

ESBOÇANDO UMA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Rodolfo Pamplona Filho¹

Sumário: 1. Considerações Introdutórias; 2. Importância Social do Contrato; 3. O Contrato e sua visão tradicional; 4. Princípios Tradicionais Individuais dos Contratos; 4.1. Princípio da Liberdade Contratual; 4.2. Princípio da Obrigatoriedade do Pactuado; 4.3. Princípio da Relatividade Subjetiva; 5. Direito Civil e Constitucional; 6. Princípios Contratuais no Novo Código Civil Brasileiro; 6.1. Função Social do Contrato; 6.2. Boa-Fé Objetiva; 6.3. Equivalência Material; 7. Classificação dos Contratos; 8. Visão Didática da Disciplina Legal da Contratação; 9. Considerações Finais.

1. Considerações Introdutórias

Versando o presente artigo sobre uma visão introdutória sobre a teoria geral dos contratos, entendo seu subscritor que não deve se limitar a uma mera descrição do sistema positivado no título V (“Dos Contratos em Geral”) do Livro I (“Do Direito das Obrigações”) da “Parte Especial” do Código Civil Brasileiro.

Não se quer dizer com isso que tal tarefa não seja relevante.

Definitivamente, não!

Por isso mesmo, ao final deste texto, proceder-se-á uma análise detalhada, ainda que pontual, de cada passo para a realização de um contrato, desde o seu

¹ Juiz Titular da Vara do Trabalho de Eunápolis/BA do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador – UNIFACS, sendo seu Coordenador do Curso de Especialização Lato Sensu em Direito Civil. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Autor de

processo de formação, passando por sua interpretação e produção de efeitos, até a sua extinção.

Todavia, para o tema enfrentado, faz-se mister um pouco mais de ousadia.

De fato, se não é possível nesse momento escrever um tratado da teoria geral dos contratos, dados os modestos conhecimentos do redator, a ousadia mencionada impõe, pelo menos, a rediscussão da visão tradicional do contrato, propugnando pela redação de um esboço de uma teoria geral, que possa ser aplicada indistintamente a qualquer relação jurídica contratual, disciplinada genericamente no Código Civil ou especificamente em um microsistema jurídico, seja de qualquer natureza (civil, comercial, trabalhista ou consumerista).

Antes, porém, de enfrentar dogmaticamente questões como o conceito e a natureza jurídica do contrato, na visão tradicionalmente assentada no instituto, é preciso tecer algumas rápidas considerações sobre sua importância na sociedade moderna.

2. Importância Social do Contrato

Antes que, eventualmente, seja levantada a acusação de uma heterodoxa inversão metodológica, ao antepor a importância social do instituto ao seu conceito juridicamente assentado, cabe aqui uma explicação.

O contrato é a mola-mestra da sociedade moderna.

Todo cidadão, em cada momento de sua vida, celebra contratos, mesmo sem perceber-se disso, muitas vezes.

Com efeito, ao pegar a condução para sua casa, celebra um contrato de transporte; ao ir a um restaurante, celebra um contrato de consumo de prestação de serviços; ao comprar uma lembrança para alguém em uma loja, celebra um contrato de consumo de compra e venda; da mesma forma, ao empregar-se ou ao abrir uma conta em um banco, também celebra contratos.

É o fato social que o Direito pretende regular, dada a sua importância e utilização.

diversas obras jurídicas, sendo co-Autor, com Pablo Stolze Gagliano, do livro “Novo Curso de Direito Civil”,

Em outra via, a própria Administração Pública, nessa fase histórica da chamada crise do Estado Social (decorrente, talvez, do fim da bipolaridade política mundial, naquilo que Fukuyama denominou de “fim da história”), tem deixado de atuar diretamente na prestação de serviços públicos, preferindo adotar um novo modelo, calcado em contratos de gestão, o que foi chamado, por autores portugueses, de uma “fuga para o direito privado”.

Contratar, portanto, é uma conduta socialmente difundida e esperada.

Mas em que consiste, juridicamente, este instituto chamado contrato?

É a questão que se enfrentará no próximo tópico.

3. O Contrato e sua Visão Tradicional

Juridicamente falando, na sua concepção tradicional, o contrato é o acordo de vontades, entre duas ou mais pessoas, com conteúdo patrimonial, para adquirir, modificar, conservar ou extinguir direitos.

Estabelecido tal conceito, para efeito didático, resta indagar a natureza jurídica do contrato.

Ao se perquirir qual seja sua natureza jurídica, está-se perguntando, no final das contas, o que é tal instituto para o Direito.

Dúvidas não há que se trata de um negócio jurídico, assim entendido o acontecimento humano em que, atendidos os elementos de existência, realidade e eficácia, a vontade humana é declarada para a produção de efeitos queridos pelas partes.

Nesse tópico, faz-se homenagem ao insuperável Pontes de Miranda, na construção da teoria dos planos do ato jurídico (aqui, especificamente, na modalidade dos negócios jurídicos, para que não haja qualquer confusão terminológica com o ato jurídico em sentido estrito - não negocial), doutrina também adotada e desenvolvida pelos respeitáveis professores Marcos Bernardes de Mello, de Alagoas, e Antonio Junqueira Azevedo, de São Paulo.

Como negócio jurídico que é, o contrato deve ter os elementos de existência (declaração de vontade, com circunstâncias negociais; agente; objeto; e forma) para assim ser considerado.

Existindo, aí sim é possível ingressar no plano da realidade, adjetivando os elementos existenciais para considerá-los requisitos de realidade (declaração de vontade LIVRE e de BOA FÉ; agente CAPAZ e LEGITIMADO, objeto LÍCITO, POSSÍVEL, DETERMINADO ou DETERMINÁVEL; e de forma PRESCRITA ou NÃO DEFESA EM LEI), qualificações que se retiram do sistema positivado como um todo, mas, em especial, do art. 104 do Código Civil de 2002 (Código Civil de 1916 art. 82).

Neste plano da realidade é que se discute, por exemplo, a ocorrência de nulidades (absolutas ou relativas), na forma dos arts. 166/184 do Código Civil, o que voltará a ser tratado no final desta prova.

Da mesma maneira, é importante mencionar que, no contrato, como negócio jurídico, podem ser inseridas cláusulas que disciplinem a sua eficácia, terceiro plano de análise científica do negócio jurídico, a saber, termos condições ou encargos, também chamados, por parte da doutrina, como elementos acidentais do negócio jurídico.

Assentados tais conceitos, fica a pergunta: por que nomear o tópico com a expressão “visão tradicional”, que pode inferir, preconceituosamente, um sentido conservador?

Por causa da interpretação mais individualista dos princípios regentes da matéria.

4. Princípios Tradicionais Individuais dos Contratos

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, em 1789, consagrou, de forma sacralizada, a propriedade privada (“Art. 17. Sendo a propriedade um direito sagrado e inviolável...”).

O contrato, por sua vez, dado o seu conteúdo patrimonializado, foi o instrumento hábil para fazer circular a riqueza, dentro do sistema capitalista liberal burguês, em que foi privilegiado o direito de propriedade.

Assim, como argutamente observado pelo Prof. Paulo Luiz Neto Lôbo, de Alagoas, em seu artigo “Princípios Contratuais” em obra co-coordenada por si (“O Novo Código Civil e a Teoria dos Contratos, Recife, Nossa Livraria, 2003), bandeiras ideológicas do Estado como a autonomia da vontade, a liberdade individual e a propriedade transmigraram-se para o Direito, erigindo-se como princípios, com a pretensão de se revestir de um caráter de atemporalidade.

Embora, por opções metodológicas, a denominação e a enunciação de tais princípios possa variar, é possível sintetizar tais valores, elevados a regras jurídicas, em três, como a seguir relacionados:

4.1. Princípio da Liberdade Contratual

Como corolário da liberdade individual, no campo negocial, erige-se a liberdade contratual ao patamar de princípio.

Nessa idéia, envolvem-se três modalidades distintas de liberdade contratual.

A primeira é a própria liberdade de contratar.

Em regra, ninguém pode ser forçado a celebrar um negócio jurídico, pois isso importaria em um vício de consentimento a macular a validade da avença.

Numa evidente flexibilização de tal regra (o que já mostra que nenhum princípio pode ser encarado seriamente como uma verdade absoluta para toda e qualquer situação, mas sim somente como uma verdade socialmente aceita, enquanto socialmente aceita), o direito positivo consagrou algumas situações de contratação obrigatória, como, por exemplo, em determinadas modalidades securitárias.

A segunda é a liberdade de com quem contratar.

Aqui, também, se visualiza uma ressalva, quando se verifica, por exemplo, a ocorrência de um monopólio na prestação de serviços, o que, por outro lado, também é hodiernamente combatido por normas de Direito Econômico, na busca da realização da livre concorrência, princípio constitucional insculpido no art. 170, IV, da Carta de 1988.

Por fim, a terceira é a modalidade de liberdade do conteúdo do contrato, ou seja, a liberdade para escolher o que se vai contratar.

Da mesma forma, constata-se facilmente uma limitação de tal modalidade no fenômeno do dirigismo contratual, sendo o contrato individual de emprego o exemplo mais evidente disso, uma vez que seu conteúdo mínimo é todo estabelecido, no sistema brasileiro, por normas constitucionais (art. 7º, CF/88) e infraconstitucionais (CLT e legislação complementar).

4.2. Princípio da Obrigatoriedade do Pactuado

"O contrato faz lei entre as partes" (*"Pacta Sunt Servanda"*).

Este princípio busca garantir um mínimo de segurança entre os contratantes, pois, ao disporem livremente de sua vontade e, conseqüentemente, de seu patrimônio, as partes estabelecem obrigações que devem ser cumpridas, sob pena de total subversão e negação do instituto do negócio jurídico.

Como se verá, aqui também se vislumbra, na modernidade, uma flexibilização, de forma a garantir a própria liberdade contratual.

4.3. Princípio da Relatividade Subjetiva

Como negócio jurídico, em que há a manifestação espontânea da vontade para assumir livremente obrigações, as disposições do contrato, a priori, somente interessam às partes, não dizendo respeito a terceiros estranhos à relação jurídica obrigacional.

Todavia, como todos os princípios aqui descritos, também se verifica, na modernidade, sem trocadilho, a relativização do princípio da relatividade subjetiva, quando se constata, por exemplo, a violação de regras de ordem pública e interesse social, como no caso da declaração de nulidade de cláusula contratual abusiva, em atuação judicial do Ministério Público, na defesa dos consumidores (CDC, art. 51, § 4º).

Como visto, tudo aquilo que, outrora, era tido como princípio do Direito Privado, referente a contratos, tem se flexibilizado em função de outros interesses, não necessariamente limitados às partes contratantes.

Esse fenômeno pode ser explicado, entre outros fatores, por uma mudança da postura ideológica do aplicador do Direito na modernidade que passa a interpretar todos os institutos jurídicos civis não mais nas regras positivadas do Código Civil, mas sim na Constituição Federal.

É o reconhecimento da existência de um Direito Civil-Constitucional, em que o estudo daquilo que se convencionou chamar de relações jurídicas privadas não tem mais como “sol” do “universo normativo” o Código Civil, mas sim, como dito, a Constituição Federal.

5. Direito Civil Constitucional

Como observa Gustavo Tepedino, há uma nova “tábua axiológica” para o civilista (e para todos os outros operadores do Direito) com o advento da Constituição Federal de 1988.

De fato, o vigente texto constitucional incorporou diversos valores que devem ser observados obrigatoriamente por todos aqueles que pretendem aplicar o Direito.

O macroprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade social (art. 3º, I), a igualdade de todos, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput), a proteção de direitos da personalidade, como a intimidade, honra, vida privada e imagem, com a possibilidade de reparação dos danos morais e materiais (art. 5º, V e X) e a função social da propriedade (art. 5º, XXIII e 170, III) não podem ser consideradas “palavras jogadas ao vento”, devendo, sim, ser realizadas em cada caso concreto, propugnando-se por aquilo que o jurista português CANOTILHO denominou de princípio da máxima efetividade constitucional.

E o Direito Civil não poderia estar imune a tais inovações ideológicas, até mesmo porque vários de seus institutos tradicionais passaram a ser previstos constitucionalmente, pelo que novas escolas de pensamento passaram a despontar

no Brasil com tal ótica, destacando-se, entre eles, o já citado Prof. Gustavo Tepedino, do Rio de Janeiro; Prof. Luiz Edson Fachin, do Paraná; Prof. Paulo Luiz Netto Lôbo, de Alagoas, todos publicando trabalhos na área e, mais do que isso, coordenando obras coletivas de reflexão nesta linha, motivo da menção à expressão "escolas de pensamento".

Esse novo enfoque do pensamento jurídico, que trabalha, de forma expressiva, com cláusulas gerais a ser preenchidas pelo julgador no caso concreto, influenciado também pelo pensamento do Prof. Pietro Pianlingeni, da Universidade de Carmiano/Itália, não foi desprezada pela Comissão Elaboradora do novel Código Civil Brasileiro e nos debates e aperfeiçoamentos procedidos na longa tramitação legislativa por que passou.

Como parte desse novo Direito Civil, o Direito Contratual absorveu os novos princípios gerais do Código Civil (eticidade, sociabilidade e operacionalidade, nas palavras de Miguel Reale), erigindo novos princípios contratuais, a par dos princípios individuais aqui já mencionados.

6. Princípios Contratuais no Novo Código Civil Brasileiro

Antes de enunciar os novos princípios contratuais prestigiados pelo Código Civil brasileiro de 2002, uma advertência se impõe: de forma alguma, houve uma negação da realidade dos princípios contratuais tradicionalmente consagrados!

Com efeito, a segurança nas relações jurídicas exige a permanência, como regra, dos princípios da liberdade contratual, obrigatoriedade do pactuado e relatividade subjetiva do contrato, pelos mesmos fundamentos pelos quais eles vinham sendo consagrados na doutrina e jurisprudência nacional.

O que não pode ser desprezado é que sua concepção toma por pressuposto uma visão individualista do Direito, que, por óbvio, se verificado em uma situação entre iguais, tanto jurídica, quanto economicamente, deve ser levada em consideração.

O que não se pode é, em uma sociedade pluralista e que se propõe a ser livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/88), desprezar as repercussões sociais de cada ato e negócio jurídico.

Por isso, pode-se chamar esses novos postulados como “princípios sociais contratuais” (expressão de Paulo Luiz Netto Lôbo, na obra mencionada), que não antagonizam os “princípios individuais contratuais”, mas, sim, os limitam em seu sentido e alcance, pela prevalência que se dá ao interesse coletivo (social) sobre o individual.

6.1. Função Social do Contrato

Da mesma forma que constitucionalmente previsto para a propriedade, a “liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (art. 421, CC-02).

Trata-se, sem sombra de dúvida, do princípio básico que deve reger todo o ordenamento normativo no que diz respeito à matéria contratual.

O contrato, embora aprioristicamente se refira somente às partes pactuantes (relatividade subjetiva), também gera repercussões e - por que não dizer? - deveres jurídicos para terceiros, além da própria sociedade, de forma difusa.

Em recente artigo, comentando a questão da “quebra de contrato” na denominada jornalisticamente “guerra das cervejas”, a Professora Judith Martins-Costa fala em uma “transsubjetivação” do contrato, analisando e detectando um dever jurídico de abstenção da cervejaria concorrente (e da correspondente agência de publicidade), em face da cláusula de exclusividade firmada entre os contratantes originais.

É importante ressaltar, na esteira do insuperável Orlando gomes quando comentava a função social da propriedade (“Direitos Reais”, Rio de Janeiro - Editora Forense), a autonomia do princípio da função social (lá da propriedade, aqui do contrato), pois não se constitui em simples limitação normativa, mas sim da própria razão de ser de todas as outras regras contratuais, que devem gravitar em torno de si, o que justifica a utilização das expressões “razão” e “limite” do já mencionado dispositivo legal.

6.2. Boa-Fé Objetiva

O novo Código Civil brasileiro também consagrou como princípio básico regente da matéria contratual, a boa-fé objetiva.

É o que se extrai do novel art. 422, que preceitua:

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

A boa-fé que se procura preservar, prestigiando-se no texto legal, é a objetiva, entendida essa como a exigível do homem mediano, numa aplicação específica do critério do “reasonable man”, do sistema norte-americano.

Não se trata, portanto, da boa-fé subjetiva, tão cara aos Direitos Reais, na forma do art. 1201 do CC-02 (art. 490 do CC-16).

Destaque-se que, nesse aspecto, o novo Código Civil pode ser considerado mais explícito, no prestígio à boa-fé, que o próprio Código de Defesa do Consumidor, UMA DAS LEIS MAIS AVANÇADAS DO PAÍS, que consagra, indubitavelmente, o instituto, mas não dessa forma tão expressa e genérica.

6.3. Equivalência Material

Por fim, no que diz respeito aos novos princípios sociais contratuais, há de se incluir o princípio da equivalência material entre as partes.

Embora não explicitado expressamente como os princípios anteriores, tal princípio se encontra consagrado em diversos dispositivos, consistindo na idéia básica de que, nos contratos, deve haver uma correspondência, a saber, equivalência, de obrigações entre as partes contratantes.

O princípio inspirador desse princípio contratual é, sem sombra de dúvida, o princípio da isonomia, pois, sabendo-se utópica a idéia de igualdade real entre as partes, é preciso tutelar mais um dos contratantes, tratando-os desigualmente na medida em que se desigalam.

Tal concepção influenciou, por certo, a construção da autonomia dos microssistemas jurídicos, como a disciplina trabalhista e a consumista, em que o reconhecimento da desigualdade fática dos sujeitos impôs um tratamento diferenciado para, juridicamente, tê-los como equivalentes materialmente.

No CC-2002, tal princípio é claro, por exemplo, na disciplina do contrato de adesão (arts. 423/424), no reconhecimento positivado da resolução por

onerosidade excessiva (a cláusula “rebus sic stantibus” implícita em todo contrato, agora consagrada nos arts. 478/480) e, na disciplina genérica do negócio jurídico, na anulabilidade da avença por força do vício da lesão (art. 157), em que, embora exija um elemento subjetivo (primeira necessidade ou inexperiência), não se tem positivada a exigência de um dolo ou aproveitamento.

Compreendida essa nova principiologia contratual, vale a pena, por amor à completude da exposição, tecer algumas considerações classificatórias do contrato, bem como expor, panoramicamente, o processo de formação do contrato, passando, como prometido, por sua interpretação e produção de efeitos.

7. Classificação dos Contratos

Toda classificação, por ser obra da inteligência humana, pode ser considerada incompleta.

Isso porque toda construção classificatória dependerá da visão metodológica de cada autor.

Feitas tais considerações, a opção metodológica deste candidato é classificar o contrato em si mesmo, de acordo com o conteúdo, forma, sujeitos, tempo e previsão legal, bem como apresentar a classificação reciprocamente considerada.

Quando se toma o contrato em si mesmo, o seu conteúdo pode ser tomado como parâmetro para várias classificações.

Na medida em que o contrato produza obrigações para as duas partes ou apenas para uma delas, será ele bilateral (ex.: compra e venda) ou unilateral (ex.: depósito). Nessa classificação, é possível falar, por certo, em uma visão multi-lateral, na medida em que haja mais de dois contratantes com obrigações, como é o caso do contrato de constituição de uma sociedade.

Quando o contrato estabelece apenas uma “via de mão única”, com as partes em posição estática de credor e devedor, pelo fato de se estabelecer uma obrigação apenas para uma das partes, como na doação simples, falar-se-á em contrato unilateral. Havendo obrigações recíprocas, como na compra e venda, fala-se em contrato bilateral.

Quando as obrigações se equivalem, como na compra e venda, fala-se em um contrato comutativo. Já quando a obrigação de uma das partes somente puder ser exigida em função de fatos futuros, cujo risco da não ocorrência for assumido pelo outro contratante, fala-se em contrato aleatório, previsto nos arts. 458/461, como é o contrato de seguro.

Na hipótese das partes estarem em iguais condições de negociação, estabelecendo livremente as cláusulas contratuais, fala-se em contrato paritário, diferentemente do contrato de adesão, onde um dos contratantes impõe as cláusulas do negócio jurídico.

Quanto à forma, os contratos podem ser solenes ou não-solenes, na medida em que se exija, para sua celebração, a prática formal de atos jurídicos. A forma livre é a regra no nosso país, embora haja contratos solenes como o de compra e venda de imóvel acima do valor legal.

Ainda nesta classificação, os contratos podem ser consensuais, se concretizados com a simples declaração de vontade, ou reais, na medida que exijam a tradição da coisa.

Quanto aos sujeitos, podem ser *intuitu personae* (como o contrato de emprego) ou impessoais, na medida em que somente interessa o resultado da atividade.

Quanto ao tempo, podem ser instantâneos, de trato continuado ou de prestação diferida, na medida em que se dualizam imediatamente, sucessivamente ou em data posterior à celebração.

Por fim, quanto à previsão legal, pode-se falar em contratos nominados ou inominados, na medida em que estejam previstos expressamente na lei ou sejam fruto da criatividade na autonomia da vontade.

8. Visão Didática da Disciplina Legal da Contratação

No processo para celebração de um contrato, a sua formação segue, genericamente, um iter procedimental.

Num primeiro momento, pode-se falar das tratativas para o início da formação dos contratos.

Tais negociações preliminares não vinculam os potenciais contratantes, sendo que, fora uma violação à boa-fé objetiva, não há que se falar em responsabilidade contratual, sendo os eventuais danos aqui ocorridos regidos pela responsabilidade civil aquiliana, na forma dos arts. 186 e 927 do vigente Código Civil.

Tais negociações preliminares não se confundem com a previsão do contrato preliminar, previsto nos arts. 462/466, verdadeiro negócio jurídico vinculante.

Na formação *strictu sensu*, há a proposta e a aceitação, na forma prevista e disciplinada nos arts. 427/435, ambas vinculantes, se tempestiva e seriamente deduzidas.

Celebrando o contrato, embora o Código Civil tenha trazido poucas e específicas regras de interpretação, não pode ser esquecida a regra genérica do negócio jurídico, estabelecida no art. 112, pelo qual “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

Quanto aos efeitos, em que pese o princípio já mencionado da relatividade subjetiva dos contratos, a observância da sua função social importa no reconhecimento de efeitos transsubjetivos do contrato, além, por certo, das previsões legais de estipulação do fato de terceiro (arts. 439/440) e contrato com pessoa a declarar (arts. 467/471).

Por fim, quanto à extinção do contrato, sua “morte natural” se dá com o seu cumprimento.

Todavia, o mesmo pode ser extinto por fatos anteriores ou concomitantes à sua celebração (nulidades, condição resolutiva ou direito de arrependimento) ou posteriores, como o distrato, a rescisão unilateral, a exceção do contrato não cumprido e a própria ocorrência da cláusula *rebus sic stantibus*.

9. Considerações Finais

Essas são as breves considerações que submetemos ao leitor, reafirmando que o contrato não pode ser mais encarado da mesma forma que o era quando da plenitude do liberalismo, mas sim sob o enfoque de uma solidariedade social que prestigie a efetiva manifestação da vontade, com prestígio à boa-fé e à equivalência

material das partes, realizando o macroprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois o contrato é instrumento a serviço da sociedade, e não é a sociedade que deve se submeter, de forma absoluta e axiologicamente deplorável, aos abusos dos que se valem do contrato para impor o seu poder. Essa deve ser a visão moderna do contrato.