

ENZO ROPPO

O CONTRATO

Tradução de:

Ana Coimbra e
M. Jauúdio C. Gomes

ALMEDINA

O CONTRATO

TÍTULO ORIGINAL
"IL CONTRATTO"

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 E IMPRESSÃO E ACABAMENTO
G.C. GRAFICA DE COIMBRA, LDA
Palmieira - Assafarge
3001-453 Coimbra
producao@graficadecoimbra.pt

Janeyro, 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
ROPPO, 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

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

CAPITULO I

FUNÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DOS CONTRATOS

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

1.1. *Contrato-operação económica e contrato-conceito jurídico*

«Contrato» 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 constituísse uma realidade autónoma, dotada de autonomia existencial 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 — explícita ou implicitamente, directa ou mediadamente — 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 a efectivação de uma certa operação económica, ou então, para indicar as elaborações doutrinárias 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 entregue 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, conflitua com determinados interesses ou objectivos 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 reductíveis à operação económica, mas têm em relação a esta uma certa autonomia, que se exprime de vários modos.

É 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 de 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 duma 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-

sente ou não apresente 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 altruísta 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. Constituindo 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 constituiu o necessário substracto 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 respectivo, «por espírito de liberalidades»), 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 «dádiva» 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 corresponsivo. 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 exigência 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 jurisdicionalização dos comportamentos e das relações humanas — e em particular, para o que nos interessa, das operações económicas — constituiu um processo que evoluiu 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 histórico orientado complexivamente no sentido de atrair, de 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 enquadram 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 difu-

são e pela importância assumida na praxe, eram considerados mercedores 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 sobrepuja-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 *lato 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 desfazamento 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 — a das «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 cavalheiro» 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 consuetudido pelas regras jurídicas que deveriam institucionalmente governar todo o desenvolvimento da relação, e, em particular, intervir na hipótese da sua não actuação. Inclusivamente, 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, arrisca-se 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 decida 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 envolvidas, 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 de 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 onerações 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 de 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-avia acompanhado de uma tendência para a redução da poupança», correndo, assim, o risco de expôr 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 e 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 Napoleon*, de 1804) é substancialmente coeva do amadurecimento da revolução industrial, e

continiu 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 Maime» — 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 Maime», 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 transgír 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 encaetado 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, contrária 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, operado 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 inconfessadamente 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, constituíram,

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 aquêle 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 vária medida, falsificações da realidade, elas não podem, no entanto, ser apenas pura 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 conhecimento. Assim, se a «lei de Maine» se traduz numa apologia inconfessada 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 vária medida 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, convencionando este ou aquele preço. 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 preço 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 precluir 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 obriga 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 autolimita, 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, correriam o risco de ver aquela liberdade virar-se contra si próprios, não estando em condições de exercer 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, prescrevendo 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 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 decênios, 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 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 recíproca *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 jusnaturalismo 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, tala 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 fundase 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, *vendável 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 «pe-soal», 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*.

E 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, decaído 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 resalta antes de qualquer outro: o relativo à sua *colocação sistemática*, 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