

tras coisas, tem-se a existência do acordo de vontades entre partes diversas com o objetivo de se criar uma situação jurídica individual¹⁵².

Fosse de outro modo, ou seja, decorressem os efeitos jurídicos impositivamente de vontade externa a quem deva sofrê-los; ou resultasse daí a criação de uma situação jurídica geral, não se trataria de contrato, mas de um ato jurídico que poderia ser dito ou ato jurídico (unilateral); ou mesmo lei (em sentido amplo).

Por outro lado, da perspectiva funcional, a essência substancial do contrato reside em ser técnica de pacificação social, por meio do respeito à palavra consensualmente dada, garantindo-se a confiança dela decorrente.

Outra função que se queira apontar, no caso, p. ex., ao contrato dito administrativo, como a de supostamente garantir o interesse público mediante instrumentos de ação unilateral, consistindo em prerrogativas de uma das partes, não está presente somente nos contratos – e, aliás, imposições unilaterais já, em princípio, parecem estranhas aos mecanismos contratuais.

23. Perspectiva estrutural: a sistematização de DUGUIT. Para aprofundar a análise *estrutural* dos elementos substanciais do contrato, com perspectiva adequada para futuras considerações sobre o contrato administrativo, mais uma vez merece destaque o pensamento de DUGUIT, que constrói teoria muito peculiar, tendo influenciado diversos doutrinadores, não sem ter recebido objeção de outros tantos¹⁵³.

152 Como já notado ao final da Seção 3, aqui se está trabalhando com ideias e expressões de Gaston JÈZE, que serão desenvolvidas mais adiante (tópico 41). No Brasil, Mário MASAGÃO (1933:97) já afirmara que “a substância do contrato é acordo de vontades, gerando, entre as partes, relação jurídica”. Para dar mais um exemplo de opção por um critério estrutural, ainda que não em relação à definição de contrato, mas à de negócio jurídico, lembrem-se as lições de Antônio JUNQUEIRA DE AZEVEDO (2002: 4/22) Após analisar (i) as definições “pela gênese, ou voluntaristas” – pelas quais se define negócio jurídico como ato de vontade – e (ii) as definições “pela função, ou objetivas” – que defendem a predominância da declaração objetiva sobre a vontade subjetiva nos negócios jurídicos, ressaltando a função destes de produção de efeitos jurídicos –, adota (iii) a definição “pela estrutura” – que não se preocupa nem com como o negócio surge, nem com como ele atua, mas com o que ele é. Da definição estrutural abrem-se duas possibilidades: como categoria (in abstracto), negócio jurídico é “a hipótese normativa consistente em declaração de vontade ([...] manifestação de vontade, que, pelas suas circunstâncias, é vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos)”; e como fato (in concreto), é “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”.

153 Louis JOSSERAND (1939:9/10), por exemplo, critica a classificação de DUGUIT, por entender que ela resulta no emprego de “contrato” somente para designar o ato formado entre credor e devedor, possuidores de interesses opostos, a gerar, de um lado, uma obrigação de se cumprir

O objetivo de DUGUIT (1927:427), todavia, ao propor suas classificações, é, segundo ele próprio, “designar coisas diferentes por palavras diferentes e de não aplicar a palavra contrato a atos que não são contratos”. Eis, em síntese, suas principais ideias sobre a questão¹⁵⁴.

DUGUIT aborda o tema do ato jurídico valendo-se de duas classificações cujos elementos, em dada medida, comunicam-se. De um lado, abordando o ato jurídico em geral, apresenta sua notória tripartição *ato-regra*, *ato-condição*, *ato subjetivo*. De outro lado, cuidando especialmente dos atos jurídicos plurilaterais, distingue *contrato*, *ato coletivo* e *união*.

Ambas as séries de classificações remetem a uma distinção essencial entre situações jurídicas – situações em que normas jurídicas gerais ou individuais são criadas.

Tal distinção essencial se dá entre *situações jurídicas objetivas* e *situações jurídicas subjetivas*.

A *situação jurídica objetiva* – que decorre de *atos-regra* (tipicamente da lei) e, em parte, de *atos-condição*¹⁵⁵ – tem característica de generalidade e permanência, ou seja, afeta genericamente qualquer pessoa, a qualquer tempo futuro a partir de sua vigência, até que perca sua validade.

A *situação jurídica subjetiva* – que decorre dos *atos subjetivos* e, em parte, dos *atos-condição* – são “situações especiais e momentâneas, situações que não podem ser opostas senão a uma ou várias pessoas individualmente determinadas e que desaparecem após uma certa prestação ter sido cumprida”¹⁵⁶.

trazidos do Direito alemão, como se passa com a “união” (*Vereinbarung*, a partir do pensamento de Georg JELLINEK).

JOSSERAND (1939:10/11), em suma, aponta a desnecessidade de se importarem figuras “*d’outre-Rhin*”, aparentemente “impregnadas de modernismo”, mas em realidade “retrógradas”, pois voltadas às origens, à *stipulatio* romana. Acusa tal teoria de uma deformação do Direito civil por meio de instituições do Direito público. E defende a utilização do “contrato”, conceito “bastante flexível”, para se adaptar a todas as situações, sejam as típicas das obrigações nos moldes da *stipulatio*, seja para situações jurídicas permanentes ou estados jurídicos, desde que decorrentes de acordo de vontades: “os contratos são todo um mundo povoado de indivíduos de natureza, de poder, de longevidade e de aspecto muito diferentes” (“les contrats sont tout un monde peuplé d’individus de nature, de puissance, de longévité et d’aspect très différents”) (JOSSERAND, 1939:11).

154 O risco, todavia, de se pretender apresentar de modo resumido pensamento tão original e aprofundado como o de DUGUIT é evidente. O sentido deste tópico, portanto, não é esgotar todas as nuances do pensamento do autor, mas tão somente de fixar alguns pontos importantes para o desenvolvimento da tese.

155 Conceitos que serão explicados logo a seguir.

156 “Situations spéciales et momentanées, des situations qui ne peuvent être opposées qu’à une ou plusieurs personnes individuellement déterminées et qui disparaissent après qu’une certaine

Tão importante parece a DUGUIT essa distinção, que chega a afirmar: “a distinção que eu acabo de fazer entre as situações jurídicas objetivas e as situações jurídicas subjetivas é fundamental. Não se pode compreender o Direito caso não se a compreenda” (DUGUIT, 1927:314)¹⁵⁷.

Frise-se esta distinção. Parte relevante da presente tese estará nela fundamentada.

Do gênero *ato jurídico*, uma primeira espécie é o *ato-regra*, correspondendo ao ato praticado com a intenção de que se produza uma modificação nas regras de Direito; o ato-regra tem exclusivamente um caráter *objetivo* vez que dele decorre somente uma modificação no âmbito do direito objetivo, sem afetar em nada a situação de nenhum indivíduo determinado. São exemplos de ato-regra, segundo DUGUIT, a lei, o regulamento, as cláusulas regulamentares de um contrato de concessão, os estatutos de uma associação ou de uma sociedade, as cláusulas de uma convenção coletiva de trabalho (1927:327/328).

Uma segunda espécie de ato jurídico é o *ato-condição*, pelo qual passa a incidir em relação a um determinado indivíduo um conjunto normativo, um

Positive e retomada em diversas de suas obras, especialmente no *Traité de Droit Constitutionnel* (1927:307/315). Verifiquem-se, adicionalmente, os seguintes trechos do *Traité*:

“As situações jurídicas objetivas – Elas derivam diretamente da norma jurídica, da lei positiva quando a norma foi formulada por um legislador. A lei, como a norma da qual ela é expressão, contém uma regra geral; ela é uma disposição por via geral impondo-se a todos. Ela é permanente, o que quer dizer que ela subsiste após todas as aplicações que dela são feitas até o momento em que ela seja modificada ou revogada expressamente pelo legislador ou caia em desuso por força de uma transformação espontânea no direito objetivo” (“Les situations juridiques objectives. – Elles dérivent directement de la norme juridique, de la loi positive quand la norme a été formulée par un législateur. La loi, comme la norme dont elle est l’expression, contient une règle générale; elle est une disposition par voie générale s’imposant à tous. Elle est permanente, c’est-à-dire qu’elle subsiste après toutes les applications qui en sont faites jusqu’au moment où elle est modifiée ou abrogée expressément par le législateur ou tombe en désuétude par suite d’une transformation spontanée dans le droit objectif.”) (DUGUIT, 1927:308).

“As situações jurídicas subjetivas – Diferentemente das situações jurídicas que são gerais e permanentes, as situações jurídicas subjetivas são especiais e momentâneas. Elas são especiais no sentido de que elas não podem ser invocadas senão por uma ou várias pessoas individualmente determinadas e de que elas não podem ser opostas senão a uma ou várias pessoas também individualmente determinadas. Elas são temporárias no sentido de que tão logo seja cumprida a prestação que a ela se relacione, tão logo seja exercida a via de direito que a sancione, elas desaparecem sem deixar traços e deixa de existir abertura a qualquer via de direito”. (“Les situations juridiques subjectives. – A la différence des situations objectives qui sont générales et permanentes, les situations juridiques subjectives sont spéciales et momentanées. Elles sont spéciales en ce sens qu’elles ne peuvent être invoquées que par une ou plusieurs personnes individuellement déterminées et qu’elles ne peuvent être opposées qu’à une ou plusieurs personnes aussi individuellement déterminées. Elles sont temporaires en ce sens que lorsque est accompli l’agissement qui s’y rattache, lorsque a été une fois exercée la voie de droit qui la sanctionne, elles disparaissent sans laisser de traces et il n’y a plus ouverture à aucune voie de droit.”) (DUGUIT, 1927:312/313).

157 “La distinction que je viens de faire entre les situations juridiques objectives et les situations juridiques subjectives est fondamentale. On ne peut comprendre le droit que si on la comprend

estatuto jurídico, preexistente, porém antes não aplicável a tal indivíduo. Desse modo, o ato-condição tem, ao mesmo tempo, um caráter *objetivo* – posto que implica uma modificação na ordem jurídica existente, na medida em que uma norma passa a se aplicar a um indivíduo ao qual não se aplicava – e um caráter *subjetivo* – pois importa a aplicação de uma norma a um sujeito determinado. Seriam exemplos dessa espécie a nomeação de um servidor público, o casamento, a naturalização (1927:328)¹⁵⁸.

Por fim, a terceira espécie de ato jurídico é o *ato subjetivo*, de caráter puramente *subjetivo*. É um ato a partir de cuja produção surge para um sujeito uma “obrigação especial, concreta, individual, momentânea, que não fora criada pelo direito objetivo”, que não existiria a cargo desse indivíduo pela aplicação de regra alguma do direito objetivo. O exemplo por excelência de ato subjetivo seria o contrato “propriamente dito” (1927:329).

Essas três, espécies, esclarece DUGUIT, aplicam-se tanto em matéria (“do que se convencionou chamar”) de direito público, como de direito privado: “a teoria do ato jurídico é a mesma exatamente em direito público e direito privado; seus elementos são idênticos nas duas disciplinas. A oposição que se quis fazer entre elas é tão errônea como tem sido nefasta” (1927:331).

Já no tocante aos atos jurídicos plurilaterais – “produto da participação de duas ou mais vontades” (1927:368) – após demonstrar, com argumentos e exemplos, que a unilateralidade e a pluralidade não guardam relação com o caráter público ou privado do ato (1927:368/373), aponta DUGUIT que nem todos os atos que importam acordo de vontades têm caráter contratual.

Neste sentido, propõe (1927:374/375) que se afastem da noção de *contrato* duas situações: a primeira, a caracterizar o que sugere que se chame *ato coletivo*; a segunda, *união* (no sentido de “união de vontades”), respectivamente: quando o concurso de vontades é apenas a soma de declarações de vontade unilaterais (sem também caracterizar, todavia, atos individuais); e quando há realmente um acordo de vontades, mas gerando uma situação jurídica objetiva e permanente.

Das três categorias de atos plurilaterais, apenas duas são convenções, no sentido de acordo de vontades, com a finalidade de se produzirem efeitos

158 Do ponto de vista de autores civilistas, o *domaine du contrat*, em expressão típica francesa, não é incompatível com esses exemplos do que DUGUIT considera atos-condição. O contrato não seria limitado a relações de caráter patrimonial; seriam também contratos, por exemplo, o casamento, ou a adoção (René DEMOGUE, 1923:76; Louis JOSSERAND, 1939:12; Paul ESMEIN, 1952:27). Em sentido diverso, todavia, como anteriormente destacado, André de LAUBADÈRE (1956:7/8) extrai da noção de contrato como ato *gerador* de obrigações sua distinção em relação aos atos-condição, que não seriam geradores de obrigações, mas apenas atributivos de um regime previamente estabelecido em normas de caráter geral.

jurídicos: o contrato e a união. O ato coletivo não é convenção, mas uma soma de declarações unilaterais de vontade concordantes (1927:375).

Contrato, para DUGUIT (1927:380/381), tem um sentido estrito, seguindo o modelo da *stipulatio* romana. Todavia, DUGUIT não está a defender o aspecto formal, formulário, da *stipulatio*, e sim seu conteúdo, caracterizado pela presença de dois interesses contrapostos das partes, gerando a situação de credor e devedor. Os interesses são contrapostos (ex.: comprar e vender), senão não haveria o acordo.

Esse conceito, presente nos trabalhos dos romanistas da idade média e na doutrina de POTHIER, DUGUIT (1927:382) vislumbra também no texto do já citado art. 1.101, do *Code Napoléon*: uma ou mais pessoas obrigando-se perante uma ou mais outras. Na teoria de DUGUIT (1927:384/385), portanto, estão excluídos do conceito de contrato os casos em que a pluralidade de declarações de vontades tenha um mesmo objeto e volte-se a uma mesma finalidade; bem como os casos em que o objeto envolva a formação de uma situação, que não caracterize uma relação entre credor e devedor.

Note-se que essa leitura do art. 1.101, de certo modo restritiva, destaca aspecto que normalmente os autores que comentam o Código não ressaltam, como ilustrado na Seção 3: lá a questão em relevo era antes a *criação* da obrigação e não necessariamente a presença de credor e devedor com interesses contrapostos.

Do contrato decorre uma *situação jurídica subjetiva*.

Já *ato coletivo*¹⁵⁹ tem como característica essencial a existência de uma pluralidade de declarações unilaterais de vontade, independentes umas das outras – diversamente do contrato, quando o credor quer contratar porque o devedor também quer, e vice-versa.

No ato coletivo, concorrem declarações de vontade de sujeitos, que não necessariamente se conhecem e não negociaram o ato entre si, visando a um mesmo fim lícito, conforme regras então criadas – regras com caráter de lei no sentido material (ou seja, dotadas de generalidade e abstração), ditas *estatutos* (DUGUIT, 1927:398/399). É o caso das sociedades e das associações¹⁶⁰.

159 Do alemão, *Gesamttakt*, cuja teoria foi desenvolvida na Alemanha por GIERKE, como informa DUGUIT.

160 O que não afasta o caso em que alguns dos futuros sócios ou associados, que estejam negociando a criação da sociedade ou associação, durante esse período preparatório, celebrarem entre si verdadeiros contratos, obrigando-se uns com outros. Mas esses contratos não se

Os sócios ou associados não contrataram (no sentido de não haverem trocado consentimentos, pois todos votaram estatutos em um mesmo sentido, ou aderiram individualmente a regras já postas), nem se posicionam em situações juridicamente opostas, nem estão na posição de credores ou devedores uns dos outros. E as regras que devem seguir enquanto sócios ou associados (bem como que terceiros seguirão, que venham a se relacionar com a sociedade ou associação) são permanentes, constituindo verdadeira lei do grupamento. Se eventualmente, por descumprir tais regras, um associado, por exemplo, torna-se devedor da associação, isso decorre não de contrato, mas do próprio estatuto, de modo análogo com o que se passa entre o contribuinte de impostos e o Estado (DUGUIT, 1927:402/403).

Por fim, a *união*¹⁶¹, que, como os contratos, são espécie de convenção, deles se distingue por dar origem a uma regra permanente, a uma *situação jurídica objetiva*. “O exterior do ato é contratual; o fundo não é” (DUGUIT, 1927:409).

Aplicando-se as três categorias anteriormente expostas, tem-se que enquanto o *contrato é ato subjetivo*, a *união* pode ser tanto *ato-regra*, como *ato-condição*, ou ainda um ato que tenha um caráter misto (de regra e condição) (DUGUIT, 1927:409).

E na união, os participantes, ainda que visem a finalidades diversas, têm suas vontades voltadas para o mesmo objeto imediato (“declarar aceitar a convenção”) e mediato (“fazer nascer a regra ou a situação legal e objetiva, de estado, que a convenção condiciona”) (DUGUIT, 1927:410).

Aqui se nota uma distinção essencial entre a união e o contrato: sendo ato-regra ou ato-condição (atos objetivos), a união pode ter efeitos jurídicos dela decorrentes que atinjam pessoas estranhas à convenção, o que não poderia ocorrer com o contrato, enquanto ato subjetivo (DUGUIT, 1927:410).

161 Do alemão, *Vereinbarung*. Georg JELLINEK (1912:224), considerando os atos do Estado que criam direitos, aponta dois tipos gerais: aqueles cujos efeitos jurídicos decorrem de uma manifestação unilateral de vontade [o tradutor italiano diz *provvedimento*, em expressão jurídica típica da Itália, mas que no Direito brasileiro, talvez seja mais facilmente compreendido como ato unilateral, do que como provimento] e aqueles cujos efeitos jurídicos decorrem de várias vontades concordantes. Estes últimos podem ser *Vereinbarung* [que o tradutor italiano nem traduz, mas DUGUIT traduz por “união” ou “convenção-lei”; e KELSEN (1940:33 e 40), por “convenção-lei” ou, no plano internacional, “tratado-lei”] ou contrato [a palavra alemã é *Vertrag*]. Explica ainda Georg JELLINEK (1912:224) que *Vereinbarung* é criação de uma “vontade unitária [...] mediante vários atos de vontade individuais”, emanados de indivíduos singulares ou de órgãos de uma coletividade, visando a satisfazer interesses comuns; contrato, a seu interesse contrapostos.

São exemplos de união: o casamento, a convenção coletiva de trabalho, a convenção-lei (do Direito internacional), a nomeação de funcionário público¹⁶², a concessão de serviço público – mas esta apenas no que diz respeito às cláusulas regulamentares, ao lado das quais existem cláusulas de natureza contratual¹⁶³ (DUGUIT, 1927:411/424).

24. Ressalva quanto às ideias acolhidas nesta tese. Não se pode negar que a teoria de DUGUIT seja coerente e lógica. Efetivamente o autor logra demonstrar, com critérios relevantes para o Direito, que há situações diferentes, a merecer classificação sob conceitos específicos.

Assim não procede a crítica quanto ao paradigma da *stipulatio* implicar postura retrógrada. Como se pretendeu esclarecer, a invocação desse instituto deu-se com relação ao seu conteúdo e não à sua forma. Por certo um retorno à característica formalista da *stipulatio*, em sua origem no Direito romano, seria algo absolutamente anacrônico. Mas o conteúdo, em abstrato, da relação contratual definida neste modelo é algo que se faz presente plenamente nos negócios contemporâneos.

Mas a crítica de ordem terminológica pode ser levada em consideração. Importa, nesse aspecto, que se acorde quanto a um uso comum das palavras. No Brasil, por exemplo, como já anotado, o Direito ressenete-se da falta de precisão de uma expressão usual para designar o gênero equivalente à convenção, ainda que muitas vezes se queira fazer a distinção entre contrato em sentido estrito e outras figuras que fujam do modelo credor-devedor da *stipulatio*, descrito por DUGUIT.

E persistiria uma dúvida, no entanto, quanto à negação do caráter convencional dos atos coletivos. A descrição, feita por DUGUIT, do ângulo subjetivo, do fenômeno pelo qual se instituem sociedades e associações, bem como do fenômeno pelo qual ingressam posteriormente sócios ou associados, parece bastante condizente com a realidade e, de fato, distingue-se da dinâmica da pactuação de uma convenção.

Paul ESMEIN (1952:18) concorda quanto à substância desta “análise tomada de empréstimo a autores alemães” – “a distinção é exata, e a regulamentação da sociedade se ressenete desse fim comum, com *affectus societatis* e poder de decisão atribuído à maioria” –, mas discorda quanto à terminologia –

“sendo o compromisso contratual assumido por acordo de vontades, não se trata de contrato porque a sociedade não seja chamada de contrato”.

Aliás, a tradição romana, como visto, inclui a sociedade como um contrato, no caso, consensual. Na mesma linha de pensamento, todavia discutindo a noção de ato complexo, no Brasil, Ruy CIRNE LIMA (2007:236) chega a uma semelhante conclusão: “A tal arcaísmo jurídico revivido é manifestamente preferível a dilatação do conceito básico de contrato, em correspondência, de resto, com o progresso dogmático”.

Com efeito, pode-se vislumbrar, na evolução da praxe contratual, um movimento de alargamento do conteúdo conceitual de “convenção” (ou de “contrato”, com o sentido amplo que se lhe usa emprestar no Brasil), levando a uma aproximação em relação aos atos coletivos.

Interpretando as palavras de DUGUIT, seriam de duas ordens as especificidades dos atos coletivos: a) de um lado, a ausência de relação credor-devedor com interesses contrapostos e a geração de regras permanentes a reger a relação dos sócios ou associados; e b) de outro, a ausência de interdependência entre as vontades, de modo que os sócios ou associados não propriamente contratam, mas individualmente aderem.

Ora, pensando em elementos de distinção entre os atos coletivos e as convenções (contrato e união), verifica-se que o que acaba de se dizer em “a)” não implica diferença específica em relação à *união*, segundo a própria explicação de DUGUIT.

Resta, pois, o que se disse em “b)”. Entretanto, é justamente esse aspecto que a referida evolução da praxe contratual modificou. Esta situação é muito próxima ao que se usa dizer contratos de adesão, tão frequentes no dia a dia do comércio e da prestação de serviços.

Por outras palavras, os diversos regimes jurídicos contemporâneos passaram a incorporar mecanismos para tratar como contratos (ou convenções, caso se prefira expressão mais genérica) os diversos atos bi ou plurilaterais com caráter de adesão, mitigando eventuais distorções que isso poderia causar na visão contratual tradicional¹⁶⁴.

Em suma, percebe-se uma absorção da noção de ato coletivo¹⁶⁵, pela noção (ampliada) de união ou de contrato, conforme se vislumbre a criação de situação subjetiva ou objetiva¹⁶⁶.

Deste modo, poder-se-ia propor que as categorias de atos jurídicos plurilaterais fossem reduzidas a *contrato* e *união*, ambas configurando convenções.

Outro aspecto a ser criticado diz respeito à ideia de que no *contrato*, as partes têm interesses contrapostos; enquanto na *união*, os participantes têm suas vontades voltadas para o mesmo objeto imediato (“declarar aceitar a convenção”) e mediato (“fazer nascer a regra ou a situação legal e objetiva, de estado, que a convenção condiciona”).

Mesmo que essa ideia indique uma diferenciação de fato, ela refere-se apenas à postura interna das partes ante a execução da obrigação (interesses contrapostos ou convergentes), mas não à obrigação em si, não levando a distinções essenciais em termos de consequências jurídicas.

Nem sempre a presença de interesses convergentes está associada a um ato de caráter objetivo. E o diferencial relevante, em termos de consequências jurídicas, entre união e contrato é o caráter objetivo ou subjetivo do ato.

Ou seja, a criação de uma situação jurídica objetiva (decorrente do caráter de ato-regra ou ato-condição) leva a consequências diversas da criação de uma situação jurídica subjetiva, como, por exemplo, quanto à possibilidade ou não de extensão de efeitos a terceiros ou à existência ou não de restrições à modificabilidade da convenção pelas partes.

Por outras palavras, caso se vislumbre uma situação de interesses convergentes (e não contrapostos), a qual não se caracterize como situação objetiva, mas sim como situação subjetiva – como é o exemplo típico de muitos convênios

165 Note-se que persistiria, de todo modo, o ato coletivo, como figura distinta, no sentido de ato colegiado, como consta da abordagem de José CRETELLA JÚNIOR (2003:11). Nessa situação, o acordo de vontades decorre de “manifestações volitivas que emanam de várias autoridades ou agentes participantes de um mesmo colégio”. Seriam exemplos as deliberações de conselhos ou de análogos órgãos administrativos. Nesse caso, resta evidente não estar presente o substrato da convenção. Todavia, ao enunciar sua teoria sobre os atos coletivos, DUGUIT (1927:399/400) visava especificamente às sociedades e associações: “Diz-se correntemente que as sociedades anônimas e as associações são contratos [...] Erro certo que conduz a consequências lamentáveis. A sociedade por ações e a associação nos fornecem dois exemplos notáveis de formação jurídica nas quais existe um concurso de vontades sem que haja convenção nem contrato, mas somente uma pluralidade de declarações unilaterais de vontade [...] A sociedade por ações forma uma regra objetiva, uma verdadeira lei material do

administrativos, ao qual se vai voltar mais adiante – não há porque negar-lhe a qualificação de contrato, no sentido de ato jurídico subjetivo plurilateral.

Portanto, a distinção essencial de fundo¹⁶⁷ entre essas categorias – contrato e união – a ser apontada seria: o *contrato* dá origem a uma situação jurídica subjetiva – “uma relação particular individual e momentânea de credor e devedor”; e a *união* dá origem a uma regra permanente, uma situação jurídica objetiva; assim, enquanto o *contrato* é *ato subjetivo*, a *união* pode ser tanto *ato-regra*, como *ato-condição*, ou ainda um ato que tenha um caráter misto (de regra e condição).

25. Perspectiva estrutural: a posição de KELSEN. As considerações que se acaba de fazer podem ser reforçadas com algumas ideias de KELSEN.

Recorde-se que, para KELSEN, a noção de convenção remete ao mesmo tempo a certo procedimento e ao resultado do procedimento, ou seja, a norma jurídica criada¹⁶⁸. E que, como ato integrante da hierarquia do Direito objetivo (norma), a convenção importa ao mesmo tempo criação e aplicação (ou execução) do Direito¹⁶⁹.

Daí KELSEN (1940:40) criticar a visão da teoria tradicional alemã, que não enxerga claramente a distinção entre convenção enquanto procedimento e convenção enquanto produto (norma); nem percebe que a convenção ao mesmo tempo cria e aplica o Direito; e assim produz diversos “mal-entendidos” a partir da distinção entre *Vereinbarung* e *Vertrag*.

Para a teoria tradicional, as convenções no sentido de *Vereinbarung* (união) são atos de criação do Direito (como leis em sentido material), enquanto as convenções no sentido de *Vertrag* (contratos) são atos de aplicação do Direito (como atos jurídicos, no sentido restrito do termo – *Rechtsgeschäfte*). Daí, por exemplo, a distinção, no plano do Direito internacional, entre “tratado-lei” (*Vereinbarung*) e “tratado-contrato” (*rechtsgeschäftlicher Vertrag*).

Ainda segundo a teoria tradicional, nas convenções com sentido material de lei, as vontades das partes devem ter o mesmo conteúdo (“paralelas”), pois voltadas ao objetivo de satisfazer interesses comuns, ou de exercer poderes comuns; já nas convenções com sentido de contrato (ato jurídico em sentido

167 Por outro lado, lembre-se que DUGUIT mesmo admite que, nos aspectos exteriores, *contrato* e *união* não se distinguem – o exterior do ato de união é contratual. Invocando-se aqui os dois sentidos de convenção, apontados por KELSEN, pode-se dizer que DUGUIT está distinguindo *contrato* e *união* enquanto conteúdo da norma criada e não enquanto procedimento de criação normativa. Ver, na sequência, o desenvolvimento dessa ideia.

168 Ver tópico 14.

169 Ver tópico 20.

restrito), as vontades das partes teriam conteúdo diverso, contrapondo-se (“secantes”), posto que voltadas ao intercâmbio de utilidades ou prestações.

Após descrever essa visão, KELSEN (1940:40) admite haver diferença entre convenções com caráter “materialmente legislativo” e convenções com caráter de “atos jurídicos” (em sentido restrito), mas aponta que essa diferença é descrita de modo equivocado pela doutrina tradicional, ao opor ato legislativo como criador do Direito e ato jurídico como aplicador do Direito. E o equívoco também existe ao se cruzar essa dicotomia *ato legislativo-criação/ato jurídico-aplicação* com o caráter *paralelo* ou *secante* das vontades das partes.

Assim, a distinção entre vontades paralelas e vontades secantes não guarda relação com o caráter de ato legislativo ou de ato jurídico da convenção. É muito menos com os supostos respectivos atributos de ser ato de criação e de ato de aplicação do Direito – até porque toda convenção é, ao mesmo tempo, ato de aplicação do Direito (de aplicação da norma *pacta sunt servanda*) e ato de criação do Direito, dado seu caráter obrigatório.

A questão das vontades paralelas ou secantes é explicada por KELSEN (1940:39/41) distinguindo-se convenção enquanto procedimento e convenção enquanto norma criada por esse procedimento.

Tomada a convenção como procedimento, as manifestações de vontade que levam à sua celebração têm necessariamente o mesmo conteúdo (são “paralelas”) e se referem à totalidade do que se está a convencionar. É impreciso dizer, por exemplo¹⁷⁰, que numa compra e venda a vontade do comprador é comprar e a vontade do vendedor é vender. O modo preciso de se descrever esse fenômeno é dizer que tanto o vendedor como o comprador têm a mesma vontade, relativa às duas coisas juntas: a vontade de que o vendedor venda e o comprador compre.

De outro lado, tomada a convenção como o conteúdo da norma, aí sim podem ser encontradas *prestações* (e não as *vontades* manifestadas no procedimento de elaboração da convenção) paralelas ou secantes. Aliás, apesar de ser mais comum que convenções no sentido de *Vereinbarung* (união) comportem prestações paralelas e que convenções no sentido de *Vertrag* (contrato) comportem prestações secantes, é também possível que a situação se inverta, ou até que determinadas obrigações e direitos valham de modo diversificado para as partes da convenção (KELSEN, 1940:42/43).

170 Exemplo adaptado daquele dado por KELSEN, envolvendo um tratado-contrato de Direito internacional.

Isto posto, verifique-se, então, o que resta de eventual critério diferenciador de convenção no sentido de *Vereinbarung* (união) e no sentido de *Vertrag* (contrato).

Como já afirmado, KELSEN (1940:40/42) admite haver diferença entre convenções com caráter “materialmente legislativo” e convenções com caráter de “atos jurídicos” (em sentido restrito): é a “diferença essencial” entre *norma geral e norma individual*¹⁷¹.

Por norma geral entende-se a norma que rege as condutas de modo permanente, aplicando-se a um número de casos *a priori* indeterminados. Já a norma individual contempla a obrigação a uma conduta ou a uma prestação única, ou um direito correspondente a essa obrigação (KELSEN, 1940:43).

Em suma: por outras palavras e trilhando outro raciocínio, identifica-se a mesma distinção essencial entre situação jurídica objetiva e situação jurídica subjetiva.

Portanto, após essas ponderações, pode-se, de modo sintético, adotar a posição quanto à diferença relevante, do ponto de vista jurídico, entre *contrato* e *união*, como espécies do gênero *convenção*, dizer respeito, não à suposta contraposição ou uniformidade de vontades, mas sim ao caráter subjetivo ou caráter objetivo da situação jurídica criada – ao que correspondem as noções de norma individual e norma geral.

Ressalte-se a ideia que se acaba de afirmar, pois ela será retomada na Parte III desta tese, de modo a edificar-se, sobre o fundamento da distinção entre situações jurídicas objetivas e situações jurídicas subjetivas, uma sugestão de reposicionamento de alguns aspectos da teoria do contrato administrativo.

26. Observações quanto à terminologia no Brasil. Importa também proceder-se, desde já, a uma ressalva de aspecto terminológico. Note-se que logo acima se afirmou que *contrato* (gerador de situação jurídica subjetiva) e *união* (geradora de situação jurídica objetiva) são espécies do gênero *convenção*.

Todavia, como será reiterado mais adiante¹⁷², não há, na linguagem jurídica brasileira corrente, uma praxe consolidada no sentido de se empregar *convenção*, ou qualquer outra palavra, como gênero (dos atos que consistem em norma jurídica criada a partir de manifestações de vontade concordantes de dois ou mais sujeitos); e de se empregar *contrato* e *união*, ou quaisquer outras palavras, para designar as espécies desse gênero, que indiquem respec-

171 E, ainda assim, relativa. Entre lei e ato jurídico em sentido restrito há muitos graus intermediários. Essa diferença, de todo modo, diz respeito não à convenção enquanto procedimento, mas sim ao resultado desse procedimento, ao conteúdo da norma assim criada (KELSEN, 1940:43).

172 Ver tópico 57.

tivamente a criação de situação jurídica subjetiva ou objetiva. Aliás, sequer há, via de regra, maior atenção a esse critério distintivo entre as espécies.

Sendo assim, sempre mantendo a consciência da distinção essencial que se está a sustentar, não seria uma impropriedade se admitir, em língua portuguesa, o uso da expressão *contrato* como sinônimo de *convenção*, enquanto gênero¹⁷³.

É certo que, na sequência desta tese¹⁷⁴, se vai propor o uso da expressão *módulos convencionais* para designação desse gênero. Contudo, isso se dá apenas pelo conforto de linguagem na exposição de ideias que aqui se fará. Admita-se, não é adequado que se pretenda proscrever usos consagrados na prática (ainda que sem maior solidez teórica), mediante a substituição abrupta de uma expressão por outra.

Portanto, pode-se admitir que *contrato* – tomada a expressão em sentido genérico – relacione-se também com a criação de situações jurídicas objetivas.

Ter consciência desse uso amplo da palavra “contrato” é importante para que se evitem conclusões impróprias em matéria de aplicação da “teoria do contrato administrativo”, atribuindo-se ao fato de simplesmente haver um *contrato* do qual a Administração é parte a incidência de certo regime jurídico, em vez de se extrair tal regime da situação objetiva ou subjetiva criada, ainda assim com nuances em cada caso. Este ponto será retomado na Parte III.

27. Perspectiva funcional: fim último de pacificação social. No tocante a uma visão *funcional*, já se indicaram como elementos substanciais do contrato o respeito à palavra *consensualmente* dada, garantindo-se a *confiança*¹⁷⁵ dela decorrente e, em última análise, a *paz social*¹⁷⁶.

KELSEN que produz, na maior parte de sua obra, uma análise tipicamente estrutural do Direito, como lembra BOBBIO (1980:259), não deixou

173 Valem, a propósito, as ponderações de René DEMOGUE (1923:66 e 76), apontando que a proposta de DUGUIT de utilização mais restritiva de “contrato” pode causar uma perturbação inútil na terminologia usual.

174 Ver tópico 57.

175 Tema, aliás, que no contexto mais amplo do Direito administrativo em geral, em conjunto com a *segurança jurídica* e a *boa-fé* tem recebido crescente atenção da doutrina administrativista no Brasil, como atestam, entre outras, as obras de Maria Sylvania Zanella DI PIETRO (2009b), Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2009:168 e ss.), Odete MEDAUAR (2005) e Almiro do COUTO E SILVA (2005). Contudo, dados os aprofundamentos específicos que este tema comporta, não parece aqui ser o caso de desenvolvê-lo. Sobre o tema, ver ainda, entre outros, Rafael VALIM (2010); Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA (2009); Carlos Bastide HORBACH (2007:292 e ss.); Patrícia Ferreira BAPTISTA (2007), Fernando Vernalha GUIMARÃES (2003:244 e ss.).

176 Registre-se, aliás, retomando os ensinamentos de BOBBIO já citados (ver tópico 17), que essa afirmação inclui tanto elementos pertinentes a uma análise funcional relativa ao indivíduo (“respeito à palavra consensualmente dada” e “confiança”); como elementos pertinentes a uma análise funcional relativa à sociedade como um todo (“paz social”).

de manifestar-se sobre o que entenda ser sua função: "o Direito é indubitavelmente um ordenamento para a promoção da paz"¹⁷⁷.

Abra-se, a propósito, um parêntese para uma ressalva. BOBBIO (1980:105/106), ao distinguir "formalismo jurídico" e "formalismo ético", mostra que o primeiro – útil e legítimo – configura uma teoria científica do Direito entendida como estudo da estrutura normativa do fenômeno jurídico; enquanto o segundo implica uma concepção legalista de justiça, isto é, uma concepção segundo a qual a lei é justa por ser lei, independentemente de considerações quanto ao seu conteúdo – o que evidentemente pode levar a consequências indesejáveis, justificando-se qualquer modelo de Estado, sem nenhuma valoração substancial da justiça praticada.

Ainda segundo BOBBIO (1980:106/109), os dois elementos característicos da concepção legalista da justiça são: a) a consideração da paz como o fim exclusivo do Direito, concebendo-se o Direito como ordem, em contraposição às concepções do Direito como igualdade ou liberdade; b) a consideração da coerência como virtude jurídica por excelência, numa concepção lógica de justiça (fidelidade à norma imposta ou pactuada), em contraposição às concepções éticas.

Quando nesta tese se defendeu, como essenciais à substância do contrato, elementos como respeito à palavra dada, confiança e promoção da paz, certamente não se aderiu ao formalismo ético. Em primeiro lugar, não se trata de defender a paz como o fim "exclusivo" do Direito, nem a coerência como sua virtude "por excelência". Em segundo lugar, não se está tratando do Direito como um todo, mas de um de seus elementos: o contrato¹⁷⁸.

Não se pretende, pois, negar a necessidade de considerações materiais de justiça, mesmo em matéria de contratos¹⁷⁹, o que, todavia, foge ao alcance desta tese.

177 É certo que Kelsen (1962-1:74), posteriormente, reformulou sua ideia: fixando diversos condicionantes – p. ex.: enquanto ainda não houver clareza e objetividade na definição, pelos tribunais, do uso proibido da força; enquanto o Direito admitir que indivíduos empreguem a força como sanção quando vítimas de um ilícito; enquanto o Direito admitir vinganças ou duelos; enquanto a guerra não for proibida pelo Direito internacional – conclui: "não pode validamente afirmar-se que a situação jurídica represente necessariamente uma situação de paz, que assegurar a paz constitua uma função essencial do Direito. O que pode afirmar-se é que a evolução do Direito tem esta tendência".

Neste ponto, Kelsen introduz uma nota de rodapé para dizer: "Eis uma modificação – não destituída de relevo – da concepção apresentada na minha *General Theory of Law and State*, pp. 22 e ss., sobre a relação entre o Direito e a paz".

178 Ver no tópico 17 a distinção de BOBBIO quanto a se fazer análise funcional de um instituto jurídico ou se praticar o funcionalismo como "teoria global da sociedade".

179 Exemplifique-se com dispositivos do Código Civil brasileiro: "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, probidade e boa-fé. Art. 423. Quando o contrato for executado, o contratante não poderá alegar desconhecimento da lei. Art. 424. O contrato celebrado em fraude da lei é nulo." (grifos meus).

Nesse sentido, reitere-se o pensamento de Odete MEDAUAR (2003:268), quando sustenta que a paz social *decorre* do justo. Feche-se o parêntese.

Segundo BOBBIO (1980:107), dizer que o fim do Direito é a paz é dizer que o Direito tende a substituir a guerra como modo de solução dos conflitos sociais¹⁸⁰: pelo modo da guerra, a solução vem da força dos próprios contendores; pelo modo da paz jurídica, a solução vem do compromisso das partes e da atribuição de poderes a um terceiro, distinto das partes¹⁸¹.

Essa ideia da função pacificadora, ou ordenadora, do Direito é diretamente associada à da virtude jurídica da coerência – coerência entendida como ação conforme o pactuado, ou o legalmente estabelecido – pois “a ordem requer estabilidade e a estabilidade repousa sobre a fidelidade aos princípios, precisamente sobre a coerência, que vem a ser a melhor garantia da realização da ordem social” (BOBBIO, 1980:109).

Nessa mesma perspectiva do Direito voltado à realização da paz, é natural que se considere como máxima jurídica de fundamental importância *pacta sunt servanda*, que pode tanto ser compreendida em seus exatos termos numa relação entre iguais¹⁸², como pode ser adaptada para *praecepta superioris sunt obedienda*¹⁸³, ambas resultando num sentido possível do princípio da legalidade (BOBBIO, 1980:110).

28. Perspectiva funcional: aspectos do pensamento de Hannah ARENDT. A ideia do respeito aos compromissos consensualmente assumi-

de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. [...] Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

180 Note-se que a paz jurídica não evita o conflito social, mas é um modo de solucioná-lo. Para que se evite o conflito, há que se trabalhar em suas causas, o que implica uma substituição de uma ordem injusta por uma ordem justa (BOBBIO, 1980:107).

181 Ou, segundo as palavras de KELSEN (1962-I:71/73): “Quando a ordem jurídica determina os pressupostos sob os quais a coação, como força física, deve ser exercida, e os indivíduos pelos quais deve ser exercida, protege os indivíduos que lhe estão submetidos contra o emprego da força por parte dos outros indivíduos. Quando esta proteção alcança um determinado mínimo, fala-se de segurança coletiva – no sentido de que é garantida pela ordem jurídica enquanto ordem social. [...] A segurança coletiva visa à paz, pois a paz é ausência do emprego da força física”. Mesmo que produzida em outro contexto teórico, é oportuno lembrar a formulação de Hannah ARENDT (1988:15) mostrando a incompatibilidade da violência e das leis: “Onde quer que a violência domine de forma absoluta, como, por exemplo, nos campos de concentração dos regimes totalitários, não apenas as leis – *les lois se taisent*, assim se expressou a Revolução Francesa – mas tudo e todos devem permanecer em silêncio”.

182

BOBBIO (1980:110) exemplifica com o contrato de...

dos e da conseqüente confiança assim estabelecida, como elementos de pacificação social permeia diversos níveis de análise do fenômeno humano.

Numa perspectiva mais ampla, por exemplo, pode-se lembrar com Hannah ARENDT (2008:248/249) que

a solução para o problema da imprevisibilidade, da caótica incerteza do futuro, está contida na faculdade de prometer e cumprir promessas. [...] obrigar-se através de promessas serve para criar, no futuro, que é por definição um oceano de incertezas, certas ilhas de segurança, sem as quais não haveria continuidade, e menos ainda durabilidade de qualquer espécie, nas relações entre os homens.¹⁸⁴

Dialogando com esse pensamento, Celso LAFER (1997:61) observa que “a promessa estabelece um limite estabilizador necessário à imprevisibilidade e à criatividade da ação. Daí a importância, na interação humana, do *pacta sunt servanda* ciceroniano, no qual se fundamenta o Direito”.

Com efeito, – para manter a matriz de pensamento que se escolheu para apresentar o presente tema¹⁸⁵ – Hannah ARENDT (s/d b:193), aprofun-

184 Ou, em passagem de outra de suas obras: “Há um elemento da capacidade construtiva do homem na faculdade de fazer e de cumprir promessas. Assim como as promessas e os acordos dizem respeito ao futuro, e asseguram estabilidade no oceano das incertezas futuras, em que o imprevisível pode surgir de todos os lados, assim a capacidade do homem de constituir, criar e construir está sempre relacionada não tanto com nós próprios e com a nossa existência na terra, mas com nossos ‘sucessores’ e nossa ‘posteridade’” (Hannah ARENDT, 1988:140).

185 De fato, os temas consenso/confiança/paz social poderiam ser abordados por diversos ângulos e com diversos sentidos (desde a investigação dos fundamentos da sociedade humana, até os detalhes específicos de certos institutos jurídicos). Basta lembrar, por exemplo, toda a notória análise produzida pelos pensadores conhecidos como “contratualistas”, quanto ao “contrato social”.

Ou ainda, toda edificação contratual das relações sociais de poder do sistema feudal na Europa, em que, como registra DUGUIT (1913:4), as diferentes classes sociais coordenavam-se e hierarquizavam-se, não com base no *imperium*, mas sim com base em convenções que estabeleciam reciprocamente direitos e deveres.

Sobre o tema, registre-se que Sérgio Resende de BARROS (1995) produziu amplo estudo relacionando *liberdade e contrato* em diversos contextos históricos e ideológicos: contratualismo, constitucionalismo, administrativismo, liberalismo e intervencionismo.

Oportuno também observar que as ideias de contrato social e de lei, esta enquanto fruto de um pacto, tomam a noção de contrato em um sentido essencialmente diverso do sentido de contrato celebrado para reger uma situação concreta e individual. A distinção está justamente no caráter de generalidade das primeiras.

Daí uma tensão entre lei e contrato, bem sintetizada por Yves GAUDEMET (2004b:75) no seguinte trecho: “Se a lei, expressão da vontade geral, é às vezes compreendida como produto de uma espécie de pacto social, é, no direito positivo, a lei que faz o contrato, que lhe dá sua força jurídica compulsória [...] Mas o contrato uma vez formado oferece uma certa resistência à lei; essa lei particular, resultante do acordo das partes e limitada pelo efeito relativo, constitui como um espaço de autonomia, de segurança jurídica que a lei do Estado, normalmente, não [...]” “Si la loi, expression de la volonté générale, est parfois comprise comme le produit

dando o sentido da máxima *pacta sunt servanda* como garantia última da validade das leis, constata que, vez que todo homem nasce em uma comunidade e, portanto, submetido às suas leis preexistentes, vê-se compelido a aceitá-las, não necessariamente por uma submissão voluntária, ou por um reconhecimento teórico de sua validade, mas, antes de mais nada, por se tratar do único modo de se “entrar no grande jogo do mundo”¹⁸⁶.

Tal ideia, Hannah ARENDT (s/d a:87/88) apresenta também em outro estudo. Partindo do mesmo ponto de que cada qual nasce em determinada comunidade, submetida a certas regras, a autora admite que, histórica e legalmente, trata-se de uma ficção supor que todos consentam, no sentido de agirem voluntariamente, com sua pertinência à comunidade. Todavia, todas as pessoas “nascem e sobrevivem por uma espécie de consenso tácito”, mesmo que não voluntário¹⁸⁷.

Por outro ângulo, pode-se observar que o próprio elemento fundamental de validade de um ordenamento jurídico, a constituição, pode ser compreendido como contendo o sentido de um compromisso a ser cumprido, uma convenção¹⁸⁸, objeto de consenso social¹⁸⁹.

- Na expressão de Jacques CHEVALLIER (2004b:86), que igualmente identifica, em tese, a tensão entre lei e contrato – particularmente no caso da Administração, submetida ao princípio da legalidade, o qual, todavia, não veda o recurso à via contratual – há que se compreender *lei e contrato*, não como situados numa relação de oposição, mas numa “escala de continuidade”.
- 186 “Eu posso querer mudar as regras do jogo, como o revolucionário faz, ou criar uma exceção para mim, como o criminoso faz [o ladrão pretende que o governo também proteja sua propriedade]; mas negá-las por princípio significa não uma mera ‘desobediência’, mas sim a recusa a entrar na comunidade humana”. (“I may wish to change the rules of the game, as the revolutionary does, or to make an exception for myself, as the criminal does; but to deny them on principle means no mere ‘disobedience’, but the refusal to enter the human community”) (Hannah ARENDT, s/d b:193). Esse pensamento é desenvolvido por Celso LAFER (2006:224).
- 187 Seria voluntário na situação em que uma pessoa nascesse numa comunidade em que o dissenso fosse legalmente e de fato possível. Mas o dissenso implica o consenso, sendo a chancela do governo livre: quem sabe que pode dissentir, sabe que de algum modo consente quando não dissente (Hannah ARENDT, s/d a: 88).
- 188 Esta temática aparece na obra de Hans KELSEN (2001:265) por perspectiva diversa, não explicitando a ideia de consenso ou compromisso, mas de um pressuposto hipotético, configurando a norma fundamental, no sentido de fundamento de validade do Direito. Com efeito, para responder à questão de por que o Direito é válido, KELSEN retroage, encadeando fundamentos de validade, até a primeira constituição histórica, daí afirmando a norma (pressuposta) de que se deve obedecer às suas estipulações.
- 189 Como o autor desta tese já teve a oportunidade de indicar em outro estudo que produziu (2008), dentre doutrinadores brasileiros, dedicou-se especialmente ao estudo do consenso Cezar SALDANHA SOUZA JUNIOR, em sua trilogia *Consenso e Democracia Constitucional; Consenso e Tipos de Estado no Ocidente; e Consenso e Constitucionalismo no Brasil*. Na primeira delas, define *consenso* como “o acordo entre membros da Comunidade, sobre as bases da ordem desejável” (Cezar SALDANHA SOUZA JUNIOR, 2002:71) e distingue duas formas principais de consenso: “*consensus social*” e “*consensus estritamente político*”. Eis sua explicação: “De um lado – como fato político, repetimos – o *consensus* pode decorrer de uma concordância ampla de crenças, sentimentos e valores, já existente na sociedade, por obra de uma lenta e gradual evolução histórica. A essa

Recorra-se novamente à formulação de Celso LAFER (2006:225):

Em síntese, para Hannah ARENDT a constituição é uma convenção em que a contingência é uma virtude, pois a verdade da lei repousa no consenso geral da comunidade, que enseja a gramática da ação e a sintaxe do poder. Como para ela a gramática da ação e a sintaxe do poder resultam da pluralidade, o consenso *ex parte populi* faz de uma comunidade política uma associação voluntária, representando a constituição o acordo de associação do qual deriva o pacto de governo.

Sintetizando, para avançar no raciocínio, o que se vem tratando nos parágrafos anteriores, pode-se dizer que esse *fazer e cumprir promessas* com condão de trazer segurança ante as incertezas do futuro e de manter a coesão das relações humanas; essa *coerência pacificadora*, tomada como fidelidade à norma pactuada; esse *consenso tácito* quanto à pertinência à comunidade humana, levando ao respeito às leis, daí se compreendendo o *pacta sunt servanda* como fundamento do Direito; esse sentido *convencional da constituição* do ordenamento jurídico, todos esses elementos correlacionados têm como desdobramento específico, numa escala reduzida, o *fenômeno do contrato*¹⁹⁰.

e esse é o fenômeno mais comum entre as comunidades humanas – que não haja na sociedade, consolidado pela história, um ‘consensus social’ que embase, natural e insensivelmente, o *consensus* como fato político. Nesse caso, o *consensus* que tornará legítima a ordem política não decorre de um dado social preestabelecido e estável. Ao contrário: é uma obra estritamente política, a construir permanentemente, até que, talvez com o tempo, possa vir a criar raízes na sociedade, como ‘consensus social’” (Cezar SALDANHA SOUZA JUNIOR, 2002:65).

190 Nesse sentido, exemplar a construção de Clóvis BEVILÁQUA, a partir de citação que faz do clássico pensamento de Henry SUMMER MAINE:

“Entre os povos primitivos [...] o indivíduo cria bem poucos direitos e deveres; as regras, a que obedece, surgem das condições, em que nascem, ou das ordens dadas pelo chefe de sua família, restando pouco espaço para os contratos. O dever de manter a própria palavra é uma das conquistas mais lentas da civilização’

“Não retrata o trecho, que acaba de ser transcrito, somente uma situação econômica; caracteriza também um estado ético. O coletivismo social, traduzindo-se, economicamente, pela comunhão dos haveres, não permitia os pactos individuais; nem o senso moral havia ainda inclinado os espíritos no sentido de julgar-se uma desonra o menoscabo pela palavra empenhada.

“Os grupos primitivos preferiam tomar aquilo de que necessitavam, a obtê-lo por troca. GAIO nos atesta que os romanos consideravam de melhor título a propriedade que tomavam aos inimigos. Mas, esse reinado de lutas contínuas não poderia perdurar, indefinidamente, sem que fosse sacrificada a humanidade. Foi preciso achar caminhos, por onde se pudesse salvar a sociabilidade, condição essencial para a vida humana. Quem diz vida humana, diz, implicitamente, coexistência social. Entre os diversos fatores, que concorrem para esse resultado, ocupa lugar saliente o contrato, ou, se preferirem, o comércio, tomada esta palavra em uma acepção mais lata do que a que lhe é comumente assinada em direito.

“Pode-se, portanto, considerar o contrato como um conciliador dos interesses colidentes, como um pacificador dos egoísmos em luta. É certamente esta a primeira e mais elevada função social do contrato” (Clóvis BEVILÁQUA, 1940: 153/154).