

ENZO ROPPO

O CONTRATO

Tradução de:

Ara Coimbra e
M. Januário C. Gomes

MA
ALMEDINA



O CONTRATO

TÍTULO ORIGINAL
"O CONTRATO"

AUTOR
ENZO ROPPO

EDITOR
EDIÇÕES ALMEDINA, SA
Av. Fernão Magalhães, n.º 584, 5.º Andar
3000-174 Coimbra
Tel.: 239 851 904
Fax: 239 851 901
www.almedina.net
editora@almedina.net

PRÉ-IMPRESSÃO | IMPRESSÃO | ACABAMENTO
G.C. GRÁFICA DE COIMBRA, LDA.
Palheira - Assafage
3001-453 Coimbra
producao@graficadecoimbra.pt

Janeiro, 2009

DEPÓSITO LEGAL
287869/09

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

Biblioteca Nacional de Portugal - Catalogação na Publicação
ROPO, Enzo, 1947-
O contrato.
ISBN 978-972-40-3647-2
CDU 347

PREFÁCIO

1. Mais do que um prefácio, este texto pretende ser uma justificação.

Com efeito, voltar a publicar, numa fase de maturidade de um autor, uma obra pertencente ao tempo da sua juventude (tinha 30 anos quando a escrevi; agora tenho o dobro) carece, de alguma forma, de uma justificação. Tanto mais quando o livro trata de um tema como o contrato, que nos 30 anos após a primeira edição da obra (1977) conheceu transformações profundas.

Grandes linhas de evolução e de mudança atravessaram, nestas três décadas, o domínio do contrato, redesenhando os seus contornos e restituindo-nos uma imagem do facto jurídico bastante diferente daquela do passado. Tudo aconteceu com bastante rapidez, precipitando-se sobretudo na última década do século XX. Na primeira parte do século passado encontram-se aqueles a quem John Reed, referindo-se à Revolução de Outubro, designou como os «10 dias que transformaram o mundo». O especialista em direito civil poderia falar sobre os «10 anos que transformaram o contrato», aludindo às transformações amadurecidas na década de 90 do século XX.

Apenas alguns breves comentários.

2. O contrato europeizou-se. Hoje já não é possível pensar no contrato em termos puramente domésticos, na lógica restrita do ordenamento nacional único. Hoje é possível, e mesmo obrigatório, falar sobre um direito europeu dos contratos.

Um direito contratual europeu, que é um direito formalmente «comunitário», porque surge, em larga medida, das directivas, dos regulamentos e dos planos de acção dos órgãos do governo da União, em vez de emergir das sentenças do Tribunal de Justiça; e é, ao mesmo tempo, um direito «comum», na medida em que não é

gerado somente por via institucional, política ou burocrática, mas também – de um modo menos formalizado, mas não menos eficaz – através do circuito das trocas culturais, da circulação transfronteiriça dos modelos, das elaborações académicas e através das interações entre os protagonistas das profissões legais.

E obriga cada jurista europeu a voltar a discutir as tradições da sua própria família jurídica e a abrir-se às tradições das outras famílias. Desse modo, por exemplo, os *civil lawyers* perguntam-se se na perspectiva de um direito dos contratos harmonizado à escala europeia existirá ainda espaço para um instrumento extremamente nobre na sua bagagem conceptual, como o da «causa» do contrato; ao mesmo tempo, os juristas da *common law* aprendem a familiarizar-se e a conviver com uma categoria tão incompreensível ao seu senso comum, como a da «boa fé».

3. O contrato tornou-se um objecto e um instrumento essencial das políticas de *market regulation*, que visam oporem-se às práticas anticoncorrenciais, às assimetrias informativas e a outras «falhas do mercado».

A criação e a enorme expansão da categoria dos «contratos do consumidor» são apenas o exemplo mais visível. Mas existem outras: desde a crescente interferência entre o direito dos contratos e a disciplina *antitrust*, à atenção, cada vez mais acutante, dada aos relacionamentos contratuais entre empresas com desigualdade de *bargaining power*, e à emergência de novos sectores importantes, antes desconhecidos (basta pensar nos contratos do mercado financeiro).

4. E estes fenómenos, por seu lado, geram posteriores transformações do contrato significativas.

De um ponto de vista sistemático regista-se a crescente fragmentação do facto jurídico, ou, pelo menos, a perda de centralidade da figura e da disciplina geral do contrato, concebida de modo unitário. Avança, de modo prepotente, uma lógica anti-unitária, pluralista e multipolar, que prefere pensar no «contrato» como numa galáxia de diferentes tipos ou classes de contratos, cada um com a sua disciplina diferenciada da dos outros tipos ou classes.

Do ponto de vista dos conteúdos e dos valores, aumenta a sensibilidade para o problema «da justiça contratual». Cada vez mais frequentemente pede-se ao legislador e ao intérprete que saiam da lógica segundo a qual – repetindo as palavras de Georges Ripert – o «*contractuel*» é automaticamente sinónimo de «*juste*»; e até mesmo que superem o velho dogma da inatabilidade do equilíbrio económico do contrato.

5. Tudo isto está bem presente nos que escrevem sobre o contrato com um pé no fim do século passado (e do milénio!) e outro no início deste.

E foi sobre tudo isto que tentei eu próprio tratar, nos trabalhos em matéria de contrato, que tive ocasião de produzir nestes últimos anos: desde o livro *Il Contratto* (Giuffrè, Milão, 2001, pág. XLI-1066), até à colecção de ensaios intitulada *Il Contratto del Duemila* (2ª ed., Giappichelli, Turim, 2005, pág. XII-125) e à direcção do *Trattato del contratto* (volumes I-VI, Giuffrè, Milão, 2006).

6. Mas tudo isto não existia (ou pelo menos não com tanta evidência e prepotência) nos anos 70 do século XX e, consequentemente, o meu velho *Contratto* desses anos não o pode abranger.

Mas, então, porquê propor uma reedição do livro, num momento e num cenário que arriçam fazê-lo parecer irremediavelmente obsoleto?

Penso que existe uma razão. Um livro deve ser avaliado com base na missão que lhe é atribuída, ou, se se preferir, com base nas suas ambições. As ambições do meu velho *Contratto* eram limitadas, assim como era limitada a missão visada. O trabalho não pretendia – nem nunca pretendeu – oferecer uma representação completa, actualizada e actualizada do direito contratual, mas sim, simplesmente, *por uma ideia de contrato* (e de direito dos contratos): *um método, uma abordagem, um modo de se aproximar do facto jurídico e das suas regras*. Uma obra com um objectivo tão modesto – elementar, «de base» – está, talvez, menos exposta ao impacto das mudanças e, definitivamente, menos sujeita ao envelhecimento; talvez conservando durante mais tempo a capacidade de cumprir a sua própria pequena função de guia «de primeiro nível» no mundo do contrato.

Este é, certamente, um mundo complexo: muito mais complexo do que tudo o que emerge de um livro como meu pequeno *Contratto*. Creio, no entanto, que a complexidade se afere em graus: partindo das grandes linhas, dos elementos de fundo da realidade inquirida, para depois acumular estratos de conhecimento, progressivamente posteriores e mais evoluídos.

O meu pequeno *Contratto* não tem como objectivo nada mais do que isto: acompanhar quem estuda o facto jurídico no primeiro troço do seu percurso de aprendizagem; fornecer-lhe as coordenadas gerais sobre as quais assentar o trabalho futuro de enriquecimento e aprofundamento. E tenho a audácia de pensar que pode ainda realisar esta função, com eficácia suficiente, mesmo a uma distância de 30 anos.

Dezembro de 2008

VINCENZO ROPPO

CAPÍTULO I

FUNÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DOS CONTRATOS

1. A OPERAÇÃO ECONÓMICA, O CONTRATO, O DIREITO DOS CONTRATOS

1.1. *Contratto-operação económica e contratto-conceito jurídico*

«Contratto» é um *conceito jurídico*: uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa. Mas como acontece com todos os conceitos jurídicos, também o conceito de contrato não pode ser entendido a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considerá-lo numa dimensão exclusivamente jurídica — como se tal constituisse uma realidade autónoma, dotada de autónoma existência nos textos legais e nos livros de direito. Bem pelo contrário, os conceitos jurídicos — e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato — reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. Daí que, para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a *realidade económico-social* que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução

científico-jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde quer que se fale de «contrato» (o qual, nesta sequência, já se nos não afigura identificável com um conceito puro e exclusivamente jurídico).

As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de *operação económica*. De facto, falar de contrato significa sempre remeter — explicita ou implicitamente, directa ou mediatamente — para a ideia de operação económica.

Como demonstração, basta reflectir sobre um certo uso da linguagem comum. No âmbito desta, a palavra «contrato» é, as mais das vezes, empregue para designar a operação económica *tout court*, a aquisição ou a troca de bens e de serviços, o «negócio» em suma, entendido, por assim dizer, na sua materialidade, fora de toda a formalização legal, de toda a mediação operada pelo direito ou pela ciência jurídica. É o que acontece, por exemplo, quando se usam expressões correntes, do género: «conclui um contrato muito vantajoso, que me permitirá ganhar alguns milhões» ou então: «com o contrato Fiat-Citroën esperava-se acelerar o processo de integração e concentração monopolista a nível europeu, no sector da produção automóvel». O contexto em que proposições similares são formuladas é, evidentemente, de molde a atribuir à palavra «contrato» um significado que prescinde de qualquer qualificação jurídica pontual, collocando-se, ao invés, no plano da fenomenologia económico-social — como sinónimo, justamente, de operação económica.

Em contextos linguísticos diferentes, ao contrário, fala-se de contrato na acepção técnico-jurídica do vocábulo, e isto para aludir às implicações e às consequências legais que o sistema das normas de códigos ou de leis especiais e das regras efectivamente aplicadas pelos juizes, liga à efectivação de uma certa operação económica, ou então, para indicar as elaborações doutrinais construídas pela ciência jurídica sobre aquelas normas e aquelas regras. Assim, quando se diz, por exemplo, que determinado contrato é rescindível por lesão (art. 1448.º cód. civ.) ou é nulo por contrariar um princípio

de ordem pública (conjugação do disposto nos arts. 1418.º e 1343.º cód. civ.) ou pode ser anulado por erro (art. 1428.º cód. civ.) ou fundamenta — por não ter sido regularmente cumprido — um pedido judicial destinado a obter o seu cumprimento ou então a resolução, bem como o ressarcimento dos danos (art. 1453.º cód. civ.); assim ainda — num plano diverso — quando se diz que a moderna categoria do contrato tem as suas raízes na teoria elaborada pelos jusnaturalistas holandeses e alemães do século XVII.

Nestas hipóteses — é claro — com o termo «contrato» não se referem tanto as operações económicas concretamente realizadas na prática, mas mais aquilo que podemos chamar a sua formalização jurídica — de vez em quando operada, através das normas legais, das sentenças dos tribunais, das doutrinas dos juristas. Esta formalização jurídica dá vida a um fenómeno que está indiscutivelmente dotado, no plano lógico, de uma autonomia própria, porque as normas, as sentenças, as doutrinas que acabamos de referir, constituem mesmo uma realidade governada pelas suas próprias regras, dotada dos seus próprios estatutos lógicos, cognoscível, portanto, segundo um seu universo próprio de conceitos e de categorias, possuindo uma própria linguagem técnica: a não ser assim, não faria sentido pensar a própria existência de uma ciência do direito.

Mas se isto é verdade — e se, consequentemente, se pode e se deve falar do contrato-conceito jurídico, como de algo diverso e distinto do contrato-operação económica, e não identificável pura e simplesmente com este último — é, contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída (com os seus caracteres específicos e peculiares) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação económica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior, e prescindindo da qual resultaria vazia, abstracta, e, consequentemente, incompreensível: mais precisamente, com vista e em função do arranjo que se quer dar às operações económicas, dos interesses que no âmbito das operações económicas se querem tutelar e prosseguir. (Neste sentido, como já se referiu, o contrato-conceito

jurídico resulta instrumental do contrato-operação económica).

O assunto pode ser melhor ilustrado com uma referência a alguns dos exemplos acima dados. Dizer que, nos termos dos arts. 1428.º e segs. cód. civ., um certo contrato é anulável por erro, significa formalizar, em termos jurídicos, o facto de um dos contraentes ter aceitado concluir aquele negócio por ignorar, ou conhecer mal, algum dos seus elementos fundamentais; que, em consequência disso, a operação económica teve para o mesmo um significado e um valor diversos daqueles que tinha em mente, correndo o risco de acarretar-lhe prejuízos, em vez dos benefícios esperados, entendendo-se, portanto, conveniente oferecer-lhe a possibilidade de o anular, querendo-o. E assim, resolver um contrato por incumprimento equivale a sancionar o facto de uma troca económica não se ter podido realizar efectivamente por uma das partes não ter entregado ou feito aquilo que havia prometido entregar ou fazer. E ainda, sancionar com a nulidade um contrato, por contrariedade com a ordem pública, significa considerar que certa operação levada a cabo por particulares, conflua com determinados interesses ou objetivos económico-sociais, que se pretende, de qualquer modo, salvaguardar, e por isso é cancelada. E quando, por fim, se fala do contributo das escolas setecentistas do direito natural para a elaboração da moderna teoria do contrato, acaba-se, ao mesmo tempo, por aludir ao papel que determinado grupo de intelectuais desempenhou no contexto económico-social da época, formulando certos princípios de organização das trocas e das outras actividades mercantis e forjando, desta forma, um complexo instrumental ideológico e operativo, capaz de secundar as exigências do capitalismo nascente.

1.2. Contrato e circulação da riqueza

Até aqui procedemos à identificação de uma sequência, uma articulação de termos, na qual parece oportuno decompor o conceito de que nos ocupamos: operação económica — contrato — direito dos contratos. Quer dizer: a *operação econó-*

mica, na sua materialidade, como substracto real necessário e imprescindível daquele conceito; o *contrato*, como formalização jurídica daquela, isto é como conquista da ideia de que as operações económicas podem e devem ser reguladas pelo direito, e como construção da categoria científica idónea para tal fim; o *direito dos contratos*, como conjunto — historicamente mutável — das regras e dos princípios, de vez em quando escolhidos para conformar, duma certa maneira, aquele instituto jurídico, e, portanto, para dar um certo arranjo — funcionalizado a determinados fins e a determinados interesses — ao complexo das operações económicas efectivamente levadas a cabo. Além disso, indicou-se, muito sumariamente, que relações recíprocas se estabelecem entre aqueles termos, observando: *a)* que o contrato-conceito jurídico e o direito dos contratos são instrumentais da operação económica, constituem a sua veste formal, e não seriam pensáveis abstraindo dela; *b)* que, todavia, o contrato-conceito jurídico e o direito dos contratos não são exclusivamente redutíveis à operação económica, mas têm em relação a esta uma certa autonomia, que se exprime de vários modos.

E agora o momento de clarificar melhor o sentido da sequência proposta (operação económica — contrato — direito dos contratos), identificando, com maior precisão, cada um dos seus termos, e sobretudo as relações que, também no plano da evolução histórica, entre eles se estabelecem.

Disse-se que o contrato é a veste jurídico-formal de operações económicas. Donde se conclui que *onde não há operação económica, não pode haver também contrato*. Isto resulta claramente do próprio código civil, que no art. 1321.º, em sede de definição geral do conceito de contrato, o identifica com todo o «acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial»: a especificação introduzida com o adjectivo «patrimonial» vem justamente confirmar, com força de lei, que uma iniciativa que não se configure como operação económica, não pode constituir matéria de um contrato, e que, portanto, o contrato opera exclusivamente na esfera do económico.

O ponto requer, todavia, uma especificação: que significa, no contexto, «operação económica»? A pergunta não é, de modo algum, injustificada, se reflectirmos na indiscutível existência de contratos com os quais as partes pretendem prosseguir interesses e objectivos de natureza ideal, moral, cultural, que o simples senso comum tenderia, sem mais, a remover da esfera do «económico». Pense-se na hipótese em que o membro de um grupo político, desprovido de sede oficial, dá em locação, por uma renda muito baixa — ou então empresta — um seu apartamento, para destinar às reuniões ou às outras actividades do grupo; ou então no caso em que Tizio, proprietário de um quadro de grande valor, mas gravemente deteriorado, nutrido o desejo de oferecer aquela obra à fruição dos apreciadores de arte e não possuindo todavia meios para proceder ao seu restauro, aceita, com pesar, separar-se temporariamente do quadro, «emprestando-o» por um certo período a uma galeria em troca do compromisso desta de restaurá-lo e expô-lo ao público. Em hipóteses como estas, de iniciativas tomadas na base de impulsos e para a satisfação de interesses tudo menos utilitaristas, pareceria até inconveniente — e mesmo estranho ao senso comum — falar de «operação económica». E no entanto não há dúvida que, tanto no primeiro como no segundo caso, estamos em presença igualmente de contratos, previstos e disciplinados, como tais, pelo código civil.

Mas a contradição é apenas aparente e dissipa-se a partir do momento em que se note que, qualificar uma iniciativa como «operação económica» implica, no contexto em que nos movemos, um juízo a exprimir-se em termos rigorosamente *objectivos*, e não *subjectivos*. A qualificação dum operação como «operação económica», assim, não pode ser excluída pela circunstância de quem a leva a cabo ser movido, *subjectivamente*, por impulsos e finalidades de ordem ideal, pelo simples facto de esta não poder identificar-se com o apuramento da vontade ou esperança *subjectiva* de «fazer um bom negócio», com a relevância de uma intenção *subjectiva* de natureza especulativa. Uma operação é ou não é — *objectivamente* — uma operação económica, conforme apre-

sentir ou não apresentar as suas características *objectivas*, independentemente daqueles que possam ser, em concreto, os motivos e os interesses individuais que levaram o sujeito a concluí-la (e que bem podem ser, em si, não utilitaristas e não especulativos, e portanto «não económicos», segundo a acepção corrente, que tende a identificar o «económico» com o que concerne à procura do lucro, do proveito pessoal).

Quais são então essas características *objectivas*? Muito simplesmente, pode dizer-se que existe operação económica — e portanto possível matéria de contrato — onde existe *circulação da riqueza*, actual ou potencial *transferência de riqueza* de um sujeito para outro (naturalmente, falando de «riqueza» não nos referimos só ao dinheiro e aos outros bens materiais, mas consideramos todas as «utilidades» susceptíveis de avaliação económica, ainda que não sejam «coisas» em sentido próprio: nestes termos, até a promessa de fazer ou de não fazer qualquer coisa em benefício de alguém, representa, para o promissário, uma riqueza verdadeira e própria como adianta melhor se verá). Compreende-se agora, assim vistas as coisas, que, nos dois exemplos dados, existem autênticas operações económicas, mesmo que, como tal, não tenham sido encaradas pelos seus desinteressados autores: no primeiro caso, para além do intuito *subjectivo* de favorecer a actividade e a difusão dos ideais do próprio grupo político, existe — *objectivamente* — a transferência de riqueza correspondente, ao ceder um apartamento; no segundo, a operação, embora exclusivamente ditada pelo *objectivo* nobre e altruista de promover a educação artística e o gozo estético da generalidade dos cidadãos, determina sempre, no entanto, transferências de riqueza, atribuição de utilidades económicas sob a forma de execução de um trabalho de restauro e de concessão da disponibilidade temporária de uma obra de arte. E trata-se, aliás, de utilidades económicas, de prestações de bens e de serviços normalmente oferecidas e procuradas no mercado, e providas de um valor de mercado *objectivo*.

Esta elaboração (que identifica a operação económica — matéria do contrato — com fenómenos de circulação *objectiva* da riqueza, independentemente do facto de o autor pros-

seguir, ou não, intentos especulativos) encontra, de resto, uma clara confirmação nas próprias normas de direito positivo italiano. Constituinte uma regra geral em matéria de obrigações (as quais constituem o conteúdo e o efeito típico dos contratos: cfr. o art. 1173.º cód. civ.), o art. 1174.º estabelece, de facto, que «a prestação que forma objecto das obrigações deve ser *susceptível de avaliação económica* e deve corresponder a um interesse, *ainda que não patrimonial*, do credor». Isto significa, justamente, por outras palavras, que aquele que celebra um contrato, bem pode prosseguir, subjectivamente, um *interesse* não económico (mas sim ideal, moral, cultural), sendo certo que o *resultado* objectivo do contrato deve, ao invés, consistir na obrigação de fazer ou dar qualquer coisa susceptível de expressão pecuniária, segundo os valores do mercado, e, portanto, numa qualquer forma de circulação de riqueza, em suma numa operação económica.

Esta conclusão permite-nos confirmar, em primeiro lugar, que se tal não se verifica, não existe operação económica no sentido que precisamos, nem pode, por isso, também existir contrato: assim, por exemplo, se Tizio e Caio se comprometem reciprocamente — mesmo por acto formal, escrito e assinado — a conservar para sempre a sua crença política comum, e a bater-se pelo triunfo desta, ou então a difundir o seu comum credo estético: ainda que nas partes exista a vontade e a convicção de se obrigarem legalmente, estes não são contratos, justamente porque falta a «patrimonialidade» requerida pelo art. 1321.º cód. civ.; falta uma qualquer forma de transferência de riqueza, que constitui o necessário substrato do contrato.

Além disso, ela permite-nos, por outro lado, compreender que também a *doação* seja um contrato (como de resto expressamente se conclui do texto da lei: art. 769.º cód. civ.). A doação é um contrato porque realiza uma operação económica; e realiza uma operação económica porque, através dela (embora sem correspondente, «por espírito de liberalidade»), se transferem direitos ou se assumem obrigações a favor de outrem, e se dá vida, assim, a um mecanismo típico de circulação da riqueza. De tal modo que, fazendo fé em autorizados

investigadores de etnologia e de antropologia cultural, a «dáviva» teria sido o modo mais antigo, a forma originária de circulação de riqueza, historicamente anterior às trocas caracterizadas pela corresponsividade (Marcel Mauss).

Com isto, pretende simplesmente dizer-se que seria arbitrário reduzir o conceito de operação económica ao de «troca», excluindo o acto gratuito, de transferência sem corresponsividade. Não queremos evidentemente dizer que, ao contrário, os actos gratuitos constituam a categoria mais numerosa e mais importante das transferências de riqueza. Bem pelo contrário, sobretudo no âmbito dos ordenamentos capitalistas, onde as relações entre os homens assumem, em larga medida, o aspecto de relações de mercado: nestes, por necessidade intrínseca do sistema económico, prevalecem largamente a lógica e a existência da corresponsividade, da «troca de equivalentes».

1.3. Nas origens do direito dos contratos

Parece lícito pensar que, enquanto sempre existiram operações económicas (actos materiais de transferência de riqueza), os contratos, no sentido em que estamos habituados a entendê-los, como categoria lógica e instrumento da sua formalização jurídica, são, ao invés, matéria de aquisição mais recente. Parece, de facto, remontar a tempos «históricos» o emergir da ideia de ser possível e conveniente sujeitar as operações económicas (os seus pressupostos e as suas consequências) a um sistema de regras cogentes, cuja observância fosse eventualmente assegurada, até com o uso da força, por parte de órgãos da colectividade — numa palavra, submetê-las ao direito. E «contrato» é, precisamente, o conceito que vem resumir esta realidade complexa, não linear, de progressiva «captura» das operações económicas por parte do direito, assim como outros conceitos jurídicos exprimem, sinteticamente, fenómenos de expansão do direito a governar outros comportamentos humanos, até então subtraídos — tal como as opera-

ções económicas — ao seu império, e assim colocadas, como se costuma dizer, num «espaço vazio de direito».

Se é possível afirmar, em termos de larga aproximação, que a progressiva juridicionalização dos comportamentos e das relações humanas — e em particular, para o que nos interessa, das operações económicas — constitui um processo que evolui conjuntamente com o desenvolvimento da civilização, já não é possível — ou pelo menos não é possível nesta sede — indagar e identificar o preciso momento histórico em que na organização social (e, consequentemente, na consciência dos homens) se afirma a ideia assinalada. De resto, interessa mais enunciar a existência, em linha de princípio, de um iter modo cada vez mais completo, as operações económicas para a órbita e para o domínio do direito, submetendo-as às suas regras vinculativas, e ao mesmo tempo — o que é de grande importância para a definição do status do «contrato» como conceito jurídico — considerar as regras em matéria de contrato cada vez mais específicas face às relativas a outras figuras, em termos de agrupá-las num «instituto» próprio, e, consequentemente, elevar o contrato a categoria *autónoma* do pensamento jurídico. Numa tal perspectiva, não é difícil encontrar exemplos que documentem semelhantes momentos ou passagens da evolução desse mesmo iter histórico.

No direito romano clássico, por exemplo, não existia — nos termos em que hoje a concebemos — uma figura geral de contrato, como invólucro jurídico geral, ao qual reconduzir a pluralidade e a variedade das operações económicas. Existia, é certo, com a *stipulatio*, um esquema formal no qual se enquadravam convenções e pactos de diversa natureza: mas estes, em rigor, resultavam vinculativos, mais do que por força de um mecanismo propriamente jurídico, em virtude da «forma» entendida, não tanto como instrumento legal, mas «como certimónia revestida de uma espécie de valor mágico ou até religioso» (Gorla), aliás de acordo com uma tendência própria do espírito jurídico primitivo e pouco evoluído. Para além disso, eram reconhecidos alguns contratos típicos, correspondentes a outros tantos negócios (*negotia*) que, pela sua dife-

são e pela importância assumida na praxe, eram considerados merecedores de tutela jurídica. Num tal sistema, aquilo que era tido imediatamente em consideração, era justamente o *negotium*, o acto de circulação da riqueza (sob a forma de venda, de locação, de depósito, de mútuo, etc.), mais do que a sua formalização jurídica, ainda evanescente e, por assim dizer, não autónoma da operação económica na sua materialidade. Para usar uma fórmula elementar e um pouco simplificante, pode dizer-se que, nessa altura, a operação económica sobrepuñha-se ao contrato, absorvia-o. Foi só na época Justiniana, graças à afirmação de um espírito jurídico mais evoluído, que se chegou a delinear — com o esquema do «contrato inominado» — um instrumento capaz de dar veste e eficácia legal a uma pluralidade indeterminada de operações económicas, e neste sentido, um instrumento jurídico provido de relevo autónomo e não imediatamente identificado com esta ou aquela operação económica.

Igualmente significativo é o panorama do direito inglês (*common law*) medieval. Também aí, na origem, não existia a ideia de contrato como figura jurídica autónoma e instrumento legal institucionalmente preparado para revestir as operações económicas, sancionando e tornando vinculativos os compromissos assumidos no âmbito destas. Se uma promessa fosse mal cumprida ou não fosse cumprida de todo, o promissário podia fazer valer as suas razões com uma acção *ex delicto*: por outras palavras, a sua posição era tutelada pelo direito, não porque tinha sido celebrado um contrato e o contrato fora violado pela contraparte, mas só porque tinha sofrido desta última um agravo e um dano (tal como se por ela tivesse sido accidental ou deliberadamente ferido no corpo, ou se tivesse sido destruída ou danificada a sua propriedade), fora, portanto, da ideia de uma relevância jurídica específica da promessa em si, do contrato enquanto tal. Só mais tarde, ao cabo de uma longa e tormentosa evolução, se afirmaria, naquele sistema, a ideia do contrato como fonte autónoma e causa de sancionamento jurídico da promessa, como veste legal típica das operações económicas.

1.4. Circulação da riqueza em formas «não contratuais»

Como se disse, esta progressiva juridicização das operações económicas, este seu crescente «fazer-se contrato» — que constitui evidentemente uma resposta à exigência manifestada, cada vez com mais vigor, no âmbito da organização social, de dar ao complexo das formas de circulação da riqueza um arranjo racional, não casual e não arbitrário — evidencia uma tendência historicamente delineada, que não parece possível contestar. Mas isto não significa que, ainda hoje, numa época em que tal exigência aparece desenvolvida no máximo grau, se encontre sempre uma perfeita aderência e sobreposição entre operação económica e contrato.

Entretanto, tem de reconhecer-se que, no âmbito dos diversos sistemas jurídicos, o contrato é em geral *um* instrumento legal, mas não o *único* instrumento legal da circulação da riqueza: no ordenamento italiano, por exemplo, também o mecanismo de sucessão *mortis causa* — seja testamentária seja legítima — realiza uma transferência típica de riqueza entre particulares de forma não contratual, e transferência de riqueza de forma não contratual realiza, também, entre particulares e o ente público, por exemplo, o mecanismo da tributação. Isto depende, em geral, das orientações *latu sensu* políticas do legislador, o qual pode julgar conveniente que determinadas transferências de riqueza ocorram de forma não contratual (fiquem submetidas a um regime jurídico diverso do dos contratos), na base de valorações e de opções em certo sentido «arbitrárias», porque destinadas a prosseguir certos interesses e finalidades particulares, e, portanto, contingentes e variáveis com o andar dos tempos, de país para país (tanto assim é que, enquanto o direito italiano vigente, acolhendo no art. 458.º cód. civ. o princípio da proibição dos pactos sucessórios, não permite que se possa, por via contratual, dispor dos próprios bens para depois da morte, esta possibilidade era reconhecida pelo direito italiano medieval; e é positivamente reconhecida, hoje, pelo direito alemão vigente).

Mas se, em tais casos, é o próprio sistema jurídico positivo a excluir que determinado tipo de transferência de riqueza

— aquela operação económica, digamos — possa realizar-se mediante contrato, outras hipóteses existem, em que operações económicas que juridicamente poderiam constituir matéria de contrato, tendem a ser efectuadas de forma não contratual; isto é, tendem, por vários motivos, a recusar a veste legal oferecida pelo conceito de contrato, e assim, mais concretamente, a subtrair-se, em vária medida, à disciplina que lhe corresponde. Donde resulta a possibilidade de um desfaseamento entre contrato e operação económica, ou, mais precisamente, a constatação de que a correspondência entre os dois termos não é biunívoca: no sentido de que não pode dar-se — como se viu — contrato sem operação económica, mas podendo em alguns casos existir — e não só no plano de uma indagação histórica — operação económica sem contrato, transferência de riqueza não mediada pelo instrumento contratual. O conceito de contrato está, em suma, indissolivelmente ligado ao de operação económica (ainda que em certo sentido, como já se assinalou e como melhor se especificará, conserve, em relação a esta, uma relevância autónoma), enquanto o inverso não é necessariamente verdadeiro.

Os fenómenos a que aludimos deram ocasião, no direito continental, à elaboração de uma figura e de uma teoria — as «relações contratuais de facto» — sobre a qual nos deveremos deter mais adiante. Aqui limitamo-nos a fornecer, destes fenómenos, uma exemplificação concreta, na esteira de investigações de sociologia do direito desenvolvidas por um estudioso norte-americano. Num estudo de 1963, significativamente intitulado *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study* (Relações não contratuais no âmbito das relações negociais: um estudo preliminar), Stewart Macaulay expôs os resultados de um reconhecimento empírico da praxe comercial seguida por cinquenta empresas de Wisconsin na gestão das suas relações de negócios recíprocas. E a conclusão foi precisamente que, num grande número de casos, mais do que recorrer ao aparato legal predisposto pelo direito dos contratos, «os operadores económicos preferem contar com a «palavra de cavaleiro» dada com uma simples carta informal ou com um aperto de mão ou, então, com a «honestidade e correc-

ção comum» — até mesmo quando o negócio implica exposição a riscos não menosprezáveis», e, neste sentido, recusam formalizar este último numa veste contratual completa, e, sobretudo, activar o complexo mecanismo sancionatório constituído pelas regras jurídicas que deveriam institucionalmente governar todo o desenvolvimento da relação, e, em particular, intervir na hipótese da sua não actuação. Inclusive, os responsáveis por algumas empresas confirmaram recorrer habitual (e consabidamente) a um certo tipo de operação económica que, pelo direito de Wisconsin, não pode dar vida a um contrato válido e eficaz, legalmente reconhecível e sancionável em juízo, renunciando, assim, deliberadamente e *in limine*, a valer-se dos instrumentos jurídicos constituídos pelo conceito de contrato e pela disciplina respectiva.

Quais as razões de uma tal «fuga ao contrato»? Por um lado, Macaulay indica a circunstância de, em determinadas situações, o contrato e o direito dos contratos aparecerem como desnecessários a um desenvolvimento profícuo das trocas, porque «as suas funções são assumidas por outros instrumentos» (especialmente em conexão com o progresso técnico-científico, ou com a expansão da prática seguradora), ou porque «existem muitas sanções não jurídicas eficazes» capazes de, convenientemente, substituir as legalmente previstas pelas regras de direito contratual (sanções ligadas, por exemplo, à subsistência de relações extracontratuais de natureza vária — pessoais, sociais, profissionais ou ainda de outro género — entre os empresários que tomam parte na troca ou entre os componentes das suas organizações empresariais; ao desejo de não prejudicar as boas relações de negócios com a contraparte, através de faltas de cumprimento ou de comportamentos incorrectos que suscitariam reacções e retaliações económicas do parceiro prejudicado; ao interesse em conservar, mais em geral, uma boa «reputação no mercado» — bem mais necessário ainda no âmbito de economias fortemente competitivas). Por outro lado, observa-se que, por vezes, o emprego do contrato e do direito dos contratos, não sendo simplesmente supérfluo, ariescase frequentemente a determinar resultados contraproducentes e antieconómicos: lentidões e retardamen-

tos na conclusão dos negócios; rigidez e escassas margens de adaptação ao imprevisto na sua execução; exposição a elevados custos legais e judiciais quando se decide fazer valer em tribunal os direitos contratuais; deterioramento ou rotura a que o exercício de uma acção legal intentada para fazer valer o contrato geralmente conduz, no quadro das relações económicas entre as partes coenvolvidas, e que, de outro modo, poderiam ser evitadas com uma solução da controvérsia, por assim dizer, «extralegal», não mediada pelo direito dos contratos e pelo seu aparato coercivo.

1.5. O direito dos contratos

Em todo o caso, qualquer que seja a amplitude e a real dimensão de um tal fenómeno de «fuga ao contrato» (matéria de uma indagação que aqui não pode, sequer, ser tentada), repete-se que o processo da sempre crescente «contratualização» das operações económicas parece corresponder a uma linha de tendência historicamente irreversível.

Um iter histórico, igualmente unívoco, parece delinear-se no sentido de uma crescente complexidade, articulação — e, por assim dizer, de um incremento das próprias dimensões quantitativas — do sistema de normas jurídicas que regulam o contrato em geral e cada tipo de contrato, dando vida a uma disciplina legal, cada vez mais imponente e minuciosa: limitando-nos a um aspecto, consideremos que enquanto no velho cód. civ. (de 1865) os artigos dedicados ao contrato em geral eram 42 (arts. 1098.º-1139.º), no código vigente estes são mais que o triplo (art. 1321.º-1469.º) ⁽¹⁾. E de longe superior é, sem dúvida, o incremento sofrido pelas normas — relativas normal-

(1) A proporção não resulta alterada significativamente mesmo tendo em conta — como é justo — que algumas das matérias reguladas no código de 1942 em sede de disciplina geral do contrato, eram no código anterior contempladas em sede da disciplina das obrigações: por exemplo a condição (arts. 1157.º-1171.º), a cláusula penal (arts. 1209.º-1217.º), a nulidade e a rescisão (arts. 1300.º-1311.º).

mente a tipos particulares de contrato — contidas em leis especiais.

O fenómeno explica-se facilmente a partir do momento em que se reflecta na multiplicação e complexidade das operações económicas, por sua vez determinadas pela crescente expansão das actividades de produção, de troca, de distribuição de serviços: as regras jurídicas que disciplinam os contratos correspondentes àquelas operações económicas devem, também elas, multiplicar-se e complicar-se, de modo a oferecer uma resposta adequada às novas exigências e aos novos interesses que assim vêm emergindo. (Por exemplo: na legislação anterior não estava previsto e disciplinado o contrato de fornecimento; mas com o afirmar-se na vida comercial — por frequência e importância — da operação económica que lhe corresponde, impôs-se a necessidade de dar a esta uma veste autónoma e um regime legal próprio: o que foi feito pelo código de 1942, que nos arts. 1559.º-1570.º introduziu *ex novo* este tipo de contrato e a disciplina respectiva).

Deve ficar claro, de facto, que a disciplina legal dos contratos — longe de limitar-se a codificar regras impostas pela «natureza» ou ditadas pela «razão» (como afirmavam os seguidores do direito natural) — constitui, antes, uma intervenção positiva e deliberada do legislador (das forças políticas que exprimem o poder legislativo), destinada a satisfazer determinados interesses e a sacrificar outros, em conflito com estes, tentando dar às operações económicas concretamente realizadas um arranjo e um processamento, conformes aos interesses que, de quando em quando, se querem tutelar. Pense-se na complexa disciplina inovadora dos contratos agrários. Introduzida em Itália com as Leis n.º 756 de 1964 e n.º 11 de 1971: é evidente que com esta houve a intenção de realizar um novo equilíbrio de posições, uma diferente distribuição de vantagens e de operações económicas entre aqueles que possuem a terra e aqueles que a trabalham, contribuindo, deste modo, em definitivo, para dar uma nova feição (que poderá — note-se — ser julgada diversamente no plano da sua oportunidade política e social e da sua adequação às exigências da nossa agricultura) à organização do sector primário. E pense-se ainda

na disciplina vinculística das locações urbanas: trata-se, também aqui, de uma intervenção do legislador que, estabelecendo um certo regime normativo para uma determinada categoria de contratos, com isso mesmo se interpõe na dialéctica entre procura e oferta de habitações, entre proprietários de casas e inquilinos, e não deixa, por outro lado, de produzir consequências económicas relevantes ao nível de um sector de mercado importante como o da construção. Não faltam exemplos de particulares disciplinas contratuais introduzidas com a expressa finalidade de conseguir objectivos de política económica de dimensão mais ampla. Basta recordar que, com a Lei n.º 755 de 15 de Setembro de 1964, se estabeleceu, relativamente à venda a prestações de determinados bens de consumo (electrodomésticos, máquinas fotográficas, barcos de desporto, motos e automóveis), uma disciplina restritiva, impondo-se uma soma mínima a pagar no momento da conclusão do contrato e um prazo máximo para o pagamento do preço global: isto com o fim declarado de reduzir o volume de tais vendas, cuja expansão — como consta do preâmbulo da lei — provoca «um movimento expansionista no aparelho produtivo... que é toda-via acompanhado de uma tendência para a redução da poupança», correndo, assim, o risco de expor o sistema económico, a curto prazo, a tensões inflacionistas e a médio e longo prazo a perspectivas de recessão; daí a nova disciplina restritiva daquela categoria de contratos (um elemento da estratégia com que os governos de centro-esquerda enfrentaram a «conjuntura» de 1963-64) destinada, na intenção do legislador, a «assegurar que o incremento do consumo seja adequado ao rendimento e que a relação consumo-investimentos se mantenha na medida adequada às necessidades da produção e do emprego».

Resulta claro, desta forma, que o direito dos contratos não se limita a revestir passivamente a operação económica de um véu legal *de per se* não significativo, a representar a sua mera tradução jurídico-formal, mas, amiúde, tende a incidir sobre as operações económicas (ou até sobre a sua dinâmica complexiva), de modo a determiná-las e orientá-las segundo objectivos que bem se podem apelar de políticos *latu sensu*.

É precisamente nisto que se exprime aquela autonomia, ou melhor, aquela autónoma relevância do contrato-conceito jurídico e do direito dos contratos, relativamente à operação económica a que nos referimos supra.

2. O PAPEL DO CONTRATO E AS FORMAS DE ORGANIZAÇÃO ECONÓMICO-SOCIAL

2.1. A historicidade do contrato

Uma vez que o contrato reflecte, pela sua natureza, operações económicas, é evidente que o seu papel no quadro do sistema resulta determinado pelo género e pela quantidade das operações económicas a que é chamado a conferir dignidade legal, para além do modo como, entre si, se relacionam — numa palavra pelo modelo de organização económica a cada momento prevalecente. Analogamente, se é verdade que a sua disciplina jurídica — que resulta definida pelas leis e pelas regras jurisprudenciais — corresponde instrumentalmente à realização de objectivos e interesses valorados consoante as opções políticas e, por isso mesmo, contingentes e historicamente mutáveis, daí resulta que o próprio modo de ser e de se conformar do contrato como instituto jurídico, não pode deixar de sofrer a influência decisiva do tipo de organização político-social a cada momento afirmada. Tudo isto se exprime através da fórmula da *relatividade do contrato* (como aliás de todos os outros institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto económico-social em que está inserido.

Isto resulta do modo mais claro no plano de uma análise, como costume dizer-se, sincrónica. Mesmo restringindo o confronto à área dos sistemas económicos altamente desenvolvidos, é evidente, por exemplo, que o contrato terá, nos ordenamentos de tipo capitalista, uma certa configuração e um certo papel, tendo no ordenamento soviético e nos outros

ordenamentos de tipo socialista uma configuração e um papel objectivamente diferentes (ver cap. V, 4.1.).

Mas a historicidade e a relatividade do contrato emergem, com clareza ainda maior, à luz de uma análise diacrónica, numa perspectiva que atente na evolução histórica do instituto. Se confrontarmos as funções assumidas pelo contrato na antiguidade ou na idade média, vale dizer, no âmbito dos sistemas económicos arcaicos, ou de um modo geral pouco evoluídos (aqueles que poderiam considerar-se os caracterizados pelo modo de produção «antigo», baseado no trabalho escravo e pelo modo de produção feudal, por sua vez caracterizado por vínculos de natureza «pessoal» entre produtores e detentores da riqueza fundiária, pelo trabalho artesanal independente, por uma nítida tendência para o auto-consumo e, portanto, por um baixo volume de trocas), com as funções que o contrato assume no quadro de uma formação económico-social caracterizada por um alto grau de desenvolvimento das forças produtivas e pela extraordinária intensificação da dinâmica das trocas (tal como é a formação económico-social capitalista, especialmente após a revolução industrial dos princípios do séc. XIX), constatamos profundíssimas diferenças quanto à dimensão efectiva, à incidência, à própria difusão do emprego do instrumento contratual: ali relativamente reduzidas e marginais, aqui, pelo contrário, de molde a fazer do contrato um mecanismo objectivamente essencial ao funcionamento de todo o sistema económico.

E se se tornar necessária uma confirmação indirecta desta estreita ligação entre a exaltação do papel do contrato e a afirmação de um modo de produção mais avançado, atente-se em que não pode certamente atribuir-se ao mero acaso o facto de as primeiras elaborações da moderna teoria do contrato, devidas aos jusnaturalistas do séc. XVII e em particular ao holandês Grotius, terem lugar numa época e numa área geográfica que coincidem com a do capitalismo nascente; assim como não é por acaso que a primeira grande sistematização legislativa do direito dos contratos (levada a cabo pelo código civil francês, *code Napoléon*, de 1804) é substancialmente coeva do amadurecimento da revolução industrial, e

continuiu o fruto político directo da revolução francesa, e, portanto, da vitória histórica conseguida pela classe — a burguesia — à qual o advento do capitalismo facultou funções de direcção e domínio de toda a sociedade.

2.2. Do «status» ao contrato

A organização económica (vale dizer o modo de produção e troca de bens), por seu lado, liga-se, estruturalmente, em larga medida (determinando-a e até, em certo sentido, identificando-se-lhe) com a organização social. Assim, também a evolução desta se reflecte na evolução do contrato, transformando o seu papel e modificando o seu âmbito de incidência com a mudança da fisionomia das relações sociais.

Desta matéria existe, na história do pensamento jurídico institucional, uma aplicação exemplar, operada por uma doutrina muito famosa: a de Henry Sumner Maine, estudioso inglês do século passado, segundo o qual todo o processo de desenvolvimento das sociedades humanas pode descrever-se, sinteticamente, como um processo de transição do «status» ao contrato. Com esta fórmula — conhecida simplesmente como «lei de Maine» — quer-se exprimir a ideia de que, enquanto nas sociedades antigas as relações entre os homens — poder-se-ia dizer o seu modo de estar em sociedade — eram determinadas, em larga medida, pela pertença de cada qual a uma certa comunidade ou categoria ou ordem ou grupo (por exemplo a família) e pela posição ocupada no respectivo seio, derivando daí, portanto, de modo mecânico e passivo, o seu status, ao invés, na sociedade moderna, tendem a ser, cada vez mais, o fruto de uma escolha livre dos próprios interessados, da sua iniciativa individual e da sua vontade autónoma, que encontra precisamente no contrato o seu símbolo e o seu instrumento de actuação.

Apesar de, pela verificação recente de fenómenos típicos das sociedades industriais avançadas, ter sido contestada, por muitos, a perene validade da «lei de Maine», ou até se lhe ter denunciado o empolamento (com a asserção de um retorno «do contrato ao status», sobre cujo significado nos pronun-

ciaremos mais adiante), não há dúvida, contudo, de que aquela fórmula exprime uma tendência historicamente verificada, pelo menos no sentido geral de uma evolução para formas de organizações sociais tais, que reduzem progressivamente os vínculos jurídicos que ligavam o indivíduo à comunidade ou ao grupo em que está inserido (que lhe limitavam a liberdade e a própria capacidade legal de assumir autonomamente as suas obrigações e adquirir os seus direitos); com o óbvio resultado de multiplicar as suas possibilidades de determinar, por si, com actos voluntários — portanto tipicamente com o instrumento do contrato — a esfera dos seus direitos e deveres.

Não há dúvida, em particular, (e de resto é mesmo o exemplo em que Maine insiste) de que os vínculos derivados do status familiar, a um tempo tão fortes que precludiam à mulher e aos filhos — sujeitos, tanto no plano patrimonial, como no pessoal, ao «poder» do marido e pai — a possibilidade de participar livremente no comércio jurídico, se foram progressivamente atenuando, até uma situação em que também os membros da família, que não o seu chefe, estão em princípio legitimados a dispor dos seus bens, estipulando por si próprios qualquer género de contrato. A história do direito italiano oferece uma prova eloquente desta tendência com a abolição da «autorização marital». No velho código civil de 1865, o art. 134.º estabelecia que, salvo casos particulares, a mulher não podia «dar, alienar bens imóveis, hipotecá-los, contrair mútuos, ceder ou cobrar capitais, constituir-se fiador, nem transigir ou estar em juízo relativamente a tais actos sem autorização do marido»: um exemplo típico de como o status (aqui de mulher casada) podia comprimir a liberdade de contratar. Mas ainda antes de se ter encetado uma revisão geral do direito da família e das pessoas (na perspectiva de uma nova codificação civil), esta restrição da liberdade e capacidade contratual da mulher — que, todavia, aparecia aos intérpretes como «necessária consequência e complemento de todo o sistema da autoridade marital» — revelou-se intolerável para a consciência social (e, por outro lado, contrariava às exigências económicas de uma circulação da riqueza mais dinâmica e

segura): em 1919 o sistema de autorização marital foi assim suprimido com uma lei que indiscutivelmente estendia a liberdade do contrato a sectores de relações sociais antes dominados pela lógica, não liberal, do *status*.

2.3. As ideologias do «contratualismo»

Na perspectiva adoptada por fórmulas como a da transição «do *status* ao contrato», é claro que o contrato não é encarado na acepção estrita de instrumento técnico-jurídico da circulação dos bens, mas com um significado bem mais geral: como símbolo de uma determinada ordem social, como modelo de uma certa orgânica da sociedade na sua complexidade. Quando Maine observava que a sociedade que lhe era contemporânea (portanto, a sociedade do séc. XIX) baseava-se no contrato e na liberdade de contratar, ao contrário das sociedades antigas governadas pelos vínculos de *status*, elevava o contrato a eixo fundamental da sociedade liberal, a protótipo dos seus valores e dos seus princípios (da livre iniciativa individual à concorrência entre os empresários no mercado, à procura ilimitada de lucro...) em antítese com o modelo de organização da sociedade do «antigo regime», com os seus resíduos feudais, com os seus vínculos e privilégios corporativos, com a sua economia fechada. O contrato torna-se, assim, a bandeira das sociedades nascidas das revoluções burguesas e, em definitivo, um elemento da sua legitimação.

Mas, desta forma, a categoria do contrato adquire um valor acentuadamente ideológico (no sentido que adiante será precisado) e político. Que significados e implicações deste género resultam indissociáveis deste conceito, é claramente comprovado pelo papel que a categoria do contrato assumiu no quadro das doutrinas elaboradas no ocidente pelos teóricos da política e que constitui um dos aspectos mais significativos das suas vicissitudes na história do pensamento. É, de facto, sabido, que toda uma série de teorias em torno à génese, à natureza, ao ordenamento e ao funcionamento da sociedade, amadurecidas no séc. XVII e no séc. XVIII, inti-

tulavam-se de «contratualismo». De Hobbes a Spinoza, de Locke a Rousseau, é comum aos filósofos deste período a ideia de que a sociedade nasceu e baseia-se no consenso, no acordo, precisamente no contrato (o «contrato social» de Rousseau) com que os homens se comprometem a abster-se do uso indiscriminado da força nas relações recíprocas, renunciando consensualmente a fazer justiça por si próprios, transferindo o direito ao uso da força (em definitivo, parte da sua própria liberdade) para uma entidade superior e distinta de cada um dos indivíduos, que exprime a «vontade geral»: a sociedade, o Estado. Também nesta doutrina — e sobretudo nesta — a categoria do contrato exprime, portanto, uma forma de organização da sociedade, ou melhor, a forma de organização da sociedade *tout court*, revelando claramente a sua função política e ideológica: porque é claro que reconduzir a origem da sociedade e do Estado a um «contrato» e portanto à livre escolha dos associados, significava, ao fim e ao cabo, (embora com acentuações diversas: mais despóticas e absolutistas em Hobbes, mais «liberais» em Locke, mais solidárias em Rousseau) justificar e legitimar aos olhos dos súbditos, a autoridade do soberano, o poder constituído e a sua força repressiva.

3. AS FUNÇÕES DO CONTRATO E A IDEOLOGIA DO CONTRATO

3.1. Contrato e ideologia

A teoria política do «contratualismo» mostra, assim, a evidência como o conceito de contrato (melhor: um certo conceito de contrato) pode ser utilizado, e foi historicamente utilizado, com uma função ideológica, quer dizer — uma vez que é este o significado técnico de «ideologia» — com uma função de parcial ocultamento ou disfarce da realidade, operando com o fim de melhor prosseguir ou tutelar determinados interesses. Mas isto resulta ainda mais claramente, e para nós

mais significativa e relevantemente, se analisarmos as doutrinas e os princípios em matéria de contrato elaborados pela ciência jurídica e codificados pelos legisladores a partir do século passado, no apogeu da hegemonia política e cultural da classe burguesa, e que — embora de várias formas contados e abalados — ainda hoje continuam a exercer a sua influência.

Antes de iniciar esta análise, importa proceder a uma clarificação. Quando se fala, no sentido indicado, de função ideológica do conceito de contrato (ou melhor das teorias sobre contrato) quer-se aludir — prescindindo de qualquer conotação depreciativa do termo — precisamente a este facto: o contrato — como instrumento técnico-jurídico de realização das operações económicas — e o direito dos contratos — como conjunto das regras legais e jurisprudenciais que definem a sua disciplina, e portanto as suas modalidades de funcionamento — assumiram e assumem papéis e funções reais, historicamente diversos em quantidade e relevância e conforme os vários contextos e as várias formas de organização económico-social em cada momento prevaletentes; contudo, as doutrinas, as teorias, os princípios elaborados em torno do contrato e do direito dos contratos muitas vezes não traduziram, de modo fiel e objectivo, as funções e papéis por aqueles realmente assumidos, mas ao invés ocultaram-nos, ou disfarçaram-nos, ou distorceram-nos, em termos de transmitir uma imagem intencionalmente deformada da realidade, convertendo-se, portanto, justamente, em matéria de outras ideologias.

Algumas das referências já indicadas podem oferecer uma exemplificação útil: o significado ideológico insito na fórmula geral da passagem «do *status* ao contrato» consiste em, sob a aparência de uma pura e simples descrição objectiva de um processo de transformação histórico das relações sociais, operar inconspicidamente uma apologia substancial de uma dada ordem das relações sociais, a existente, assim passando subrepticamente do plano do juízo de facto para o do juízo de valor; a supressão da autorização marital e a consequente liberalização da actividade contratual das mulheres casadas, que se efectuaram em Itália com a Lei de 1919, constituiram,

também elas, matéria de ideologia, na exacta medida em que foram justificadas, exclusiva ou prevalentemente, como providência destinada a acolher solicitações de emancipação feminina e, assim, a promover a condição jurídica e social das mulheres, silenciando-se um outro objectivo fundamental que assim se prosseguia: o objectivo de secundar as exigências de um sistema capitalista em expansão, que reclamava a eliminação de todo e qualquer obstáculo à mais livre, segura e intensa circulação dos bens (como aquele que representava a necessidade de prévio assentimento de um sujeito que não o respectivo proprietário).

Estes exemplos documentam, porém, ao mesmo tempo, um aspecto que é muito importante não descurar, sobretudo se quisermos compreender na sua plenitude o sentido e a dimensão das ideologias que nos propomos examinar: se, por natureza, as ideologias são sempre, em várias medidas, falsificações da realidade, elas não podem, no entanto, ser apenas pures e simples falsificações da realidade, mas devem também, de algum modo, reflectir esta última, seja porque sempre por esta devem ser movidas, seja para distorcê-la ou para influenciá-la com fins diversos dos do seu objectivo conhecido. Assim, se a «lei de Maine» se traduz numa apologia inconspicua da sociedade liberal e capitalista, nem por isso ela deixa de descrever um processo real de transformação da sociedade, objectivamente comprovado; assim, ainda, se a Lei de 1919 prosseguia, sem o declarar, escopos funcionalizados às exigências de uma economia capitalista, não é menos verdade que ela determinou, na realidade, um progresso na via da emancipação feminina. Qualquer ideologia — e por isso também a ideologia do contrato, nas suas várias formas — só pode ser correctamente entendida e denunciada, de modo apropriado e eficaz, se se tiver em conta esta necessária e particularmente complicada interligação entre a verdade e falsidade: ela parte da realidade mas para distorcê-la; distorce a realidade, mas partindo desta não pode deixar de, por algum modo, reflecti-la.

3.2. A ideologia da liberdade de contratar e da igualdade dos contraentes

Estes dados devem ser mantidos presentes na análise dos princípios ideológicos afirmados em sede de contrato pela ciência jurídica e pelos legisladores do séc. XIX: uma análise que se nos afigura de particular interesse e importância, seja porque aqueles princípios constituem, historicamente, uma das máximas e mais significativas expressões de todo o direito burguês, amadurecida de forma plena justamente no momento mais alto da hegemonia política, económica e cultural da burguesia, seja porque — como já se assinalou — a sua herança, embora submetida a profundas revisões, chegou até nós e continua em várias medidas a estar presente nos textos legais e nas doutrinas jurídicas de que hoje dispomos.

Os princípios ideológicos a que nos referimos podem ser reconduzidos a uma única ideia: a ideia da *liberdade de contratar*. Com base nesta, afirmava-se que a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: deviam ser estes, na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou com aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhe estas ou aquelas cláusulas, convencioneando este ou aquele prego. Os limites a uma tal liberdade eram concebidos como exclusivamente negativos, como puras e simples proibições; estas deviam apenas assinalar, por assim dizer, do exterior, as fronteiras, dentro das quais a liberdade contratual dos indivíduos podia expandir-se sem estorvos e sem controlos: *não* concluir um certo contrato, *não* inserir nele uma certa cláusula. Inversamente, não se admitia, por princípio, que a liberdade contratual fosse submetida a vínculos positivos, a prescrições tais que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, a estipulação de um certo contrato, ou a estipulação com um sujeito determinado, ou por um certo prego ou em certas condições: os poderes públicos — legislador e tribunais — deviam ab-

ter-se de interferir, a que título fosse, na livre escolha dos contraentes privados.

Além disso, os próprios limites negativos — excepções a um princípio — eram toleradas em muito estreita medida. Admitiam-se, por exemplo, os destinados a impedir a assunção, embora voluntária e consciente, de vínculos limitadores da actividade própria, susceptíveis de precludir o exercício futuro da liberdade contratual por parte de quem os assumia e, num plano mais geral, de prejudicar um sistema fundado precisamente na liberdade tendencialmente ilimitada do tráfico jurídico (a esta luz devem ser considerados os arts. 1780 do código civil francês e 1628 do anterior código civil italiano, que proibiam colocar vitaliciamente a actividade laboral própria ao serviço de alguém, assim como a proibição, afirmada pela jurisprudência dos tribunais anglo-americanos, dos «pactos de não concorrência», através dos quais um sujeito se obrigava para com outro a limitar irrazoavelmente a sua actividade produtiva (os chamados *contracts in restraint of trade*): duas regras — poderá dizer-se — com as quais o sistema, informado pelo cânone fundamental da liberdade contratual, se auto-limitava, para reagir contra comportamentos que correriam o risco de limitá-lo ainda mais gravemente, ou até de negá-lo). Admitiam-se, por outro lado, limites à liberdade de contratar conexos com a exigência de tutelar sujeitos que, pelas suas condições psico-físicas, corriam o risco de ver aquela liberdade virar-se contra si próprios, não estando em condições de exercê-la de modo consciente e frutuoso para os seus interesses: daqui as incapacidades contratuais dos menores e dos diminuídos mentais.

Com dificuldades e resistências muito maiores deparavam as tentativas de introduzir limites — embora puramente negativos — destinados a proteger sujeitos, cuja inferioridade e debilidade contratuais derivavam de causas não já biológicas, mas económico-sociais. A este respeito, existe no direito norte-americano um exemplo muito significativo. Pela metade do século passado foram emanadas, de diversos Estados da Federação, providências legislativas (conhecidas por *Truck Acts*) que, para travar uma praxe largamente difundida nas

relações entre empresários e trabalhadores subordinados, e gravemente prejudicial para estes últimos, proibiam convencionar nos contratos de trabalho que a retribuição fosse atribuída aos dependentes, no todo ou em parte, sob a forma de «bónus» a depender nos recintos da empresa, presumendo que os salários deveriam sim ser pagos em dinheiro. Ora, até cerca de 1910 estas leis foram repetidamente declaradas inconstitucionais, e por isso inaplicadas, em toda uma série de decisões tomadas por um grande número de tribunais estatais (que só a partir do segundo decénio do século cessaram esta sua oposição): como escreveu um arguto observador destes acontecimentos, elas deveriam parecer aos tribunais uma intolável intromissão do poder público na esfera da liberdade dos contraentes, uma inadmissível «tentativa do legislador de restabelecer o *status* e limitar o poder contratual dos homens livres... adultos e mentalmente saudáveis», tentativa repelida durante decénios, com tenacidade, por um corpo de juizes inabalavelmente fiéis à «doutrina segundo a qual a evolução do Direito seria um desenvolvimento do *status* ao contrato» (Roscoe Pound).

A liberdade, como se viu, tendencialmente ilimitada, de contratar ou de não contratar, de contratar nestas ou naquelas condições, no sistema, por outro lado, correspondia, como necessário contraponto desta, uma tendencialmente ilimitada *responsabilidade* pelos compromissos assim assumidos, configurados como um vínculo tão forte e inderrogável que poderia equiparar-se à lei: «os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que os celebraram» é a fórmula que se transmite do art. 1134 do *code Napoléon* para o art. 1123.º do nosso código civil de 1865 e para o art. 1372.º do código vigente. Cada um é absolutamente livre de comprometer-se ou não, mas, uma vez que se comprometa, fica ligado de modo irrevogável à palavra dada: «*pacta sunt servanda*». Um princípio que, além da indiscutível substância ética, apresenta também um relevante significado económico: o respeito rigoroso pelos compromissos assumidos é, de facto, condição para que as trocas e as outras operações de circulação da riqueza se desenvolvessem de modo correcto e eficiente segundo a lógica

que lhes é própria, para que se não frustrem as previsões e os cálculos dos operadores (justamente no tornar «previsíveis» e «calculáveis» as operações económicas, de resto, Max Weber e «calculáveis» as operações económicas, de resto, Max Weber individualizava uma das funções fundamentais atribuídas ao instrumento contratual num sistema capitalista); condição necessária, assim, para a realização do proveito individual de cada operador e igualmente para o funcionamento do sistema no seu conjunto.

Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações económicas de vez em quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo, o determinavam num plano de reciproca *igualdade jurídica* (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do «antigo regime», afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei): justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares — que se completavam reciprocamente — sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer «contratual» equivale a dizer «justo» («*qui dit contractuel dit juste*»).

Por outro lado, liberdade contratual e igualdade formal dos contraentes apareciam como os pressupostos, não só da prossecução dos interesses particulares destes últimos, mas também do interesse geral da sociedade. As teorias económicas então prevalentes — traduzidas no plano prático, na directiva do *laissez-faire*, *laissez-passer* — pretendiam, de facto, que o

bem estar colectivo podia conseguir-se da melhor forma, não já com intervenções autoritárias do poder público, mas só deixando livre curso às iniciativas, aos interesses, aos egoísmos individuais dos particulares, que o mecanismo do mercado e da concorrência — a «mão invisível» de Adam Smith — teria automaticamente coordenado e orientado para a utilização óptima dos recursos, para o máximo incremento da «riqueza da Nação». E é claro que esta liberdade de iniciativa económica, considerada socialmente útil e necessária, traduz-se no plano jurídico precisamente na liberdade, entendida igualmente como conforme ao interesse social, de estipular contratos quando, como e com quem se queira. Na segunda metade do século passado um juiz inglês exprimia sugestivamente este pensamento: «se há uma coisa — afirmou sir George Jessel na fundamentação de uma sentença de 1875 — que o interesse público (*public policy*) requer mais do que qualquer outra, é que homens adultos e conscientes tenham a máxima liberdade de contratar, e que os seus contratos tenham a tutela dos tribunais».

3.3. Funções do contrato na sociedade capitalista

Esta ideologia novecentista da liberdade de contratar (que desenvolve, no entanto, ideias já antes amadurecidas nas correntes de pensamento do jusracionalismo e do iluminismo) corresponde, sem dúvida, a orientações e valores positivos, de progresso, afirmados na evolução das sociedades ocidentais, tornando-se, inclusive, sua promotora directa. Liberdade de contratar significa abolição dos vínculos de grupo, de corporação, de «estado», que na sociedade antiga aprisionavam o indivíduo numa rede de incapacidades legais que lhe precludiam a plena expansão da sua iniciativa, das suas potencialidades produtivas, em suma da sua personalidade, e configuravam, assim, uma organização económica-social fechada, pouco dinâmica. Significa, portanto, restituição ao indivíduo — e, por força do princípio da igualdade perante a lei, a todos os indivíduos, numa base de paridade formal, sem as discrimina-

ções e os privilégios do passado — da abstracta possibilidade de determinar por si só o seu próprio destino no mundo do tráfico e das relações jurídicas, e o simultâneo nascimento de um sistema que a multiplicidade destas livres iniciativas e contribuições individuais tornaria mais dinâmico, mais aberto às inovações e potenciado nas suas próprias forças produtivas; significa, numa palavra, passagem a uma forma superior de sociedade.

Neste sentido, o princípio da liberdade contratual, ou melhor a ideologia que exalta a liberdade contratual como pilar de uma forma de organização das relações sociais mais progressiva, contém indiscutíveis elementos de verdade. Mas, como é próprio de qualquer ideologia, adiciona-lhes elementos de dissimulação e deturpação da realidade: mais precisamente, cala e oculta a realidade que se esconde por detrás da «máscara» da igualdade jurídica dos contraentes, cala e oculta as funções reais que o regime do *laissez-faire* contratual está destinado a desempenhar no âmbito de um sistema governado pelo modo de produção capitalista, os interesses reais que por seu intermédio se prosseguem.

Como se disse, na ideologia agora em discussão, a liberdade de contratar assegura também a «justiça» de cada relação contratual, em virtude da igualdade jurídica entre os contraentes. Mas desta forma esquece-se que a igualdade jurídica é só igualdade de possibilidades *abstractas*, igualdade de posições *formais*, a que na realidade podem corresponder — e numa sociedade dividida em classes correspondem necessariamente — gravíssimas desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades das condições concretas de força económica-social entre contraentes que detêm riqueza e poder e contraentes que não dispõem senão da sua força de trabalho. O empresário com pleno controle do mercado de trabalho e o operário que, junto deste, procura emprego são juridicamente iguais, e igualmente livres — num plano formal — de determinar o conteúdo do contrato de trabalho. Mas é evidente (e a história de toda uma fase de desenvolvimento do capitalismo documenta-o de modo muitas vezes trágico) que o segundo, se não quiser renunciar ao trabalho e, consequentemente, à sua

própria subsistência, estará sujeito a suportar (pelo menos até que surjam adequadas providências «limitativas da liberdade contratual») todas as condições, até as mais iníquas, que lhe sejam impostas pelo primeiro: por hipótese, um horário de trabalho demasiado gravoso, condições ambientais nocivas para a saúde, um salário demasiado baixo, o seu parcial pagamento — para voltar a um exemplo já dado — em «bónus de aquisição» aplicáveis apenas nas instalações do empresário (uma cláusula contratual que configura uma fonte suplementar do lucro deste último à custa da exploração daquele). Ou então pense-se no produtor de bens ou de serviços essenciais, que goza no mercado de uma posição monopolista: os consumidores estarão constrangidos, para satisfazer as suas necessidades, a aceitar todas as condições que ele lhes queira impor, sem nenhum poder real de participar na determinação do conteúdo do contrato: «pegar ou largar». A disparidade de condições económico-sociais existente, para além do esquema formal da igualdade jurídica abstracta dos contraentes, determina, por outras palavras, disparidade de «poder contratual» entre partes fortes e partes débeis, as primeiras em condições de conformar o contrato segundo os seus interesses, as segundas constrangidas a suportar a sua vontade, em termos de dar vida a *contratos substancialmente injustos*: é isto que a doutrina baseada nos princípios de liberdade contratual e de igualdades dos contraentes, face à lei, procura dissimular, e é precisamente misto que se manifesta a sua função ideológica.

Mas existe um outro ponto relativamente ao qual aquela ideologia procede a uma certa falsificação da realidade: quando afirma que o mecanismo da liberdade de contratar realiza, no sentido indicado, o interesse geral, que opera em benefício de toda a sociedade. Ora, uma tal afirmação só resulta verdadeira na condição (arbitrária) de se identificar e esgotar o interesse geral da sociedade com o interesse de apenas uma parte da sociedade, e precisamente daquela parte que, no âmbito desta, assume a posição de classe dominante por força da sua colocação relativamente ao modo de produção prevalente: nos países ocidentais do século XIX, a classe burguesa, detentora dos meios de produção. Pelo papel que desempenha,

o mecanismo da liberdade contratual configura, de facto, um instrumento funcionalizado para o operar do modo de produção capitalista, e, neste sentido, realiza institucionalmente o interesse da classe capitalista (que é justamente *interesse particular de uma classe, e não interesse geral de toda a sociedade*, ainda que as ideologias do capitalismo tentem, interessadamente, fazer crer a sua coincidência).

Convém que nos detenhamos um pouco sobre o sentido desta última afirmação, relativa ao papel do contrato e da liberdade de contratar no âmbito da formação económico-social capitalista. O modo de produção capitalista funda-se na prestação de trabalho subordinado fornecida por quem nada tem senão, justamente, a sua força de trabalho a quem detém os meios materiais de produção, numa palavra o capital. Esta prestação é compensada com dinheiro, segundo uma relação de troca, de molde a garantir, com a fruição do trabalho, o proveito do capital. Mas para que esta troca entre dinheiro e força de trabalho possa realizar-se, é necessário que a força de trabalho assuma precisamente a forma de uma *mercadoria*, dotada de um valor de troca próprio, de um «preço» próprio, e, com base neste, *vendível e comprável* no mercado à semelhança de qualquer outra mercadoria. Vendável e comprável *livremente*, e não mais sujeita, como no passado, aos vínculos corporativos e semifeudais que faziam do trabalho humano a matéria de «serviço» de natureza «pessoal», oferecido por força das relações «pessoais» existentes entre os sujeitos na base do seu *status* (suponhamos, de servo e de patrão), e neste sentido eminentemente não contratável. No sistema capitalista, pelas exigências do sistema capitalista, o trabalho humano deve, ao contrário, objectivar-se, «mercadorizar-se», justamente porque deve constituir matéria de troca, portanto *matéria de um contrato*, e de um contrato *livre*. É este o significado profundo do princípio da liberdade contratual, afirmado nos sistemas jurídicos burgueses como o produto de uma necessidade ineliminável: a de uma *liberalização da força de trabalho*, da sua transformação em mercadoria livremente alienável pelo proletariado e livremente adquirível pelo capital. E está também aqui a chave para entender

o alcance real do princípio da igualdade (formal) dos sujeitos contraentes: capitalista e trabalhador subordinado devem ser formalmente iguais porque ambos devem aparecer igualmente (apenas na veste de) possuidores de mercadorias a negociar através de uma «troca de equivalentes»; a igualdade das pessoas é um reflexo da igualdade das mercadorias trocadas: ainda que tal igualdade seja, na realidade, puramente formal e ilusória, porque a mercadoria oferecida pelo segundo é um atributo e uma expressão da sua própria pessoa (pelo que a sua formal liberdade de contratar se resolve na sua substancial sujeição), e porque a troca é substancialmente desigual, *deve ser* desigual para garantir ao detentor dos meios de produção a apropriação da mais valia, pela qual se rege, como seu fundamento primeiro, todo o sistema capitalista. Além disso, liberdade de contratar significa o pressuposto jurídico da mais intensa e multiforme circulação das mercadorias, uma vez produzidas: condição essencial, também esta, para o funcionamento do sistema capitalista e, portanto, para a realização, de forma privilegiada, dos interesses da classe capitalista.

4. O CONTRATO NAS CODIFICAÇÕES E NA CIÊNCIA JURÍDICA DO SÉCULO DEZANOVE

4.1. Introdução

A concepção de contrato que convencionalmente sintetizamos como «ideologia da liberdade contratual», documentando a sua adequação aos interesses e às exigências da sociedade burguesa, alimenta o pensamento jurídico novecentista e informa as grandes codificações daquele século: em primeiro lugar, a francesa (o *code civil* de 1804), sobre cujo modelo será, em larguíssima medida, decalcado o código civil italiano post-unitário (1865); e depois a alemã que ocorreu em 1896 com o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), entrando em vigor no 1.º de Janeiro de 1900 e ainda vigente (assim como ainda vigora em França o código napoleónico). Mas naturalmente

aquela concepção ideológica colora-se, em cada um dos países considerados, de peculiares cambiantes nacionais, assume formas específicas, traduz-se em expressões conexas com as particularidades do contexto histórico, económico, social e cultural em que actua. Descrever os modos como a ideologia da liberdade de contratar se exprime na codificação francesa e na codificação alemã significa delinear os dois grandes sistemas que (juntamente com o da *common law* anglo-americano, não traduzido num texto codificado) adoptaram, historicamente, aquela ideologia, no quadro da evolução jurídica do ocidente capitalista, tornando-se como que modelos para grande parte dos outros sistemas nacionais.

4.2. O contrato no código napoleónico (1804)

O *code Napoléon* é o primeiro grande código da idade moderna, o primeiro dos códigos burgueses. Ele constitui, de resto, um produto da vitória histórica obtida pela burguesia com a Revolução de 1789, a cujas conquistas políticas, ideológicas e económicas dá nos seus artigos forma e força de lei. E a disciplina do contrato que aí está contida aparece precisamente conformada de modo a satisfazer — no sentido mais geral indicado no parágrafo precedente (cfr. 3.3.) e no sentido mais específico de uma adesão directa às exigências manifestadas na particular situação da França pós-revolucionária — os interesses e as solicitações de uma sociedade encaminhada para novas formas de organização económico-social, ou melhor das classes que no âmbito desta assumiam posições de hegemonia. Se atentarmos na disciplina que o legislador francês de 1804 ditou para a matéria contratual, e sobretudo se a confrontarmos com a contida no código italiano vigente, um elemento ressalta antes de qualquer outro: o relativo à sua *colocação sistémica*, e portanto à posição que tal disciplina ocupa no complexo corpo do código, e às suas relações com os outros institutos, com as outras matérias que neste encontram a sua regulamentação jurídica. Enquanto no nosso código

o contrato é disciplinado num livro próprio (o quarto, que se refere às obrigações — e por isso às relações entre devedor e credor — das quais o contrato constitui justamente a fonte mais importante), no *code civil*, ao invés, os artigos que lhe dizem respeito encontram-se num livro (o terceiro) dedicado em geral aos «diversos modos de aquisição da propriedade». Desta forma, o instituto do contrato assume, num certo sentido, uma *posição não autónoma, mas subordinada, servil, relativamente à propriedade*, que se apresenta como instituto-base, em torno do qual e em função do qual são ordenados todos os outros: o contrato, em suma, surge na consideração do legislador só no seu papel de instrumento (um dos instrumentos, a colocar ao lado de outros susceptíveis de desempenhar a mesma função, como por exemplo a sucessão *mortis causa*, que não por acaso são contemplados no mesmo livro) de transferência de direitos sobre coisas, e, portanto, em primeiro lugar, o direito de propriedade.

As razões deste estreitíssimo nexo, instituído já em sede sistemática, entre contrato e propriedade não poderiam ser mais claras: o contrato e o poder de contratar livremente são assim perspectivados, nas enunciações ideológicas de princípio, como meios de expressão da liberdade pessoal do indivíduo, finalmente liberto dos antigos vínculos; mas, mais ainda, são considerados, no concreto da disciplina positiva da lei, como *instrumentos de circulação da riqueza* (e, portanto, da propriedade, que representa o seu símbolo jurídico). Entre os dois aspectos, por outro lado, não parecia existir contradição, tanto mais que a ideologia dominante procedia ao seu harmónico posicionamento num quadro no qual os mesmos se integravam e completavam reciprocamente. Em toda uma tradição do pensamento jurídico-político oitocentista, destinada a perpetuar a sua influência também no século seguinte, *liberdade e propriedade* estavam, de facto, associadas à maneira de um binómio indissolúvel: a propriedade (privada) é o fundamento real da liberdade, o seu símbolo e a sua garantia relativamente ao poder público, enquanto, por sua vez, a liberdade constitui a própria substância da propriedade, as condições para poder usá-la conformemente com a sua natureza e

com as suas funções; sem propriedade, em suma, não há liberdade, mas inversamente, não pode haver propriedade dissociada da liberdade de gozá-la, de dela dispor, de transferi-la e fazê-la circular sem nenhum limite (e portanto dissociada da liberdade de contratar).

Esta conexão entre contrato e propriedade, característica da sistemática e da ideologia do código napoleónico, estava já bem presente nas obras de Domat e de Pothier, os juristas em cujo ensinamento já se fazem notar — explicitas ou em germe — muitas das regras, das figuras e das soluções depois adoptadas, especialmente na matéria contratual, pelo legislador de 1804. Na segunda metade do século XVII, Jean Domat, partindo do pressuposto que aos homens é reconhecida uma série de «qualidades naturais» e de «estados» jurídicos diferenciados de acordo com a sua posição social (não se estava ainda na era da igualdade perante a lei, não se tinha ainda realizado a unificação formal do sujeito jurídico), opera uma reconstrução do sistema de direito privado identificando-o com «o sistema de regras que adstringem coisas a pessoas segundo as suas qualidades naturais» (Tarello); e as regras que «adstringem coisas a pessoas» são, em primeiro lugar, precisamente as regras sobre contratos. Bem pode dizer-se, até, que na concepção de Domat é justamente o contrato a categoria unificante de todo o sistema de direito privado; o contrato, e não a propriedade, porque esta não se tinha ainda erigido em instituto geral e unitário (por causa da pluralidade e variedade de direitos que, no ordenamento da época, podiam coexistir sobre a mesma coisa, fraccionando o respectivo senhorio). Dizendo ainda com Tarello: «o sistema de Domat pode ser encarado como o primeiro sistema em que, de modo completo, se exprime a ideologia segundo a qual o direito racional é todo e só o direito que serve aos usos burgueses: ainda que, pelas razões expostas, não dos burgueses «primitivos», mas dos burgueses «contingentes». Será Robert-Joseph Pothier, em pleno século XVIII, a assinalar à propriedade a condição e o papel de categoria geral, e de categoria-chave do sistema jusprivatístico: condição e papel — exaltados — que lhe conservará o *code civil*, ordenando em torno desta e em

função desta todos os outros institutos: em primeiro lugar, como se viu, o instituto do contrato.

Esta instrumentalidade do contrato relativamente à propriedade, relativamente aos modos de gestão e de utilização económica dos bens, não se esgotava, por outro lado, no plano de um critério abstracto de coordenação-subordinação entre princípios ou institutos jurídicos, mas respondia — já o referimos — a reais exigências que, concretamente, emergiam na peculiar situação económico-social da França postrevolucionária. Simplificando um fenómeno histórico caracterizado por elementos de grande complexidade, pode bem dizer-se que entre 1789 e 1791 desenvolveu-se em França um processo — essencial nas perspectivas de desenvolvimento de uma economia capitalista — de «*libertação*» e «*mobilização da propriedade fundiária*» (então o mais importante dos recursos económicos, e neste sentido a propriedade *tout court*): um processo relativamente ao qual o contrato, ou melhor a disciplina do contrato vasada no código, desempenhou um papel de grande relevo.

As exigências de uma economia capitalista, que comegavam a afirmar-se em consequência do desenvolvimento das forças produtivas, não eram compatíveis com um tipo de utilização (e, portanto, com um regime jurídico) da propriedade fundiária, que o *ancien régime* tinha em grande parte herdado do modo de produção feudal: longe de resumir-se na figura de um «*proprietário*», modernamente entendido, os poderes jurídicos sobre o bem-terra eram geralmente divididos entre diversos titulares, a cada um dos quais competindo prerrogativas diversas, que se traduziam em outros tantos «*pesos*» gravados sobre o próprio bem, limitando, assim, as possibilidades de um seu racional aproveitamento económico. Daí, justamente, a necessidade de libertar a propriedade dos solos destes pesos de origem feudal que impediam o seu uso capitalista e economicamente progressivo; daí a exigência de afirmar a plenitude dos poderes do proprietário (único) e a sua liberdade de colocar sem entraves os seus bens no ciclo produtivo. Símbolo e simultaneamente manifestação concreta da vontade revolucionária de realizar um tal objectivo, foi a

deliberação, tomada pela Assembleia Nacional na histórica «noite de 4 de Agosto» (1789), de suprimir todos os privilégios e os direitos feudais que impendiam sobre a terra; a sua coroação foi a definição legislativa do direito de propriedade, que o código de 1804 solenemente esculpiu como «o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta» (art. 544.º) (e, com esta, o princípio da tipicidade — ou «*numerus clausus*» — dos direitos reais menores susceptíveis de comprimir a sua plenitude).

Mas isto não era suficiente: urgia ainda uma deslocação significativa da disponibilidade dos recursos económicos (portanto da propriedade imobiliária) das classes — nobreza e clero — que eram tradicionalmente os seus titulares, e cujo papel político e económico aparecia agora em declínio, para a burguesia, a classe vitoriosa, que era chamada pela história a fundar a sua hegemonia sobre aquela riqueza e sobre a sua capacidade de multiplicá-la. E igualmente a realização de tal objectivo teve lugar nos anos imediatamente seguintes à Revolução: com as vendas abundantes de «bens nacionais», antes pertencentes ao clero e adquiridos, na sua maior parte, por representantes do «terceiro estado», comegou, de facto aquele processo de *transferência da riqueza das classes vencidas para a nova classe nascente*, que depois de várias formas se desenvolveria e aperfeiçoaria, até reunir nas mãos da burguesia — e confiar às suas capacidades e iniciativas empresariais — a grande massa dos recursos produtivos. Mas para que este processo de transferência da riqueza pudesse efectivar-se da forma melhor e mais segura e de molde a não provocar desperdícios, atritos e lesões demasiado graves, era necessário um instrumento técnico-jurídico adequado. Este foi justamente o contrato, e a disciplina contratual peculiar codificada pelo legislador de 1804: *liberdade de contratar, baseada no consenso dos contratantes* — poderia ser o slogan que o resume.

Nesta perspectiva, liberdade de contratar significava livre possibilidade, para a burguesia empreendedora, de adquirir os bens das classes antigas, detentoras improdutivas da riqueza, e livre possibilidade de fazê-los frutificar com o

comércio e a indústria. Mas contrato baseado no consenso significava, por outro lado, uma forte garantia para as velhas classes proprietárias (que a burguesia pretendia não destruir, mas promover, numa relação de aliança subalterna): a garantia de que para a transferência dos seus bens era sempre necessária a sua vontade. «A categoria geral do contrato, introduzida pela codificação civil francesa» — são palavras de Galgano — «fora o fruto da procura de um equilíbrio entre a pretensão da classe mercantil, de apropriação dos recursos do solo, e as exigências da classe fundiária, de defesa da propriedade. O princípio do consenso como produtor, por si só, do vínculo jurídico, favorecia a classe mercantil na sua relação com os proprietários dos recursos e, ao mesmo tempo, protegia os proprietários, impedindo que estes pudessem ser privados dos seus bens contra a sua própria vontade».

Na França do início do século XIX colocavam-se, assim — e assim encontravam resposta — questões e exigências análogas às que, em Itália, por uma diversa escansão dos estados de desenvolvimento económico-social, se manifestariam com um atraso de mais de meio século, ao tempo da unificação política do país. E, portanto, natural que, então, tenham sido acolhidas, entre nós, soluções análogas às codificadas a seu tempo — e com tanto sucesso — além dos Alpes. E isto explica — para além do enorme prestígio cultural conquistado pelo código de Napoleão, e da vigência temporária deste em diversos estados italianos antes da unificação — porque o nosso código civil de 1865 acabou, na matéria do contrato, como em grande número de outras matérias, por decalcar-lhe fielmente a sistemática, os princípios, as regras, a própria formulação linguística de muitos artigos.

4.3. *O contrato no código civil alemão (1896): a teoria do negócio jurídico e o dogma da vontade*

O código civil alemão de 1896 (BGB) é, além do *code Napoléon*, o outro grande protótipo de construção legislativa de um sistema de direito privado, oferecido pela moderna

história dos ordenamentos continentais, e é-o em particular, no que concerne à disciplina e à sistematização jurídica complexa dos actos de circulação da riqueza.

Um diverso desenvolvimento da sua história política, e ainda complexas vicissitudes de ordem cultural, fizeram com que a Alemanha tivesse um código civil com quase um século de atraso relativamente à França. Por sua vez, este mesmo atraso e a consequente diferença de contexto histórico e de condições socio-económicas, juntamente com uma tradição científica diferente, fizeram com que a disciplina do contrato fosse, neste, organizada segundo um modelo consideravelmente diferente do do código francês e da tradição com este encetada. Naturalmente que o BGB, enquanto código burguês, não podia deixar de inspirar-se em certos princípios gerais que vimos serem coesenciais a qualquer ordenamento capitalista de direito contratual, e que já tinham sido adoptados pelo código napoleónico, enquanto (primeiro) código burguês: a liberdade de contratar, baseada no pressuposto da igualdade formal dos sujeitos. Este último elemento resulta claro, em particular, se se confrontar o BGB (cujas regras se dirigem a um único e indiferenciado sujeito jurídico) com a primeira grande iniciativa de codificação operada em território germânico através do «código territorial» prussiano em 1794, que, ao invés, se orientava por uma discriminação legal dos sujeitos, dos seus direitos, das suas capacidades e prerrogativas jurídicas, segundo o *status* a que pertenciam (em que se distinguia o estado dos camponeses, o estado dos cidadãos, o estado dos nobres...). Mas para além desta comum inspiração de fundo, genericamente «burguesa», são diversos os instrumentos normativos e as categorias conceituais de que o BGB se socorre no plano das soluções jurídicas concretas.

A diferença fundamental entre o modelo francês e o modelo alemão consiste no facto de, neste último, a categoria do contrato ser concebida e construída do interior e, por assim dizer, à sombra de uma categoria mais geral, compreensiva do contrato e de outras figuras, e da qual o contrato constitui, por isso, uma subespécie; esta categoria geral é o *negócio jurídico*. O código civil alemão contém assim, além de regras

especialmente dedicadas ao contrato (*Vertrag*) e a cada contrato (venda, locação, empreitada, mandato, etc.), uma série de normas dirigidas em geral à disciplina do negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*), normas que se aplicam também (mas não só) ao contrato, pelo princípio elementar de que as regras concernentes a uma figura geral valem — quando não expressamente afastadas — também para as diversas figuras específicas compreendidas na primeira. Isto gera, como é evidente, uma multiplicação de qualificações e de disciplinas jurídicas: se A vende uma coisa a B, no direito francês dir-se-á que A e B concluíram uma compra e venda e do mesmo passo um contrato, e aplicar-se-ão as normas especiais sobre compra e venda e as gerais sobre contrato; no direito alemão não nos podemos limitar a isto, mas antes se dirá que A e B estipularam uma compra e venda e ao mesmo tempo um contrato e bem assim um negócio jurídico, e aplicar-se-ão as normas especiais sobre compra e venda, as mais gerais sobre contrato e as mais gerais ainda sobre negócio jurídico.

No plano histórico, a introdução do conceito de contrato, operada pelo código francês com o subsídio teórico das doutrinas de Domat e de Pothier, tinha constituído uma significativa obra de generalização e de abstracção, porque, pela primeira vez, se dava substancialmente dignidade legislativa a uma figura que — abstraindo das características especiais de cada operação económica — as resumia todas, e a regras que, em princípio, a todas indistintamente poderiam aplicar-se. Com a elaboração da categoria do negócio jurídico, realizada no decurso do século passado pela escola da «Pandectística» na base de uma nova utilização modernizada dos textos do direito romano justinianeu, este processo de generalização e de abstracção é levado ao extremo. Assim se cria, de facto, um conceito capaz de englobar em si uma série de fenómenos reais muito mais ampla do que a expressa pelo conceito de contrato; não só compras e vendas, locações, depósitos, mútuos e assim por diante, mas também, por exemplo, matrimónios, adopções, reconhecimentos de filhos naturais, constituições de entidades de beneficência, testamentos: neste sentido, o negócio é uma categoria *mais geral*. Para abarcar conceitual-

mente esta fenomenologia real, é necessária uma operação lógica: isto é, é preciso individualizar os caracteres comuns às diversas realidades, abstrai-los destas e elevá-los, organizando-os, a elementos constitutivos da figura que se pretende construir; mas é claro que quanto mais vasta, variada e heterogênea é esta fenomenologia real, menor é o número dos caracteres comuns identificáveis no interior desta, menor portanto a riqueza da definição geral que sobre estes se funda, menos intensa a sua capacidade representativa, mais reduzida, em suma, a sua aderência ao conceito, maior a sua rarefacção e a sua distância da realidade; por outras palavras, para compreender uma área cada vez mais extensa de objectos, é preciso elevarmo-nos cada vez mais sobre os mesmos, e assim deles nos afastarmos cada vez mais, cada vez mais renunciarmos a captar os seus aspectos palpáveis: por isso o negócio é uma categoria *mais abstracta*. Tudo isto resulta de modo mais claro se considerarmos a definição de negócio jurídico que haveria de tornar-se prevalente: «uma declaração de vontade dirigida a produzir efeitos jurídicos».

Emerge daqui, juntamente com as características formais da generalidade e abstracção, o outro dado, relacionado com aspectos do conteúdo, necessário para entender o sentido e o alcance da categoria do negócio: a elevação da *vontade* a elemento chave da sua definição. Na base desta, está a ideia, já acolhida pelo pensamento jusnaturalista e iluminista, da vontade humana como fonte de qualquer transformação operada no mundo do direito, como «força criadora» de direitos e de obrigações, como motor primeiro de toda a dinâmica jurídica. Tão exacerbada que desemboca numa verdadeira e própria «mística da vontade» ou que se cristaliza na rigidez de um «dogma da vontade», esta posição de princípio vem a reflectir-se no modo como é construída a disciplina concreta dos negócios jurídicos, determinando uma série de regras (em matéria de erro, de dolo, de coacção, de simulação, etc.) destinadas a tutelar, do modo mais intransigente, a «liberdade» e a «espontaneidade» do querer de quem realiza o negócio, e a desobrigá-lo do vínculo negocial, sempre que a sua vontade

resulte de qualquer modo perturbada. Em torno desta definição desenvolveu-se, assim, na ciência jurídica alemã, um imponente complexo de teorias, doutrinas, elaborações conceituais que havia de exercer uma decisiva influência mesmo fora do seu ambiente de origem: assim sobretudo em Itália, onde a categoria do negócio jurídico, acolhida no princípio do nosso século, se torna um elemento central das construções de direito privado e de teoria geral do direito, conquistando uma posição de hegemonia que, em parte, ainda hoje se mantém. A tal ponto que não seria hoje possível, em Itália ou na Alemanha (como ao invés o seria, por exemplo, em França ou nos países anglosaxónicos) discutir os temas e os problemas conexos à função, à disciplina, à reconstrução doutrinal do instituto do contrato, prescindindo da categoria do negócio, que, num certo sentido, lhe está sobreposta.

Nem isto deve suscitar espanto ou surpresa. Na verdade, por força da sua generalidade e abstracção, a categoria negocial pode realizar resultados práticos de inquestionável utilidade, actuando como factor de simplificação e racionalização da linguagem e do raciocínio jurídico. E num plano mais geral, não pode negar-se que a elaboração da teoria do negócio constitui, objectivamente, um monumento insigne de sabedoria jurídica, e que com ela a ciência do direito burguês alcançou um dos seus pontos mais altos. Mas estas considerações não bastam para obscurecer o facto de aquela teoria representar, ao mesmo tempo, um *formidável instrumento ideológico*, todo ele funcionalizado aos interesses da burguesia e às exigências colocadas pelo seu grau de desenvolvimento (daí que os pandectistas alemães nos apareçam, além de juristas admiráveis, como intelectuais perfeitamente «harmónicos» com a classe a que pertenciam).

Introduzindo no sistema de direito privado — até se transformar no próprio símbolo da actividade jurídica dos particulares — um conceito caracterizado por um tão elevado grau de generalidade e de abstracção, e baseado no papel determinante da vontade do indivíduo, prosseguiram-se de facto, com esta categoria, objectivos análogos aos que — na perspectiva da construção de um sistema contratual capaz de res-

ponder às exigências da burguesia — a seu tempo se tinha pensado realizar com a codificação francesa. E em relação a estes o negócio devia revelar-se instrumento ainda mais eficaz e incisivo. Já se viu a importância que tinha, no ordenamento de uma sociedade capitalista, afirmar a igualdade formal dos sujeitos, e em particular dos sujeitos envolvidos em operações de troca, dos sujeitos contraentes, ocultando as suas diferenças de classe: esta finalidade, nenhum instrumento podia servir melhor que o negócio, que, abstraindo ao máximo — até mais do que o contrato — dos sujeitos reais e das operações económicas reais (que também assimilava actos tipicamente não económicos, como o matrimónio e os outros «negócios familiares») conseguia justamente operar o *máximo de unificação e de igualização formal dos sujeitos jurídicos*. Por intermédio dele, tornavam-se de facto irrelevantes, ou apagavam-se até, a concreta posição económico-social das partes e os termos reais da troca económica levada a cabo, que desapareciam por detrás de um dado, por assim dizer, biológico (e neste sentido abstraido das determinações de classe) ao qual se atribuía relevância exclusiva: a vontade; já que indistintamente todos os sujeitos jurídicos (qualquer que fosse a sua posição económico-social concreta) deviam considerar-se, do mesmo modo, capazes de emitir declarações de vontade com o intuito de produzir efeitos jurídicos (quaisquer que fossem os termos reais da troca económica a que estes se referissem): tanto mais que enquanto o contrato pressupõe uma duplicidade de sujeitos, e evoca portanto uma actividade de troca económica, o negócio jurídico é configurável como o acto de um só indivíduo, como manifestação solitária da sua vontade, e portanto mais não evoca que a actividade da sua psique.

Para além desta função de determinar a igualização formal dos sujeitos, o apelo à vontade e à sua «força criadora» de direitos e obrigações jurídicas, desempenhava ainda uma tarefa (de resto estreitamente ligada à primeira): a de justificar, no plano ideológico, a necessidade de os poderes públicos se absterem de toda a interferência na dinâmica «espontânea» das actividades jurídicas dos particulares, e evitarem violar, de

qualquer modo, a sua «liberdade negocial», a sua «autonomia privada». Se, de facto, esta coincidia com a livre expressão da vontade humana, criadora exclusiva de direito, qualquer intervenção autoritária destinada a limitá-la devia aparecer como tentativa inadmissível de substituir a fonte «natural» dos efeitos jurídicos por uma fonte «artificial» e arbitrária, e, ao mesmo tempo, como atentado odioso a um atributo fundamental da pessoa. Como escreve Stefano Rodotà: «colocando a tónica sobre a vontade privada como fonte de efeitos juridicamente relevantes, exaltava-se, evidentemente, o momento individualístico, ligando assim o conceito de negócio jurídico com o de direito subjectivo... e de propriedade privada... Desta forma, todas as relações económicas entre particulares eram consideradas domínio exclusivo da vontade dos interessados; e operações de conteúdo diverso, graças à inclusão na categoria negocial única eram, também elas, substancialmente reconduzidas à lógica das relações de mercado».

5. O CONTRATO NO DIREITO ITALIANO: DO CÓDIGO DE 1865 AO CÓDIGO DE 1942

5.1. *Contrato e negócio jurídico no direito italiano*

O direito italiano e a ciência jurídica italiana em matéria de contrato sofreram, de modo vário, a influência de ambas as correntes a que se fez referência no parágrafo precedente. A experiência francesa influenciou a nossa através do código napoleónico, cuja disciplina foi substancialmente reproduzida no nosso código de 1865, e através das obras dos comentadores daquele grande corpo legislativo, que constituiram para os civilistas italianos o modelo prevalente no decurso de todo o século passado; prova desta inspiração comum dos dois países de «direito latino», foi a redacção, em 1927, de um *Proyecto franco-italiano das obrigações e dos contratos*, que deveria unificar a disciplina vigente em cada um deles para aquela matéria, e cujo conteúdo — na falta da sua entrada

formal em vigor — foi, em grande parte, transferido para o código italiano de 1942. Veículo da influência germânica foi a teoria do negócio jurídico, importada e desenvolvida em Itália, a partir dos primeiros anos deste século, por prestigiados estudiosos do direito romano e do direito civil, que souberam, ao mesmo tempo, torná-la matéria de finíssimas elaborações e difundí-la como doutrina comumente recebida no seio dos docentes e dos estudantes de direito, dos juizes, dos advogados e de todos os restantes operadores jurídicos.

Após decénios de autêntica hegemonia cultural, a doutrina do negócio está desde há tempos, como se costuma dizer, «em crise» (pelo menos no nosso meio) por razões que mais adiante explicaremos. Pré-ânúncio — reflexo e ao mesmo tempo elemento — deste declínio da categoria, foi a opção do legislador de 1942, ao recusar o seu ingresso no código e a sua elevação — segundo o modelo alemão — à condição de categoria legislativa, preferindo, ao invés, reservar o papel de conceito ordenador e unificador da actividade jurídica dos particulares ao conceito de contrato⁽⁷⁾. E verdade que esta opção, feita pelo codificador, de modo inequívoco, foi abertamente inobservada por sectores importantes da doutrina civilista italiana, que através de obras objectivamente relevantes, procuraram perpetuar uma sistemática do direito privado, dentro do qual a antiga categoria do negócio continuava a ser elevada a eixo da «parte geral» do sistema, enquanto ao contrato, deixado entre as «partes especiais», se atribuía, na hierarquia dos conceitos jurídicos, uma importância subordinada; e é igualmente verdade que estas posições doutrinais, até agora, influenciavam largamente a própria didáctica do direito privado corrente nas nossas universidades (os manuais institucionais mais significativos, e hoje mais difundidos, dedicam

(7) Um papel confirmado pelas potencialidades de expansão que o sistema do código reconhece à disciplina do contrato, cuja possível aplicação se prevê também a tipos de actos diversos daquele que constitui o seu objecto específico: o art. 1324.^a dispõe que em princípio «as normas que regulam os contratos se aplicam... aos actos unilaterais entre vivos que tenham conteúdo patrimonial».

à figura e à teoria do negócio um espaço que não é pequeno). Contudo, não há dúvida de que a tendência destinada a preva-
lecer (e de facto já prevalente nas expressões doutrinárias mais recentes e actualizadas) é a inspirada na opção do legislador: uma tendência que, privilegiando o contrato relativamente ao negócio (vale dizer um conceito estreitamente ligado à realidade sócio-económica da troca, face a um conceito que abstrai ao máximo de tal realidade), constitui expressão de uma «política da construção jurídica» precisa, que é a de «tender a adequar a categoria jurídico-formal à relação social» (Gal-
gano).

5.2. O fascismo e o direito dos contratos

Percorrendo de novo as vicissitudes que caracterizaram a evolução histórica do direito dos contratos entre o século passado e o presente, no espaço de tempo que vai do código civil de 1865 ao código actualmente em vigor, depara-se-nos uma questão do maior interesse que se centra directamente na experiência italiana.

A história político-social do nosso país é caracterizada, no século em que vivemos, por um fenómeno de grande importância, que orientou o seu curso de maneira peculiar, e cuja análise atenta é pressuposto indispensável da compreensão correcta dos sucessivos desenvolvimentos: o fenómeno do fascismo, o vinténio de ditadura fascista. Como qualquer fenómeno político-social, também o fascismo não deixou de reflectir-se no plano das estruturas jurídicas: tanto assim que foi objectivo explícito, e programa dos responsáveis do estado fascista, o de operar uma transformação radical de todo o ordenamento jurídico, que o tornasse conforme à ideologia oficial do regime e à organização das relações sociais e económicas, promovida por este. A questão que acima se analisava consistiu justamente em indagar se um tal objectivo e um tal programa surtiram actuação, pelo que concerne ao direito dos contratos, se e em que medida o direito italiano dos contratos foi transformado, nos seus princípios inspira-

dores e em cada uma das regras que o compõem, pelo impacto com o fascismo. Uma questão que reveste para nós importância e actualidade tanto maior se se considerar que o código civil de 1942 foi redigido e entrou em vigor em pleno regime, e que, portanto, a disciplina geral dos contratos vigente é, quanto à sua génese histórica, de signo fascista.

Mas, como se sabe, a experiência do fascismo não foi só italiana. Ela atingiu, em particular, também a sociedade alemã, o ordenamento jurídico e a cultura jurídica alemã (que naqueles anos, como se disse, exercia ainda sobre a nossa uma influência decisiva). E foi até na Alemanha que a ideologia nacional-socialista pareceu incidir mais profundamente (aparentemente muitas vezes subvertendo-os) sobre os princípios e sobre a inspiração de fundo que o direito dos contratos tinha recebido da tradição liberal. Já em 1933 se afirmava que a «loucura do individualismo e do liberalismo de ora em diante não tem mais espaço no direito alemão» (Hans Frank), e que a esta deve substituir-se a rígida subordinação da liberdade e da iniciativa autónoma do indivíduo às exigências e aos interesses da comunidade nacional (a comunidade dos alemães de raça ariana), e aos seus desígnios de potência e de domínio. A velha imagem do contrato, construída sobre a ideia de liberdade individual e de igualdade jurídica como reflexo da igualdade natural entre os homens, devia desaparecer: os homens (e os povos) são naturalmente desiguais, e esta desigualdade entre «superiores» e «inferiores» deve ser sancionada pela lei (legislação racial); o contrato não pode ser expressão da liberdade do indivíduo e meio para a satisfação dos seus interesses particulares, mas deve constituir instrumento para a realização do «bem comum» da nação alemã, e aos juízes do *Reich* era confiada a tarefa de valorar — com a amplíssima margem de discricionariedade — se cada contrato era conforme a um tal «bem comum», que em concreto se resumia e se fazia coincidir com a vontade do *Führer*, elevada assim a sumo critério de valoração jurídica (o chamado *Führerprinzip*): ficava assim prejudicado um outro ponto chave da civilização jurídica liberal, aquele que se resume no princípio da legalidade e no valor da certeza do direito.

Esta concepção antiliberal (e verbalmente anticapitalista) do direito dos contratos, que os juristas nacionais socialistas propagavam com tons bem mais truculentos do que os aqui usados para referir-lá, deveria ter sido codificada — juntamente com as outras concepções elaboradas na mesma linha para outras matérias — num «código popular alemão» substitutivo do BGB. Mas a empresa, iniciada em 1939, foi travada juntamente com o regime que a tinha inspirado. A iniciativa de redigir um novo código civil, que traduzisse em normas a ideologia jurídica então dominante, haveria de caber, em Itália, ao legislador fascista.

Em Itália, a polémica antiliberal e a crítica teórica desenvolvida pelos juristas do fascismo contra os princípios e os institutos do direito liberal burguês não foram provavelmente tão violentas como o eram na Alemanha. E, no entanto, estava bem patente a vontade de contrapor àquele direito um «direito fascista», nutrido por aquela ideologia do corporativismo, através da qual se declarava prosseguir um ordenamento das relações económico-sociais, de todo alternativo ao liberal-capitalista, e em cujo âmbito os «egoísmos» individuais e de classe deviam ceder ao «interesse superior da nação». A produção jurídica da ideologia corporativista foi principiada com a legislação sindical de 1926 (cujo resultado mais significativo foi a supressão dos sindicatos operários), enquanto o novo código civil, ao tempo em elaboração, deveria, em certo sentido, representar o seu coramento e a sua síntese. As ambições «políticas» deste projecto foram, de resto, enunciadas com clareza pelo «Guardasigilli» do regime, Dino Grandi, que as sintetizava no objectivo de conformar a codificação com os «critérios directivos morais, políticos e sociais... da doutrina fascista firmada nas declarações da Carta do Trabalho» (que tinha sido redigida em 1927). A «reforma fascista dos códigos» não devia, portanto, caracterizar-se por «um carácter técnico prevalente», mas sim assumir um «carácter político mais acentuado», de forma a corresponder «em pleno aos novos princípios e aos institutos fundamentais que o Estado fascista vinha afirmando e construindo», e a construir «expressão genuína dos caracteres do novo ordenamento político e jurí-

dico dado pelo Fascismo à Nação»; mais precisamente, «os novos códigos estavam enquadrados, completamente e sem dúvidas, no plano da estrutura corporativa do Estado, segundo os princípios afirmados pela Carta do Trabalho»: princípios que, asseverava-se, «penetram largamente nas diversas disposições, configuram e plasman os vários institutos jurídicos»⁽³⁾.

A questão de avaliar se, e em que medida, o código de 1942 pode, para além das proclamações oficiais, definir-se como um código efectivamente «fascista» no seu conteúdo, carece ainda de ser adequadamente explorada pela historiografia jurídica, e não pode aqui enfrentar-se. Nesta sede, limitámo-nos a perguntar como é que aquela ideologia se reflecte, em concreto, na matéria contratual. Também sobre este ponto específico, as declarações do «Guardasigilli» são peremptórias: «a matéria das obrigações» — afirma — «é igualmente dominada por princípios da Carta do Trabalho. Não esgota o instituto do contrato... Mas... a autonomia contratual não pode divergir daqueles que são os objectivos unitários da produção nacional, e a regulamentação corporativa própria da economia organizada prevalece e domina; relativamente a esta, a autonomia contratual fica em estado de subordinação»; e, noutra ocasião, em referência ao livro quarto do código: «os princípios da disciplina e da solidariedade corporativa substituiram também neste livro os superados princípios da economia liberal, dando ao novo Código Civil, também sob este aspecto, um carácter orgânico, unitário e um inconfundível cunho fascista»⁽⁴⁾.

Mas, na realidade, o livro quarto do código parece ser um tanto diverso. No seu quadro, as disposições claramente inspiradas na ideologia jurídica do fascismo são na ver-

⁽³⁾ Os passos citados são extraídos da *Relação do Ministro «Guardasigilli» (Grandi) ao projecto de lei sobre o valor jurídico da Carta do Trabalho e da Relação a Sua Majestade o Rei Imperador do Ministro «Guardasigilli» (Grandi), apresentada na audiência de 16 de Março de 1942-XX para aprovação do texto do código civil.*

⁽⁴⁾ Cfr. retro, nota (3).

dade poucas, e esgotam-se em fórmulas ao fim e ao cabo extrínsecas ao real conteúdo normativo dos artigos. Para além dos casos em que se remete, no seu papel de simples integração do contrato, para as «normas corporativas» (cfr. arts. 1474.º c. 1, 1515.º c. 3, 1596.º c. 2, 1616.º c. 2, 1623.º c. 1, 1628.º c. 1, 1630.º c. 4, 1640.º c. 4, 1641.º, 1647.º, 1750.º c. 1, atemos no art. 1175.º, que, contendo um princípio geral em matéria de disciplina da relação obrigacional, veio estabelecer que «o devedor e o credor devem comportar-se segundo as regras da correção, em relação aos princípios da solidariedade corporativa», e no art. 1371.º, sobre a interpretação dos contratos, cujo *corinna* segundo dispunha que a intenção comum das partes devia entender-se «no sentido mais conforme aos princípios da ordem corporativa». Caído, com o fascismo, o ordenamento corporativo, bastou eliminar estes apelos às suas normas e aos seus princípios para que os artigos em que estavam contidos (e por maioria de razão todos os outros relativos à disciplina dos contratos) resultassem compatíveis com o novo regime democrático e conservassem assim a sua plena funcionalidade.

Sinal de que, não obstante as afirmações verbais do legislador⁽³⁾, aqueles apelos, e as ligações por ele estabelecidas com

(3) Em relação ao princípio da solidariedade corporativa, a que se refere o art. 1175.º, o «Guardasigilli» salientava que este nasce «do facto de nos sentirmos membros daquele grande organismo que é a sociedade nacional», e que, por sua vez «o conflito entre interesses individuais contrastantes fica resolvido no terreno de uma adequação recíproca precisa, dominado e iluminado pela luz quente da doutrina fascista». Na ilustração das normas em sede de interpretação do contrato, após um decisivo repúdio dos princípios individualistas, subjectivistas e voluntaristas em que se inspirava o direito contratual do liberalismo, afirmava-se: «no clima político do Fascismo... reforçados os vínculos de solidariedade que unem o particular ao complexo nacional, impostos aos cidadãos deveres de disciplina mais rígidos, e conduzida a sua acção sob o domínio de uma mais rigorosa responsabilidade, é claro que também os postulados e as consequências da concepção liberal devem sucumbir, para dar lugar a princípios que adiram à situação política transformada». Para a fonte das citações, cfr. ainda *retro*, nota (3).

o ordenamento corporativo do fascismo, não constituíam um elemento-fulcral da construção normativa do livro quarto, sem o qual esta não pudesse reger-se ou perderse coerência; sinal, mais genericamente, de que a complexa disciplina dos contratos não se colocava — na sua estrutura, na sua inspiração real de fundo, nas suas soluções concretas — em antítese radical com a disciplina pré-vigente, mas, longe de representar uma inovação «revolucionária» do modelo de contrato próprio dos códigos do século XIX, na realidade se posicionava no sulco deixado pela tradição liberal burguesa. E esta é — pode dizer-se — uma característica geral do ordenamento jurídico-económico do fascismo: por detrás de uma polémica verbal antiliberal, continuava-se, em concreto, a fazer opções solidárias com as exigências e os interesses capitalistas. De resto, o carácter abertamente ideológico e falsificante dos muitos apelos à «solidariedade corporativa», às exigências superiores da produção, ao «interesse da nação», à «supervilégio concedidos aos interesses dominantes — às vezes denunciava-se por si: na VII declaração da Carta do Trabalho reconhece-se que o sistema continua a basear-se no princípio da iniciativa económica privada e do seu livre exercício, e que, portanto, a estrutura capitalista das relações económico-sociais não é posta em discussão (observação que vale igualmente para a experiência da Alemanha nacional-socialista).

É assim evidente que o fascismo não queria, nem podia, atacar ou subverter aqueles instrumentos que — como o contrato (a disciplina e os princípios contratuais nascidos com o poder da burguesia) — resultavam objectivamente funcionais às exigências e aos interesses da classe capitalista.

5.3. O código de 1942 e a unificação do direito das obrigações e dos contratos

Não obstante as enfáticas proclamações verbais do legislador fascista, não pode, portanto, dizer-se que a ideologia do regime se tenha como tal traduzido, na disciplina

positiva dos contratos, em elementos de inovação específica e significativa relativamente aos modelos dos códigos «liberais». E é, todavia, verdade que o código de 1942 inova de modo profundo o regime pré-vigente das relações contratuais. Só que o facto inovador real não depende da recepção dos princípios de «solidariedade corporativa» mas está noutra coisa. Está, precisamente, naquela operação que sinteticamente se costuma designar como «*unificação do direito das obrigações e dos contratos*».

Hoje, no actual código civil, as obrigações e os contratos têm uma *disciplina uniforme*: a delineada pelas normas do livro quarto. Estas normas aplicam-se indistintamente a todas as relações (a todas as vendas, a todas as locações, a todas as situações de débito e de crédito...), sem distinguir consoante o seu conteúdo concreto, os sujeitos entre os quais se estabelecem, as finalidades com as quais se constituem. O sistema precedente era bastante diferente, caracterizando-se por um fenómeno de *cisão ou duplicação do direito das obrigações e dos contratos*. Neste, com efeito, coexistiam dois blocos normativos diferentes (separados até formalmente: um «código civil» e um «código de comércio»), cada um dos quais disciplinava — de modo diferente do outro — uma esfera particular de relações contratuais: as normas sobre contratos contidas no *código de comércio* (que datava de 1882) regulavam justamente as relações qualificadas como «comerciais», isto é, aquelas que pelo seu conteúdo intrínseco apareciam como objectivamente destinadas a finalidades especulativas, bem como aquelas em que, independentemente do seu conteúdo intrínseco, pelo menos uma das partes desenvolvesse profissionalmente actividade de «comerciante» (vale dizer de operador económico); as normas sobre contratos contidas no *código civil* regulavam todas as outras relações, privadas de tais características (chamadas relações «civis»). Um mesmo tipo de contrato — suponhamos, uma venda — era assim disciplinado de modo diferente, conforme, com base nos critérios indicados, pertencesse a uma ou a outra categoria (e estabelecia-se, de facto, distinção, suponhamos, entre «venda civil» e «venda comercial», e entre as respectivas disciplinas). Desta forma, o sistema do

direito dos contratos não era unitário, mas resultava da justa posição de *dois sistemas normativos separados*: o dos *contratos civis* e o dos *contratos comerciais*.

Quais as razões desta duplicação do direito contratual? E quais as razões da sua superação por uma disciplina uniforme das obrigações, operada com o código civil de 1942? Os artifícios do código reconduzem estas últimas às inovações radicais que o fascismo teria introduzido na organização jurídico-económica do país: «as razões históricas que justificaram até hoje a autonomia do Código de Comércio devem considerar-se superadas pelo ordenamento corporativo fascista. O cunho profissional, que é um dado de origem do direito comercial, deixou de ser uma característica especial do direito comercial, desde que o fascismo enquadrou totalitariamente na organização corporativa a economia nacional»; daqui um projecto de código que abandona «o sistema francês dos chamados actos objectivos de comércio» e reconstrói «o sistema sobre o ponto-chave da empresa em sentido corporativo», com a consequência de que «da unificação da disciplina da empresa resulta como corolário necessário a unificação da disciplina geral das obrigações»⁽⁹⁾. Mas esta parece uma interpretação claramente ideológica, que não reflecte de modo fiel a realidade das coisas e o sentido da evolução histórica.

A verdade é que as regras em matéria de contrato, contidas nos códigos civis do século XIX (inspiradas como eram nos princípios de direito romano), apareciam ainda em larga medida ligadas a uma visão estática e fechada da economia, a uma concepção do processo económico que privilegiava o aspecto do gozo da riqueza, mais do que o da sua circulação e multiplicação; reflectiam, em suma, um estádio de desenvolvimento pré-industrial. Com a evolução e os progressos da economia capitalista manifestaram-se, em sectores do mercado cada vez mais numerosos, exigências (de dinamização das trocas e das relações) que aquelas regras não esta-

⁽⁹⁾ Palavras pronunciadas pelo «Guardasigilli» Dino Grandi no decurso de uma reunião governamental dedicada aos trabalhos de codificação (Conselho de Ministros, 4 de Janeiro de 1941).

vam, por isso, em condições de satisfazer: daqui a necessidade de um complexo adequado de normas que, dirigidas às relações contratuais mais directamente atinentes à esfera da produção e das trocas económicas, e em particular à dos empresários e consumidores, as disciplinassem, de modo conforme àquelas exigências (e portanto aos interesses da classe mercantil). Este complexo de normas foi justamente o sistema dos contratos comerciais, que se configurava assim como especial «direito do capitalismo» porque assegurava o seu desenvolvimento e como «direito de classe» (porque delineava uma disciplina que — para repetir palavras do seu grande intérprete e comentador Cesare Vivante — «o comércio, em especial o grande comércio, tem vindo a criar para proteger os seus interesses», onde «se constroem todos os cidadãos que contratam com os comerciantes a suportar uma lei que é feita a favor desta classe»).

A supressão desta duplicidade de disciplina e a sua reabsorção num regime uniforme das obrigações e dos contratos, operadas pelo código civil de 1942, juntamente com a abolição de um código de comércio separado, constituem, por sua vez, resposta pontual às exigências de um estágio mais avançado da evolução capitalista. Um estágio em que já não parece possível distinguir sectores prevalentes da economia estática e atrasada (a que se associa a normativa tradicional das «relações civis») e sectores isolados de economia dinâmica, caracterizada pelo fluxo crescente da produção e das trocas (a que se associa a disciplina mais avançada e moderna das «relações comerciais»), porque o desenvolvimento técnico-científico e o advento da produção, da distribuição e dos consumos de massa determinaram uma *dinamização geral da economia* e a *extensão a todas as zonas do mercado* daquelas exigências que primeiramente se circunscreviam a alguns sectores limitados. A celeridade e a segurança da circulação dos bens apareciam agora como uma necessidade geral de todo o sistema económico: as normas sobre contratos comerciais, que proviam a garantí-las, deviam, por isso, estender-se indistintamente a todas as relações contratuais, sujeitando-se estas, daí em diante, a uma disciplina unificada. É o que acontece em 1942: o

código de comércio sobsobera e resta só o código civil; mas as suas normas reproduzem, em matéria de contratos, o código de comércio revogado de 1882, muito mais que as do código civil pré-vigente: a «unificação do direito das obrigações e dos contratos» resolve-se na sua «comercialização». Por outras palavras: não existe mais no âmbito do direito privado e do sistema dos contratos, um «direito do capitalismo» *especial* porque — tal como todo o mercado se tornou mercado capitalista — também assim *todo* o direito privado se tornou «direito do capitalismo».

6. O CONTRATO NO SISTEMA DO DIREITO PRIVADO

6.1. Contrato e propriedade

O contrato é um dos institutos do direito privado, um dos elementos que no seu conjunto delineiam o complexo ordenamento das relações jurídicas entre os sujeitos privados. Para entender o seu papel é, por isso, necessário não nos limitarmos a considerá-lo em si, isoladamente, mas é, ao invés, forçoso analisá-lo nas suas relações com os outros institutos privativos fundamentais, com o fim de individualizar as suas conexões funcionais com estes e a posição recíproca no sistema, tal como hoje efectivamente se configuram.

É quase obrigatório começar pela propriedade. Sobre *relações entre contrato e propriedade* já amplamente nos debruçámos (cfr. em particular 4.2.), quando indicávamos o nexo de subordinação e instrumentalidade que, no primeiro grande código burguês, era estabelecido entre os dois institutos: recordávamos então, mais precisamente, que nas sociedades do capitalismo nascente, a propriedade (entendida prevalentemente como senhorio e poder de uso e abuso sobre bens materiais) era considerada a categoria-chave de todo o processo económico, a verdadeira e única fonte de produção e fruição das utilidades económicas, enquanto ao contrato se assinalava o papel — complementar — de simples

meio para a sua circulação, para a transferência daquele senhorio de um sujeito para outro: a única e verdadeira riqueza económica era representada pela propriedade; o contrato não criava riqueza, antes se limitava a transferir-la.

Esta concepção das relações entre os dois institutos reflectia, porém, um estágio atrasado do desenvolvimento económico, caracterizado pela prevalência da agricultura sobre a indústria e pelo consequente primado do bem-terra, como o recurso económico de longe mais importante. Com o progressir do modo de produção capitalista, com o multiplicar-se e complicar-se das relações económicas, abre-se um processo, que poderemos definir como de *mobilização e desmaterialização da riqueza*, a qual tende a subtrair ao direito de propriedade (como poder de gozar e dispor, numa perspectiva estática, das coisas materiais e especialmente dos bens imóveis) a sua supremacia entre os instrumentos de controle e gestão da riqueza. Num sistema capitalista desenvolvido, a riqueza de facto não se identifica apenas com as coisas materiais e com o direito de usá-las; ela consiste também, e sobretudo, em bens imateriais, em relações, em promessas alheias e no correspondente direito ao comportamento de outrem, ou seja, a pretender de outrem algo que não consiste necessariamente numa *res* a possuir em propriedade.

Pense-se na licença de patente, com a qual A, titular do direito de utilização exclusiva de uma invenção industrial, concede ao empresário B a faculdade de disfrutá-la economicamente: B, deste modo, não adquire a propriedade de uma coisa material, mas nem por isso deixa de se apropriar de uma fonte objectiva de riqueza, o pressuposto para conseguir proveitos consideráveis. O mesmo vale para a hipótese em que X concede a Y uma opção, por exemplo sobre uma área edificável ou sobre uma carteira de acções: Y não se torna proprietário de uma coisa, mas adquire um direito que pode exercer, ele próprio, ou ceder a outrem mediante correspondivo, e que representa, em qualquer caso, um bem económico. E pense-se ainda na própria relação de trabalho: não se pode certamente dizer que o empresário seja «proprietário» (da força de trabalho) dos seus empregados, nem que estes sejam «pro-

prietários» do seu posto de trabalho; e, no entanto, quem poderá negar que a disponibilidade de força de trabalho e o emprego constituem objectivamente (fonte de) riqueza, representando a primeira o pressuposto do ganho, o segundo a possibilidade de manter-se a si e à sua família? E, por fim, um exemplo ainda mais persuasivo: os títulos de crédito — letras, cheques, conhecimentos de carga, acções de sociedades, etc. — são, mesmo para o senso comum, riqueza verdadeira e própria (e um tipo de riqueza cuja extraordinária difusão é um retrato fiel do desenvolvimento da economia capitalista, em cujo âmbito e para cujo funcionamento assume fundamental importância); mas trata-se de riqueza que não se materializa numa «coisa» de que alguém é «proprietário», consistindo mais numa «relação», num direito (ou num conjunto de direitos) a exigir de outrem determinadas prestações. Quer isto dizer, mais concretamente, que a substância económica do fenómeno cambiário, accionário ou do conhecimento de carga não deve ser procurada na propriedade e disponibilidade material da folha de papel munida respectivamente das inscrições «letra» ou «acção» ou «conhecimento de carga», e devidamente preenchida, mas nos direitos e nas expectativas económicas que ela simboliza: respectivamente o direito de pretender o pagamento de uma determinada soma de dinheiro com certa periodicidade; o direito de participar nas assembleias da sociedade e de orientar a sua gestão com o voto próprio, bem como o de receber os seus dividendos; o direito à entrega de um certo stock de mercadorias. E todos estes direitos podem ser cedidos a outrem mediante correspondivo.

Aqui interessa sobretudo salientar que estas formas de riqueza imaterial, as relações e os direitos a que fizemos referência têm, as mais das vezes, a sua fonte num contrato (de licença, de opção, de trabalho, ou então de sociedade ou de transporte no que respeita às acções e ao conhecimento de carga). Raciocinando por analogia, e sob a tenaz sugestão das categorias tradicionais, poder-se-ia certamente dizer que estes «bens imateriais» são assimiláveis, num curto sentido, a «coisas» e que os direitos sobre eles são assimiláveis ao direito

de «propriedade». Mas já nesta perspectiva deveria reconhecer-se que, permanecendo embora firmes a posição e o papel proeminentes da propriedade no sistema económico (para o que ocorreu uma profunda revisão do conceito de propriedade), a relação entre propriedade e contrato resulta, em qualquer caso, transformada em profundidade: porque agora o contrato não se limitaria a *transferir* a propriedade, mas até mesmo a *criar*. Mas em rigor não parece necessário nem oportuno recorrer a um tal artifício lógico: parece mais razoável considerar que, em todos estes casos, existe riqueza («imaterial», mas nem por isso menos relevante) que não se concretiza na forma tradicional do direito de propriedade, e que tal riqueza é produzida directamente pelo contrato. Neste sentido, dentro de um sistema capitalista avançado parece ser *o contrato, e já não a propriedade, o instrumento fundamental de gestão dos recursos e de propulsão da economia*.

6.2. Contrato e empresa

As considerações precedentes ajudam a perceber como se configuram, hoje, as *relações entre contrato e empresa*. Numa economia predominantemente agrícola, baseada na riqueza imobiliária e em muitos aspectos ainda estatista e patriarcal, viu-se como era a propriedade o instrumento principal da gestão dos recursos. O desenvolvimento económico, o consequente processo de mobilização e desmaterialização da riqueza, deslocam, ao invés, a tónica do *perfil estático* do gozo e da utilização imediata, quase física, dos bens (representado justamente pela propriedade) *para o perfil dinâmico da actividade* (de organização dos factores produtivos a empregar em operações de produção e de troca no mercado). Esta relevância do momento dinâmico, da actividade concreta relativamente a uma posição abstracta de domínio sobre bens, encontra correspondência no papel central assumido hoje, no interior do sistema normativo, pelo conceito jurídico de *empresa*, que por definição do legislador coincide justamente com o exercício profissional de uma «actividade econó-

mica organizada com vista à produção ou à troca de bens ou de serviços» (art. 2082.º cód. civ). Compreende-se, neste sentido, a corrente afirmação de que, no presente, o processo económico é determinado e impulsionado pela empresa, e já não pela propriedade.

A crescente importância económica do instrumento contratual (assinalada no número precedente) e o emergir do papel fundamental da empresa, a que acaba de se fazer referência, reconduzem-se, assim, a um mesmo fenómeno de desenvolvimento e transformação do sistema produtivo, e constituem processos que avançam em paralelo. Se o contrato adquire relevância cada vez maior com o progressivo afirmar-se do primado da iniciativa da empresa relativamente ao exercício do direito de propriedade, é também porque este constitui um *instrumento indispensável ao desenvolvimento profícuo e eficaz de toda a actividade económica organizada*. Poderia assim dizer-se, para resumir numa fórmula simplificante a evolução do papel do contrato, que de mecanismo funcional e instrumental da propriedade, ele se tornou *meccanismo funcional e instrumental da empresa*.

Esta afirmação pode ser documentada de modo persuasivo. Por exemplo: hoje a forma economicamente mais significativa de desenvolvimento das actividades empresariais é a do seu exercício, não já individual, mas colectivo, quer dizer, a forma de sociedade: hoje as empresas mais importantes não são empresas singulares (as suas dimensões, a sua complexidade, o vulto dos capitais necessários não o consentiriam), mas são empresas societárias, são sociedades (por acções, em nome colectivo, em comandita, etc.). A sociedade é, por isso, um instrumento indispensável à actividade da empresa, é a sua forma jurídica predominante: mas a sociedade mais não é que um contrato (cfr. o art. 2247.º cód. civ.); a estrutura típica da empresa capitalista é, portanto, uma estrutura contratual; e participar numa empresa económica significa, hoje, ser parte de um contrato (de sociedade) ⁽⁷⁾.

⁽⁷⁾ Sobre a natureza «contratual» da sociedade cfr., todavia, cap. V, 2.3.

Para além de delinear a sua estrutura jurídica típica, o contrato é, pois, instrumento necessário para a definição dos vários aspectos da organização interna da empresa: as relações entre os empresários e os trabalhadores subordinados, isto para nos limitarmos ao exemplo mais significativo, são relações contratuais; o mesmo vale para as relações externas que a empresa estabelece com o fim de obter os bens e os serviços necessários ao desenvolvimento das suas actividades produtivas (por exemplo: contratos de aquisição das matérias primas ou dos produtos semi-transformados, contratos de leasing para a utilização das maquinarias, contratos de distribuição da energia eléctrica para o seu funcionamento etc.) ou para a difusão dos seus produtos no mercado (contratos de transporte, contratos de agência, contratos de publicidade, contratos de fornecimento aos operadores da rede distributiva, contratos de venda ao público dos consumidores...).

Justamente este nexo entre contrato e actividade económica organizada em forma de empresa oferece a chave para entender as vicissitudes do «direito comercial» italiano entre o século passado e o presente. A criação de um sistema separado dos «contratos comerciais» respondia à exigência de dar às relações contratuais mais imediatamente inerentes às actividades produtivas (justamente pela importância adquirida pelos primeiros em relação às segundas) uma disciplina verdadeiramente adequada ao desenvolvimento atingido por estas: o direito dos contratos comerciais era o direito das actividades económicas organizadas (operantes nos sectores — ainda circunscritos — em que estas últimas tinham atingido um elevado grau de desenvolvimento). Com o advento da produção, da distribuição e dos consumos de massa, um tal desenvolvimento acabou por alargar-se a todo o sistema económico, e perderam importância — como se viu — as razões de um duplo regime jurídico dos contratos: toda a disciplina contratual se adequou uniformemente às exigências da *impresa*, porque a empresa se tornou a *forma geral das actividades económicas*. Isto não impede que, no interior de uma disciplina de *favor geral* para os interesses dos empresários, existam normas sobre contratos, inspiradas num *favor parti-*

cular para os empresários, ou que levem em conta particulares exigências conexas com o exercício profissional de actividades económicas organizadas: cfr., por exemplo, os arts. 1330.º, 1341.º e 1342.º, 1368.º c. 2, 1510.º c. 1, 1722.º n. 4, 1767.º, 1824.º c. 2 cód. civ.; assim como não impede que alguns tipos de contrato pressuponham, pela sua natureza, que uma das partes seja necessariamente empresário, e portanto sejam governados por normas *naturalmente* influenciadas pelas exigências e pelos interesses das empresas: pense-se — e é só um exemplo — nos contratos bancários (arts. 1834.º e segs. cód. civ.) ou no contrato de seguro (arts. 1882.º e segs. cód. civ.).

Mas o processo que se descreveu contribui também para explicar as razões do *declínio da categoria do negócio jurídico* a favor da categoria do contrato, que atrás assinalávamos. As exigências da produção e dos consumos de massa, a necessidade de acelerar, simplificar, uniformizar a série infinita das relações entre as empresas e a massa dos consumidores determinam «um processo de *objectivação* da troca, o qual tende a perder parte dos seus originais caracteres de voluntariedade» (Galgano). Atribuir grande relevo à vontade — o que constitui a substância do negócio jurídico — significaria, na verdade, personalizar a troca, individualizá-la, e portanto acabaria por atrapalhar o tráfego, cujas dimensões, agora «de massa», impõem que se desenvolvesse de modo mais estandardizado e impersonal (em concreto: que aconteceria se cada uma das inúmeras vendas de bens de consumo quotidianamente concluídas por uma empresa pudesse ser posta em discussão pelo consumidor adquirente, que invocasse uma sua attitude mental para fazer valer o processo imperfeito da formação da sua vontade e assim anular a troca?). Eis como, no âmbito da doutrina do negócio, à «teoria da vontade» com a qual se privilegiava o momento subjectivo da iniciativa contratual, as attitudes individuais e os móveis psíquicos do seu autor, se sobrepe a mais actualizada «teoria da declaração» (que, inversamente, faz prevalecer o comportamento exterior objectivo das partes, e o significado impersonal que a este seria atribuído pela generalidade dos cidadãos). Mas deste modo começava a desabar o próprio fundamento da teoria

do negócio que, despojado do seu conteúdo de vontade, perdia grande parte das suas razões de ser. Era por isso natural que o legislador de 1942 não desse acolhimento àquela categoria num código em que a disciplina das trocas era, toda ela, inspirada pelo favor da produção de massa e pela mais célere e segura (e por isso mais objectiva e impessoal) circulação dos bens.

6.3. *Contrato e família*

Por último, as *relações entre contrato e família*. Historicamente, como se viu (cfr. 2.2.), elas desenvolveram-se sob o signo de um certo antagonismo entre os dois termos. Quer dizer que no passado, enquanto a família conservava traços consistentes do seu antigo papel de organização político-económica e constituía uma comunidade ordenada hierarquicamente, dentro da qual os membros deviam sacrificar a sua autonomia e iniciativa individuais à autoridade de um «chefe», o status familiar constituía um obstáculo objectivo (legalmente sancionado) à liberdade contratual dos sujeitos, à sua capacidade jurídica de auto-regular, com o instrumento do contrato, a esfera das suas relações pessoais e patrimoniais: em suma, quanto mais forte a família, mais débil o papel do contrato. Com o progressivo declínio das funções político-económicas da família, com a sua tendencial (ainda que lenta e contradiatória) transformação em pura e simples «comunidade de afectos», com a consequente atenuação dos vínculos hierárquicos nas relações entre os seus membros e a reconquista, por parte destes, de espaços sempre crescente de autonomia e iniciativa individuais, o status familiar deixou de constituir fonte de incapacidade de contratar e de limites à livre participação do indivíduo no tráfico megalocial: quanto mais débil (no sentido precisado) a família, mais fortes e mais extensas as funções do contrato.

Actualmente, de um modo geral, as relações familiares já não incidem negativamente sobre a liberdade e a capacidade contratuais. A hipótese mais significativa de interferência

que, sob este aspecto, é possível encontrar, refere-se à função de representação legal e da assistência dos incapazes, que é preferivelmente atribuída a pessoas da sua família, as quais substituem ou integram a vontade dos incapazes na estipulação dos contratos que lhes respeitam: para os menores, o poder — e consequentemente a representação nos actos contratuais — compete aos progenitores (art. 316.º cód. civ.), na falta dos quais a representação é conferida a um tutor, na pessoa indicada pelos progenitores ou escolhida «entre os ascendentes ou entre os outros parentes próximos ou afins do menor» (art. 348.º cód. civ.); quanto aos menores emancipados, o «curador do menor casado com pessoa maior é o cônjuge», enquanto que se ambos os cônjuges são menores, o curador é «escolhido preferivelmente entre os progenitores» (art. 392.º cód. civ.); no que diz respeito, por fim, à representação e à assistência dos doentes mentais, dispõe-se que «na escolha do tutor do interdito e do curador do inabilitado, o juiz tutelar deve preferir o cônjuge maior que não esteja separado legalmente, o pai, a mãe, um filho maior» (art. 424.º cód. civ.). Nestes casos, porém, a família não limita a liberdade e a capacidade dos sujeitos (que as têm limitadas pelas condições psicofísicas), mas antes supre a sua natural impossibilidade de estipular por si os seus próprios contratos.

Uma outra hipótese significativa de interferência é oferecida pelas normas que disciplinam a administração da «comunhão» entre os cônjuges (elevada hoje — com a reforma do direito de família de 1975 — a «regime patrimonial legal da família»: cfr. o art. 159.º cód. civ.). Por força destas, certos contratos podem ser estipulados apenas conjuntamente por ambos os cônjuges (art. 180.º cód. civ.), e a iniciativa individual de um só cônjuge, tomada sem o consentimento do outro, não é admitida, sob pena de possível anulação do contrato (art. 184.º cód. civ.). Aqui a limitação à liberdade e capacidade de contratar (individualmente) é estabelecida, não tanto por razões genéricas de solidariedade familiar, mas mais com o objectivo específico de tutelar os interesses da mulher face a decisões arbitrárias do marido — no passado *dominus* quase absoluto do património doméstico — e de fazer a mulher par-

ticipar, em posição de paridade, na gestão da economia familiar.

Até aqui fez-se referência às interferências entre contrato e família em relação às contratações dos membros da família relativamente a terceiros, por assim dizer, *face ao exterior*. Mas quais são os nexos entre contrato e família nas *relações internas* entre os vários componentes do grupo familiar? Sob um aspecto como este, o contrato releva sobretudo como (possível) instrumento usado pelos cônjuges para dar às suas relações patrimoniais um arranjo diverso do estabelecido como «regime legal». As «convenções matrimoniais», para este fim previstas e reguladas na lei (arts. 159.º e segs.), são contratos verdadeiros e próprios; tanto assim que a sua denominação tradicional — conservada ainda nalguns locais do código (cfr. por exemplo o art. 166.º) — é justamente a de «contrato de matrimónio».

No âmbito das sucessões *mortis causa* (uma matéria em muitos aspectos ligada à das relações familiares), já se disse como o nosso ordenamento, diversamente do alemão, recusa ingresso ao contrato como instrumento regulador da sorte das futuras sucessões (proibição dos «pactos sucessórios»). O instrumento contratual é, porém, admitido para dar uma ordem, livremente escolhida pelos interessados, às sucessões já abertas: seja nas relações entre os vários co-herdeiros (com o contrato de divisão da massa da herança, com o qual os co-herdeiros estabelecem convencionalmente a quota pertencente a cada um), seja nas relações entre herdeiros e terceiros estranhos à sucessão (aos quais os primeiros podem, mediante um contrato, «vender» a sua herança: assim, textualmente, os arts. 1542.º e segs. cód. civ.).

CAPÍTULO II

O CONTRATO NA DISCIPLINA POSITIVA: OS PROBLEMAS DA FORMAÇÃO DO CONTRATO

1. QUESTÕES DE ESTRUTURA DO CONTRATO

1.1. *Contrato e acto unilateral*

O contrato é, por regra, um acto, ou um negócio, *bilateral*. Isto é, para que exista um contrato é necessário, por regra, que existam pelo menos duas partes, e que cada uma delas exprima a sua vontade de sujeitar-se àquela determinado regulamento das recíprocas relações patrimoniais, que resulta do conjunto das cláusulas contratuais. É necessário, em concreto, que uma parte proponha aquele determinado regulamento, e que a outra parte o aceite. O contrato forma-se precisamente quando essa *proposta* e essa *aceitação* se encontram, dando lugar àquilo que se chama o *consenso* contratual. Só nesta condição o regulamento se torna vinculativo para as partes e cria direitos e obrigações: vendedor e comprador devem ambos declarar querer vender, e respectivamente comprar, tal coisa por tal preço; de contrário, não se forma nenhum contrato de compra e venda, ninguém adquire a propriedade da coisa, ninguém se torna credor do preço.

Existem outros casos, em que um voluntário regulamento de relações patrimoniais se torna vinculativo, criando obrigações e direitos entre diversos sujeitos, apesar de não se verificar o encontro entre uma proposta e uma aceitação, mani-