

ENZO ROPPO

O CONTRATO

Tradução de:

Ana Coimbra e

M. Jauúdio C. Gomes

ALMEDINA

sentação), sendo certo que não devem ser prejudicados os direitos entretanto eventualmente adquiridos por outros terceiros (exemplo: X vende a Y, em nome de Z, um bem deste último, sem para tal ter poderes; o contrato não produz efeitos; o bem continua propriedade de Z, que o aliena a W; se em seguida Z ratifica a primeira venda a Y, nem por isso perece a aquisição de W).

A lei deve contudo tutelar, além do interesse do pretense representado, também o do terceiro que contratou com o pretense representante. Desde logo, este terceiro tem interesse em definir, quanto antes, a situação de incerteza sobre a sorte do contrato, que se cria na expectativa sobre se o pretense representado decide se ratifica ou não. Este pode pôr termo a tal incerteza pondo fim ao contrato, de acordo com o pretense representante (art. 1399.º c. 3 cód. civ.); ou pode fixar um prazo ao interessado, no qual este deverá dizer se pretende ratificar, com a indicação de que a falta de resposta dentro do prazo, equivale a recusa de ratificação (art. 1399.º c. 4 cód. civ.).

Deste modo se tutela o *interesse do terceiro na certeza da situação* que lhe concerne. Mas se, afinal, por falta de ratificação, o contrato permanece definitivamente ineficaz, torna-se relevante o seu ulterior *interesse em ser ressarcido do dano* que sofreu, por ter confiado num contrato desprovido de efeitos. Por tal é responsável o pretense representante e é dele que o terceiro pode exigir a reparação do dano «sofrido por ter confiado sem culpa na validade do contrato» (art. 1398.º cód. civ.). O ressarcimento, como se compreende, é aqui calculado com base no «interesse negativo», e de facto estamos perante uma hipótese típica de responsabilidade pré-contratual (cfr. neste capítulo, 3.4.).

CAPÍTULO III.

O CONTRATO NA DISCIPLINA POSITIVA. OS PROBLEMAS DA DETERMINAÇÃO DO REGULAMENTO CONTRATUAL

1. A AUTONOMIA PRIVADA E AS OUTRAS «FONTES» DO REGULAMENTO CONTRATUAL

1.1. *Contrato como processo e contrato como regulamento*
Quando se diz «contrato» a palavra pode ser entendida em mais do que um significado.

Falando, como no capítulo precedente, de «formação do contrato», (e, portanto, usando a palavra em expressões do género: «tal contrato ficou concluído em 15 de Janeiro por e semelhantes), refere-se o *processo*, isto é, a sequência dos actos que — praticados pelas partes em conformidade com o modelo fixado pela lei — permite dizer que um contrato se formou legalmente e que, por isso, as obrigações assumidas pelas partes, os resultados por elas prosseguidos, se tornaram juridicamente vinculantes.

Quando, pelo contrário, se diz, por exemplo, que «por efeito do contrato, A é obrigado a pagar 5 milhões a B», ou que «as cláusulas do contrato entre X e Y são, no conjunto, mais favoráveis a X que a Y», ou ainda que «tal contrato cadu-

cará em 31 de Dezembro de 1985», é evidente que o termo está utilizado para indicar não o contrato na sua formação, o contrato como processo, mas, por assim dizer, o seu resultado ou produto, que consiste justamente no conjunto dos direitos e das obrigações que, com o contrato, as partes reciprocamente assumiram e que consubstanciam a operação económica pretendida, que resultam do conjunto das cláusulas nas quais se articula o texto do contrato. Indica-se, em suma, nesta aceção, o conteúdo imperativo do contrato, ao qual as partes se vincularam, aquilo que, com base no contrato, devem dar ou fazer e aquilo que, com base no contrato, podem esperar ou pretender da outra parte: numa palavra, o *regulamento* contratual.

É a esta aceção, do contrato como regulamento, que se deverá atender no presente capítulo.

1.2. A operação económica, a autonomia privada e o princípio da relatividade dos efeitos contratuais

Determinar o regulamento (ou conteúdo) contratual significa, substancialmente, definir que composição, que arranjo recíproco receberão os interesses das partes, coenvolvidos na operação económica e a que o contrato é chamado a dar veste e vinculatividade jurídica. Significa, em concreto, estabelecer, por exemplo, que determinada coisa é vendida por determinado preço e não por um preço superior ou inferior (e ainda em que medida se realizam as expectativas do vendedor, dirigidas a alcançar o melhor preço possível, e respectivamente ao comprador, dirigidas a obter a coisa com o mínimo de sacrifício económico); significa, ainda, estabelecer se o preço é pago logo em dinheiro ou com diferimento, e se este deve ser mais longo ou mais curto (e ainda estabelecer que tipo de mediação encontra o interesse do vendedor num pagamento imediato e o interesse do comprador em diferir o pagamento); e assim por diante. Ainda, para dar outro exemplo, significa fixar que duração deve ter um certo contrato de locação (sendo claro que, em períodos de excesso de procura em relação à

oferta de apartamentos para locar, convém ao locatário uma duração mais longa e ao locador uma duração mais breve); e a quanto ascende a renda devida pelo locatário (o locatário aportando para o mínimo, o locador para o máximo); e se tal renda pode ser periodicamente revista em correspondência com as variações do custo de vida (o que, em tempo de inflação, claramente convém ao locador e não certamente ao locatário); e, por fim, estabelecer como é que todos estes elementos e outros ainda se combinam entre si (pode-se, por exemplo, convencionar uma duração mais longa, aumentando a renda e/ou prevendo mecanismos para a sua revisão periódica e vice-versa; a renda pode variar segundo a forma como são reparados os custos de administração, e etc.).

Determinar o regulamento contratual significa, em suma, fixar e traduzir em compromissos jurídicos, os termos da operação económica prosseguida com o contrato, definir as variáveis que no seu conjunto reflectem a «conveniência económica» do próprio contrato.

Assim, delineado o problema da determinação do regulamento contratual, é claro que, no quadro do mesmo, há uma questão que assume um relevo especial: como se opera essa determinação? E mais precisamente: a quem compete o poder de a operar? Mas esta questão, por sua vez, só pode ser colocada de modo correcto e realista tendo presente a substância real do fenómeno contratual, isto é que o contrato mais não é que a veste jurídica de operações económicas, o instrumento legal para o exercício de iniciativas económicas. Torna-se, agora, claro que o regime a que estão sujeitas, dentro de um determinado sistema, as iniciativas económicas, não pode deixar de reflectir-se, determinando-o, também no regime que governa a definição jurídica dos vários termos ou elementos das operações económicas, e portanto, numa palavra, sobre o regime dos modos de determinação do regulamento contratual.

É portanto lógico que num sistema de tipo capitalista, que reconhece como seu ponto chave o princípio da liberdade da iniciativa privada (e portanto — pelas razões e conexões que ficaram descritas no capítulo I — o princípio da «liber-

dade contratual»), seja reconhecido e afirmado, por seu lado, o princípio da liberdade privada de determinação do regulamento contratual: isto é, a regra pela qual os contraentes privados — os operadores económicos — são livres de dar aos seus contratos os conteúdos concretos que considerarem mais desejáveis: o regulamento contratual resulta, assim, determinado, em princípio, pela vontade concorde das partes, constituindo o ponto de confluência e de equilíbrio entre os interesses — normalmente contrapostos — de que as mesmas são portadoras.

Uma tal posição de princípio é sancionada, no nosso sistema, pelo art. 1322.º c. 1.º cód. civ., que oferece, assim, um importante elemento de resposta à questão ventilada supra: nos limites impostos pela lei, «as partes podem livremente determinar o conteúdo do contrato». Esta é uma expressão — a mais significativa — do princípio da *autonomia privada*, ou autonomia contratual (justamente esta fórmula figura na epígrafe do art. 1322.º cód. civ). Autonomia significa, etimologicamente, poder de modelar por si — e não por imposição externa — as regras da sua própria conduta; e autonomia privada, ou autonomia contratual, significam liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no «consenso» contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir, das modificações que se pretende introduzir no seu património.

Em linha de princípio, portanto, os sujeitos privados são livres de obrigar-se como quiserem. Mas quando se obrigam, obrigam-se verdadeiramente; aquilo que livremente escolheram torna-se vínculo rigoroso dos seus comportamentos, e se violam a palavra dada, respondem por isso e sujeitam-se a sanções. É o *nexo liberdade contratual — responsabilidade contratual* (ou, dito de outra maneira, utilidade-risco) ao qual já fizemos referência e que encontra o seu pontual reflexo normativo na conexão ideal que se deve estabelecer entre o art. 1322.º c. 1.º cód. civ. e o art. 1372.º c. 1.º cód. civ., segundo o qual «o contrato tem força de lei entre as partes».

Se esta «lei privada» tem a sua fonte na vontade concorde das partes, não é, em regra, admissível que uma delas

possa subtrair-se aos seus comandos, através de uma unilateral e arbitrária manifestação de vontade própria. Simetricamente, também para pôr termo às obrigações que dela derivam, é necessária a vontade concorde das partes, ou uma previsão legal explícita: «o contrato... só pode ser extinto por mútuo consenso ou pelas causas admitidas pela lei» (art. 1372.º c. 1.º cód. civ.). As próprias partes podem, por outro lado, estabelecer que a cada uma delas ou a ambas seja «atribuída a faculdade de rescindir o contrato». Em tal caso, a parte pode exonerar-se das obrigações contratuais: com um acto unilateral de vontade (*rescisão unilateral*); mas isto não constitui derrogação do princípio agora afirmado, porque tal poder sempre encontra a sua fonte na vontade concorde das partes. Frequentemente convencionam-se que o exercício do poder de rescisão — admissível, apenas, «desde que o contrato não tenha tido um princípio de execução» (art. 1373.º c. 1.º cód. civ.) — tenha um preço, que deve ser pago por aquele que rescinde à contraparte: fala-se de *sinal penitencial* (art. 1386.º cód. civ. e cfr. o art. 1373.º c. 3.º cód. civ.).

Em algumas situações e relações particulares, é a própria lei que reconhece a uma parte — à qual reputa justo assegurar uma maior liberdade de movimento e de escolha, em torno da operação contratual em curso — o poder de rescindir unilateralmente o contrato, independentemente de qualquer acordo prévio nesse sentido entre os contraentes: cfr. por exemplo os arts. 1671.º, 2227.º, 2237.º cód. civ.

Tal como o princípio de autonomia (art. 1322.º c. 1.º cód. civ.), que atribui aos sujeitos privados o poder de decidir, por si, sobre a assunção e a dimensão dos seus compromissos contratuais, se relaciona com o princípio do art. 1372.º c. 1.º cód. civ., por força do qual eles não se encontram vinculados de modo tendencialmente irrevogável, também a este último princípio se liga, de modo directo, a regra do segundo «comma» do art. 1372.º cód. civ.: os compromissos contratuais vinculam, com força de lei, as partes que os assumem, mas *apenas as partes* que os assumem, não podendo criar obrigações a cargo de terceiros estranhos ao contrato. Compromissos ou mesmo efeitos negativos sobre o património das pessoas podem deri-

var da vontade das próprias, ou eventualmente da lei, mas já não da vontade de outros sujeitos.

Este princípio — dito da *relatividade dos efeitos contratuais* — exclui que a posição jurídica de um sujeito possa ser *juridicialmente* atingida e lesada por um contrato celebrado entre outros sujeitos: se, por exemplo, A promete a B que X dará ou fará qualquer coisa a favor de B, não é por esse facto que X estará obrigado a dar ou a fazer; se este se recusa a dar ou fazer não é, por isso, responsável face a quem quer que seja; mas A não deixa de ser responsável face a B (promessa de facto de terceiro; (art. 1381 cód. civ.)). Isto não exclui, porém, que a posição e os interesses de um terceiro possam ser, *de facto*, atingidos desfavoravelmente pelos efeitos de um contrato celebrado por outros: se A pensa adquirir de B, que o tem à venda, um bem a cuja posse dá grande importância, e que não conseguiria encontrar junto de outrem, mas C antecipa-se na compra, evidentemente que o contrato entre B e C prejudica o interesse de A; mas tratando-se de uma lesão de facto, não recai sob o princípio do art. 1372.º c. 2.º cód. civ. (Os nossos velhos tratadistas de direito comercial definiam como «contratos em prejuízo de terceiros» os acordos entre empresários, destinados a fixar preços mínimos de venda ao público, a contingentar a produção, a repartir as zonas de mercado, etc., em termos de limitar a concorrência e prejudicar os consumidores, terceiros em relação a estes acordos: os quais podem ser eventualmente atacados com base na sua ilicitude por violação do interesse geral na liberdade de concorrência e na tutela dos consumidores, mas não certamente com base na contrariedade ao princípio da relatividades dos efeitos contratuais).

Por vezes, porém, os efeitos de um contrato lesam, de facto, interesses de terceiros que o legislador considerava particularmente dignos de tutela. Nestes casos o direito intervém, estabelecendo que o contrato é *ineficaz em relação a esses terceiros*: em relação a estes, portanto, aquele contrato é tido como se não fora concluído. Imagine-se que A vende a B grande parte dos seus bens: este contrato prejudica o terceiro C, credor de A, que assim vê diminuídas as garantias

do seu crédito e portanto as possibilidades de ser satisfeito. Sob certas condições, C pode fazer declarar ineficaz em relação a si este acto de disposição praticado pelo seu devedor (impugnação pauliana: arts. 2901.º e segs. cód. civ.; mas cfr. também os arts. 44 c. 1 e 64.º e segs. lei falimentar); em concreto, não obstante os bens de A terem sido vendidos a B, C pode reagir executivamente sobre eles para satisfação do seu crédito. Note-se que *contrato ineficaz não significa contrato inválido* (nulo ou anulável: ver infra, neste cap. 4.4. e cap. IV, 2.5): o contrato é válido e os seus efeitos produzem-se regularmente entre as partes e operam (são oponíveis) em relação à generalidade dos terceiros; simplesmente, eles não operam (não são oponíveis) em relação aos terceiros que com a sanção da ineficácia se quer tutelar.

Assim como não está, em geral, excluído que os interesses dos terceiros possam sofrer lesões de facto por contratos estipulados entre outras pessoas, também, por maioria de razão, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais não exclui que um contrato possa aproveitar a terceiros estranhos a ele, liberando-os de obrigações (cfr., por exemplo, os arts. 1239.º c. 1, 1300.º, 1301.º c. 1, cód. civ.) ou até atribuído-lhes direitos. Os arts. 1411.º e segs. cód. civ. disciplinam justamente, com o *contrato a favor de terceiro*, o instrumento geral através do qual é possível realizar tal objectivo; com este contrato as partes — ditas «promitente» e «promissário» — convencionam que o promitente, normalmente, contrata um corresponsivo oferecido pelo promissário, efectue uma prestação a favor de um terceiro, indicado pelo próprio estipulante; e «o terceiro adquire o direito contra o promitente por efeito da estipulação» (art. 1411.º c. 2.º cód. civ.). Constitui exemplo típico o contrato de seguro de vida, estipulado a favor de um familiar ou de outra pessoa que se pretende beneficiar (art. 1920.º cód. civ.).

O art. 1406.º dispõe que «cada uma das partes pode substituir a si um terceiro nas relações derivadas de um contrato com prestações corresponsivas, se estas não tiverem ainda sido executadas, desde que a outra parte nisso consinta» (*cessão do contrato*). Deste modo, os efeitos de um contrato entre A

e B vêm a incidir sobre um terceiro X, estranho a ele, que o assume. Mas vale a pena dizer que, nem mesmo esta hipótese contraria o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, porque a assunção, por parte de X (terceiro cessionário), dos efeitos do contrato alheio dá-se por vontade do interessado: e na base desta assunção está, por sua vez, um contrato, do qual X é parte.

1.3. A autonomia privada e o problema dos tipos contratuais

Como se disse, o princípio da autonomia privada constitui a tradução, numa fórmula enobrecida pelo recurso a termos e conceitos da teoria geral do direito, daquele princípio da «liberdade contratual» — princípio, ideológico, mas ao mesmo tempo, princípio de real organização das relações sociais — que vimos ser essencial a qualquer ordenamento capitalista e a qualquer sistema de mercado livre.

Dai a sua configuração geral, que não ressalta só no momento da liberdade de determinação do conteúdo do contrato, mas evidentemente concerne a qualquer aspecto no qual se manifesta a iniciativa económica dos sujeitos privados, trazida na iniciativa contratual. O operador económico do capitalismo, na verdade, necessita ser livre não só na fixação, a seu arbitrio (melhor: segundo a conveniência do mercado), dos termos concretos da operação realizada, mas também — e sobretudo — na decisão de efectuar ou não uma certa operação, na escolha da sua efectivação com esta ou aquela contraparte, no decidir realizar um determinado «género» de operação em vez de um outro. Tudo isto tem a sua tradição jurídica: no conceito de autonomia privada compreendem-se, de facto, tradicionalmente, além do poder de determinar o conteúdo do contrato (art. 1322.º c. 1.º cód. civ.), também o poder de escolher livremente se contratar ou não contratar; o de escolher com quem contratar, recusando, por hipótese, ofertas provenientes de determinadas pessoas; enfim, o de decidir em que «tipo» contratual enquadrar a operação que

se pretende, privilegiando um ou outro dos tipos legais codificados, ou mesmo de concluir contratos que não pertençam aos tipos que têm uma disciplina particular».

Debrucemo-nos sobre este último ponto, considerado expressamente pelo art. 1322.º c. 2.º cód. civ. O tipo *contratual* corresponde a um *género de operação económica*: o tipo «venda» corresponde à troca entre a propriedade de uma coisa e uma soma de dinheiro; o tipo «locação» à aquisição da disponibilidade material de uma coisa, por um dado tempo, contra o pagamento periódico de uma renda; o tipo «sociedade» à organização e ao aviaamento de uma empresa colectiva; o tipo «mútuo» a uma operação de financiamento; o tipo «seguro» à cobertura de um risco; o tipo «contrato de trabalho» à troca entre força de trabalho manual ou intelectual e um salário ou vencimento periódico, e assim por diante. As operações económicas mais importantes e mais difundidas — aquelas, em suma, mais «típicas» — são tomadas em consideração pela lei que dita para cada uma delas um complexo de regras particulares: os tipos de contratos que lhes correspondem dizem-se, então «tipos legais», justamente porque expressamente previstos, definidos e disciplinados pelo legislador (que, submetendo-os a uma certa regulamentação em vez de a uma outra, propõe-se influenciar e orientar a dinâmica das operações económicas que lhes correspondem, concertando os interesses contrapostos que aí se encontram coenvolvidos). A operação lógica, através da qual o intérprete — perante um contrato determinado, concreto — individualiza a que tipo ele pertence, designa-se por *qualificação*.

O título III do quarto livro do código civil (art. 1470.º — 1986), intitulado «dos contratos em especial», prevê e regula numerosos tipos contratuais. Mas não é este o único local em que o legislador procede à definição e à disciplina dos tipos: a título exemplificativo, o tipo «constituição de associações» e os correspondentes às diversas convenções antenupciais, são contemplados no livro primeiro; os tipos «divisão hereditária» e «doação», no segundo; o tipo «sociedade», e o tipo «contrato de trabalho» no quinto; o tipo «penhor», no sexto; sem contar que a previsão e a disciplina dos vários

tipos contratuais podem encontrar-se mesmo fora do código, em leis especiais: assim o contrato de trabalho doméstico — tipo (ou subtipo) autónomo, no âmbito da figura mais geral do contrato de trabalho subordinado — é definido e regulado na lei n.º 877, de 18 de Dezembro de 1973.

Naturalmente, os tipos legais não são fixados uma vez por todas. Num dado momento histórico, a lei prevê e disciplina um certo número deles, na base do reconhecimento de que as operações a que correspondem são socialmente úteis e merecedoras de tutela jurídica; mas com o evoluir das condições económico-sociais, novas operações, novos géneros de negócios, diversos dos correspondentes aos tipos codificados, podem emergir, por difusão e importância, no tráfico. Desenham-se, assim, com eles, novos tipos contratuais, não contemplados expressamente pelo legislador e portanto não reconduzíveis a «tipos legais», mas de facto reconhecidos e correntemente empregues no contexto sócio-económico, e que se definem por isso por «tipos sociais»: pense-se, na experiência actual, no contrato de *leasing* ou no contrato de *factoring*, instrumentos importantíssimos da organização empresarial moderna e todavia não disciplinados em nenhum texto legal. Geralmente acontece que o legislador — precedido pela realidade e pelas exigências da economia — acaba por tomar conhecimento *ex post* da existência desses «tipos sociais», considerados dignos de reconhecimento e tutela e procede, mais cedo ou mais tarde, à sua regulamentação específica: quando isto acontece, os «tipos sociais» elevam-se a «tipos legais» e a série destes últimos enriquece-se.

Voltando ao art. 1322.º c. 2.º cód. civ., esta norma estabelece precisamente que os sujeitos de direito não estão obrigados a revestir as operações económicas que efectuam, apenas com os tipos contratuais previstos e disciplinados expressamente pelo legislador, sendo, ao invés, livres de utilizar para a sua realização, esquemas contratuais não correspondentes aos tipos definidos e qualificados, em sede legislativa (chamados por esta razão *contratos atípicos*, ou *inominados*). Por sua vez, estes podem corresponder a uma praxe social largamente difundida e experimentada (tipos sociais), ou podem também

apresentar características de absoluta novidade e originalidade. De resto, se não se reconhece à autonomia privada uma tal liberdade e possibilidade criativa, não seria sequer concebível aquele processo de lenta inserção de novas praxes contratuais e, portanto, de formação dos respectivos tipos sociais, enfim a sua recepção pelo ordenamento e conversão em tipos legais a que acabou de fazer-se referência. (Por maioria de razão — como é evidente — os particulares podem livremente escolher entre este ou aquele tipo legal: a empresa que tem necessidade, para as suas instalações, de uma máquina fotocopiadora, pode adquiri-la ou, se preferir, alugá-la, recorrendo assim, respectivamente, ao tipo «venda» ou ao tipo «locação»).

Este princípio da atipicidade dos contratos mostra-se tanto mais significativo, se se considerar que noutros importantes sectores do direito privado vigora, pelo contrário, um princípio oposto: o princípio da «tipicidade» ou do «*numerus clausus*». Este encontra aplicação, por exemplo, em matéria de direitos reais e de negócios unilaterais e implica, em concreto, que os sujeitos não são livres de constituir direitos reais diferentes dos taxativamente previstos e disciplinados — justamente em número fechado — pelo legislador, nem de assumir, validamente, obrigações com uma manifestação unilateral de vontade própria, para além das hipóteses e das figuras legislativamente definidas (art. 1987.º cód. civ.). Um princípio de tipicidade vigora, também, no âmbito dos negócios familiares: não é possível constituir um estado conjugal senão contraíndo matrimónio com os pressupostos, com as modalidades e com as consequências dos arts. 82.º e segs. cód. civ., nem se pode estabelecer, voluntariamente, uma relação de filiação natural, senão através de um negócio de reconhecimento, nos moldes dos arts. 250.º e segs. cód. civ.

Nestes casos, portanto, a autonomia dos sujeitos privados — a possibilidade de conformar livremente, segundo a sua vontade, as suas relações jurídicas — não é tão ampla como em matéria de contratos, antes sofre sérias restrições. Seria, por outro lado, errado pensar que, também no âmbito contratual, o princípio da atipicidade não combeça qualquer limite, e que a autonomia privada aí se possa expandir sem

E as combinações podem ser ainda mais complicadas. Por que normas é regulado um contrato misto? Geralmente, se os elementos próprios de um tipo prevalecem de modo nítido sobre os próprios de outros tipos, aplica-se a disciplina ditada pelo tipo prevalente; se os elementos dos vários tipos ao invés, se equivalem, a cada uma das prestações aplicam-se as normas do tipo correspondente, segundo o critério chamado da «combinação».

Isto equivale a dizer, também, que, em grande número dos casos, os contratos atípicos se reduzem — ou melhor, são reduzidos em sede de interpretação e qualificação por parte do juiz — a contratos mistos, nos quais se reconhece a presença de prestações próprias de contratos típicos, e por esta via à disciplina fixada pelo legislador para os tipos legais.

1.4. Autonomia privada e fontes «heterónomas» da determinação do regulamento contratual

Das considerações desenvolvidas no número precedente resulta, portanto, que a autonomia e a liberdade dos sujeitos privados em relação à escolha do tipo contratual, embora afirmada, em linha de princípio, pelo art. 1322.º c. 2.º c. civ. está, na realidade, bem longe de ser tomadas como absolutas, encontrando, pelo contrário, limites não descuráveis no sistema do direito positivo. O mesmo vale — podemos acrescentar — para os outros aspectos em que se manifesta, em concreto, o exercício da autonomia privada e da liberdade contratual.

Quanto àquilo que é indicado como o aspecto talvez mais relevante — a liberdade de conformar segundo as suas convicções subjectivas o conteúdo do contrato — já o art. 1322.º c. 1.º c. civ. dispõe que ela pode exercitar-se só «nos limites impostos pela lei»: e no próprio código civil, mas talvez mais ainda na grande massa de leis especiais que, em relação às diversas matérias, integram a sua disciplina, são muito numerosas as normas que colocam «limites» ao poder privado de determinar livremente o conteúdo do regulamento contratual,

encontrar obstáculos. Este princípio constitui, sem dúvida, a regra, mas não exclui excepções relevantes, que operam sob um duplo ponto de vista. Em primeiro lugar, existem sectores do direito dos contratos que são, em derrogação da norma do art. 1322.º c. 2.º c. civ., regidos por um princípio de tipicidade, e nos quais a autonomia contratual resulta, por isso, complexa: isto acontece, em particular, para as convenções matrimoniais (os nubentes podem optar entre os regimes matrimoniais de família previstos na lei, mas não criar novos), para os contratos de sociedade (que não podem tender à cons tituição de tipos de sociedade diferentes dos disciplinados no livro quinto do cód. civ.: art. 2249.º c. 1.º c. civ.), para os contratos agrários (o art. 13.º c. 1.º da lei de Setembro de 1964, n.º 756, introduziu a proibição de estipular «contratos agrários de concessão de propriedades rústicas, que não pertençam a algum dos tipos de contratos regulados pela lei em vigor»). E além disso, quando se cai em matérias nas quais é consentida a estipulação de contratos atípicos ou inominados, estes últimos são sujeitos a um *controle* mais incisivo e penetrante do que o previsto para os contratos típicos (para os quais um juízo de utilidade social já foi feito pelo legislador, embora só em abstracto, com a sua própria ascensão a tipos legais); os contratos atípicos, inversamente, só são admitidos ao reconhecimento e à tutela jurídica, se o juiz reconhecer, caso a caso, em concreto, que são «aptos a realizar *interesses merecedores de tutela* segundo o ordenamento jurídico (art. 1322.º c. 2.º c. civ.).

Assim como as partes podem concluir contratos não pertencentes a qualquer dos tipos legais, também podem concluir contratos nos quais estejam presentes, e se combinem, elementos próprios de diversos tipos legais (*contrato misto*). Pense-se, para dar só um exemplo, no contrato em que Tizio assume o serviço de custódia nocturna das instalações de uma empresa, em troca de uma quantia em dinheiro e, além disso, do direito de habitar, com a sua família, um apartamento anexo à sede da empresa: convergem aqui, entrelaçando-se num só contrato, a prestação típica de um contrato de trabalho subordinado e a típica de um contrato de locação.

haja já começado a sua actividade externa e pela manutenção dos actos por esta praticados: isto em tutela dos terceiros que encetaram relações com a sociedade.

As regras gerais em matéria de disciplina da nulidade são postas de parte, ainda, quando se trata de um *contrato de trabalho subordinado*. O carácter retroactivo da declaração de nulidade faria com que a relação fosse cancelada desde o seu surgimento, e que todos os seus efeitos fossem declarados inexistentes: em ordem àquela relação, o dador de trabalho não seria, por exemplo, obrigado às contribuições correspondentes; o trabalhador não manteria qualquer antiguidade de serviço, nem teria direito a qualquer retribuição, e seria até obrigado a restituir aquelas que tivesse recebido. Mas tais consequências seriam absurdas e iníquas: não se pode eliminar o facto de o trabalhador ter efectivamente prestado o seu serviço ao dador de trabalho; e não pode descurar-se que, pela sua posição económico-social, ele aparece particularmente digno de tutela relativamente a este último. Explica-se assim a regra do art. 2126.º cód. civ.: «a nulidade ou anulação do contrato de trabalho não produz efeito para o período em que a relação teve execução, salvo se a nulidade derivar da ilicitude do objecto ou da causa». Também nesta última hipótese, contudo, «se o trabalho foi prestado com violação de normas tuteladoras do prestador de trabalho, este tem em qualquer caso direito à retribuição».

Fala-se, em relação a estes casos, de *relações contratuais de facto*: existe aqui uma relação patrimonial entre sujeitos — a efectiva prestação de bens ou de serviços, em suma uma troca económica, uma transferência real de riqueza — a qual não tem a sua fonte num contrato (válido) entre eles, e, todavia, é disciplinado como se na sua base existisse um tal contrato.

CAPITULO IV

O CONTRATO NA DISCIPLINA POSITIVA. OS PROBLEMAS DA FUNCIONALIDADE DO CONTRATO

1. A OPERAÇÃO ECONÓMICA, O CONTRATO, OS EFEITOS DO CONTRATO. AS «REGRAS DO JOGO» CONTRATUAIS

1.1. Os efeitos do contrato

Concluir um contrato significa — já o sabemos — realizar uma operação económica reconhecida e tutelada pelo direito. E a operação realiza-se efectivamente, no plano legal, quando o contrato produz determinados efeitos jurídicos. Os efeitos do contrato, na verdade, representam precisamente a *expressão e a formalização jurídica daquelas transferências de riqueza que constituem a substância de qualquer operação contratual*.

Mas «transferência de riqueza» é um termo muito genérico e indeterminado: as formas e as modalidades de circulação da riqueza são tão heterogêneas quão são diferenciados os tipos de operações económicas perseguidos na concreta experiência dos negócios. E a cada forma particular de transferência da riqueza realizada com o instrumento do contrato corresponde um particular efeito contratual. Assim, se a operação económica que se persegue é do género «troca de coisa contra preço», os efeitos do contrato destinado a realizá-la (compra e venda) consistirão no nascimento de um direito de

crédito a uma soma de dinheiro do vendedor em relação ao comprador, e na transferência do direito de propriedade do vendedor para o comprador; se a operação é, ao invés, dirigida a uma troca de «coisa contra coisa», os efeitos do contrato (permuta) serão diversos, consistindo em duas transferências cruzadas dos direitos de propriedade. Pode acontecer que as exigências económicas do interessado sejam de ordem que tornem desnecessária a aquisição definitiva da coisa, sendo-lhe suficiente assegurar o seu uso, por um tempo determinado: a operação destinada a satisfazer tais exigências formalizar-se-á, então, num contrato (locação) cujos efeitos serão ainda diversos: por um lado, o surgir de um direito de crédito (e de uma correspondente obrigação) ao pagamento periódico de uma soma de dinheiro, e por outro lado, não mais a transferência do direito de propriedade sobre a coisa, mas o surgir de um outro direito de crédito (e de uma correspondente obrigação), tendo como objecto a possibilidade de usar (e a obrigação de deixar usar) a coisa, que portanto não muda de proprietário. Mas se quem tem necessidade de usar a coisa, embora sem adquirir a propriedade, entende exercer sobre esta poderes mais amplos e mais intensos do que aqueles atribuídos pelo contrato de locação, e assegurar-se assim da possibilidade de «tirar da coisa toda a utilidade que esta pode dar», a operação, económica em mira pressupõe um contrato diverso, e, consequentemente, diversos efeitos contratuais: não uma transferência de propriedade, não o surgir de um direito de crédito, mas sim a constituição de um direito real de usufruto (artigos 978.º e seguintes do código civil). E etc.

1.2. Efeitos reais e efeitos obrigacionais. A eficácia translativa do consenso

Os efeitos do contrato podem ser tão variadas, quanto diversas são as operações económicas que os sujeitos realizam em forma contratual, e várias as exigências e os interesses que deste modo desejam satisfazer. Todavia, é possível e útil classificá-los, na base de características comuns particular-

mente significativas, em duas grandes categorias: efeitos reais e efeitos obrigacionais. E consoante produzam uns aos outros, os contratos subdividem-se em duas classes: contratos com efeitos reais e contratos com efeitos obrigacionais.

Os contratos com eficácia obrigacional são aqueles cujas consequências jurídicas imediatas se esgotam no nascimento de obrigações e dos correspondentes direitos de crédito: por exemplo a locação, a empreitada, o contrato de trabalho, o pacto de não concorrência, etc.; e ainda os contratos promessa, ainda que preordenados a transferências de propriedade. Aqui, por efeito do contrato, as partes adquirem só direitos a pretender determinados comportamentos da contraparte, que, por sua vez, assume a obrigação de mantê-los — precisamente, direitos de crédito e obrigações.

Os contratos com eficácia real são, ao invés, aqueles que determinam a transferência de uma à outra parte do direito de propriedade sobre uma coisa determinada ou a constituição ou a transferência de um direito real menor (usufruto, servidão, superfície, etc) ou, enfim, a transferência de outros direitos (por exemplo direitos de crédito-pré-existentes, que podem ser «vendidos» pelo credor a um outro sujeito: cfr. os artigos 1260.º e seguintes do Código Civil). Típicos exemplos de contratos com efeitos reais são a compra e venda e a permuta. Alguns tipos de contrato podem ter efeitos reais ou efeitos obrigacionais, consoante os conteúdos que, em concreto, as partes lhes atribuíam: a doação, através da qual se pode dispor de um direito ou assumir uma obrigação (art. 769.º do Código Civil); a transacção (artigos 1965.º e segs. Código Civil), o contrato de sociedade (que tem efeitos reais se os sócios participam com bens que saem do seu património para entrar no património da sociedade).

A distinção entre efeitos reais e efeitos obrigacionais do contrato tem muita importância em relação a terceiros estranhos ao próprio contrato: os efeitos reais, em regra, podem ser opostos e feitos valer em relação a todos os terceiros (se a transfere uma coisa para B, este pode opor a sua aquisição seja a quem for, defendendo-a e reagindo contra quem tenha pretensões sobre a coisa ou perturbe o pleno exercício da pro-

CAPÍTULO V

AS TRANSFORMAÇÕES DO CONTRATO NA SOCIEDADE CONTEMPORANEA «DECLÍNIO» OU «RELANÇAMENTO» DO INSTRUMENTO CONTRATUAL?

1. AS TRANSFORMAÇÕES DO CONTRATO E A NECESSIDADE DE UMA ANÁLISE DIFERENCIADA

Ilustrando a génese da moderna teoria do contrato e do direito dos contratos (*supra*, sobretudo cap. I, 3.2.), individualizámos uma fórmula capaz de sintetizar o seu conteúdo e os seus valores essenciais: «liberdade de contratar, baseada na soberania da vontade individual dos contraentes». Assim devia ser o contrato, segundo as mais acreditadas proposições dos ideólogos oitocentistas, e assim era efectivamente em muitos aspectos, na concreta praxe do capitalismo de concorrência. Mas desde os tempos do «laissez-faire» — desde a época clássica do liberalismo económico e político — as sociedades ocidentais sofreram transformações profundíssimas de ordem económica, social e política que, por sua vez, incidiram sobre o instituto contratual, transformando-o profundamente. Nas sociedades contemporâneas, o contrato e o direito dos contratos apresentam-se-nos, assim, muito diferentes de como se apresentavam no século passado.

Face a estas objectivas e radicais transformações, existem, em geral, dois modos de análise, dois processos intelec-

tuais mais frequentemente empregues no contexto de ideologias jurídicas de índole conservadora, que, indubitavelmente, precludem — consciente ou inconscientemente — a possibilidade de captar o seu sentido e a sua dimensão real. Simplificando, o primeiro consiste em negar que aquelas modificações se tenham verificado ou tenham sido tão profundas; por outras palavras, em fingir que o contrato e o direito dos contratos são, hoje, substancialmente idênticos ao que eram no século dezanove: um tipo de análise que é causa e, ao mesmo tempo, efeito de uma certa incorrecção das teorias e dos conceitos jurídicos, por sua vez coincidente com o tendencial tradicionalismo dos juristas, com a sua relutância e a sua lentidão na tomada de consciência do que é novo. O segundo processo — aparentemente oposto, mas na realidade radicado numa mesma atitude de misonéismo e de «laudatio temporis acti» — consiste, ao invés, em lamentar que a teoria e a praxe moderna do direito contratual assinalem uma inversão completa das concepções e dos valores dominantes no passado: hoje — lamentam-se — a vontade dos contraentes já não conta, e uma vez que essa vontade se identifica com a essência do contrato, retiram conclusões, em termos de crise, de declínio, ou até de «morte» do próprio conceito de contrato, de extinção da liberdade de contratar e do papel da autonomia privada; e muito frequentemente o fenómeno, assim delineado, encontra-se articulado — segundo relações de causa e efeito — com um mais geral processo de «decadência do indivíduo», de progressiva erosão da sua liberdade e da sua autonomia, por força das exigências sociais, das razões da colectividade.

Nostálgicas e, portanto, acriticás, nem uma nem outra destas duas posições corresponde à realidade das coisas. A primeira desconhece uma série de fenómenos reais, enquanto a segunda os aceita, mas desnatura-os sob uma interpretação superficial e simplificante que, ocultando as suas variedades e as suas diferenças específicas, impede que se apreenda correctamente o significado próprio de cada um deles. Com a fórmula falsamente unificadora do «declínio da vontade» ou da «crise do contrato» costumam-se, de facto, cobrir, frequentemente, situações e processos profundamente diferentes

entre si em sentido e qualidade, que não é lícito — sem o preço dum arbítrio ideológico — assimilar. É necessário, ao invés, utilizando um método de análise diferenciada, distinguir cuidadosamente entre os vários fenómenos que correm para delinear a imagem hodierna do contrato, e para assinalar a sua «novidade», em relação à imagem consagrada pela tradição no século XIX: porque — repetimo-lo — esses fenómenos não têm todos idêntico significado.

2. OS PROCESSOS DE «OBJECTIVAÇÃO» DO CONTRATO

2.1. Da «teoria da vontade» à «teoria da declaração»

Existe, sem dúvida, na evolução da teoria e da disciplina dos contratos, uma tendência para a progressiva *redução do papel e da importância da vontade dos contraentes, entendida como momento psicológico da iniciativa contratual*: esta tendência, que podemos definir como «objectivação do contrato», leva a redimensionar, sensivelmente, a influência que o elemento voluntarista exerce, quer em relação à definição geral do próprio conceito de contrato, quer em relação ao tratamento jurídico concreto de cada relação.

Recorde-se a concepção do contrato (e, portanto, do negócio jurídico) amadurecida nos séculos XVII e XVIII e aperfeiçoada no século XIX, na base do postulado jusnaturalístico que individualizava na vontade humana a fonte primária de todo o efeito jurídico, a energia criadora dos direitos e das obrigações legais: o contrato é «consenso», isto é «encontro de vontades»; o negócio jurídico é declaração de vontade (*retro*, cap. I, 4.3.). Falava-se, então, de «teoria da vontade» como chave para entender, em geral, a disciplina das trocas contratuais: e afirmava-se que as consequências do contrato devem ser perfeitamente conformes às representações mentais das partes, e que o direito deve reagir a qualquer imperfeição ou perturbação do processo de formação da vontade dos contraentes, cancelando a operação em que — por

ausência ou defeito, por assim dizer, do seu pressuposto psíquico — faltasse o seu próprio fundamento. Mas uma tal teoria e disciplina jurídica das transferências de riqueza — se resultava adequada a um sistema económico individualista e pouco dinâmico, no qual as trocas eram, no geral, bem ponderadas e conservavam um certo carácter «pessoal» — não podia satisfazer as exigências da *moderna economia de massa*, caracterizada pelo extraordinário incremento do volume das trocas (sobretudo entre as empresas e os consumidores dos seus produtos e os utentes dos seus serviços) e pela sua crescente standardização e «impressoalidade». Num sistema caracterizado pela produção, distribuição e consumo de massa, o primeiro imperativo é, de facto, o de *garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações*: mas estes objectivos requerem, justamente, que as transacções sejam tomadas e disciplinadas na sua objectividade, no seu desenvolvimento típico; eles são, portanto, incompatíveis com a atribuição de relevância decisiva à vontade individual, às particulares e concretas atitudes psíquicas dos sujeitos interessados na troca, numa palavra, com a teoria da vontade.

Fez-se, a seu tempo, referência à resposta que os legisladores e os cientistas do direito deram a estas novas exigências da organização económica: uma resposta que ipode resumir-se na fórmula da passagem da «teoria da vontade» à «teoria da declaração» (*retro*, cap. I, 6.2.). «Teoria da declaração» é uma expressão que resume uma série de regras de disciplina do contrato, unificadas por uma característica e por um objectivo. A característica é a de ligar os efeitos e o tratamento jurídico das relações aos *elementos objectivos, exterior e socialmente reconhecíveis*, dos actos pelos quais as relações se constituem, muito mais que aos elementos de psicologia individual, às atitudes mentais que permanecem no foro íntimo, numa palavra, à vontade das partes: com a consequência de que, em caso de conflito entre «subjectivo» e «objectivo», entre as effectivas posições da psique e da vontade do contraente e aquilo que socialmente transparece e é percebido pelo outro contraente, tende-se a atribuir prevalências a

este último, sacrificando, assim, a vontade à declaração. O objectivo, pelo seu lado, é o de tutelar os interesses do destinatário da declaração, o qual tinha confiado no teor objectivo e socialmente perceptível desta: uma tutela de interesses individuais que — ao nível de todo o sistema — se converte justamente em garantia da segurança e da celeridade das trocas, da continuidade e estabilidade das relações de negócios.

Estas afirmações, que já em parte se tinham antecipado no primeiro capítulo, podem, agora, ser apreciadas de modo mais directo e concreto, através duma confrontação com muitas das regras que ilustrámos nos capítulos dedicados ao contrato na disciplina positiva. Os exemplos são tão numerosos que só colocam o problema da escolha.

Consideremos a *formação do contrato* (relativamente à qual se disse tratar-se da verificação da objectiva correspondência de comportamentos humanos a um modelo legal, e não já de apurar a existência de um «consenso» ou de outros eventos psíquicos). É possível que um contrato se forme validamente, e vincule os sujeitos interessados, mesmo que no momento em que se conclui falte completamente a vontade de uma das partes, ou até exista uma sua vontade contrária: pense-se nas regras sobre a subsistência da eficácia da oferta, mesmo depois da morte do proponente (que seja médio ou grande empresário), ou na disciplina da revogação da aceitação (art. 1328.º c. 2 Cód. Civ.), com base na qual — se a revogação é emitida antes da conclusão do contrato, mas chega ao proponente depois daquele momento — dá-se a formação de um contrato não derivado da vontade actual de uma das partes, e, até, positivamente não querido.

Igualmente significativa é a disciplina dos *vícios da vontade*. Aqui temos um sinal evidentiíssimo do processo de que estamos falando: durante a vigência do código civil anterior, o erro obstáculo (que, recaindo sobre a declaração, a impedisse de reflectir fielmente a vontade real do declarante) determinava, sem mais, a nulidade radical do contrato; a regra constante do código de 1942 é, ao invés, que o erro obstáculo é tratado como o erro-vício, e só determina a anulabilidade — já não a nulidade — do contrato, na medida em que resulte

essencial e cognoscível. De resto, estes dois requisitos — essencialidade e cognoscibilidade — têm, justamente, o efeito de circunscrever a relevância da vontade, e da sua deficiente formação, apenas aos casos em que tais defeitos tenham uma qualquer correspondência objectiva e exterior, e, portanto, sejam socialmente perceptíveis: podem, assim, formar-se regularmente, e adquirir eficácia vinculativa, contratos que não correspondam à vontade real de uma das partes, mas até mesmo a traiam gravemente; contratos que a parte na realidade não queria concluir.

Considere-se, ainda, a disciplina da *simulação*. Quando, numa hipótese de contrato simulado, estejam em jogo interesses de terceiros que tenham confiado naquela aparência de contrato e dele esperem determinadas consequências jurídicas, muitas vezes a lei faz *prevalecer a aparência* (aquilo que objectivamente resulta para o exterior) sobre a realidade daquilo que as partes efectivamente tenham querido; também aqui, portanto, se produzem efeitos que não correspondem à vontade dos contraentes.

O princípio segundo o qual as situações aparentes prevalecem sobre a vontade real de quem, de qualquer modo, contribuiu para as criar, quando tal seja necessário para tutelar os interesses de todos quantos tenham confiado na aparência, encontra, no direito moderno, numerosas aplicações. Limitando-nos às hipóteses que tivemos já ocasião de analisar, pense-se na disciplina da *representação*, e, em particular, na revogação ou na modificação da procuração (art. 1396.º c. 1 Cód. Civ.): se a vontade do representado, devidamente formada e comunicada ao representante, é no sentido de revogar ou circunscrever os poderes conferidos a este último, e se, não obstante, este contrata nos mesmos termos com um terceiro, em nome do representado, ou excede os novos limites da procuração, este contrato só não é vinculativo para o representado na medida em que tenha curado de levar ao conhecimento dos terceiros, com meios de publicidade idóneos, as modificações ou a revogação; diversamente, o contrato tem, sem mais, eficácia vinculativa em relação a si próprio, mesmo que, no momento em que foi concluído, a vontade real e actual

do interessado estivesse positivamente orientada em sentido contrário: só que tal vontade resultava desmentida por uma aparência (o persistir dos antigos poderes de representação), na qual o terceiro tinha confiado, e que a lei reputa digna de uma tutela mais forte do que a que pode conceder-se a uma vontade não tornada socialmente cognoscível. E como devem interpretar-se — se não como tutela de uma confiança originada por índices objectivos de aparência, embora em manifesto contraste com a realidade — a norma que disciplina as aquisições «a non domino» (art. 1153.º Cód. Civ.), ou as normas em matéria de registo (art. 2643.º e segs. Cód. Civ.)?

A razão unificante de todas estas regras é a exigência de *tutelar a confiança* (e enquanto isso, como sabemos, *garantir a estabilidade, a ligeireza, o dinamismo das relações contractuais* e, portanto, das transferências de riqueza). Mas tutelar a confiança só é possível dando proeminência — na definição do tratamento jurídico das relações — aos elementos exteriores, ao significado objectivo e típico dos comportamentos, à sua cognoscibilidade social; e isto significa, por contraposição, atenuar o tradicional relevo dado às atitudes psíquicas singulares, concretas e individuais dos contraentes, às suas representações subjectivas, limitadas ao foro íntimo — em conclusão, à sua «vontade». Daqui uma «objectivação» do direito dos contratos e do próprio conceito de contrato (cuja definição tendem, cada vez mais, a basear-se no elemento declaração em vez de no elemento vontade): consequência inevitável do objectivar-se, standartizar-se, despersonalizar-se das operações económicas que constituem o seu substracto real.

2.2. O contrato e o «contacto social»

O processo de objectivação do contrato e do direito dos contratos, examinado no número precedente, concerne às relações entre vontade e declaração, e resume-se na diminuída importância do elemento subjectivo da vontade e na importância acrescida do elemento objectivo da declaração. Mas este processo manifesta-se, também, noutros fenómenos, que denunciam, de modo ainda mais evidente, a distância que

tenham natureza transitória, e que o legislador regional se atenha aos critérios enformadores da legislação estatal). E ainda, a partir do momento em que aos *regulamentos da Comunidade Económica Europeia* deve reconhecer-se eficácia e aplicabilidade directa no nosso ordenamento, também nestes se identifica uma nova fonte de possíveis intervenções normativas sobre relações contratuais privadas (operante sobretudo em matéria de comércio dos produtos agrícolas).

O fenómeno da ingerência crescente do legislador nos contratos dos sujeitos privados, tem de ser apreciado realisticamente, pelos objectivos que ela, em concreto, prefigura, e pelos efeitos que, em concreto, produz, sem perigosas simplificações ou generalizações arbitrárias. É necessário, ainda, reforçar, em geral, pelo menos dois pontos. O primeiro é este: seria errado partir de uma contraposição abstracta entre «público» e «privado», e impedir qualquer intervenção legislativa no campo da realização do «interesse público», mediante o sacrifício do «interesse privado»; é, ao invés, necessário distinguir entre intervenções e intervenções, e, concretamente, individualizar, caso a caso, os interesses que, por seu intermédio, se querem prosseguir, as categorias ou os grupos sociais que com ela se querem favorecer, já que, como qualquer medida legislativa, também as de controlo e limitação da actividade contratual privada pode corresponder a *políticas económico-sociais muito diferentes entre si*. O segundo ponto que parece oportuno sublinhar é o seguinte: controlo legislativo, com fins sociais, dos contratos entre sujeitos privados não significa, sem mais, controlo, com fins sociais, das actividades económicas privadas; o contrato é, de per si, um *acto* isolado, enquanto que a *actividade* resulta de uma série de actos, eventualmente de diversa natureza, coordenados e finalizados a um objectivo comum; portanto, a actividade (económica) pode pressupor um ou mais contratos, mas não se esgota nestes; controlar os contratos das empresas é, por isso, condição muitas vezes necessária, mas quase sempre insuficiente para um controlo efectivo da complexa actividade empresarial.

4. OS NOVOS PAPEIS DO CONTRATO

4.1. «Declínio» ou «relançamento» do instrumento contratual?

Os fenómenos que sumariamente descrevemos, indicados como os aspectos salientes da súbita transformação, na época moderna, do contrato e do direito dos contratos, são complexos, e reflectem *tendências, não raro contraditórias*. É por isso extremamente difícil abarcar estes processos de transformação dentro do rigor de uma fórmula interpretativa absolutamente *abrangente*, que, por si só, individualize e exprima o seu sentido. É a questão — hoje frequentemente discutida — de saber se a sociedade e o direito contemporâneos conhecem um declínio ou antes um relançamento do papel da autonomia privada e do contrato, seu instrumento fundamental, não parece susceptível de respostas unívocas. Alguns dos fenómenos a que aludimos parecem, de facto, assinalar uma redução objectiva da área de incidência e da importância do contrato enquanto instrumento de mediação social, assim como existem outros fenómenos, que parecem, inversamente, dilatar e exaltar o seu papel; e por vezes um mesmo fenómeno parece partilhar, contraditoriamente, de ambas as tendências.

Consideremos, por exemplo, as chamadas «relações contratuais de facto», isto é, aquelas hipóteses em que uma relação socialmente relevante é, sem mais, elevada à dignidade de relação jurídica, que, por sua vez, é tratada pelo direito segundo a disciplina própria das relações contratuais (ainda que nelas seja duvidosa a existência de uma autêntica, e válida, declaração contratual). Por um lado, num fenómeno como este, pareceria poder encontrar-se sinais de um declínio do contrato: trata-se, na realidade, da multiplicação de situações, em que existem transferências de riqueza, operações económicas verdadeiras e próprias, que não se formalizam naquele modelo da troca de declarações de vontade, no qual estamos habituados a identificar o contrato. Mas se se partir de um ponto de vista diverso, a argumentação pode ser legitimamente invertida. Entretanto, diga-se que, adoptando um conceito menos

rígido de «troca de declarações de vontade», podemos encontrar em muitas das situações de «contacto social», que dão lugar às relações contratuais de facto, os elementos de um modelo legal de formação do contrato (*retro* 2.2.). Mas ainda que se parta da premissa de que aquelas situações não integram verdadeiros e próprios contratos (válidos), o fenómeno acaba, ainda assim, por denunciar uma substancial expansão da área de incidência do instituto: posto que aquelas são tratadas juridicamente como contratos, bem pode dizer-se que a disciplina do direito contratual conquista novos territórios, atraindo para a sua esfera — e deste modo jurisdicizando — fattispécies que, em rigor, deviam estar fora do domínio do direito, e, particularmente, do domínio do direito dos contratos.

As «ambiguidades», sob o prisma que estamos a examinar, dos processos de transformação do contrato podem ser detectadas ainda num plano mais geral. Observou-se como a progressão da organização económica capitalista, o crescimento do sistema das empresas e, em particular, os desenvolvimentos da produção, da distribuição e dos consumos de massa, determinaram fenómenos que, de alguma forma, trazem o sinal de um indiscutível declínio do papel do contrato, entendido como instrumento de uma conscente, livre e paritária auto-determinação da própria esfera económica. Pense-se nas relações entre empresas produtoras de bens ou serviços e a massa dos consumidores, governadas não já por um princípio de discussão aberta e de ajustamento equilibrado de interesses contrapostos, mas pela imposição unilateral de um regulamento predisposto por uma das partes, a que a outra mais não faz do que oferecer a sua mecânica «adesão» (donde se compreende que toda uma corrente de pensamento tenha sido induzida a negar aos instrumentos da contratação estandardizada natureza de «contrato», para lhes atribuir diversamente natureza de «normas», embora impostas por um sujeito privado a outro sujeito privado). Ou então pense-se nas relações de trabalho subordinado, que, por muito tempo, encontraram a sua disciplina na «lei de fábrica» ditada pelos patrões muito mais do que pelo real concurso da vontade de ambas as partes. São todas situações — é caso para dizer — em que

existe muito pouco de «contratual». Mas, por outro lado, sabemos que precisamente esses factores de evolução da estrutura económica determinaram — por necessidade histórica — o nascimento e o desenvolvimento de um movimento dos trabalhadores cada vez mais amplo, organizado, conscente da sua força e dos seus direitos e decidido a reivindicá-los, criando, deste modo, a premissa para a recuperação de uma mais autêntica «contratualidade» e para o relançamento — em formas novas, já não individuais — da autonomia privada, que vimos realizar-se com a praxe da contratação colectiva.

Esta recuperação de «contratualidade» e este relançamento da autonomia privada fizeram-se sentir, inicialmente, na medida do salário e nas outras condições do contrato de trabalho (parte «normativa» dos contratos colectivos). Mas com o crescimento da força, da autoridade e da influência das organizações sindicais, sobretudo recentemente, os contratos colectivos têm vindo a enriquecer-se com *numerosas e importantes previsões «obrigatórias»*, que codificam verdadeiras e próprias vinculações contratuais do sindicato e/ou dos empresários: o exemplo mais significativo é constituído, talvez, pelas obrigações — cada vez mais frequentemente adoptadas nas «partes primeiras» dos contratos colectivos dos sectores industriais — assumidas pelos empresários em ordem ao volume dos investimentos a efectuar, à sua colocação territorial, aos aumentos de empregos que se vinculam a conseguir, e aos correspondentes poderes de «controlo» sobre o seu cumprimento, que a contraparte se reserva. Deste modo, é claro que o contrato vê exaltado o seu papel de instrumento de mediação social: não só recupera plenamente para a sua lógica, relações e situações que, até aí, só nela entravam em formas imperfeitas e distorcidas, mas até conquista espaços e funções novas, sempre mais relevantes.

O signo da contraditoriedade parece também caracterizar a evolução das relações *entre o contrato e a lei*. Segundo a sua imagem «clássica», o contrato tendia a configurar-se como uma espécie de «zona franca» das prescrições autoritárias dos poderes públicos, e, em particular, do legislador, mostrando-se como domínio incontrolado da livre vontade

dos contraentes, que deviam determinar por si, e não fazer-se impor do exterior, as regras da sua conduta, especialmente em matéria de exercício das actividades económicas («autonomia» privada). A evolução do direito moderno parece, assim, assinalar a progressiva erosão de uma tal imagem, por causa da extraordinária extensão e desenvolvimento das intervenções legislativas sobre as relações contratuais que reduzem substancialmente os espaços dentro dos quais pode espraiar-se a autonomia dos sujeitos privados (cfr. *retro*, 3.4): neste sentido, não parecem desprovidas de fundamento as conclusões expressas na fórmula — simplificante mas incisiva — segundo a qual a lei celebra hoje o seu predomínio sobre o contrato, subtraindo a este último sectores de relações e competências que antes lhe estavam reservados.

Mas uma tal representação da realidade — embora verdadeira em si — é apenas parcial, porque não regista fenómenos recentes de grande importância, que, ao contrário, parecem delinear uma tendência exactamente oposta: a tendência pela qual é o contrato a conquistar um certo predomínio sobre a lei, e a assegurar a disciplina das relações e situações que primeiro encontravam o seu regulamento exclusivamente nas prescrições autoritárias do legislador; a tendência que frequentemente se exprime com a afirmação de que actualmente a lei é cada vez mais «contratada».

Com esta fórmula um pouco ambígua, não queremos aqui referir o seu significado, por assim dizer, mais genérico, grosseiro é, em qualquer caso, menos nobre, e aludir sim ao facto de, muitas vezes — pelos actuais modos de organização e de funcionamento do sistema político-parlamentar — as providências legislativas mais não fazerem do que formalizar «acordos» previamente formados entre as partes políticas interessadas, quando não «entendimentos» ou «compromissos», arrancados com eficazes acções de *lobbying*. Afirmando que o contrato tende a ocupar espaços e a assumir funções em tempos reservados ao domínio da lei, pretendemos referir-nos a hipóteses muito mais precisas e tecnicamente definidas: e sobretudo ao fenómeno — recentemente afirmado — da *contratação colectiva no âmbito das relações de emprego público*. É sabido

que a relação de trabalho com o Estado, com os entes locais, com todos os outros entes públicos não económicos, não nasce de um contrato, e não se configura como uma relação contratual; a medida da retribuição, os direitos e deveres do empregado público são determinados pela lei. Mas nos últimos anos, superando antigas dificuldades e resistências, a organização e a iniciativa dos sindicatos conseguiram penetrar também no sector — a estes tradicionalmente vedado — do emprego público, e sobretudo, introduzir nele a prática da contratação colectiva. «Contraparte» do sindicato é, aqui, o ente público, ou os órgãos que o representam; conteúdo do contrato colectivo são as condições de tratamento económico e normativo que o ente público se compromete a praticar com os seus trabalhadores: não já transformando-as em contratos individuais de trabalho (que neste âmbito de relações sabemos não terem relevância), mas sim traduzindo-as em outros tantos preceitos legais, que o poder público-contraente se obriga a promover. Nestes casos, portanto, bem podemos dizer que *a lei não é mais que o sancionamento e o registo formal de um contrato*, ao qual-substancialmente é reconduzida — como à sua fonte real — a disciplina das relações e das situações de que se trata: um fenómeno que, sem dúvida, dilata e exalta o papel do instrumento contratual.

Inversamente, o complexo papel do contrato e da liberdade contratual sofreu as consequências de outros eventos, próprios do nosso século, que pareceriam jogar no sentido de uma sua substancial restrição: a implantação, em diversas zonas do mundo, de regimes socialistas. Mas também aqui é preciso distinguir. Certamente, é indiscutível que num ordenamento socialista o princípio da autonomia contratual não pode assumir o mesmo valor e a mesma função que lhe são reconhecidos nos ordenamentos jurídicos burgueses. Em sistemas que, como os socialistas, programaticamente afastam a distinção-contraposição entre direito público e direito privado, não faria sentido falar de autonomia «privada», entendida como poder do sujeito ou dos grupos de prosseguir os seus interesses, separados dos da colectividade ou a estes contrapostos: o exercício dos poderes atribuídos aos cidadãos e às

empresas — os protagonistas do tráfico contratual — consideram-se institucionalmente funcionalizado à prossecução do interesse colectivo. Mas isto não exclui que também num sistema socialista o contrato e a liberdade contratual possam desempenhar papéis objectivamente importantes.

Torna-se necessário distinguir, a este respeito, entre funções da liberdade contratual reconhecida aos cidadãos e funções da liberdade contratual reconhecida às empresas. O direito dos cidadãos a decidir autonomamente sobre a estipulação e o conteúdo dos seus contratos⁽²⁾ assume, na ideologia do direito socialista, um duplo papel: por um lado, ele faz com que o contrato possa valer como instrumento para a satisfação eficaz das necessidades materiais e intelectuais dos próprios cidadãos, aos quais permite converter em «valores de uso», e, assim, efectivamente fruir, o correspondente monetário do trabalho por eles prestado a favor da sociedade; por outro lado, a liberdade de escolha dos cidadãos, em ordem à conclusão e ao conteúdo dos contratos (destinados a conseguir das empresas produtoras os bens e os serviços necessários a satisfação das suas necessidades de vida) é vista, por assim dizer, como o canal através do qual os cidadãos têm maneira de influir sobre as próprias directivas do plano económico nacional, na medida em que as suas opções de aquisição — fundadas, justamente, naquela «liberdade contratual» — contribuem para orientar as determinações dos planificadores, relativamente à quantidade e qualidade dos bens de consumo, no sentido indicado precisamente por tal «procura».

Quanto à liberdade contratual das empresas — nas relações com os consumidores ou com outras empresas —, a sua extensão maior ou menor constitui índice do tipo de organização económica próprio do particular sistema socialista de que se trata: onde esta é mais limitada, prevalece, evidentemente, um modelo de planificação rígida e centralizada; onde é mais intensa, o sistema resulta, ao invés, fundado sobre o

(2) Este direito foi recentemente reconhecido, de forma geral e com muita solenidade, no § 8.º do novo Código Civil (*Zivilgesetzbuch*) da República Democrática Alemã, entrado em vigor no 1.º Janeiro 1976.

princípio da descentralização das decisões económicas e da respectiva autonomia (embora na moldura geral do plano) das unidades produtoras individuais, cujo grau de eficiência é, deste modo, mais fácil comensurar.

4.2. O contrato na acção administrativa

Assinalou-se acima, a evolução das relações entre contrato e lei. Também a análise das *relações entre contrato e actividade da administração pública* pode dar ocasião a algumas reflexões interessantes.

Nas páginas precedentes, esta relação foi tomada em consideração de um único ponto de vista: do ponto de vista das *crescentes limitações que a liberdade contratual dos sujeitos sofre por força das intervenções administrativas*, variamente configuradas e finalizadas. Partindo das fontes «heterónomas» de determinação do regulamento contratual, observou-se, de facto, que entre essas, encontram-se, por vezes, órgãos da administração pública, aos quais é atribuído o poder de definir, em concreto, este ou aquele elemento a inserir no conteúdo do contrato, em conformidade com mais gerais prescrições da lei: pense-se, por exemplo, nos preços «administrados» pelo C. I. P.; outras vezes, a intervenção administrativa não incide directamente sobre o conteúdo do contrato, mas subordina a sua eficácia a uma aprovação ou autorização preventiva: assim, as condições uniformes das apólices de seguro para a responsabilidade civil derivada da circulação dos veículos automóveis, predispostas pelas empresas seguradoras, devem ser «aprovadas» por decreto do Ministro da Indústria, Comércio e Artesanato, a publicar na «Gazzetta Ufficiale» (art. 11.º c. 3 da lei n.º 990, de 24 de Dezembro de 1969; art. 23.º do dec. P. R. n.º 973, de 24 de Novembro de 1970); outras vezes ainda, as determinações da autoridade administrativa substituem-se às autodeterminações dos particulares em matéria de escolha do parceiro contratual: é o caso dos mecanismos de colocação da mão de obra genérica e não qualificada (*retro*, cap. III, 1.4.). E etc.

entre o concedente e o concessionário privado, que se junta ao acto unilateral de concessão e integra a disciplina deste com as suas cláusulas.

O campo em que este modelo encontra as aplicações mais significativas é, no entanto, talvez o *urbanístico*: assim, por força do art. 28.º da lei n.º 1150, de 17 de Agosto de 1942 (lei urbanística), o loteamento de terrenos para edificação deve ser autorizado pela Câmara, e esta autorização municipal é, por sua vez, «subordinada à estipulação duma convenção» entre o Município e o sujeito privado, através da qual este último assume uma série de compromissos destinados a garantir que a zona a edificar será dotada das necessárias obras de urbanização primária e secundária; na legislação mais recente, prevê-se ainda que o contributo devido à Câmara — para obter a referida concessão — por quem pretende edificar, pode ser reduzido, «quando o concessionário se obrigue, por meio de uma convenção com a Câmara, a praticar preços de venda e rendas locativas determinadas» na existente «convenção tipo» elaborada pela Região (art. 7.º da lei n.º 10, de 28 de Janeiro de 1977; cfr. também o art. 9.º b) da lei citada).

O significado desta tendência, no sentido da progressiva «contratualização» de numerosas relações e situações que os esquemas tradicionais da intervenção pública teriam submetido a uma disciplina «autoritária» e não «consensual», não é fácil de decifrar. Também esta aparece, de facto, eivada por certo grau de *ambivalência*, e aberta a implicações e resultados potencialmente contraditórios. Por um lado, não deve subvalorizar-se o risco de a difusão das técnicas «consensuais» no campo da acção administrativa, e, portanto, a prática consistente do negócio e do acordo com os privados, acabarem por determinar desvios perigosos no modo de proceder e nos objectivos dos poderes públicos, dando azo a formas de colusão e mesmo a situações em que é fácil que interesses individuais ou de grupo se sobreponham aos interesses da colectividade. Mas por outro lado, esta afirmação do modelo «convencional» em lugar dos instrumentos de imposição unilateral, assinala um processo rico de potencialidades positivas: isto porque a procura e a promoção do «consenso» dos «admi-

nistrados» significam desenvolvimento da sua activa e consciente «participação», na qual, por sua vez, se encontra um pressuposto de democracia e, ao mesmo tempo de eficiência do procedimento administrativo. Neste sentido, o contrato, com os valores que exprime, coloca-se, de certo modo, como símbolo e suporte de um novo e mais avançado modelo de relação entre autoridade e liberdade.

4.3. Historicidade do contrato

A análise dos diversos fenómenos de transformação do contrato e do direito dos contratos permite-nos agora apreciar as posições daqueles que interpretam estes processos, resumindo o seu significado na conclusão de um irreversível «declínio» ou até da «morte» do contrato enquanto tal, ou de um retorno «do contrato ao status».

Na realidade, estas posições resultam desmentidas pela nossa análise: se, em alguns aspectos, o contrato se mostra actualmente em declínio, noutros aspectos, o seu papel conhece uma expansão e um relançamento; o contrato não está «morto», mas está simplesmente «diferente» de como era no passado; e mais que de um retorno «do contrato ao status», parece legítimo falar de uma passagem de um modelo de contrato a um novo modelo de contrato, adequado às exigências dos novos tempos. Os raciocínios a que se fez referência mostram-se agora viciados: e esse vício consiste no facto de partirem de premissas metafísicas onde é necessário assumir um ponto de vista rigorosamente histórico. Dizer que o contrato «está morto», afirmar — quase subentendendo a ideia de um retrocesso histórico — que o seu papel tende a ser recuperado pelo «status», só tem, de facto, sentido se se postula a ideia de uma «essência» do contrato, imutável e indiferente à história.

Este é, no entanto, um modo impreciso de enfrentar o problema, pois impede de apreender o sentido dos factos. Sabemos que qualquer instituto jurídico, longe de ser governado por leis absolutas, está sujeito a um princípio de rela-

tividade histórica: postular uma «essência» do contrato (e encontrá-la, em concreto, no exercício incondicionadamente livre da vontade individual e dos impulsos subjectivos das partes) significa destacar, de modo arbitrário, uma fase historicamente condicionada e circunscrita da evolução do instituto contratual (admitindo — o que é duvidoso — que também aquela fase tenha correspondido perfeitamente à pureza do modelo). Mas isto é ideologia: a verdade é que não existe uma «essência» histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade das suas formas históricas e das suas concretas transformações.