todos os direitos e obrigações naturais devem, pela própria razão de serem naturais, serem também legais.

Vemos, portanto, que "não é no Direito Romano que se deve buscar a origem histórica da categoria jurídica que hoje se denomina contrato, pois segundo Bonfante, era um especial vínculo jurídico ( *vinculum juris* ) em que consistia a obrigação ( *obligatio* ), dependendo esta, para ser criada, de atos solenes." (Gomes, 1990, p.7).

A moderna concepção de contrato é o resultado da confluência de diversas correntes de pensamento, em especial a dos canonistas que relevava o consenso e a fé jurada; e a da escola do direito natural, também conhecida por jusnaturalismo.

"É assim que, no campo do Direito, surge um movimento que ocupa mais de três séculos na história do Ocidente, sob a rubrica ambígua de Escola do Direito Natural, abrangendo um número imenso de pensadores, inclusive alguns dos maiores espíritos da chamada civilização burguesa." (Reale, 1969, p.566).

Para a Escola do Direito Natural, o contrato é o fundamento de todo o Direito. Mas, como é possível que o Direito, que foi inventado para servir exclusivamente os indivíduos, pode obrigá-los e vinculá-los?

A idéia de fundar o Estado com todo o seu poder jurídico soberano, sobre a idéia de um contrato celebrado entre os seus membros, pareceu ser o suficiente para poder apresentar, em última análise, toda a obrigação como uma auto-obrigação.

Desta forma, pensou-se encontrar na idéia de contrato social o meio que permitiria reconduzir, com pleno êxito, toda a heteronomia a uma autonomia e, deste modo, resolver todo o Direito Público, usando regras de Direito Privado.

Entretanto, a vontade nos Contratos não pode, por si só, criar uma obrigação. Não é o Contrato que pode obrigar, mas sim a Lei.

Não é o vínculo ou a obrigação contratual que poderá servir de fundamento filosófico para justificar a sujeição à lei, mas será à sujeição a lei que poderá servir de fundamento filosófico para justificar a obrigatoriedade, resultante de um contrato.

No contrato público, quem se acha sujeito a ele são os indivíduos reais e o contraente é o indivíduo fictício, ou seja, o Estado. Portanto, vemos que a vontade contratual, nos contratos de direito privado, não é, efetivamente, nem mais, nem menos fictícia do que a vontade, no contrato de direito público.

Poder-se-ia dizer, é certo, não ser afinal a vontade contratual, nos contratos de direito privado, tão fictícia como a do contrato de direito público, por sempre ter havido aí, ao menos, um fato real, qual é o da real declaração de vontade de certas pessoas.

Convém, também, não esquecer que ainda nos contratos de direito privado a interpretação pretende sempre dar como contido, na manifestação real da vontade dos contraentes, tudo aquilo que se acha ligado à vontade que se manifestou, como se tudo isso formasse parte integrante do conteúdo dessa vontade.

A vontade das partes contratantes é assim, em grande parte, uma pura vontade do legislador, não sendo portanto as mesmas que se obrigam, mas sim, a da lei que obriga heteronomamente.

Vamos observar que a filosofia do contrato, ou seja, os princípios subentendidos na força vinculatória de promessas e acordos, passou a ser o principal problema filosófico-jurídico do século XVII, da mesma forma que os interesses da personalidade foram o principal tema do século XVIII e os interesses ligados ao direito de propriedade, o assunto predominante do século XIX.

"A moderna concepção do contrato como um acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem, se esclarece à luz da ideologia individualista dominante na época de sua cristalização e do processo econômico de consolidação do regime capitalista." (Gomes, 1990, p.7).

Os direitos sobre as coisas é o elemento estático, como o direito real, particularmente o de propriedade, que se constitui para durar indefinidamente.

O direito de crédito vem a ser o elemento dinâmico do mundo jurídico que traz em si o germe de sua morte, extinguindo-se com o cumprimento da obrigação.

Assim, a vida jurídica assume um caráter muito mais estático sempre que predominantemente se funda sobre

os direitos reais, e um caráter muito mais dinâmico, quando se funda sobre os direitos de créditos.

A vida do direito foi sempre uma vida estática enquanto a organização do trabalho se fundou sobre a propriedade.

"O contrato surge como uma categoria que serve a todos os tipos de relações entre sujeitos de direito e a qualquer pessoa independentemente de sua posição social." (Gomes, 1990, p.7).

Dinâmica é a vida jurídica de base capitalista, onde a propriedade transforma-se em capital e a liberdade da propriedade manifesta-se predominantemente sob a forma da liberdade contratual.

"A sociedade é fruto do contrato, dizem uns; enquanto que outros mais moderados, limitarão o âmbito da gênese contratual: - a sociedade é um fato natural, mas o Direito é um fato contratual." (Reale, 1969, p.567).

Os valores econômicos acham-se num movimento contínuo, transitando sob a forma de direitos de crédito de mão em mão, sendo cada vez mais raro o repouso na forma de direitos reais.

"O direito pois, segundo Kant, reduz-se a disciplinar as ações externas dos homens e a tornar possível a sua coexistência. Define-o assim: o direito é o conjunto das condições segundo as quais o arbítrio de cada um pode coexistir com o arbítrio dos restantes, de harmonia com uma lei universal de liberdade." (Del Vecchio, 1979, p. 137).

Pode-se dizer que a alavanca que põe em movimento toda a vida jurídica do mundo moderno e capitalista é pois, a liberdade contratual.

"A Escola do Direito Natural, racionalista e individualista, influiu na formação histórica do conceito moderno de contrato ao defender a concepção de que o fundamento racional do nascimento da obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes. Desse juízo inferiram pregoeiros o princípio de que o consentimento basta para obrigar." (Gomes, 1990, p.6).

É a teoria da vontade, nos contratos de direito privado, que sustenta a obrigatoriedade do contrato apenas nos limites daquilo que foi efetivamente querido pelas partes, mas que, na realidade, ocorre em virtude da lei.

Até que ponto deve a lei julgar decisiva, para a obrigatoriedade dos efeitos do contrato, a vontade real das

partes contraentes, e até que ponto deve julgar decisiva a sua vontade simplesmente declarada?

Segundo a concepção individualista do Direito, deve-se exigir que os contratos só obriguem até onde chegue a vontade real e, por outro lado, que os contratos obriguem sempre e até onde essa mesma vontade chegar.

Já a concepção social do direito considera duas posições, a saber:

1) relacionada com a teoria da declaração, pela qual os contratos devem obrigar, não apenas até onde chegar a vontade, mas até onde chegar a confiança que a outra parte depositou na declaração.

2) relativa à teoria dos limites da liberdade de contratar, considera os contratos não como pura e simplesmente obrigatórios nos limites da vontade real, mas podem deixar de o ser, por várias espécies de motivos e considerações.

Limitações legais à liberdade contratual mostraram-se sempre necessárias sendo que, por isso, é a própria liberdade contratual que no seu processo dialético tende a limitar-se a si mesma.

Em todos os tempos, a liberdade contratual sofreu limitações impostas pelo meio social.

À proporção pois que, a economia vai se tornando cada vez mais capitalista, mais a liberdade contratual dos indivíduos sofre limitações impostas pelo predomínio econômico dos grupos.

A liberdade contratual do direito, com a crescente complexidade da vida social, principalmente neste mundo capitalista em que vivemos, converte-se em escravidão contratual na sociedade.

Assim como para a propriedade, também a liberdade foi aqui subordinada à lei e ao interesse individual, reposto na sua sujeição, ao interesse social.

## Conclusões

O mundo atual tem as suas relações comerciais a cada dia que passa mais ampliadas. Nelas, incluem-se os mais diversos acordos, surgem os mais variados tipos de contratos, que a cada momento se tornam de importância incontestável.



A criação dos mais diversos contratos e a atuação dos mesmos têm conseguido, de certa forma, manter um certo equilíbrio nas relações mais diversificadas.

A vida moderna tem tido as suas relações complicadas quer pelo aumento quantitativo do contingente humano, quer pelas mudanças constantes que surgem no seio da sociedade.

O desenvolvimento cria possibilidades as mais amplas gerando uma aceleração tal que com ele surgem mudanças tão rápidas que causam dificuldades ao Direito, já que, ao ordenamento jurídico compete manter o equilíbrio da sociedade.

Sabemos que o Direito para atender aos anseios de uma dada sociedade deve dela emanar e a ela se destinar, acompanhando as modificações pelas quais ela passa sob pena de se fossilizar.

Assim sendo, podemos considerar o contrato como um achado do mundo moderno, ao qual ele se adaptou tão bem uma vez que serve a todos os tipos de relações e a todo tipo de sujeitos.

Daí considerarmos a importância do estudo do tema, tão em evidência, dado a sua sempre atualidade, e sua capacidade de adaptação às condições novas.

O estudo do contrato traz sempre o máximo interesse, por ser ele a principal espécie do gênero negócio jurídico, tão característico da nossa época, pelo desenvolvimento das forças produtivas dentro do processo econômico.

Vemos que a dinâmica do mundo moderno, bem como o conjunto das idéias dominantes no campo econômico, político e social, fizeram do Contrato o instrumento jurídico por excelência da vida moderna.

É o Contratualismo a alavanca do Direito na época moderna, onde o dado primordial é o homem, orgulhoso de sua força racional e de sua liberdade e cioso de sua capacidade de constituir por si mesmo a regra de sua conduta.

Assim, vemos que o homem vive em sociedade, porque concordou em viver em comum e o Direito existe respondem os jusnaturalistas, porque os homens pactuaram viver segundo regras delimitadoras dos arbítrios.

- *Abstract: In the past the law science paid no attention agreements or ocolating rules. It was concerned with the need for adjustment, not for agreements. On the other hand, in the modern world contracts are the instrument to provide a certain balance in a large variety of relations.*
- *KeyWords: agreement, contract, law, legal business, contractual freedom.*

### Referências bibliográficas

- DEL VECCHIO, Giorgio, *Lições de filosofia do direito*. 5.ed.,  
Coimbra: Armênio Amado Sucessor, 1979.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São  
Paulo: Saraiva, 1989.
- GOMES, Orlando. *Contratos* 12.ed., Rio de Janeiro: Forense,  
1990.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*:  
Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 5.ed., São Paulo: Saraiva,  
v.2, 1969.