

"A QUARTIER LATIN teve o mérito de dar início a uma nova fase, na apresentação gráfica dos livros jurídicos, quebrando a frieza das capas neutras e trocando-as por edições artísticas. Seu pioneirismo impactou de tal forma o setor, que inúmeras Editoras seguiram seu modelo."

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO
Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo
Doutor em Direito Comparado pela Universidade Paris I
(Panthéon-Sorbonne)

O DIREITO DO SANEAMENTO BÁSICO

COLEÇÃO DIREITO ECONÔMICO E DESENVOLVIMENTO

VOLUME 1

Editora Quartier Latin do Brasil

Empresa Brasileira, fundada em 20 de novembro de 2001

Rua Santo Amaro, 316 - CEP 01315-000

Vendas: Fone (11) 3101-5780

Email: quartierlatin@quartierlatin.art.br

Site: www.quartierlatin.art.br

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, inverno de 2010
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

transformar a cooperação em elemento primordial de organização da relação. Para que isso acontecesse, seria necessário que o dever acessório de cooperação deixasse de ser um princípio subsidiário na interpretação do contrato, invocado apenas para preencher lacunas, e se tornasse um princípio básico do contrato; e que o dever de solidariedade impusesse a obrigação moral e legal de agir em conformidade com determinados valores comunitários, e não apenas segundo a lógica individualista de maximização de interesses econômicos⁶.

Assim, à dimensão comportamental, em que a cooperação é vista como sinônimo de confiança ou colaboração, agrega-se a dimensão estrutural ou institucional, responsável pela garantia da cooperação. Temos como pressuposto que a cooperação não é um dado das relações sociais e econômicas. Principalmente nessas últimas, ela se apresenta como uma construção, um empreendimento, de modo que a dimensão institucional não assume aqui a função apenas de limitar o comportamento individual, mas, primordialmente, de conformar suas motivações aos objetivos socialmente eleitos. Seguindo aqui a lição de Karl Polanyi, embora as estruturas sociais não sejam resultados de forças misteriosas agindo por fora do comportamento individual, os efeitos sociais deste dependem da presença de condições institucionais determinadas, e estas não resultam do comportamento individual em questão⁷.

Pelo caráter valorativo que o componente institucional assume neste trabalho, nos voltaremos, neste capítulo, para a análise da cooperação no contrato de concessão de serviço público. Pretendemos demonstrar que a ausência de cooperação se deve à forma pela qual o princípio do equilíbrio contratual se consolidou como regra balizadora nesses contratos. Essas configurações, na medida em envolvem a relação público-privado na gestão dos serviços públicos, são relações bilaterais estruturadas na forma de contratos. Por isso, analisaremos, primeiramente, como o princípio do equilíbrio contratual se constituiu a partir da evolução da teoria jurídica dos contratos (4.1), para, em seguida, contrapor essa evolução ao principal "tipo" contratual relacionado à prestação dos serviços públicos – a concessão de serviço público (4.2).

4.1. TEORIA JURÍDICA DOS CONTRATOS E O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL

Neste item, procuraremos analisar como os princípios da chamada teoria clássica dos contratos foram atingidos pela evolução da intervenção estatal,

chegando à transposição do dirigismo econômico para o contratual (4.1.1) e como, a partir dessa evolução, a cooperação foi introduzida no âmbito contratual pelo princípio do equilíbrio contratual (4.1.2).

4.1.1. EVOLUÇÃO DA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS E A INTERVENÇÃO ESTATAL

A evolução da teoria jurídica dos contratos assimilou o mesmo contexto que consagrou o serviço público como instituição habilitada a garantir a inclusão de novos valores de bem-estar social. Assim, as mudanças na organização da produção e distribuição de bens permitiram a transposição do dirigismo econômico para o âmbito dos contratos, configurando-se o dirigismo contratual⁸.

Com isso, a teoria contratual, ainda no começo do século passado, iniciou um percurso de questionamento dos pilares do paradigma clássico, que atingiu seu ápice nas décadas seguintes à Segunda Guerra. Foi a partir desse movimento que a relação entre interesse público e contrato no direito privado passou a ganhar complexidade. Era preciso articular a perspectiva vertical-hierarquizante do interesse geral com a horizontalidade dos contratos.

Para a teoria clássica dos contratos, a relação entre interesse público e contrato⁹ nem sequer era objeto de questionamento, pois o interesse público estava sediado nos princípios de autonomia da vontade¹⁰, de que o contrato faz

8 COMPARATO, Fábio Konder. O Indispensável... *Op. cit.*, p. 457.

9 Para uma análise da evolução da relação entre contrato e interesse público, ver MEKKI, Mustapha. *L'Intérêt...* *Op. cit.*

10 A apresentação clássica da teoria geral dos contratos em direito privado é construída em torno da noção de autonomia da vontade. O princípio da autonomia da vontade se refere basicamente aos pressupostos de liberdade e igualdade formais que informavam as relações políticas e econômicas, no período em que a garantia da segurança das trocas dependia apenas de uma postura abstenteista do Estado. Este nem por isso deixava de fornecer a estrutura normativa e institucional para que a circulação de riqueza se efetivasse. Nesse sentido, a idéia de autonomia se resumia à capacidade de todo agente econômico (as partes) se obrigar ou se vincular livremente, nos termos em que decidir. Essa possibilidade se construiu em torno da idéia de que os efeitos das relações contratuais eram neutros em relação à sociedade, o que permitia afirmar, como um adágio da liberdade contratual, a relatividade dos efeitos do contrato, já que eles atingiam somente as partes contratantes. Trata-se, desse modo, de uma estrutura bipolar, não estratificada, não se concebendo que as relações contratuais produzissem efeitos em cadeia sobre toda a esfera econômica. Nas palavras de Darcy Bessone, "quem estuda as conseqüências últimas do direito contratual clássico verifica que ele permite ao patrão reduzir à miséria o operário; ao proprietário expulsá-lo, com a sua família, mesmo quando não encontre nenhum asilo; ao negociante ou ao usuário explorá-lo, sem que a lei o ampare. Tudo isso, porque a maior parte das disposições relativas aos contratos constitui a expressão histórica do domínio das classes que possuem e a conseqüência necessária da organização atual da propriedade" (BESSONE, Darcy. *Do Contrato. Teoria Geral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 33). Reveladora da evolução do direito contratual nesse âmbito é a substituição da noção de autonomia da vontade por autonomia privada. Ela é designada por um fato objetivo, vale dizer o poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites traçados pela ordem jurídica, de auto-regular os seus

6 MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais...* *Op. cit.*, p. 189.

7 POLANYI, Karl. *L'Economie...* *Op. cit.*, p. 250.

lei entre as partes (*pacta sunt servanda*) e dos efeitos relativos do contrato¹¹. As limitações externas vinculadas ao interesse público circunscrevem-se a questões relativas à moral e aos bons costumes. Nesse contexto, como resultante da livre apreciação dos interesses pelos próprios contratantes, o contrato era sempre justo e o equilíbrio das prestações deveria ser presumido¹².

A primeira manifestação do dirigismo contratual aparece quando a noção de autonomia privada substitui a de autonomia da vontade, em conseqüência da revisão das concepções voluntaristas do negócio jurídico. A tese voluntarista afirmava que a vontade era um aspecto fundamental que não se pode modificar, pois é autônoma. De outro lado, pode-se advertir que a vontade não é um fenômeno real, porque desde sua conformação está impregnada de regulações jurídicas que lhe conferem sentido. Essas normas modificam, desde o início, a autonomia pressuposta e são também intervencionistas¹³.

Essa afirmação demonstra que a autonomia da vontade sofreu seus maiores abalos quando da submissão da disciplina contratual às normas jurídicas, antes mesmo do processo de dirigismo contratual mais explícito. Aliás, pode-se afirmar que o dirigismo é um produto da própria supremacia da lei sobre a vontade. Os contratos só seriam válidos e gerariam efeitos jurídicos se estivessem conforme a ordem jurídica vigente, que passa a ser fonte da obrigação.

Muito ilustrativo dessa evolução na teoria dos contratos é o estudo de Max Weber, cuja análise sobre os contratos compõe o capítulo sobre os modos de cria-

ção de direitos subjetivos da sua sociologia do direito¹⁴. Ao sediar suas preocupações na relação entre a evolução das trocas econômicas e a transformação do direito dos contratos¹⁵, Weber descreve como o direito contratual evoluiu justamente para garantir a manutenção do contrato como principal instrumento de circulação de riquezas na ordem de produção capitalista¹⁶.

A partir desse pressuposto, Weber assenta a idéia de que todo direito subjetivo é uma fonte de poder, concedido por uma disposição jurídica. Quando autorizam a ampliação de modo qualitativo da esfera de liberdade do indivíduo, essas disposições são de especial importância para o desenvolvimento da ordem econômica. Elas deixam aos indivíduos a possibilidade, dentro de determinados limites, de promoverem acordos. O âmbito em que o livre-arbítrio é permitido por uma ordem jurídica é o domínio do princípio da liberdade de contrato. A extensão dessa liberdade, ou seja, dos conteúdos de acordos jurídicos garantidos como válidos pelo poder coativo, é naturalmente função de um processo de ampliação do mercado¹⁷. Com ele, as trocas aumentam e se diversificam¹⁸.

No entanto, Weber ressalva que, em nenhuma ordem jurídica, a liberdade de contrato é de tal modo ilimitada a ponto de o direito garantir acordos de qualquer conteúdo.

interesses, estabelecendo certos efeitos aos negócios que pactuam, pela fonte de onde derivam certos direitos e obrigações, ou, ainda, pelas normas criadas pela autonomia privada, as quais têm conteúdo próprio, determinado pelas normas estatais (heterônomas, legais ou jurisdicionais) que as limitam, subtraindo ao poder privado autônomo certas matérias, certos grupos de relações, reservadas à regulação pelo Estado (MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Taxis: A Boa-fé nas Relações de Consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 614-615). Essa evolução permitiu que não mais se compreendesse, em matéria de autonomia contratual, os limites ou restrições como algo externo e excepcional, o que significaria, ainda, vincular a liberdade contratual à vontade enquanto fonte justificativa de sua atuação. Pensava-se, assim, que a autonomia privada estaria fundada no ordenamento, no direito objetivo. Este, para garantir o útil e justo exercício da autonomia, impõe condições que compõem o regime e o conteúdo dos negócios jurídicos (GHESTIN, Jacques. *L'Utile et le Juste dans les Contrats*. In: *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 26, Paris: Sirey, 1981, p. 39-40).

11 Sobre o tema, ver AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado, Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento, Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual. In: *Revista dos Tribunais*, nº 750, São Paulo: Abr. 1998, p. 113-120.

12 BESSONE, Darcy. *Do Contrato... Op. cit.*, p. 25.

13 LORENZETTI, Ricardo. Analisis Crítico de la Autonomia Privada Contractual. In: *Revista de Direito do Consumidor*, nº 14, abr./jun. 1995, p. 6.

14 WEBER, Max. *Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Para ele, a idéia de contrato pode associar-se a três dimensões: como troca econômica; como conjunto de normas jurídicas que presidem a regulação dessa troca; além do pensamento jurídico que trata o contrato como um conceito e estabelece as ligações lógicas com outras noções de uma dada ordem jurídica (BELLEY, Jean Guy. Max Weber et la Théorie du Droit des Contrats. In: LASCOLUMES, Pierre (org.). *Actualité de Max Weber pour la Sociologie du Droit*. Paris: LGDJ, 1995, p. 222).

15 Essa análise é possível em razão dos fenômenos de racionalização formal e de estatização da regulação jurídica, quando se clarifica a separação entre o fato social e o direito, permitindo que Weber apresente o contrato como algo externo à troca econômica. O fato social e econômico da troca se desdobra em um valor especificamente jurídico porque o direito dos contratos se desenvolveu de forma autônoma, sendo que as regras produzidas podem, dessa forma, influenciar de um modo ou de outro o comportamento dos agentes no mercado. Os contratantes sabem o que deve ser feito para conferir valor jurídico à sua troca, tirando proveito das vantagens oferecidas pela ordem jurídica estatal (*Ibid.*, p. 223).

16 O próprio papel do Estado já é delimitado em face desse objetivo: "a fusão de todas as demais associações que são portadoras de uma criação de direito numa única instituição estatal coativa, que reivindica para si a condição de fonte de todo o direito legítimo, manifesta-se de forma característica na maneira como o direito se coloca a serviço dos interesses dos que têm a ver com ele, especialmente a serviço dos interesses econômicos" (WEBER, Max. *Economia... Op. cit.*, p. 14). Indo ao cerne da questão e se aproximando de uma análise marxista, Weber afirma que quem tem, de fato, poder de disposição sobre uma coisa, obtém segurança de que a promessa seja cumprida. Estas são as relações mais elementares entre o direito e a economia.

17 Na situação de ampliação progressiva do mercado, a influência decisiva vem, em primeiro lugar e, sobretudo, dos interessados no mercado, que determinam a forma dos acordos jurídicos que o direito regula mediante disposições autorizadoras (*Ibid.*, p. 16).

18 *Ibid.*, p. 15.

A idéia de não neutralidade do direito e de sua função constitutiva (e não apenas declaratória) da liberdade contratual levou Weber a concluir que a situação de ampla liberdade de contrato nem sempre existiu¹⁹. Para ele, a peculiaridade do direito privado moderno, em oposição à situação histórica anterior, está na importância muito maior do acordo jurídico, especialmente do contrato como fonte de pretensões garantidas pela coação jurídica. Essa situação é tão característica que a forma atual de relação associativa pode ser até chamar de sociedade dos contratos²⁰.

Trata-se de uma nova forma de aquisição de direitos baseada no contrato-função que substitui o *status* como fundamento da alocação de poder e renda²¹. Weber via a superação dessa ordem baseada no *status*²² como produto da conjun-

ção da crescente subordinação de todas as pessoas e situações individuais a uma instituição que se baseia no princípio na igualdade jurídica formal – o Estado. Este, por sua vez, é obra de duas grandes forças racionalizadoras: a expansão do mercado, por um lado, e a burocratização da ação como órgão das comunidades consensuais, por outro. O direito, nesse contexto, não é mais produto da criação individual, mas de uma autonomia formalmente acessível a todos²³.

A idéia de tipificação dos contratos e de sua funcionalidade também foi antecipada por Weber ao mencionar que as limitações à liberdade de contrato, mediante disposições autorizadoras especiais, são determinadas por meras considerações de conveniência. Em regra, as partes não cogitariam regulamentar expressamente todos os pontos possíveis relevantes. Além disso, seria cômodo poder orientar-se por tipos provados e, sobretudo, conhecidos. Sem estes, afirma Weber, a prática jurídica moderna seria impossível²⁴.

O pensamento weberiano respalda o argumento que pretendemos construir. Primeiramente, é preciso rechaçar a idéia de que o desenvolvimento das relações organizadas juridicamente na forma de contratos, e do próprio direito em direção à liberdade de contrato, signifique o arrefecimento da atuação esta-

19 Como aponta Enzo Roppo, essa análise permite historicizar a idéia de contrato e, por outro lado, compreender a idéia de fuga ao contrato, ou contratualização, no sentido de tornar o contrato o instrumento primordial de circulação da riqueza. A historicidade se afirma ainda mais quando se percebe que a disciplina jurídica dos contratos “corresponde instrumentalmente à realização de objetivos e interesses valorados consoante as opções políticas e, por isso mesmo, contingencialmente e historicamente mutáveis, daí resulta que o próprio modo de ser e de se conformar do contrato como instituto jurídico, não pode deixar de sofrer a influência decisiva do tipo de organização político-social a cada momento afirmada” (*O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 20-24).

20 WEBER, Max. *Economia... Op. cit.*, p. 16.

21 Tal transformação não só acompanha, mas também depende, da passagem de um regime social de pluralismo jurídico para um regime estatal. Como aponta Jean Guy Bellel, o *status* não podia responder às necessidades do mercado. Era um ato jurídico solene, cheio de significações mágicas, pelo qual o indivíduo se vinculava a um grupo ou se incorporava a uma relação interpessoal totalizadora a ponto de ter sua personalidade jurídica alterada qualitativamente. Enquanto o contrato-função se apresenta como um ato pelo qual o indivíduo se aventura fora do seu grupo, o *status* é, ao contrário, um ato de adesão a uma coletividade ou um modo solene pelo qual se cria uma relação constituída para longa duração. Weber demonstra que a noção de contrato-função correspondia às exigências do mercado e ocupava um lugar cada vez mais central no pensamento jurídico moderno em razão da extensão da esfera de trocas econômicas exteriores às comunidades (Max Weber et la Théorie... *Op. cit.*, p. 231). As relações jurídicas com base no *status* são chamadas por Weber de contratos de *status*, em oposição aos contratos de troca de bens, isto é, específicos da comunidade de mercado, que são denominados contratos funcionais. Os contratos funcionais servem apenas para produzir determinados atos ou efeitos concretos, quase sempre econômicos, deixando intocado o *status* das pessoas participantes, isto é, que não dão origem, nestas pessoas, a novas qualidades de companheiro. Originalmente, a troca era um fenômeno de massa, tipicamente regulamentado na área não-econômica: troca de mulheres entre clãs exógamos, por exemplo. Uma autêntica construção jurídica de caráter formalista somente começa a se ligar à troca com o desenvolvimento da função monetária de determinados bens, nascendo, assim, o ato de compra. Naturalmente, encontramos em todos os direitos, em todos os tempos, normas especiais vinculadas a condições técnicas e econômicas. Mas os direitos especiais decorrentes do *status* eram de outra natureza. O fundamento da vigência desse tipo de direito especial não eram as qualidades econômicas ou técnicas, mas qualidades estamentais de pessoas, isto é, qualidades determinadas pelo nascimento, pela condução da vida, ou pela pertinência a uma associação. Eram, portanto, qualidades individuais de pessoas e relações inerentes a coisas individuais que se encontravam nessa situação jurídica especial. Neste caso, praticamente coincidiam o direito subjetivo e a norma objetiva: o individualmente privilegiado pode reclamar, como direito subjetivo dele, ser tratado segundo a disposição objetiva que lhe corresponde. Nesse contexto, todo direito aparece como privilégio de pessoas ou coisas individuais (WEBER, Max. *Economia... Op. cit.*, p. 16 e ss.).

22 Henry Maine desenvolveu essa perspectiva do ponto de vista histórico, chegando a uma fundamentação jurídico-institucional para a relação entre contrato e *status*. Ele resume todo processo

de desenvolvimento das sociedades humanas como se fosse a transição do *status* ao contrato. Como aponta Enzo Roppo, “com essa fórmula quer-se exprimir a idéia de que enquanto nas sociedades antigas as relações entre os homens eram determinadas em larga escala pela pertença de cada qual a uma comunidade ou categoria de ordem ou grupo e pela posição ocupada nessa comunidade, na sociedade moderna, as relações são o fruto de uma escolha livre dos próprios interessados, da sua iniciativa individual e de sua vontade autônoma, que encontra precisamente no contrato o seu símbolo e o seu instrumento de atuação” (*O Contrato... Op. cit.*, p. 26).

23 As forças motrizes decisivas dessa mudança nas formas técnicas de criação de direito eram: politicamente, a necessidade de poder por parte dos regentes e funcionários de um Estado cada vez mais forte; e economicamente, os interesses daqueles que ambicionavam poder no mercado, isto é, dos privilegiados em virtude de sua propriedade. Nessa dimensão, o direito surgiria da luta formalmente “livre” de preços e de concorrência no mercado, na medida em que a “autorização” geral, correspondente a uma igualdade jurídica geral, de que “qualquer um, sem considerações pessoais” possa fundar uma sociedade ou realizar contratos, significa, naturalmente, a criação de uma espécie de autonomia efetiva das classes possuidoras como tais, já que somente elas podem fazer uso dessa autorização. Como afirma Weber, “essa autonomia amorfa merece seu nome apenas em sentido figurativo, pois o conceito de autonomia, para não carecer de toda precisão, está ligado à existência de um círculo de pessoas, delimitável mediante determinadas características, e que, em virtude de um consenso ou de um estatuto, está sujeito a um direito especial que, em princípio, ele mesmo pode modificar” (*Economia... Op. cit.*, p. 40).

24 Mas há ainda, segundo Weber, uma outra dimensão das limitações à liberdade contratual muito mais fundamental, que aplaca diretamente as concepções clássicas do contrato, ao envolver a tutela dos interesses de terceiros: “em certos casos, a regulamentação por meio de normas autorizadoras ultrapassa, necessariamente, a esfera da simples delimitação do espaço de liberdade individual das partes, pois os acordos jurídicos permitidos incluem, geralmente, a autorização, em favor dos interessados, de também envolver terceiros, não-participantes no respectivo ato. Em algum grau e sentido, quase todo acordo jurídico entre duas pessoas influi sobre as relações com um número indeterminado de terceiros, por modificar a forma de distribuição dos poderes de disposição juridicamente garantidos” (*Ibid.*, p. 28).

tal e o conseqüente acréscimo de liberdade individual²⁵. Em segundo lugar, é preciso compreender que as faculdades concedidas são funcionalizadas em razão de uma ordem econômica de mercado, pela qual se cria a possibilidade de usar a propriedade de bens, como meio para adquirir poder sobre outras pessoas sem encontrar barreiras jurídicas²⁶.

Ainda que o próprio Weber admita que a submissão dos contratos a uma ordem jurídica já embutia uma mudança qualitativa em relação aos limites impostos aos particulares, a idéia de autonomia privada foi assimilada como herdeira dos pressupostos da autonomia da vontade. Mesmo limitada pelas regulações estatais, a liberdade de contratar foi instituída como fundamento das relações econômicas, sendo que os limites a essa liberdade eram concebidos como exclusivamente negativos, fornecendo, quando muito, fronteiras à ação dos contratantes²⁷.

A autonomia privada, como renovação da autonomia da vontade, se estabelecia como uma idéia balizadora das relações contratuais. No entanto, ao submeter-se ao ordenamento jurídico, perdeu relevo como fonte única de constituição

de relações contratuais. Além dela, a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*)²⁸ e os efeitos relativos dos contratos também foram mitigados enquanto normas, devido à necessidade de harmonização entre a autonomia/liberdade individual e os interesses públicos, que surgiam com a sociedade industrial²⁹.

Com o desenvolvimento da ordem de produção capitalista e do dirigismo econômico, a relação entre contrato e interesse público ganhou em complexidade, e a teoria do contrato sofreu esses influxos. Ocorre, então, um alargamento da noção de ordem pública, que passa a integrar e levar em conta aspectos econômicos e sociais. A liberdade e igualdade são apreendidas num novo contexto, em que se retira o caráter eminentemente formal dessas noções. Passa-se entender que, para a conclusão livre de um contrato, era necessário repartir de forma eqüitativa a liberdade entre os contratantes³⁰. Verifica-se uma mudança qualitativa sensível, já que a ordem jurídica não se constituía mais em mero limite negativo da ação particular, passando a integrar, ou até a submeter a vontade dos contratantes, em alguns casos. A ordem jurídica configura-se, desse modo, como limite positivo³¹ à ação privada, ganhando corpo o fenômeno chamado de dirigismo contratual.

25 Seguindo ainda as lições de Weber: "embora a possibilidade de entrar em relações contratuais com outras pessoas, relações cujo conteúdo pode ser determinado individualmente, e também a possibilidade de fazer à vontade uso de um número crescente de esquema que o direito põe à disposição para a criação de relações associativas seja ampla, isto não quer dizer que tenha havido como resultado prático a ampliação da liberdade individual na determinação das condições da própria condução da vida, até porque nem os esquemas contratuais permitidos, nem a autorização formal de criar à vontade conteúdos contratuais garantem que essas possibilidades formais, de fato, sejam acessíveis a todos". Continuando, ele exemplifica: "o direito formal de o trabalhador de fechar um contrato de trabalho com conteúdo qualquer com qualquer empresário, não significa, para quem procura um emprego, a menor liberdade de fixar as próprias condições de trabalho e não lhe garante nenhuma influência sobre elas" (*Ibid.*, p. 64; 65).

26 Os interessados em adquirir poder no mercado são os interessados em tal ordem jurídica. Principalmente no interesse deles, ocorre o estabelecimento de "disposições jurídicas autorizadoras", que criam esquemas de acordos válidos, aos quais, apesar da liberdade formal de todos para fazer uso deles, têm acesso somente os donos de propriedades e que, portanto, fortalecem somente a autonomia e a posição de poder destes, e de mais ninguém (*Ibid.*, p. 65). Com isso, conclui Weber, "o desaparecimento de todos os conteúdos sentimentais, normalmente inerentes às relações autoritárias, não impede que o caráter da coação continue existindo e eventualmente se intensifique, de modo que uma ordem jurídica, por maior que sejam os 'direitos de liberdade' e de 'autorizações' por ela garantidos e oferecidos, e por menor que seja nela o número de normas imperativas e proibitivas, pode servir, em seu efeito prático, para intensificar consideravelmente, em sentido quantitativo e qualitativo, não apenas a coação em geral, como também o caráter autoritário dos poderes coativos. Isso porque quanto mais complexas se tornam as formações cuja existência se fundamenta de maneira específica em 'disciplina', tanto maior pode ser, dentro delas, em certas circunstâncias, a falta de consideração no exercício da coação e tanto menor fica o círculo daqueles em cujas mãos se concentra o poder, garantido pela ordem jurídica, de exercer coação jurídica contra outros" (*Ibid.*, p. 67). Nessa perspectiva, o contrato não se reduz a um instrumento técnico-jurídico da circulação dos bens. Ele tem um significado muito mais geral, é o símbolo de uma ordem social, seu modelo (ROPPPO, Enzo. *O Contrato... Op. cit.*, p. 29).

27 Os limites positivos eram raramente admitidos. Não se podia vincular a liberdade contratual a obrigações voltadas para estipulação de um contrato ou com um sujeito específico, por um certo preço ou em determinadas condições. Essas estipulações eram vistas como uma tentativa de restabelecimento do status e de restrição do poder contratual dos homens livres (*Ibid.*, p. 34).

28 O princípio do *pacta sunt servanda*, indica que, embora impere a liberdade de contratar, a partir da manifestação plena da vontade, ou seja, da constituição do vínculo, os contratos passam a ter força obrigatória. Os contratos são intangíveis, devendo ser cumpridos fielmente. Trata-se de uma manifestação do princípio da segurança jurídica, sempre instrumental para o desenvolvimento das relações econômicas no capitalismo, tendo no Estado sua principal fonte de proteção. O princípio do *pacta sunt servanda* se soma à liberdade contratual. Essa união apresentava uma significativa funcionalidade econômica, como vimos a partir das considerações de Max Weber.

29 O surgimento da sociedade industrial tornou as relações econômicas cada vez mais complexas e encadeadas. As relações contratuais, de um lado tornam-se mais instantâneas, como no caso das relações de consumo, e, de outro, cada vez mais permanentes, como nas relações que se dão ao longo de uma cadeia produtiva. Na primeira situação, surgiram contratos padronizados e de adesão, em que o âmbito de liberdade se circunscrevia à decisão de contratar. As cláusulas contratuais eram imunes às ingerências da outra parte, atenuando sensivelmente a idéia de autonomia. Enzo Roppo define essas mudanças como decorrentes de um processo de objetivação dos contratos. Trata-se da redução do papel e da importância da vontade dos contratantes, entendida como momento psicológico da iniciativa contratual. A conservação de um elemento de personalidade muito forte nas relações contratuais não se harmonizava com o surgimento da moderna economia de massa, caracterizada pela crescente standardização e impessoalidade, que criam relações econômicas a partir do contato social (*O Contrato... Op. cit.*, p. 298; 299). Na segunda situação, a execução contratual diferida no tempo provocou a atenuação da força obrigatória dos contratos. Esses devem ser adaptáveis às alterações do ambiente econômico e social, sob pena de tornarem-se inexequíveis. Nos dois casos, põe-se em cheque também a idéia de efeitos relativos dos contratos, segundo a qual imaginava-se a circunscrição das conseqüências da relação contratual apenas às partes. As regulamentações estatais passam a regular os efeitos dos contratos sobre terceiros e a sujeitá-los a regras mais precisas quanto às nulidades e às proibições de contratação (BITTAR, Carlos Alberto. O Dirigismo Econômico e o Direito Contratual. In: *Revista dos Tribunais*, nº 526, ago. 1979, p. 27).

30 BESSONE, Darcy. *Do Contrato... Op. cit.*, p. 34.

31 A idéia de limitações positivas é assinalada por Orlando Gomes quando defende que o direito das obrigações orienta-se modernamente no sentido de realizar melhor o equilíbrio social, imbuindo seus preceitos, não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, mas também de sobrepor o interesse coletivo aos individuais de cunho meramente egoístico. Como

O dirigismo contratual surge como uma decorrência lógica do dirigismo econômico e, ao limitar a força obrigatória dos contratos e atenuar os seus efeitos relativos, contribui para que as relações contratuais não acentuem desigualdades materiais decorrentes das situações de desequilíbrio típicas de determinadas relações econômicas, como a de consumo ou a de trabalho³². Ele gera efeitos tanto sobre os princípios gerais que governam obrigações e contratos edificados à época do liberalismo, como sobre a própria contratação, compreendendo a formação, a consumação e a execução dos contratos³³. Assim, as relações contratuais privadas passaram a ser permeadas por uma série de novas regras como: as obrigações de informar e de motivar as decisões, os mecanismos de reequilíbrio das relações de poder nos contratos e o aumento do intervencionismo estatal, além das formas de controle dos comportamentos derivadas do princípio da boa-fé e da contenção do abuso de poder.

Tais princípios são vistos como as coordenadas centrais da estrutura jurídica, fazendo com que as normas contratuais se adequem a eles, na medida em que realizam o acoplamento entre a ordem jurídica e a ordem macro-social. A partir dessa perspectiva, Ricardo Lorenzetti identifica o estabelecimento de uma ordem pública de coordenação e de direção que visam conduzir as relações econômicas à produção de um efeito jurídico determinado, que é, segundo o autor, garantir o acesso ao consentimento pleno e situar as partes em condições de igualdade material de expressão³⁴.

Apenas os princípios e as regras decorrentes da ordem pública de direção são responsáveis por atingir diretamente efeitos distributivos. As ordens públicas de proteção e coordenação se manifestam como garantias processuais fundantes de uma ordem normativa que não lhes atribui o condão de garantir, pela via contratual, uma sociedade mais justa do ponto de vista material. E é exatamente por meio das ordens de proteção e coordenação que o equilíbrio contratual surge como forma de introduzir a cooperação no âmbito dos contratos.

4.1.2. SOLIDARIEDADE, COOPERAÇÃO E EQUILÍBRIO NA TEORIA DOS CONTRATOS

A evolução do dirigismo contratual provocou mudanças nas regras limitativas da liberdade contratual. Posteriormente, a intensificação dessas intervenções permitiu o surgimento ou, em alguns casos, a remodelação de princípios que impulsionaram alterações qualitativas na disciplina das relações contratuais. Isso se explica, de um lado, pelo fato de a integração do contrato ao interesse público se fazer de maneira dogmática e substancial, por meio da hierarquia de valores e interesses e, de outro, pela estreita ligação entre a teoria dos contratos e uma determinada ordem de produção, num momento em que o Estado não era mais ator coadjuvante³⁵.

afirma Gomes, as restrições à autonomia da vontade culminaram na restauração em maior amplitude da regra da equivalência das prestações, expressão da justiça comutativa, com a determinação de conteúdo de vários contratos, com o surgimento de regras que impunham a contratação ou a escolha da pessoa a ser contratada. Todo esse movimento de decadência do voluntarismo jurídico levou a uma reconceitualização do negócio jurídico, em torno não mais do dogma da vontade, mas sim da idéia de autonomia privada. Tratadas geralmente como sinônimos, a autonomia privada na verdade supõe uma concessão da ordem jurídica, uma reconceitualização também do direito subjetivo que passa a significar a permissão para o exercício de faculdades. A função dos fins almejados pelos particulares passa a ser também objeto de regulação pública que pode ou não considerá-la digna de tutela, caso em que ignora o negócio, ou reputá-la como socialmente transcendente e digna de proteção, caso em que a reconhece, ou, enfim, estimá-la como reprovável, caso em combate o negócio jurídico. Segundo Gomes, a teoria que conceitua o negócio jurídico como instrumento da autonomia privada impregna-se de sentido social, ao abandonar o dogma da vontade e ao possibilitar que o Estado regulamente as relações privadas seja para limitar a concentração de capitais e promover a justiça social. O comportamento dos indivíduos é balizado e até vinculado aos regulamentos, não só efetivado na prática do ato, mas também pela ordem jurídica (GOMES, Orlando. *Contratos. Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 01; 03; 06; 44; 47).

32 WALINE, Jean. *La Théorie Générale du Contrat en Droit Civil et en Droit Administratif*. In: GOBEAUX, Gilles et al (org.). *Études offertes à Jacques Ghestin. Le Contrat au Début du XXI Siècle*. Paris: LGDF, 2001, p. 971.

33 BITTAR, Carlos Alberto. *O Dirigismo...* *Op. cit.*, p. 26.

34 Analisis Crítico... *Op. cit.*, p. 11. Trata-se, na verdade, da conformação de um direito civil constitucionalizado que garanta a regulação geral da ordem econômica por meio de garantias

processuais, são elas: (i) garantia subjetiva processual ao consentimento pleno: relaciona-se ao controle comportamental, evitando os vícios de consentimento como o erro, o dolo e a lesão. Visa modificar a vontade real e dar prevalência à declaração, ao legislador interessa cada vez mais os dados objetivos, não as intenções, mas as condutas; (ii) garantia grupal processual de consentimento pleno: trata-se da ordem pública de proteção, se refere ao entorno, às condições econômicas e sociais que instituem uma desigualdade não apenas para um sujeito, mas para uma classe deles – consumidores, locatários, trabalhadores, etc... Nesse caso, ainda que não haja nenhum vício de consentimento que desequilibre a relação, a desigualdade econômica é estrutural e impulsiona uma relação de adesão. É necessário, desse modo, a proteção, também processual, da parte mais fraca. Assim, por decorrer de uma situação estrutural, a intervenção tende a ser permanente e não pretende assegurar igualdade material, mas apenas de oportunidades, para que as partes possam expressar seu consentimento sem interferência das distâncias econômicas e sociais. (iii) garantia a uma ordem pública de coordenação: aqui, o consentimento já foi expresso, trata-se então de controlar sua licitude, sua adequação aos valores essenciais do ordenamento jurídico, ou seja, coordenar a autonomia privada com os valores coletivos, garantindo assim a licitude do objeto e da causa do contrato. Refere-se a princípios mínimos relacionados à pessoa, atributos, moral e bons costumes, à liberdade de comércio, religião, etc... Apresentava-se de forma negativa, proibindo condutas, mas atualmente também passa a fazer exigências lastreadas no princípio de sociabilidade visando ao comportamento diligente das partes e ao exercício regular do direito. (iv) garantia a uma ordem pública de direção: aqui, há a exigência de cumprimento de objetivos econômicos e sociais, aproximando o contrato do planejamento. Torna-se relevante a justiça distributiva e os efeitos sobre terceiros, não importando tanto as partes. O contrato é que deve se amoldar aos objetivos da ordem econômica constitucional. Não prevalece mais a dimensão processual da ordem de proteção que visa à realização da justiça comutativa. (*Ibid.*, p. 13 e ss).

35 MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Contratos...* *Op. cit.*, p. 49. Com isso, não se quer afirmar a eliminação dos princípios da teoria clássica dos contratos, mas a sua convivência – frequentemente conflitiva, é bom ressaltar – com os novos princípios que dinamizam e organi-

Para analisar esse processo, vale a pena recorrer a mais um clássico da sociologia do direito responsável pela teorização dos contratos como fonte de solidariedade social e cooperação. Trata-se de Émile Durkheim que, em sua obra *Da Divisão do Trabalho Social*³⁶, expõe os fundamentos da vida em sociedade e o papel dos contratos.

Durkheim rejeita a concepção de Spencer³⁷ de que as sociedades teriam por base única o vasto sistema de contratos particulares que ligam os indivíduos entre si. Para ele, se dessa maneira se procedessem as relações sociais, os indivíduos só dependeriam uns dos outros na medida assinalada pelas convenções privadas e livremente estabelecidas. A solidariedade social não seria, pois, outra coisa que o acordo espontâneo dos interesses individuais, acordo de que todos os contratos seriam expressão natural. O modelo de relação social seria a relação econômica, desembaraçada de toda a regulamentação e tal como resulta da iniciativa inteiramente livre das partes. Segundo essa concepção, “a sociedade não seria mais que a colocação em relação indivíduos que trocam os produtos de seu trabalho e sem que nenhuma ação propriamente social venha regular essa troca”³⁸.

zam a vida do contrato. Alguns autores preferem relacionar esse processo a uma concepção de substituição de princípios e de crise da teoria clássica. É o caso de Christophe Jamin. Para ele, há uma crise do contrato associada à sua concepção individualista e liberal que perdeu espaço para a contextualização dos contratos nas redes de relações que criam laços de solidariedade entre os indivíduos. Há uma ruptura com o voluntarismo que se abre em duas vertentes. A primeira é de tipo instrumental e se refere à relação entre a lei e o contrato. A lei não é mais o complemento útil de convenções particulares, mas se torna norma fundamental. A segunda diz respeito ao fato de a lei ser a expressão do “social”. O contrato não é o ato de domínio de uma vontade criadora de um direito, mas um processo de adaptação de vontades privadas à utilização de esforços comuns, para a satisfação de interesses individuais recíprocos, ou seja, é o fim social que determina a solidariedade jurídica, e não a fantasia individual que cada um crê, que deve ser utilizada na interpretação do contrato (Quelle Nouvelle Crise du Contrat? In: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis. *La Nouvelle Crise du Contrat*. Paris: Dalloz, 2003). Como aponta Darcy Bessone, “se a lei não exige que o contrato seja preparado por uma livre discussão de suas cláusulas e se contenta com o consentimento livre na sua conclusão, a regulamentação não exclui o contrato, nem altera seu conceito” (*Do Contrato... Op. cit.*, p. 33). Preferimos adotar aqui a concepção defendida por Junqueira de Azevedo, para quem esses novos princípios alimentam o surgimento de um ambiente de “complexidade contratual”, na medida em que os princípios da teoria clássica dos contratos não foram abolidos, mas somados aos novos princípios de boa-fé objetiva, equilíbrio contratual e função social do contrato (*Princípios... Op. cit.*, p. 113-120).

36 DURKHEIM, Émile. *Da Divisão do Trabalho Social*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

37 Para Spencer, afirma Durkheim, como a solidariedade é espontânea, não é necessário nenhum aparelho coercitivo nem para produzi-la, nem para mantê-la. Portanto a sociedade não precisa intervir para garantir uma colaboração que se estabelece sozinha. Nessa perspectiva, a esfera da ação social vai, pois, se estreitando cada vez mais, porque já não tem outro objetivo além de impedir que os indivíduos se intrometam nos assuntos alheios e se prejudicam reciprocamente – isto é, ela é apenas negativamente reguladora. Nessas condições e contexto, o único vínculo que permanece entre os homens é a troca absolutamente livre viabilizada por meio do contrato (*Ibid.*, p. 186).

38 *Ibid.*, p. 189. Durkheim duvidava que tal modelo de relações econômicas seria característica distintiva das sociedades cuja unidade é produzida pela divisão do trabalho. Se assim fosse, segundo ele, poderíamos duvidar da sua estabilidade e explica: “Porque, se o interesse

Durkheim utiliza o direito para demonstrar que a natureza da solidariedade social não está nas relações de trocas contratuais. Para ele, é o direito o instrumento pelo qual se exerce essencialmente a ação social, já que as obrigações que a sociedade impõe a seus membros, por menor que sejam sua importância e duração, assumem uma forma jurídica. Por conseguinte, as dimensões relativas desse instrumento permitem que se meça com exatidão a extensão da ação social. Sua tese era comprovada pelo momento histórico vivenciado, na medida em que as regulações jurídicas estavam se ampliando, qualitativamente inclusive, com o direito repressivo perdendo espaço para o direito restitutivo. A intervenção social não tem mais como efeito impor indiscriminadamente certas práticas uniformes. Consiste muito mais em definir e regular as relações especiais das diferentes funções sociais³⁹.

Esse direito restitutivo invadiu o mundo dos contratos. Ao assinalar ao cidadão o objetivo que deve perseguir, ou se ocupar dos meios que esse cidadão emprega para alcançar o objetivo de sua escolha, esse direito resolveria, a propósito de cada relação jurídica, as questões vinculadas às condições e às formas pelas quais a relação normalmente existe e as obrigações que ela acarreta. A determinação da forma e das condições é essencialmente positiva, pois obriga o indivíduo a observar determinado procedimento para chegar a seu fim⁴⁰.

aproxima os homens, nunca o faz mais que por alguns instantes e só pode criar entre eles um vínculo exterior. No fato da troca, os diversos agentes permanecem exteriores uns aos outros e, uma vez terminada a operação, cada um se reencontra e se reaproxima de si por inteiro. As consciências são postas apenas superficialmente em contato: nem se penetram, nem aderem fortemente umas às outras. Se olharmos as coisas a fundo, veremos que toda harmonia de interesses encerra um conflito latente ou simplesmente adiado. Porque, onde o interesse reina sozinho, como nada vem refrear os egoísmos em presença, cada um se encontra face ao outro em pé de guerra e uma trégua nesse eterno antagonismo não poderia ser de longa duração. De fato, o interesse é o que há de menos constante no mundo” (*Ibid.*, p. 189).

39 *Ibid.*, p. 191.

40 *Ibid.*, p. 192. A partir dessa constatação, Durkheim vai demonstrar que as relações não-contratuais se desenvolvem ao mesmo tempo em que as relações contratuais. A história de alguns institutos jurídicos que deixaram de ser regidos apenas contratualmente – como o casamento e a adoção, passando a se sujeitar a obrigações cada vez mais positivas, demonstram que, as obrigações domésticas assumem um caráter cada vez mais público na mesma proporção em que se tornam mais numerosas (*Ibid.*, p. 193-197). Desse contexto deriva a sua conhecida frase de que nem tudo é contratual no contrato. Para ele, onde quer que o contrato existisse, estaria submetido a uma regulamentação que é obra da sociedade e não dos particulares, e que se tornaria cada vez mais volumosa e complicada. Assim, citando disposições legais, afirma que os contratos dão origem a obrigações que não foram contratadas, na medida em que eles obrigam não apenas ao que neles está expresso, mas também a todas as consequências que a equidade, o uso ou a lei dão à obrigação, de acordo com a sua natureza (*Ibid.*, p. 199). Em suas próprias palavras: “Sem dúvida, quando os homens se unem pelo contrato, é que, em consequência da divisão do trabalho, simples ou complexa, eles necessitam uns dos outros. Mas, para que cooperem harmoniosamente, não basta que entrem em relação, nem mesmo que sintam o estado de mútua dependência em que se encontram. É necessário, além disso, que as condições dessa cooperação sejam estabelecidas para toda a duração de suas relações. É necessário que os deveres e os direitos de cada um sejam definidos, não apenas em vista da situação, tal como se apresenta no momento em que o contrato é celebrado, mas em

O direito contratual regula o que o indivíduo não pode regular, submete-o a obrigações que não contraiu, e que muitas vezes nem conhece, o que faz com que Durkheim sentencie: “cooperamos porque quisemos, mas nossa cooperação voluntária nos cria deveres que não havíamos desejado”⁴¹. É nesse sentido que, para Durkheim, o direito contratual exerce uma ação reguladora da mais alta importância, pois pré-determina o que se deve fazer ou o que se pode exigir. Nesse ponto, percebemos a grande mudança em relação ao paradigma clássico baseado no dogma da vontade, qual seja, a submissão do conteúdo dos contratos às regulações estatais que variam segundo a própria função que o contrato venha a exercer na sociedade⁴².

Uma das mudanças mais importantes ocorridas no direito contratual se refere, desse modo, à introdução de valores de bem-estar social na disciplina jurídica das relações contratuais⁴³ como parte importante das relações sociais em geral⁴⁴.

previsão das circunstâncias que podem se produzir e modificá-la. De outro modo, haveria em cada instante novos conflitos e tensões” (*Ibid.*, p. 200). Para evitar esses conflitos, seria necessário que a divisão entre os direitos fosse, de alguma forma, pré-determinada, segundo um plano pré-concebido, em que prevalecesse um meio termo entre a rivalidade dos interesses presentes e sua solidariedade (interdependência, cooperação). Como a maioria das relações é de natureza contratual, se a cada vez fosse necessário instituir novamente as lutas e negociações necessárias para se estabelecerem adequadamente todas as condições do acordo no presente e no futuro, a sociedade ficaria imobilizada. Por todas essas razões, se os indivíduos fossem ligados apenas pelos termos de contratos resultaria daí somente uma solidariedade precária. Por isso, a necessidade do direito contratual. Sem ele, não haveria solidariedade. *Ibid.*, p. 202.

41

42 Nesse sentido, para Durkheim, o contrato seria funcionalizado à manutenção do organismo social. Assim, “se, em princípio, a sociedade confere ao contrato uma força obrigatória é porque, em geral, o acordo das vontades particulares é suficiente para assegurar, sobre as reservas precedentes, o concurso harmonioso das funções sociais difusas. Mas, se ele for contra seu objetivo, se for capaz de perturbar o jogo regular dos órgãos, se não for justo, é necessário que, sendo desprovido de todo e qualquer valor social, seja destituído de toda e qualquer autoridade. O papel da sociedade não pode assim se reduzir a fazer cumprir passivamente os contratos, deve também determinar em que condições os contratos são executórios e, se for o caso, restaurá-los sob sua forma normal”. *Ibid.*, p. 203.

43 MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Contratos... Op. cit.*, p. 55 e ss.

44 Por esse caminho, a tutela das relações contratuais passa a ser circunscrita à tutela da dignidade da pessoa humana, estruturada em sede constitucional e não vinculada mais aos chamados direitos individuais. Como aponta Teresa Negreiros, “à tutela da dignidade da pessoa humana correspondem não apenas os tradicionais direitos individuais, mas igualmente os chamados ‘direitos sociais’, que reordenam as relações entre Estado e a sociedade, impondo a todos o ônus de tomar a sociedade mais justa” (*Teoria do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 19). Segundo a autora, a teoria contratual ganha novos contornos face aos princípios constitucionais da solidariedade social (art. 3º, I, CF), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e da igualdade substancial (art. 3º, III, CF). Isso faz com que, ao se admitir que a dignidade humana não é mais somente um produto automático da garantia das liberdades típicas do Estado liberal, mas também da viabilização da igualdade social, tome-se o indivíduo não mais como uma abstração, como um sujeito de direito abstrato dotado de capacidade negocial, mas sim como uma pessoa situada concretamente nas suas relações econômico-sociais. Ao situar o direito contratual como algo ínsito aos diplomas legislativos que conferem fundamento a toda a sociedade, estaríamos promovendo

É fato que essa transformação não é neutra do ponto de vista da alocação de poder e renda⁴⁵. Porém, essa visão da solidariedade social enquanto uma manifestação da vida em sociedade não implica necessariamente uma garantia objetiva de maior justiça social por meio das relações contratuais. Ela seria, na verdade, uma resposta à incompletude dos contratos, a partir da idéia de Durkheim de que nenhuma sociedade pode subsistir apenas com base em constrangimentos, pois a vida social normal supõe espontaneidade. Nesse sentido, não há sociedade que não tenha sido um pouco contratual, mas isso não significa que o contrato seja o fundamento da moral social e da convivência entre os homens. Como aponta Philippe Chénial, para Durkheim a sociedade não poderia se fundar apenas sobre o registro do interesse. Como espaço de troca, ela se definiria como uma ordem moral em que os indivíduos se ligam segundo formas variadas de solidariedade⁴⁶.

O tema da solidariedade tem a idéia de cooperação como sua contraface interna nas relações contratuais. De um lado, a solidariedade se refere a um conjunto de regras mais amplo e complexo, que envolve um certo tipo de vinculação essencial entre as partes, tornando-as articuladas e reciprocamente afetadas a partir da vinculação a uma comunidade externa à relação contratual⁴⁷. De outro, é a cooperação que mantém a relação de troca estável, recíproca, sendo condição processual de realização da primeira e designando uma relação de natureza instrumental e econômica.

Assim, o pressuposto sociológico da solidariedade fez com que ela se materializasse – internamente ao contrato – em regras de cooperação⁴⁸. Ele não

uma “substituição do centro valorativo” do direito contratual, na medida em que, no lugar do indivíduo e de sua vontade soberana, seria colocada a pessoa, sua sociabilidade e dignidade (MORAES, Maria Celina Bodin. Prefácio. In: NEGREIROS, Teresa. *Teoria... Op. cit.*).

45

LORENZETTI, Ricardo. *Análisis Crítico... Op. cit.*, p. 8. Como assevera também Franz Wieacker, “tomou-se significativo da evolução do direito privado o facto de a solidariedade social não se ter circunscrito à limitação dos direitos privados pelo direito público, mas ter também começado a insinuar-se, através da jurisprudência, na concepção das relações contratuais intersubjetivas, dos direitos patrimoniais e, sobretudo, do direito de propriedade nas suas relações com outros particulares. Também a economia social de mercado – e ela precisamente – concebe o contrato, a compensação dos prejuízos e os limites da propriedade não apenas como um confronto de interesses privados mas, ao mesmo tempo, como uma função econômica global” (*História do Direito Privado Moderno*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 719).

46

Renouer les Fils de l'Alliance: Bourgeois, Durkheim et l'Incompletude du Contrat. In: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (dir.). *La Nouvelle Crise du Contrat*. Paris: Dalloz, 2003, p. 58.

47

MACEDO Jr., Ronaldo. *Contratos... Op. cit.*, p. 175-176.

48

Denis Mazeaud, com o objetivo explícito de combater a concepção de que um direito contratual impregnado pelas idéias de lealdade, fraternidade e solidariedade seria fruto de uma visão utópica e angelical das relações econômicas e sociais, mas sem deixar de ressaltar que o contrato não se tornou ainda um *lieu de sociabilité*, já que continua um produto das relações de forças, fonte de excessos e de abusos, apresenta alguns deveres relacionados à garantia de solidariedade e cooperação. Seriam eles deveres de: (i) transparência, relacionado à obrigação pré-contratual de informação, utilizada como técnica de prevenção de riscos de desequilíbrio

tinha compromisso inicial com a geração de efeitos distributivos pela via contratual, mas primordialmente com a manutenção da sociedade e de seus meios de reprodução. Por isso, a cooperação se traduz em princípios de garantia, entre eles o do equilíbrio contratual. Este é talvez o principal produto da evolução do dirigismo contratual em direção ao chamado solidarismo contratual, substituindo a noção de autonomia privada como fundamento e regra de julgamento dos contratos. Ele não é o único. Como assinala Ricardo Lorenzetti⁴⁹, mesmo antes de se aperfeiçoar o consentimento, há obrigações de informação⁵⁰, lealdade e boa-fé objetiva⁵¹, cuja origem legal é evidente e cujo descumprimento dá origem à responsabilidade pré-

nos contratos de consumo e de distribuição, compensando as desigualdades entre as partes; (ii) decência, comportamento que deve ser observado pelo contratante mais forte durante a execução e a realização do contrato, evitando a imposição de cláusulas abusivas e a utilização desproporcionada e desproporcional dos poderes unilaterais; (iii) coerência, segundo o qual os contratantes devem manter uma certa constância nos seus comportamentos, notadamente quando esses fazem nascer uma confiança legítima na outra parte. Tal comportamento permitiria assegurar a estabilidade da relação. Os deveres apresentados acima se referem ao que o autor qualifica como deveres de sociabilidade. Há também os deveres relacionados à solidariedade, ou seja, à idéia mais ambiciosa de que o contrato deve funcionar como uma pequena sociedade, em que cada um deve trabalhar para uma finalidade comum, constituindo uma verdadeira união, são eles: (i) assistência, segundo a qual o credor deve executar o contrato da melhor forma para o devedor, abrindo mão de uma concepção egoísta; e (ii) ingerência nos negócios da outra parte. Aqui, cada contratante deve se preocupar com os interesses da outra parte como se fossem os seus próprios. (MAZEAUD, Denis. Loyauté, Solidarité, Fraternité: la Nouvelle Devise Contractuelle? In: COLLECTIF. *L'Avenir du Droit. Mélanges en Hommage à François Terré*. Paris: Dalloz, 1999, p. 604).

49 Análisis Crítico... *Op. cit.*, p. 7.

50 Os deveres de informação e de prestação de contas, em algumas circunstâncias, estão vinculados à obrigação de motivação. Ela é discutida num contexto de contratos de longa duração, em que se impõe a questão da indeterminação dos preços, da cessão, da imprevisão ou, ainda, da rescisão unilateral. Ela também pode se apresentar como um instrumento de controle comportamental, posicionando-se ao lado da boa-fé objetiva (icone do solidarismo contratual) e do abuso de direito MAGNAN, Fabre. *L'Obligation de Motivation en Droit des Contrats*. In: GOEBAUX, Gilles et al. (org.). *Études Offertes...* *Op. cit.*, p. 305).

51 Boa-fé subjetiva e objetiva se apresentam como princípios diversos. Enquanto o primeiro encerra um estado de consciência pessoal, ou seja, subjetivo, envolvendo uma análise da situação psicológica do agente, o segundo, de muito maior incidência no campo contratual, requer a submissão a deveres de conduta. Por isso, a existência de uma não pressupõe a de outra. Judith Martins-Costa enumera os deveres relativos à concretização da boa-fé objetiva no direito brasileiro, garantindo sua funcionalidade em relação ao equilíbrio e à cooperação contratual, são eles: (i) de cuidado, previdência e segurança, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; (ii) de aviso e esclarecimento, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu desideratum, ou o do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido; (iii) de informação, de exponencial relevância no âmbito das relações de consumo (CDC, art. 12, *in fin*, 14, 18, 20, 30, 31); (iv) de prestar contas, que incumbe aos gestores e mandatários; (v) de colaboração, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, pode não dificultar o pagamento do devedor; (vi) de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da outra parte, como o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; e (vii) de omissão e de segredo, como o dever de guardar sigilo sobre os atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares (A *Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 439).

contratual, além, é claro, da função social do contrato. As expectativas passam a ser reguladas e a vincular as partes, fazendo com que a distribuição dos riscos econômicos se dê de modo diferente ao da autonomia privada. Outra dimensão desse processo está na disciplina estatal dos efeitos externos do contrato, que passam a ser considerados pelas regulações públicas, exigindo-se que as partes, ou uma delas, sejam responsáveis por internalizar possíveis efeitos negativos sobre terceiros.

A importância da noção de equilíbrio como princípio contratual não decorre apenas de sua aplicabilidade prática, que não é desprezível, como veremos adiante. Farto é seu alcance jusfilosófico. Ele pode estar associado à idéia de equivalência de prestações, no sentido de igualdade de valores na troca entre o objeto recebido e a prestação fornecida, e ao critério paretiano, segundo o qual o contrato está objetivamente equilibrado, na medida em que ao menos uma das partes vê sua riqueza aumentar, sem que a situação da outra seja alterada. A partir da constatação das limitações desses dois critérios – no primeiro caso, pela dificuldade de se definir a noção de valor e de se avaliar prestações de natureza diferentes e, no segundo, por se basear irrestritamente numa suposta racionalidade maximizadora dos agentes que não existe na prática – são propostos alguns critérios que se complementam e compõem o princípio jurídico do equilíbrio contratual, que influenciou decisivamente a interpretação dos contratos⁵².

Laurence Fin-Linger cita inicialmente o critério da reciprocidade, que se consolida quando existe uma obrigação recíproca entre as partes. Ele deve prevalecer tanto entre os elementos do conteúdo do contrato, quanto na concretização efetiva dos direitos e obrigações das partes⁵³.

Em seguida, como o fato de se destinar a mesma prerrogativa às duas partes contratantes não é condição para que haja equilíbrio, é preciso a realização do critério da comutatividade. Nesse caso, cada uma das partes se engaja a fornecer ou a fazer uma coisa que é vista como equivalente do que lhe foi dado ou fornecido. Essa definição permite considerar que o critério da comutatividade consiste na procura de uma vantagem ou de uma contrapartida qualquer, independente do seu valor⁵⁴.

Segundo Fin-Linger, os dois critérios acima descritos ainda seriam insuficientes, porque eles permitem somente obter uma noção de equilíbrio quantitativo e não qualitativo, na medida em que medem o número respectivo de direitos e obrigações das partes sem avaliar seu valor respectivo. A contrapartida

52 FIN-LINGER, Laurence. *L'Équilibre Contractuel*. Paris: LGDF, 2002, p. 202-203.

53 *Ibid.*, p. 217.

54 *Ibid.*, p. 219.

pode existir, mas ter um valor tal que torne o contrato materialmente desequilibrado. De fato, o valor dependeria da utilidade atribuída à contrapartida. Por isso, a necessidade de agregar um terceiro critério, o da equivalência, que não é outra coisa senão a igualdade de valores de troca entre duas prestações correlatas. Ao se supor um exame do valor de troca, insere-se o aspecto qualitativo. No entanto, como já mencionado, o valor envolve freqüentemente uma análise subjetiva, fundada sobre valores de uso individuais que, por sua vez, podem se modificar ao longo da vida do contrato⁵⁵.

Por essa razão, seria necessário, ainda, agregar um último critério, o da proporcionalidade. Ela poderia, num primeiro momento, apresentar-se como uma simples relação matemática entre dois elementos do contrato, definir-se como a qualidade de razoabilidade das prestações contratuais ou, por fim, indicar uma relação de conveniência, de adequação entre dois elementos, o que exige encontrar a finalidade de uma cláusula⁵⁶.

A partir da análise acima, pode se delinear o princípio jurídico do equilíbrio contratual, considerado fundamental para a compreensão da racionalidade do direito social dos contratos⁵⁷. Admite-se que “a noção de equilíbrio vira a regra de julgamento do direito social, que substitui a regra da autonomia da vontade e instaura uma nova concepção de responsabilidade. Introduce-se, assim, uma nova racionalidade jurídica que pode explicar o novo conteúdo, os novos valores contidos na concepção *welfarista* do contrato”⁵⁸.

Em contraste com que se passava no direito contratual clássico, em que sobressaía a fase de formação e manifestação da vontade de contratar, o princípio do equilíbrio como regra de julgamento incide sobre o programa contratual. Ele

serve como parâmetro para a avaliação do conteúdo e resultado do contrato, mediante a comparação das vantagens e encargos atribuídos a cada um dos contratantes. O equilíbrio contratual impede que as prestações contratuais expressem um desequilíbrio real e injustificável entre as vantagens obtidas por um e por outro dos contratantes, ou, em outras palavras, veda que se desconsidere o sinalagma contratual em seu perfil funcional⁵⁹.

Nessa observação, podemos detectar o caráter estrutural que adquire o princípio do equilíbrio contratual, principalmente nos contratos de longa duração⁶⁰. Ele se torna um componente de gestão do contrato, o qual passa a assumir uma dimensão constitucional e processual, regulando comportamentos futuros de longo prazo⁶¹. Essa face organizativa do contrato só seria possível num ambiente de cooperação, condição essencial para que o contrato conservasse uma certa continuidade, ainda que por meio, muitas vezes, da adaptação de seu conteúdo. Em outros termos, pode-se imaginar o equilíbrio como o fundamento para os processos de adaptação contratual às circunstâncias impostas pela realidade. Isso, muito mais do que o respeito absoluto ao acordo de vontades, garante a estabilidade da relação contratual. Há, aqui, uma preocupação óbvia com a manutenção do contrato como instrumento de realização das trocas econômicas cada vez mais complexas e inter-relacionadas na ordem de produção capitalista.

Todas essas aplicações e implicações do princípio do equilíbrio contratual supõem a existência de relações contratuais estabilizadas e perpetuadas no tempo. No entanto, a própria evolução da ordem de produção capitalista levou à proliferação de relações contratuais baseadas no contato, instantâneas, em que o equilíbrio não poderia ser garantido no processo de cumprimento do contrato. É o caso das relações de consumo em que a proteção do equilíbrio contratual, concretizada pelo instituto jurídico da lesão⁶², é externa à vontade das partes,

55 FIN-LANGER, Laurence. *L'Équilibre Contractuel*. Paris: LGDF, 2002, p. 202-203, p. 221.

56 *Ibid.*, p. 223.

57 MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Contratos... Op. cit.*, p. 87. De fato, o princípio do equilíbrio contratual seria inútil na ordem jurídica clássica, a não ser resumido aos seus aspectos quantitativos, ligados à idéia de equivalência formal das vontades. Quando a equivalência das liberdades entre as partes era considerada suficiente, era desnecessária a equivalência material das prestações. O princípio do equilíbrio, tal como conhecido hoje, era, assim, inadmissível num direito contratual que não admitia a revisão das convenções e concebia equivalência nos contratos como equivalência “querida” pelas partes contratantes (FIN-LANGER, Laurence. *L'Équilibre... Op. cit.*, p. 67). A inadequação da idéia de equilíbrio de prestações ao direito contratual clássico é proporcional à do princípio da autonomia da vontade ao direito social dos contratos, muito embora essa contraposição se configure muito mais no campo da teoria do direito do que no direito positivo. Como aponta Fin-Linger: “l'autonomie de la volonté ne représente qu'une construction doctrinale, et non du droit positif. Par conséquent, elle autorise d'autres réflexions sur ce droit, elle figure parmi les différentes explications possibles et n'est donc plus la seule. Si elle constituait un obstacle important à l'émergence du concept d'équilibre contractuel, elle peut désormais rendre concevable cette idée en favorisant l'apparition de nouveaux fondements et une nouvelle théorie générale du contrat” (*Ibid.*, p. 90).

58 MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Contratos... Op. cit.*, p. 88.

59 NEGREIROS, Teresa. *Teoria... Op. cit.*, p. 157-158.

60 MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Contratos... Op. cit.*, p. 87 e ss.

61 Nos contratos de longo prazo, o princípio do equilíbrio possui quatro características principais: i) designar um tipo de juízo que pondera a relação entre dois ou mais termos, de modo que o problema da equivalência supera a questão do consentimento, daí a preponderância do princípio da boa-fé; ii) ser flexível e adaptável à mudança social, tendo como exemplo a teoria da imprevisão; iii) ver a justiça como distribuição e alocação equitativa de vantagens e proveitos, sendo que em alguns contratos o equilíbrio ganha caráter mais processual e constitucional, estabelecendo-se padrões de equidade e formas de resolução de conflitos; iv) e a idéia de equilíbrio implica na idéia de escala e contrapeso, pressupondo um modo de avaliação coletivo, um princípio de equivalência, que permita a socialização do julgamento (MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Contratos... Op. cit.*, p. 81).

62 Para uma análise extensa sobre a evolução do instituto da lesão, notadamente no direito brasileiro, ver NEGREIROS, Teresa. *Teoria... Op. cit.*, p. 159 e ss. A autora demonstra, a partir da análise desse instituto como vetor do equilíbrio contratual, como ele está relacionado à proteção do contratante débil, na medida em que a lesão ocorre quando uma pessoa, sob a premente

vinculando-se a um conjunto de regras enraizadas numa política legislativa que visa proteger a parte mais fraca da relação contratual. Com isso, é desconstituída a idéia de que, preservado um contexto de igualdade formal, a liberdade contratual assegura a justiça de cada relação. Passa-se a considerar que a disparidade de condições sócio-econômicas, submersa no esquema de igualdade formal, se revela na forma de disparidade de poder contratual, produzindo contratos substancialmente injustos⁶³.

Constitui-se, assim, uma relação direta entre inferioridade decorrente da disparidade de poder negocial e desequilíbrio contratual. Emerge, com base na constatação de situações típicas de desequilíbrio, uma ordem de proteção. Nos dizeres de Ricardo Lorenzetti, trata-se de uma garantia grupal processual de consentimento pleno que, como já mencionamos, se refere ao entorno, às condições econômicas e sociais que instituem uma desigualdade não apenas de um sujeito, mas de uma classe deles – consumidores, locatários, trabalhadores, etc. Nesse caso, ainda que não haja nenhum vício de consentimento que desequilibre a relação, a desigualdade econômica é estrutural e impulsiona uma relação de adesão. É necessária, assim, a proteção também processual da parte mais fraca. Por decorrer de uma situação estrutural, a intervenção tende a ser permanente e não pretende assegurar a igualdade material, mas apenas de oportunidades, para que as partes possam expressar seu consentimento sem interferência das distâncias econômicas e sociais. Nessa ordem protetiva, há a tendência de se conferir maior relevância aos aspectos subjetivos, vinculados ao papel social que os contratantes exercem naquela relação, do que aos aspectos relacionados à essencialidade dos bens ou serviços transacionados. Ou seja, nesses casos, por mais paradoxal que possa parecer, o equilíbrio contratual não se vincula ao liame objetivo entre as prestações contratuais, mas sim, aos seus aspectos subjetivos⁶⁴.

A constatação de que – nas relações de longo prazo ou naquelas contratuais instantâneas – o princípio do equilíbrio contratual exerce um papel importante na forma pela qual o contrato influencia a alocação de poder e riqueza⁶⁵ não conduz à suposição de que essa alocação assegura efeitos distributivos imediatos e diretos.

necessidade ou por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (art. 157, Código Civil). Ou seja, circunstâncias subjetivas colocam um contratante em posição de inferioridade, que, nas relações de consumo, é presumida.

63 ROPPO, Enzo. *O Contrato... Op. cit.*, p. 38.

64 No mesmo sentido, Calixto Salomão Filho sugere que, nesses casos, é fundamental ter por base disparidades de poder das partes, realizando-se o reequilíbrio por categorias (os consumidores, por exemplo). Conclui, assim, que se trata, necessariamente, de uma política pública de reequilíbrio que deve partir de iniciativas legislativas e ter certo grau de coerência. (Função Social do Contrato: Primeiras Anotações. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 483, mai. 2004, p. 84).

65 MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos... Op. cit.*, p. 50.

Como assinala Enzo Roppo, tais transformações não alteram o fato de que o contrato continua a ter uma função na ordem capitalista que, em boa medida, ainda corresponde às expectativas e aos projetos da autonomia privada. Ou seja, manter a funcionalidade em relação às necessidades de reprodução e circulação das mercadorias com segurança continua a ser a razão de ser do contrato. E, para isso, o princípio do equilíbrio é fundamental. Não à toa, Enzo Roppo assinala que, por meio dele, realiza-se o chamado controle de funcionalidade:

“Trata-se de saber se o contratante prejudicado pelas circunstâncias que perturbam o regular desenvolvimento da operação e que perturbam sua economia deve, ainda assim, cumprir os seus compromissos contratuais, ou se pode considerar-se desvinculado (...). Aparece assim a necessidade de se decidir sobre qual dos contratantes deve incidir o risco das circunstâncias que alteram o equilíbrio econômico da operação contratual. Aqui a ordem jurídica entra em ação regulando essas relações. Não se trata aqui de controle de licitude, que persegue o interesse público diretamente, opondo-se muitas vezes à autonomia privada, o controle de funcionalidade persegue, a princípio, a tutela do interesse particular de um contratante contra o interesse do outro, inspirando-se na exigência de não alterar o originário equilíbrio econômico, não numa lógica de conflito, mas de substancial garantia da autonomia privada.”⁶⁶

Dessa forma, o conceito que está por trás do princípio do equilíbrio contratual é o de justiça comutativa⁶⁷. A sua função é garantir o consentimento

66 *O Contrato... Op. cit.*, p. 221-223. Tal controle está nas origens do moderno sistema de contratos como forma prevaiente, se não exclusiva, de controle do ordenamento sobre as operações econômicas, adequando os efeitos do contrato à operação econômica perseguida pela autonomia privada, muito mais do que de assegurando a compatibilidade entre os efeitos do contrato e as exigências gerais do interesse público. São regras de procedimento e não tanto de substância: “isto é, preocupam-se em garantir a exatidão dos modos pelos quais se chega à conclusão ou à execução do contrato, e não tanto a intrínseca justiça do seu conteúdo” (*Ibid.*, p. 224). Trata-se, no limite, de garantir o bom funcionamento do mercado. No caso dos contratos instantâneos, Roppo assinala que também o processo de objetivação do contrato e as transformações decorrentes na teoria dos contratos respondem às nuances da ordem de produção. Eles são funcionalizados à exigência de garantir ao máximo a estabilidade e a continuidade das relações contratuais. O contrato deve transformar-se em instrumento objetivo e impessoal, para adequar-se à objetividade e impessoalidade do moderno sistema de relações econômicas (*Ibid.*, p. 226).

67 A distinção entre justiça comutativa e distributiva reside no domínio de aplicação do princípio da igualdade. A justiça comutativa concerne às relações pessoais independentes entre as partes de um mesmo todo e, mais particularmente, suas trocas de bens. Uma igualdade aritmética é suficiente para realizá-la. Ela garante que cada um receba uma contrapartida, vista como equivalente à que lhe foi dada. Já a justiça distributiva se refere principalmente às relações entre a parte e o todo. Uma igualdade proporcional é necessária para permitir a cada indivíduo receber os encargos e as recompensas em função de seu lugar na sociedade. Por isso, é a justiça comutativa que explica as regras relativas à lesão, à usura, ou, ainda, a luta contra as cláusulas abusivas. Como aponta Fin-Linger, o princípio do equilíbrio traduz a vontade de se ter uma troca justa e uma composição harmoniosa do conteúdo do contrato, entre as prestações, bem como entre os direitos e obrigações. A finalidade do equilíbrio contratual consiste em realizar a justiça no interior da relação entre

pleno, evitar que as prestações contratuais expressem um desequilíbrio real e injustificável entre as vantagens obtidas por um e por outro contratante.

A função desse princípio para a organização das relações econômicas e sociais nada mais é do que assegurar que as prestações contratuais se equivalham, ou, mais especificamente, evitar que a justiça comutativa não se realize em decorrência de desvios comportamentais de uma das partes, ou de circunstâncias alheias às vontades. Como afirma Judith Martins-Costa,

“Se o sinalagma traduz, como é bem verdade, a existência e a configuração dos deveres contrapostos, que devem manter posição de relativo equilíbrio entre si, a violação a uma das prestações nele implicadas caracteriza justamente *uma violação ao sinalagma* que está na estrutura essencial dos contratos bilaterais. Como melhor explicita Menezes Cordeiro, se assim ocorrer, os deveres contrapostos revelados pelo sinalagma nos contratos bilaterais perderiam a identidade e o sentido que os definem.”⁶⁸

Nesse sentido, o equilíbrio contratual visa proteger o “consentimento efetivo”, realizar a justiça comutativa por meio da regulação do procedimento contratual. Esse supõe não só a ausência de um vício de consentimento, mas também o controle de comportamentos. Nota-se que o caráter protetivo conferido a certas relações contratuais não necessariamente impulsiona o surgimento de um novo paradigma contratual que tenha na solidariedade – como sinônimo de justiça social – o seu centro. Nesse sentido, a perda de centralidade da liberdade contratual evidencia, precisamente, o poder de sobrevivência do contrato, que continua embasando o sistema econômico à medida que este se transforma⁶⁹. As mudanças que levaram ao desprezo pela teoria clássica dos contratos, como a

dois patrimônios, não se traduzindo pela tentativa de realizar uma igualdade objetiva entre as partes contratantes. Sobre o assunto, ver FIN-LINGER, Laurence. *L'Équilibre...* *Op. cit.*, p. 96.

68 MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé...* *Op. cit.*, p. 465.

69 GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Ainda um Novo Paradigma dos Contratos. In: GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 17. Para esses autores, a única premissa básica sobre os contratos é a de que “todo contrato instrumenta a juridicização de uma ou mais relações negociais travadas entre as partes que dele participam e por ele se obrigam”. Para eles, não há que se falar em mudança de paradigma na teoria dos contratos na medida em que a premissa da certeza e segurança jurídica contamina todos os contratos, sejam administrativos, empresariais, trabalhistas ou de consumo. Todas as inovações que se instalam no direito contratual visam garantir situações de certeza e segurança: “prestando-se o direito a organizar, administrar e harmonizar conflitos, a juridicização dos contratos viabiliza a sua própria funcionalidade, na medida em que traduz segurança e previsibilidade e permite a fluência das relações de mercado”. Eros Grau e Paula Forgioni sustentam sua perspectiva citando Karl Polanyi, para quem “se se deixasse a economia de mercado desenvolver-se de acordo com as suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males” e “por mais paradoxal que pareça, não eram apenas os seres humanos e os recursos naturais que tinham que ser protegidos contra os efeitos devastadores de um mercado auto-regulável, mas também a própria organização da produção capitalista”. Concretamente, esse ponto de vista é sustentado pelos autores a partir de exemplos oriundos da disciplina da responsabilidade contratual – que na evolução em direção à objetivação permite a

objetivação e a despersonalização do contrato, em nada alteram a essência e o papel que o contrato desempenha⁷⁰.

Por seu turno, as intervenções públicas baseadas em aspectos subjetivos, no sentido de compensar a vulnerabilidade contratual, não agridem tão profundamente quanto se espera o formalismo contratual. Por isso mesmo, elas podem ser questionadas como uma forma de assegurar justiça social por meio dos contratos. Como aponta Wilhelmsson,

“The protection of the weaker party is often implemented by norms which use formal person-related concepts. The content of the regulation is an expression of material rationality, but its methodology is still formal, the field is delimited with the help of the differentiation between different types of contract. The policy-holder in an insurance contract is protected whether he is weak or strong, a private person or an enterprise. Although such regulations in legal writing are often called ‘person-oriented’ they only seem to differentiate between persons. The persons protected are completely interchangeable.”⁷¹

Devido a essa limitação, cuja transposição – essa sim – causaria grande impacto na disciplina contratual, já que envolveria de fato uma materialização de suas intervenções, não concebemos o princípio do equilíbrio contratual como fonte de justiça social ou distributiva⁷².

Após todo esse percurso teórico, podemos concluir que a justiça contratual almejada pela superação da teoria clássica se refere à busca de equivalência mate-

constituição de mercados – e do direito subjetivo – que, na verdade, desde que deixou de ser visto como uma faculdade e passou a ser encarado como uma permissão da ordem jurídica para o exercício de faculdades, as imposições de ordem pública ao direito de contratar são a regra. Nessa perspectiva, os contratos são vistos “menos como uma livre construção da vontade humana do que como contribuição da atividade dos agentes econômicos à arquitetura geral da economia” (*Ibid.*, p. 15-21).

70 Não se pode ignorar, por outro lado, que, em sendo a proteção da partes consideradas vulneráveis na relação contratual um dos principais instrumentos para realização do equilíbrio, é possível antever efeitos distributivos nos contratos com essas características. Enfim, ainda que tímida ou indiretamente, o princípio do equilíbrio contratual pode possibilitar a inserção da dimensão distributiva nas relações contratuais. Nesse sentido, ressalta Teresa Negreiros que a instrumentalização, ou funcionalização, da liberdade contratual foi-se impondo à medida que se verificou, na prática das transações econômicas, a repetição de resultados vantajosos para uns, e desvantajosos para outros, de modo que este desequilíbrio teria revelado, por detrás de um valor supostamente intrínseco, que a liberdade operava no âmbito contratual como instrumento de dominação, e, portanto, de discriminação (*Teoria...* *Op. cit.*, p. 280). Sem dúvida, há um acréscimo de complexidade na disciplina dos contratos. O próprio fato do direito não mais desprezar as desigualdades sócio-econômicas, estabelecendo as designadas discriminações positivas, já é suficiente para abalar a formalização e abstração com que a teoria clássica tratava os contratantes.

71 WILHELMSSON, Thomas. *Need-Rationality in Private Law?* *apud* NEGREIROS, Teresa. *Teoria...* *Op. cit.*, 322.

72 Em sentido contrário, ver MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Contratos...* *Op. cit.*, p. 87 e ss.

rial na relação, de modo que o equilíbrio formal se transforme num equilíbrio material das prestações. Para tanto, são estatuídas regras que minoram os desequilíbrios de poder, de informação e avaliam os resultados finais da transação. Talvez a idéia de justiça distributiva nos contratos possa ser vista como um contrapeso, ou um limite, à concentração de poder e renda a partir das relações de troca. Nesse sentido, o equilíbrio contratual produz efeitos sobre a distribuição de recursos na sociedade muito mais por barrar um efeito concentrador das relações contratuais do que por ser uma via direta de distribuição de renda⁷³. Não é à toa que mesmo numa sociedade mais justa haverá justificativas para mecanismos que equilibrem relações de poder nos contratos. Uma relação de consumo ou de emprego manterá suas características a despeito da renda do empregado ou do consumidor.

Como veremos, tais considerações acerca do equilíbrio contratual têm impacto sobre a introdução da cooperação e da solidariedade nos contratos de concessão de serviços públicos.

4.2. O CONTRATO DE CONCESSÃO E A COOPERAÇÃO NA GESTÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Como regra geral, pode-se afirmar que a intensificação das intervenções estatais, que provocou um transbordamento das fronteiras típicas de regulação pública da economia no século XIX, refletiu-se de forma peculiar no modo da administração pública organizar suas decisões e as implementar. Se, para o direito privado, o espaço do contrato em sua concepção clássica arrefeceu, no direito público, a técnica contratual tornou-se instrumento de gestão⁷⁴ e o contrato deixou de ser objeto da intervenção pública para ser sujeito⁷⁵ (p. seg.).

73 Trata-se da proteção conferida pelo direito a determinadas relações desiguais como as de consumo ou de trabalho. Embora as legislações protetoras resguardem situações de desigualdade econômica relativa, na medida em que se referem a papéis sociais, e não a grupos sociais concretamente menos favorecidos, elas podem produzir efeitos distributivos. Mesmo que o principal objetivo seja garantir a justiça cumulativa, acaba-se por produzir efeitos distributivos, devido à coincidência entre a desigualdade contratual e a econômica.

74 Como aponta André de Laubadère, o método convencional é, por excelência, o instrumento à disposição do poder público próprio para ações no domínio econômico que envolvam procedimentos de acordo entre a administração e os agentes econômicos privados, desenvolvendo-se como um meio mesmo de ação econômica do Estado. Trata-se de um novo estilo de administração, que é administração pela via contratual, em substituição ao método de ação unilateral (LAUBADÈRE, André de; MODERNE, Frank; DÉVOLVE, Pierre. *Traité des Contrats Administratifs*. Paris: LGD, 1983, p. 20). Os autores ressaltam que o método convencional também é muito utilizado nas relações entre as pessoas públicas; aparece notadamente em matéria de administração territorial, as convenções chamadas de contrato de plano concluídas entre o Estado e as coletividades locais com o objetivo de organizar sistemas de ajudas financeiras do Estado mediante o engajamento da pessoa pública territorial para realizar, na escala necessária, um programa de equipamentos definitivos; igualmente, há numerosas e diversas convenções realizadas entre os estabelecimentos públicos, por exemplo, entre universidades para organizar as instituições comuns, ou entre a universidade

No entanto, quando analisamos o contrato de concessão de serviço público, percebemos que ele perdeu força no processo de expansão da intervenção pública típica dos Estados de bem-estar social e desenvolvimentistas⁷⁶. Durante a evolução dos processos de intervenção estatal, houve setores, principalmente os serviços públicos, em que o método convencional sofreu um declínio em detrimento dos métodos heterônomos ou das conciliações realizadas no âmbito do próprio poder público.

A concessão de serviço público, depois da grande expansão nos últimos vinte e cinco anos do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, perdeu força entre 1940 e 1980, período de apogeu do Estado social, em que vigorava a administração de prestações com máxima responsabilidade pública. Com efeito, a concessão, que sempre foi um instrumento de colaboração entre a administração pública e o setor privado paradigmático do modelo de capitalismo liberal, não encontrou espaço para progredir num modelo de administração voltado para a gestão dos serviços públicos baseada em audaciosos objetivos de desenvolvimento econômico e social⁷⁷. Trata-se, para os fins do nosso estudo, de saber o porquê dessa incompatibilidade a partir das limitações da concessão enquanto instrumento de cooperação público-privada.

A concessão de serviço público no modelo de Estado liberal tem suas origens nas concessões de obras públicas que desempenharam, sem dúvida, um

de e um hospital para organização dos centros hospitalares e universitários; por fim, também no setor de empresas nacionais, há os contratos programados, realizados entre o Estado e suas empresas para definir os objetivos a alcançar por essas últimas e as contrapartidas públicas (*ibid.*, p. 21).

75 ROPPO, Enzo. *O Contrato...* Op. cit., p. 442.

76 Em um primeiro momento, o que se verificou foi a expansão da técnica concessionária como reflexo da própria incapacidade do Estado para realizar suas obras diretamente ou para adquirir produtos. Em seguida, a administração recorreu à colaboração dos particulares para que estes ajudassem a desempenhar suas atividades de prestação de bens e serviços, considerados essenciais para a realização do interesse público. Tal objetivo exigia, muitas vezes, que o poder público extravasasse sua capacidade, de modo que seria a própria exigência da administração face às suas tarefas que a levaria a chamar, tolerar, admitir ou mesmo suportar a ingerência de particulares que vêm suprir as suas carências. Nesse contexto, de um lado, o Estado era dominado pela intenção quase exclusiva de obter o fornecimento, obra ou prestação ao melhor preço e, de outro, as empresas, inspiradas pela obtenção de lucro, envolveram-se nas ações públicas que eram chamadas a conduzir, como se fossem seus negócios privados. Com o passar do tempo, o poder público percebe que não valia a pena essa relação, pois havia sido relegado para posição de adversário sobre quem recaía o risco das modificações e adaptações impostas pelo caráter mutável do interesse público, sendo que o contratante particular procurava minorar os seus danos, reduzindo a própria qualidade dos seus fornecimentos ou dos materiais utilizados. Além disso, o caráter continuado da execução dos contratos e as maiores exigências técnicas, que implicavam num esforço conjunto do contraente particular e dos gabinetes de estudo da administração, fez com que a intervenção do particular perdesse a sua natureza precária e ganhasse um estatuto mais estável e duradouro (ESTOURINHO, Maria João. *Régime pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 53-57).

77 GONÇALVES, Pedro. *A Concessão...* Op. cit., p. 19.

