

Contratos. Conceito e evolução¹

Judith Martins-Costa

Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutora e Livre-Docente pela Universidade de São Paulo.

Omnis definitio in iure civili periculosa est

(Digesto de Justiniano, D. 50, 17, 202)

Sumário: 1. Introdução; 2. As noções de contrato: os vários sentidos na linha histórica; 2.1. Das sociedades arcaicas à experiência romana; 2.1.1. A palavra *contractus*; 2.1.2. Os contratos e os pactos; 2.2. Do *ius commune* ao Direito moderno; 2.2.1. A vinculabilidade dos pactos; 2.2.2. O contrato como troca de consensos; 3. Elementos qualificantes do conceito de contrato: estrutura e função; 3.1. A estrutura: o “acordo contratual”, considerado objetivamente pela colagem entre as declarações negociais; 3.1.1. Negócio jurídico e contrato; 3.1.2. Elementos objetivos do acordo contratual; 3.2. O âmbito de atuação e as funções; 3.2.1. Âmbito do contrato no Direito brasileiro; 3.2.2. A função imediata: circular riqueza, constituir riqueza; 3.2.3. A noção de “operação de circulação de riqueza”; 4. A eficácia: a dupla valência da vinculação contratual.

¹ Agradeço o convite dos ilustres professores Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni. Sou grata a Mariana Souza Pargendler, Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke e André Rodrigues Correa cuja leitura crítica e colaborativa é constitutiva de um verdadeiro e próprio pacto de amizade. Agradeço de modo especial à professora Teresa Negreiros com quem, por longo tempo, venho compartilhando dúvidas sobre problemas e dilemas relativos “ao contrato”.

1 Introdução

A palavra *contrato* designa uma instituição imaginária da sociedade, um esquema representativo e um instrumento jurídico-constutivo criado e recriado, incessantemente, na relação entre os homens e a realidade.² Como *conceito jurídico geral* é uma abstração, uma construção da ciência jurídica destinada a englobar e a categorizar os distintos tipos contratuais, legais ou sociais. Como *forma jurídica* e veículo de *funções* que lhe são próprias, ata-se aos específicos e diversos processos de produção, experiência e poder estruturantes das sociedades. Isto significa afirmar que, seja qual for a perspectiva adotada – histórica, teórica, pragmática ou comparatista –, não há um seu conceito imutável e naturalistamente apreensível,³ como se “o contrato” (enquanto conceito jurídico) pudesse ser descoberto e descrito por estar gravado de uma vez por todas na natureza das coisas.⁴ Não há,

² Utilizo esta noção tal qual proposta por Castoriadis, que explica ser a instituição imaginária da sociedade a “criação incessante e essencialmente indeterminada (social-histórica e psíquica) de figuras/formas/imagens, a partir das quais somente é possível falar-se de ‘alguma coisa’, razão pela qual ‘aquilo que denominamos realidade e racionalidade são seus produtos’. A ‘instituição imaginária’ diz respeito, portanto, à criação das formas, dos seus significados e dos valores atribuídos simbolicamente às coisas criadas pelos homens, tal qual, exemplificativamente, o Direito e suas instituições” (ver: CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. Trad. Guy Reynaud. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 13 ss).

³ Por essa razão escrevi em outra sede não defender a ideia da existência de “um” conceito de contrato, empregando o termo para designar um instrumento proteiforme cuja unificação conceitual opera pela interligação de três pontos ou perspectivas, a saber, a sua função, a sua estrutura e a sua eficácia. (MARTINS-COSTA, Judith. O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos: Primeiras Notas de uma Leitura Suscitada pelo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore. *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 475-506).

⁴ Um conceito é uma unidade abstrata criada a partir de uma combinação única de características, sendo designado por um *termo* ou *expressões*. Estes, por sua vez, são signos linguísticos que diferem da “palavra” por serem qualificados no interior de um discurso determinado, consistindo, portanto, em uma palavra *contextualizada no discurso*, o que explica, por exemplo, os diferentes conceitos de “contrato” para o jurista e para o economista e mesmo entre juristas situados em diferentes tradições jurídicas, como a *common law* e a *civil law*, distinguindo-se, por vezes, até para os juristas oriundos de uma mesma “família jurídica”. A dificuldade está em que o jurista trabalha necessariamente com conceitos, sendo os institutos e instituições do Direito expressados por meio de conceitos dotados de elevado grau de abstração cuja função é sistematizadora, classificadora e ordenante (no sentido de “pôr em ordem”). A abstração é necessária para alcançar determinados patamares de classificação que seriam impedidos por um excesso de concretização, pois, então, só se perceberia o singular, impossibilitando-se o pensar que é, justamente, o estabelecer relações, traçando-se distinções e semelhanças. Porém o conceito, justamente por sua inerente abstração, pode deixar de dar conta dos fenômenos da realidade, então deixando de corresponder às necessidades impostas pela factualidade do mundo empírico que ao Direito cabe ordenar justamente por seu intermédio. Ocorre, então, o movimento de sua re-significação que é, na verdade, re-significação do termo indicativo do conceito (sobre a formação dos conceitos, v. LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Tradução para espanhol de Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994, p. 440 ss; na doutrina brasileira, v. GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988).

igualmente, a possibilidade de se traçar uma evolução linear do conceito de contrato, desde os arcanos tempos pré-romanos à veloz realidade do *capitalismo informacional*,⁵ pois a História, composta por temporalidades concomitantes e superpostas, é incompatível com a linearidade. Termos e expressões que hoje nos soam como sinônimos, ou quase – tais quais contrato, pacto, estipulação, acordo, convenção, negócio, consentimento mútuo, ajuste de vontades –, denotam, ao longo dos tempos e nos diversos espaços geográficos, ideias dissimiles,⁶ muito embora se possa aceitar a existência de uma “ideia de contrato” a perpassar as sociedades como tradução de um fenômeno prático, um “fato social fundamental”:⁷ o fato da “troca”, considerada, latamente como *intercâmbio entre bens*.⁸

A apreensão dos significados atribuíveis ao termo *contrato* pode dar-se pelos mais variados pontos de vista: o exame dos seus *fundamentos* (a autonomia privada, o Estado, a sociedade ou a lei?) ou o *gênero* que a categoria “contrato” integra na taxonomia das fontes obrigacionais (gênero próprio ou espécie de negócio jurídico?); a perspectiva ditada pela *posição inter partes* (o contrato como regulamento de interesses) ou de quem se posiciona como “terceiro” (o contrato como título ou *fattispecie* apta a gerar uma pretensão). Pode, também, ser obtida pela aproximação com a Filosofia, a Religião, a Política ou a Literatura. Porém, nesta época em que os grandes conceitos jurídicos advindos da construção europeia nos séculos XVIII e XIX estão a ser re-significados para se adequarem às exigências do capitalismo informacional, globalizado ou pós-industrial, é a Economia que está no coração do vigente Direito dos Contratos. E assim é porque, nas relações globalizadas e economicamente desterritorializadas, afinam-se as fronteiras entre o Direito Contratual e o Direito Econômico, entre as atividades de circulação interpatrimonial de riquezas e a definição do quadro jurídico do mercado onde essa circu-

⁵ Expressão cunhada por M. Castells para cunhar o sistema econômico que se alastra globalmente desde os anos 80 do séc. XX, sucedendo, na linha histórica, o capitalismo industrial. (v. CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 5. ed. Trad. de Roneida Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2001, v. I, p. 36 ss).

⁶ Especial cuidado deve ser adotado com a tradução, problema maior da comparação jurídica. Sobre as dificuldades e o cuidado na adoção de uma terminologia comum a países com tradição diversa em matéria de contratos, v. FAUVARQUE-COSSON, B.; MAZEAUD, D. (Org.). *Terminologie Contractuelle Commune*. Projet de Cadre Commun de Référence. Association Henri Capitant – Société de Législation Comparée. Paris, 2008. Ainda: BUSSEUIL, Guillaume. *Contribution à l'Étude de la Notion de Contrat en Droit Privé Européen*. Paris: LGDJ, 2009.

⁷ Apontando ao contrato como “un fondamentale fatto sociale”: TRABUCCHI, Alberto. Il contratto como fato giuridico. L'accordo. L'impegno. *Il Contratto*. Silloge in onore di Giorgio Oppo. Pádua: Cedam, 1992, v. I, p. 2.

⁸ Não se confunda com o sentido legal ou estrito do termo *troca*, isto é, com a permuta, tipo contratual aludido no art. 533 do Código Civil. No contexto, troca significa intercâmbio. Porém, como oportunamente será desenvolvido no item 3.2.2, *infra*, “circular riquezas” é mais amplo do que “intercambiar bens”.

lação tem lugar.⁹ Em certos casos, o contrato chega mesmo a transformar-se, de instrumento para a circulação de mercadorias, na própria mercadoria circulada.¹⁰

Nem sempre assim foi, e nem sempre é fácil apreender, de imediato, o incessante labor das transformações conceituais. É que os conceitos, definidos por termos e expressões (signos linguísticos), constituem sùmulas de ideias que os sujeitos sociais têm sobre coisas, pessoas e representações.¹¹ Os conceitos jurídicos são, sempre, sùmulas de *ideias sobre representações ou percepções sociais* – como, por exemplo, as representações sobre o que é uma família, o que é uma pessoa ou uma coisa, o que é um ato ilícito ou uma obrigação. Para responder às questões subjacentes ao temário deste capítulo, é preciso, portanto, partir de uma constatação tanto óbvia como necessária: os conceitos jurídicos, como o de “contrato”, não tendo essência ou imanência, têm, contudo, uma história reveladora dessas percepções sociais, nela encontrando a sua significação.

Por isso mesmo, para tratar do “conceito e evolução” do contrato é preciso partir de algumas das várias *representações jurídico-sociais* que, no curso da História, configuraram essa instituição, traduzindo as singulares significações apostas àquele signo linguístico,¹² pois, ainda que as mencionemos muito esquematicamente, ainda assim poderemos nos dar conta da relatividade do conceito (item 2). Questionar-se acerca do que é um contrato implica, também, considerar os seus

⁹ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *Direito dos Contratos e Regulação do Mercado. Globalização e Direito*. Srvdia Ivridica. Boletim da Faculdade de Direito 73. Colloquia 12. Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 228.

¹⁰ Assim são certos contratos financeiros, como os derivativos, a demonstrar que, na estreita relação entre Direito dos Contratos e Economia, se revela a peculiar geografia do mundo intelectual, em que os “países” (isto é, os campos do conhecimento) não se tocam por suas fronteiras, mas por seu centro, como disse Favereau ao parodiar Clive Staples Lewis (FAVEREAU, Olivier. *Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'économie*. In: JAMIN, Christophe (Org.). *Droit et Économie des Contrats*. Paris: LGDJ, 2008, p. 22).

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 58-67.

¹² Essa trajetória é de ser aqui observada ainda que pagando o preço do reducionismo e da simplificação e lamentando-se a rarefação, no Brasil, de estudos históricos monográficos acerca das relações contratuais efetivamente travadas na prática, tais quais os contratos para a exploração da terra no Brasil colônia, os contratos de comissão mercantil e os contratos agrícolas que estiveram no centro da economia do séc. XIX (Veja-se, para o exame sob a perspectiva da dogmática jurídica: CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933. v. I, p. 75. FERREIRA, Waldemar. *Locução inicial proferida na Sessão Plenária de 12 de agosto de 1950, pela passagem do Cinquentenário da Faculdade de Direito de Porto Alegre, Universidade do RS. Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, 1951, ano III, v. I, p. 13-18. Para o panorama histórico do Direito Contratual brasileiro no séc. XIX, essencial é a leitura do Visconde de Cayrú (LISBOA, José da Silva. *Observações sobre a Franqueza da Indústria, e Estabelecimento de Fábricas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1999). Tratou do tema, mais recentemente: FORGIONI, Paula. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da Mercancia ao Mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009).

elementos qualificantes, ou aquilo que, hoje em dia, qualifica determinado negócio ou atividade como “contrato”. Devemos, pois, atentar ao seu perfil técnico-dogmático, tarefa que, sendo própria do jurista e inafastável ao seu mister, nos revelará a sua *estrutura* e as *funções* que serve a desempenhar (item 3). Finalmente, cabe uma vista sobre as suas *eficácias típicas*, situando-as nesta época em que, mais do que nunca, o ato de previsão do futuro, audaciosa empresa cometida ao contrato, é tramado para atuar na *Economia da incerteza*¹³ (item 4).

2 As noções de contrato: os vários sentidos na linha histórica

Considerado como fenômeno prático, aquilo que hoje designamos “contrato” pode ser tido como uma atividade humana pela qual se viabiliza operação de circulação da riqueza de um patrimônio para outro, sendo essa atividade socialmente reconhecida como dotada de vinculabilidade jurídica.¹⁴ A expressão *circulação da riqueza* é, por vezes, indicada pelo emprego, em sentido amplo, da expressão *intercâmbio*. Aí, há, contudo, uma sinédoque, a parte (intercâmbio) designando o todo (circulação).¹⁵

As relações pelas quais a riqueza circula nem sempre foram guiadas pela representação que temos hoje, do *homo oeconomicus* como “homem racional”, pré-disposto a minimizar custos e a maximizar lucros e operando suas trocas por via de escolhas apenas economicamente orientadas. Comprovando a relatividade dos conceitos jurídicos, parece oportuno, portanto, um brevíssimo passar de olhos sobre os sentidos do termo em outras experiências históricas, estruturadas em lógicas diversas daquela que hoje nos preside.

2.1 Das sociedades arcaicas à experiência romana

Nas sociedades arcaicas, a ideia de “contrato” não remete, primariamente, às simples trocas de bens (riquezas ou propriedades) num mercado estabelecido entre indivíduos. Naquelas sociedades, ensina Marcel Mauss, “não são indivíduos,

¹³ Recordo a assertiva de Hauriou, para quem “o problema do contrato” consiste no problema “mais audacioso” que se poderia conceber (“*l’entreprise la plus hardie qui se puisse concevoir*”) para “estabelecer a dominação da vontade humana sobre os fatos, integrando-os num ato de previsão” (“*établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d’avance dans un acte de prévision*”). HAURIOU, Maurice. *Principes de Droit Public*. 1. ed. p. 206, citado por LÉCUYER, Hervé. *Le contrat, acte de prévision. L’avenir Du Droit. Mélanges en Hommage a François Terré*. Paris: Ed. Dalloz. PUF. Juris Classeur, 1999, p. 643.

¹⁴ Conforme designava o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo de “o reconhecimento social do caráter jurídico de certos atos”. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial: Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial*. São Paulo, 1986, ed. do autor, p. 5 ss.

¹⁵ Ver itens 3.2.2 e 3.2.3, *infra*.

são coletividades que se obrigam mutuamente, trocam e contratam”.¹⁶ O que trocam “não são exclusivamente bens e riquezas, bens móveis e imóveis, coisas úteis economicamente”,¹⁷ sendo, antes de tudo, coisas carregadas de simbolismo, permeadas, por vezes, por elementos mágicos, sendo a circulação de riquezas nada mais que um dos momentos de uma relação mais abrangente, mera parte de um verdadeiro “sistema das prestações totais” apreendido pelo contrato, pois é o clã inteiro que contrata, mediante seu chefe, por todos e por tudo o que todos possuem, por vezes perpetuamente.¹⁸

Uma diversa coligação entre contrato e intercâmbio permeará a experiência jurídica helênica: introduz-se, pela obra de Aristóteles, a ideia de *synnalagma* e da justiça como proporção.¹⁹ A noção de justiça comutativa como a igualdade entre prestação e retribuição (ou mercadoria e preço, ou dano e reparação) constituirá, desde então, um dos pontos máximos da cultura ocidental. A “justiça da troca” encontrará campo fértil, pelos séculos afora, no Direito Contratual, entrelaçando a utilidade dos contratos à ética,²⁰ considerada como ciência da *praxis* humana.

Também não é o *homo oeconomicus* – isto é, o indivíduo preocupado com o cálculo de vantagens e de desvantagens – quem preside a experiência jurídica romana. Naquela extraordinária e multifacetada experiência, a palavra *contrato* não designa uma categoria unívoca ou, por algum modo, equiparável à moderna percepção do contrato como categoria geral e abstrata, “acordo de vontades livres”, como viriam a postular, muitos séculos mais tarde, os jusracionalistas, e repetir a doutrina civilista. Sua elaborada construção deitará, contudo, raízes fundas em nossa cultura, razão pela qual cabe examiná-la com mais vagar.

¹⁶ MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva. Forma e razão nas sociedades arcaicas. *Sociologia e Antropologia*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac & Naify, 2003, p. 190.

¹⁷ MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva. Forma e razão nas sociedades arcaicas. *Sociologia e Antropologia*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac & Naify, 2003, p. 191.

¹⁸ Intercambiam-se “amabilidades, banquetes, ritos, serviços militares, mulheres, crianças, danças, festas, feiras, dos quais o mercado é apenas um dos momentos e nos quais, a circulação de riquezas não é senão um dos termos de um contrato bem mais geral e bem mais permanente” (MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva. Forma e razão nas sociedades arcaicas. *Sociologia e Antropologia*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac & Naify, 2003, p. 191). Exemplares desse universo são as relações de *potlach* que obrigam, com força absoluta, a restituir quaisquer dádivas ou presente recebidos sob pena de perda do prestígio, da autoridade, do lugar ocupado no espaço social, acreditando-se, por vezes, que a dádiva recebida tem um poder espiritual, o ato de posse significando um poder sobre a pessoa do doador (idem, p. 197-200).

¹⁹ ARISTOTELES, *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Rosa. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 327-328.

²⁰ Exemplificativamente: GHESTIN, Jacques. *Étile e le juste dans les contrats*. *Archives de philosophie du droit*, t. 26, Sirey, p. 35-57.

2.1.1 A palavra *contractus*

No Direito Romano arcaico,²¹ nem a palavra *contrato* existia nem as obrigações derivadas de atos lícitos e voluntários eram traduzidas pela ideia de um vínculo jurídico abstrato, cujo objeto é a prestação do devedor.²² No universo arcaico, não há lugar para o pensamento abstrato e para as categorias gerais arrumadas em sistema.²³ *Contrahere* é, contudo, verbo antigo, empregado literal e metaforicamente²⁴ no próprio infinitivo ou no seu particípio passado, *contractus*.

Na acepção metafórica, diz Schulz, *contrahere* significava, como regra geral, “realizar”, “perpetrar”, ou “concitar”, devendo-se evitar pensar que, na língua latina, *contrahere* significasse, primariamente, “celebrar um contrato”.²⁵ Com valor de substantivo, o termo *contractus* só aparecerá bem mais tarde. Seguramente, diz ainda Schulz, não se acha na obra dos grandes juristas clássicos,²⁶ mas constará pela primeira vez em texto jurídico no *liber de dotibus* de Servio Sulpício, o advogado amigo de Cícero. Desde então, o seu emprego se fará progressivamente frequente, de início para apenas designar a realização de um ato e, depois, conjugando a palavra ao emprego de um substantivo no modo genitivo, como *contractus stipulationis* (isto é: a celebração de uma *stipulatio*) ou *contractus emptionis* (isto é: a celebração de uma venda),²⁷ não se usando a palavra, pois, para indicar um “acordo” subjetivamente considerado, mas para designar as *consequências concretas e específicas de um negócio*.

Desse segundo núcleo de significado, lentamente, passou-se a identificar a palavra *contractus* ao próprio ato de contrair obrigações, muito embora ainda não se deva falar – pena de imperdoável anacronismo – em uma noção abstrata de contrato ou de sua significação como “ato de autonomia privada”. Fundamental-

²¹ De 753 a. C. (fundação legendaria de Roma) até meados do séc. II a. C.

²² BRETONE, Mario. *I Fondamenti del Diritto Romano. Le Cose e la Natura*. Roma: Laterza, 1998, p. 190.

²³ Poder-se-ia falar, quando muito, em abstrações imantadas do sacro, do religioso, expressadas por representações carregadas de concreção, como na cerimônia *per aes et libram*, formalidade do cobre e da balança que regia as transações (agradeço a observação de Guilherme Nitschke).

²⁴ SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Tradução espanhola de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960, p. 445.

²⁵ Com os sentidos de *admittere, committere, constituere*, como em: *contrahere invidiam, offensionem, amicitiam, inimicitias, culpam, crimen, stuprum, incestum, aes alienum, societatem, nuptias* etc. (Conforme SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Tradução espanhola de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960, p. 445).

²⁶ Assim: SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Tradução espanhola de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960, p. 446. “Seguramente”, afirma ainda o romanista, Cícero nunca usou a palavra *contractus*, embora tenha utilizado *res contracta*, ou *res contrahenda*.

²⁷ SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Tradução espanhola de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960, p. 446.

mente, os contratos constituem, na experiência romana, uma *fattispecie* típica²⁸ e, por isso, especialmente tutelada.²⁹ Por essa razão não cabia questionar, em caráter abstrato e geral, qual era a razão de ser da vinculação jurídica obrigacional dali derivada. Cada um dos particulares tipos contratuais – articulados por Gaio numa classificação quadripartite, a saber, os contratos verbais,³⁰ reais,³¹ literais³² e os consensuais³³ (estes, por sua vez, também abrangendo quatro espécies típicas) – tinha a sua própria tutela processual, a cada uma das formas contratuais típicas correspondendo uma ação igualmente típica.³⁴ “Contrato” significa, então, não um conceito, nem sequer um instituto geral, *mas a realidade concreta de cada uma daquelas quatro obrigações tipicamente denominadas*, indicando o modo pelo qual eram constituídas.

2.1.2 Os contratos e os pactos

O universo prático dos negócios não se limitava, contudo, aos contratos, isto é, aos pactos previstos em determinados tipos, ou formas. Toda a forma, embora oferecendo a segurança da previsibilidade, congela, enrijece o tráfego negocial, e as necessidades práticas – não a lei nem a doutrina – são as verdadeiras tecelãs

²⁸ O tipo se distingue do conceito justamente pelo grau de abstração.

²⁹ VOLANTE, Raffaele. *Il Sistema Contrattuale del Diritto Comune Classico*. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani. Milão: Giuffrè, 2001, Introduzione.

³⁰ *Obligatio verbis* ou estipulação (*stipulatio*), consistindo num diálogo entre o credor (estipulante) e o devedor (promitente), caracterizando pelo emprego de três verbos – *spondere*, *fidepromittere* e *fideiubere* – pelos quais podia nascer a promessa verbal.

³¹ *Obligatio re*, resultante da transferência da propriedade ou de uma soma em moedas, ou de uma certa quantidade de coisas fungíveis, dando nascimento a uma obrigação de restituição do objeto transferido a cargo do devedor. Abrangia primeiramente apenas o *mutuum* e, mais tarde, a *fiducia* (repartida em duas formas, a *fiducia cum amico* e a *fiducia cum creditore*), o *commodatum*, o *depositum* e o *pignus*, esses quatro últimos considerados contratos reais de boa-fé.

³² *Obligatio litteris*, ou *expensilatio*, que surge por volta do séc. II a. C., quando a escrita começa a ser maiormente difundida, começando a ser utilizada como meio probatório e, depois, a ser considerada como fonte de obrigação.

³³ Nascida num contexto de fortes mudanças econômicas e de incremento das relações comerciais com estrangeiros, a *Obligatio consensu contracta* reconhecia, limitativamente, quatro formas: a *emptio-venditio* (compra e venda), a *locatio conductio* (locação), a *societas* (sociedade) e o *mandatum* (mandato).

³⁴ A lei que primeiro recepcionou o processo formular e o agir *per concepta verba* foi a *Lex Aebutia*, 100 anos antes das *leges Iuliae iudicariae*. A peculiaridade do agir *per concepta verba* era que tanto o rito quanto o direito material estavam desapegados das palavras, como explica Dario Mantovani: “Se certa, detto delle parole da pronunciare nelle legis actiones, vuole dire appunto ‘fisse’, *concepta verba*, lo abbiamo visto, sottolinea, invece, delle *formulae*, la componente di ricercatezza, nel senso di ricerca delle parole più adatte allo scopo e della disposizione più efficace. L’adeguatezza alla funzione è, dunque, il tratto distintivo delle *formulae*” (MANTOVANI, Dario. *Le formule nel processo privato romano: per la didattica delle istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Milano: CEDAM, 1999, p. 15-19).

do Direito. Se formas existentes não dão conta dessas necessidades, derruba-se a rigidez da forma, seja pela criação de novas, seja pela flexibilização das existentes. Foi precisamente o que se verificou na experiência romana: em paralelo aos contratos, operações típicas, outras figuras, denominadas *pacta*, eram contraídas, sendo, todavia, destituídas de tutela processual que assegurasse a exequibilidade das obrigações pactuadas por não terem forma típica. Esses negócios constituíam os *pacta nuda*, *pactos nus*, e nus justamente por não terem a veste de uma forma típica.

Com o aumento desses pactos, os pretores viram-se obrigados, no início do Império, a alargar as quatro hipóteses gaianas das obrigações consensuais (compra e venda, locação, sociedade e mandato), introduzindo uma categoria que denominaram "contratos inominados" para acolher os *negotia* florescentes à margem das formas jurídicas típicas.³⁵ Ao mesmo tempo estenderam – ainda que limitada-mente – o manto da proteção processual a tais negócios que, embora não criando obrigação, podiam, todavia, produzir uma exceção.³⁶ Esses alargamentos conceituais deram causa a uma questão crucial para a teoria dos contratos, dominante num largo período histórico, que é a de saber: *por que os contratos vinculam juridicamente?*

Prevalente o formalismo que se mantivera, como regra, por todo o Direito Romano, a resposta a essa questão decorre da indicação da forma: é essa que cria o direito, que impõe o dever de prestar. A percepção da forma como razão de ser da vinculabilidade jurídica ocorria sem dificuldades na *obligatio verbis* (as palavras solenes), na *obligatio litteris* (a forma escrita) e na *obligatio re* (a entrega da coisa). Nos contratos consensuais entendia-se que o elemento gerador da obrigação era duplo: o consenso das partes, garantido pela *fides*.³⁷ Sendo menos tangível que os demais, esse duplo elemento traduzia um desafio à questão de determinar onde estava, aí, o *quid* da vinculabilidade. Enquanto eram os contratos consensuais limitados às quatro espécies típicas, o problema ainda podia restar relati-

³⁵ No seu comentário ao Édito do Pretor, Ulpiano relembra a classificação do jurista Aristão (considerado o "pai dos contratos inominados") para designar os *nova negotia*, aparecidos no curso dos séculos I e II de nossa Era e que não se enquadravam nas formas merecedoras do nome de "contrato". Retomando uma intuição de Labeão, Aristão usara, no início do séc. II, o termo *synallagma* (D. 2.14.7 pr-2), tomado da língua grega para evocar as obrigações geradoras de obrigações mútuas, isto é, a cargo do credor e do devedor, pois, originalmente, o Direito romano percebia a obrigação contratual apenas do ângulo do devedor. A partir desse texto de Ulpiano um comentador bizantino do séc. VI construirá a expressão "*anonymon synallagma*" (Cf. CHEVREAU, E.; MAUSEN, Y.; BOUGLÉ, C. *Introduction Historique au Droit des Obligations*. Paris: Litec, 2007, p. 64 e 77). Já aí estava, *in nuce*, a ideia de o contrato consistir num intercâmbio entre prestações.

³⁶ Ulpiano, Livro IV, comentário ao Édito do Pretor (D. 2.14.7.4).

³⁷ Inst., Tit. XXII: "Na venda, na locação, na sociedade e no mandato, as obrigações formam-se somente pelo consenso das partes." Acenuando a presença da *fides*, KASER, Max. *Derecho Romano Privado*. Madri: Reus, 1968, p. 177. Esta não se restringia aos contratos consensuais, estando presente em outros numerosos institutos (para uma síntese v. o meu: *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 111 ss).

vamente circunscrito, muito embora a travessia conceitual entre a *fides* e a *fides bona* (boa-fé) – situada, justamente, na tensão entre a relevância do consenso e a tipicidade do sistema contratual –³⁸ demonstre não ter sido este, de modo algum, um problema simples. Porém, com a expansão dos contratos inominados e a sua progressiva relevância no mundo real dos *negotia*, a questão se torna candente: como determinar o que, exatamente, os fazia vinculativos?

Aí começam a ser dados os passos de outra história, a da secular tentativa de construção de *um conceito de contrato* e, mais geralmente, a da ideia de o consenso mútuo bastar – como regra geral – para que uma verdadeira obrigação contratual tivesse lugar.

2.2 Do *ius commune* ao Direito moderno

O passo decisivo para construir a noção de contrato como um substantivo abstrato foi dado no Medievo, por meio de uma elaboradíssima construção científica impulsionada – como sempre, no Direito – por necessidades práticas. Essa construção teórica foi centrada na secular discussão dos juristas medievais em torno das “vestimentas do pacto”,³⁹ em seu núcleo residindo a elaboração do consentimento como elemento essencial do fenômeno contratual.

Para não desviar demasiado do nosso caminho, deixemos de lado o período que vai do século V ao XI, em que o direito se faz “na oficina da prática”,⁴⁰ e vol-

³⁸ TALAMANCA, Mario. La bona fides nei giuristi romani – “*Leerformeln*” e valori dell’ordinamento In: GAROFALO, Luigi (Org.). *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea* – Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese. Pádua: Cedam, 2004, v. IV, p. 49, aludindo à “relativa dialética” que se desenvolve entre esses dois polos. A questão foi resolvida originalmente por meio do recurso ao *iudicia bonae fidei*, recurso técnico que possibilitou o trânsito de um modelo de direito originariamente marcado pela *tipicidade formal* (como era próprio da *stipulatio*) para o modelo caracterizado pela *tipicidade causal*, fazendo emergir e desenvolver os contratos consensuais. A eficácia geradora de responsabilidade operava por meio de um instrumento processual, os *bonae fidei iudicia*, criados para proteger *fattispecie* não tuteladas no ordenamento civilístico (Ver, ainda: CASTRESANA, Amélia. *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*. Madri: Tecnos, 1991, p. 65-66).

³⁹ V. VOLANTE, Raffaele. *Il Sistema Contrattuale del Diritto Comune Classico. Struttura dei parti e individuazione del tipo*. Glossatori e Ultramontani. Milão: Giuffrè, 2001. Ainda: GAZZANIGA, Jean-Louis. *Domat et Pothier. Le contrat au fin de l’Ancien Régime*, Droits, nº 12, p. 161 ss, e BIROCCHI, Italo. *Causa e Definição de Contrato na Doutrina do Séc. XVI* (materiais para uma monografia). Tradução de José Reinaldo de Lima Lopes. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/publicação/RDGV_03_p065_088.pdf>.

⁴⁰ Esse é o período da *cimentação*, não ainda da *edificação*, em que, como ensina Grossi, o direito se forma na *oficina da prática*, sendo o resultado do labor, silencioso e tenaz, de obscuros notários e juízes (Consulte-se: GROSSI, Paolo. *Il Ordine Giuridico Medievale*. Roma-Bari: LATERZA, 1995).

temos o olhar ao Renascimento medieval,⁴¹ renascimento das cidades italianas nos séculos XI, XII e XIII que, mirando na concepção comunitária medieval, possibilitou o relativo afrouxamento dos muitos vínculos estatutários prejudiciais ao comércio, à expansão da circulação das mercadorias. Muito lentamente, por passos tão ricos quanto tateantes, traçou-se, então, nos gabinetes dos juristas aninhados nas nascentes universidades, um novo modo de pensar os contratos.

2.2.1 A vinculabilidade dos pactos

Para o jurista do Baixo Medievo, a dificuldade de base estava em fazer atuar os textos romanos sobre uma realidade em tudo diversa, para a qual os esquemas do formalismo contratual mostravam-se disfuncionais. Conforme observa Volante, “a exigência primária” consistia em dar uma nova ordem às *fattispecie* contratuais romanas arrumando-as segundo os novos valores⁴² e as novas exigências práticas. Embalados na tensão entre a dimensão objetiva do contrato, advinda da tipicização romana, e a dimensão subjetiva, apontando à valorização do consenso,⁴³ os juristas do *ius commune* discutiram por séculos o que fazia um pacto vincular, logrando afinal obter, por sucessivos e complexos processos de racionalização e de síntese,⁴⁴ um papel alargado ao consenso como fonte da vinculação obrigacional.⁴⁵

⁴¹ A expressão é de CALASSO, Francesco. *Gli Ordinamenti Giuridici del Rinascimento Medievale*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1949.

⁴² VOLANTE, Raffaele. *Il Sistema Contrattuale del Diritto Comune Classico: Struttura dei Patti e Individuazione del Tipo*. Glossatori e Ultramontani. Milão: Giuffrè, 2001, p. 22.

⁴³ Em tema de contratos a doutrina do *ius commune* é “doutrina de transição”, a cavalo entre o afastamento da tipicidade romana e no lento, mas inexorável, avizinhar-se ao princípio geral da força obrigatória do livre consenso, e, por isso, submetida à tensão contínua entre a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva do contrato (Assim, GROSSI, Paolo. Sulla “natura” del contratto (qualque nota sul “mestiere” di storico del diritto, a proposito di un recente “corso” di lezione). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 15, 1986, p. 612).

⁴⁴ No qual jogaram papel fundamental as discussões sobre a natureza do contrato e os seus elementos (substanciais, naturais e acidentais), a *substantia* respeitando à sua *quiditas*, núcleo insuprimível sem o qual o contrato, como instituto jurídico, não existiria, e a *natura* sobre a sua *qualitas*, os traços qualitativos que consentem a tais e quais institutos existirem como determinadas características, e não outras (v. GROSSI, Paolo. Sulla “natura” del contratto (qualque nota sul “mestiere” di storico del diritto, a proposito di un recente “corso” di lezione). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 15, 1986, p. 593-619).

⁴⁵ Os debates sobre as “vestimentas do pacto” e o papel do consenso vão para além da Idade Média, perpassando os seis séculos de atuação do *ius commune*, período em que mescla às fontes romanas, relidas e reinterpretadas, a base ideológica do *ius canonici* – fundada na condenação do pecado, sendo assim qualificada a quebra da palavra dada, equiparada aos “pecados da língua” –, bem como elementos dos direitos germânicos que davam largo espaço ao consentimento e revelavam a força social do juramento. Ao cabo desse processo polarizado pelo dilema entre *consensus* e *sollemnia*, acaba o *consensus* como vencedor (v. CALASSO, Francesco. Il concetto di diritto comune. *Introduzione al diritto comune*. Milão: Giuffrè, 1951; GAZZANIGA, Jean-Louis. *Domat et Pothier. Le contrat au fin de l’Ancien Régime*, Droits, nº 12, p. 161 ss; CHEVREAU, E.; MAUSEN, Y.; BOUGLÉ, C. *Introduction Historique au Droit des Obligations*. Paris: Litec, 2007, p. 111 ss).

Ao cabo desse processo, o velho adágio de Ulpiano, segundo o qual dos pactos nus não nascia ação (*ex nudo pacto actio non nascitur*),⁴⁶ estava finalmente subvertido: dos simples pactos, e não das solenes formas, é que nascia a ação, tutelando a exequibilidade contratual. Nas ruas, nas feiras e nos mercados, espalham-se similares sínteses da representação social então vigente: “*Convenances*⁴⁷ acordadas por bons costumes, e não o solene aperto de mãos, fazem o mercado, e o coração deve seguir a palavra” (*convenances accordées par bonnes moeurs font le marché, non pas la paumée et le coeur doit suivre la parole*);⁴⁸ “Os bois são ligados pelos cornos, e os homens pelas palavras, por isso vale mais uma simples promessa ou *convenance* do que as estipulações do Direito romano” (“*On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles. Autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulatiois du droit romain*”).⁴⁹ E ainda: “Convenções vencem lei” (“*Convenances vainquent loy*”).⁵⁰ Adágios preciosos, pois evidenciam um fenômeno que terá fortuna no Direito: o fenômeno da subjetivação dos contratos, por meio da substancialização das convenções.

2.2.2 O contrato como troca de consensos

Essa nova percepção era direcionada por um inédito personagem social, o indivíduo-comerciante que, pouco a pouco, quebra as cadeias dos grêmios, das teias comunitárias, as camisas de força da concepção católica contrária aos juros e à usura, e habilita-se, por terra e mar, a ganhar o dinheiro que produz filhos,⁵¹ construindo as bases de uma nova ordem econômica e de uma nova ética: a do contrato como *transferência mútua de direitos*⁵² baseada no *consenso interindividual*.

⁴⁶ D, II, 14, 7, 4.

⁴⁷ Também “*covenances*”, com os sentidos de: “o que é convencionado”, “convenção” e “acordo” (Godefroy, *Dic. Ancien Français*, p. 346, versão eletrônica em: <<http://www.micmap.org/dicfro/?c=p&f=&l=346&i=&w=covenances&p=346&v=2&d=gdf>>).

⁴⁸ Adágio inscrito no Livres de Jostice et de Plet, França, por volta de 1260, e transcrito por CHEVREAU, E.; MAUSEN, Y.; BOUGLÉ, C. *Introduction Historique au Droit des Obligations*. Paris: Litec, 2007, p. 126.

⁴⁹ Adágio recolhido na França por volta do séc. XVII por Loisel e transcrito por CHEVREAU, E.; MAUSEN, Y.; BOUGLÉ, C. *Introduction Historique au Droit des Obligations*. Paris: Litec, 2007, p. 127. Esse adágio tornou-se a própria expressão do consensualismo, muito embora – como anotam os autores citados – sua origem seja bolonhesa e o seu significado primário tenha sido exatamente contrário, reforçando a força da forma sobre as palavras.

⁵⁰ Provérbio registrado por Godefroy, *Dic. Ancien Français*, p. 346, versão eletrônica em: <<http://www.micmap.org/dicfro/?c=p&f=&l=346&i=&w=covenances&p=346&v=2&d=gdf>>.

⁵¹ Segundo o célebre adágio: *Nummus non parit nummos* (“o dinheiro não faz filhos”) que vem de Aristóteles, propagando-se, no século XIII, na esteira do *ethos* católico e da grande difusão que, na época, revestiu as ideias do filósofo grego no Ocidente.

⁵² HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção Os Pensadores, Cap. XIV. São Paulo:

Na passagem do séc. XVII ao XVIII, e principalmente neste último, os filósofos dão as tintas deste novo ator social, o homem-indivíduo-sujeito como o princípio de toda normatização,⁵³ tal qual traduzirá, no começo do séc. XVIII, o *Robinson Crusoe* essa verdadeira epopeia da iniciativa individual.⁵⁴ O contrato, instrumento apto para atuar numa economia ancorada no intercâmbio organizado e generalizado de mercadorias, arvora-se como a quintessência de uma nova mentalidade, a do sujeito livre, que se vincula por sua vontade e, com base nela, produz trocas econômicas, instrumentalizadas pelo contrato.

O Jusracionalismo dará a base ideológica dessa concepção, situando o contrato como fonte de legitimação dos poderes sociais. Hugo Grotius, em especial, construirá uma teoria da declaração da vontade e da perfeição negocial, bem como da justiça contratual situando, como base, a relação entre vontade e declaração.⁵⁵ A construção jurracionalista não se limita, todavia, à dogmática jurídica, antes adentrando na Teoria Política. O contrato expande-se ao *contratualismo como modelo antropológico*, metaforizando o fundamento da própria sociedade como assembleia de indivíduos livres⁵⁶ que, afastando os entraves jurídicos derivados do *status* medieval, atuam economicamente na ordem social. Há um valor especular: a valorização da vontade dos contraentes, tornada o cerne do contrato – pois “a convenção é o consentimento e é o consentimento que faz a convenção” –,⁵⁷ exprime, no micro-ordenamento contratual, a soberania manifestada, no macro-ordenamento estatal, pelo legislador, representante da “vontade geral”.⁵⁸

No decorrer do séc. XIX, a filosofia do consensualismo entra nos Códigos civis então nascentes, inscrevendo-se no mais paradigmático deles, o Código francês

Abril Cultural, 1974, p. 84. A ideia de contrato como “intercâmbio” corresponde à noção aristotélica de *synallagma*, e não está longe nem da noção econômica de “contrato” nem da ideia vigorante no *Common Law*, que acentua a *consideration* e a troca de prestações (v. GHESTIN, Jacques. *Le Contrat en Tant qu'échange Économique*. *Rev. D'Économie Industrielle* nº 92, 2000, p. 82).

⁵³ Assim escrevi em: MARTINS-COSTA, Judith. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito* – PPGDir./UFRGS, nº VII e VIII – V. VI (maio 2007). Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, 2007, p. 27.

⁵⁴ Tal qual refere Italo Calvino em *Por Que Ler os Clássicos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

⁵⁵ Sobre a “atualidade” da concepção contratual de Grotius v. WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Gulbenkian, 1980, p. 331-335.

⁵⁶ Para os iluministas do séc. XVII a imagem recorrente é a do contrato. Este é símbolo e modelo, seja o “contrato social” baseado na “vontade geral”, tal qual formulado por Rousseau, seja o *pactum societatis* (Locke, Puffendorf e Althusius) e o *pactum subjectionis* (Hobbes).

⁵⁷ “II. La convention est le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entr'eux quelque engagement [...]”; e “X. Le consentement qui fait la convention”. DOMAT, Jean. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Paris, 1689-1691, *Des Engagements*, I, I, I, 1, art. 2 ss, spec.10 (Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=TNIAAAACAAJ&printsec=frontcover&source=gs_v2_summary_r&cad=0>), p. 72-73.

⁵⁸ FIORI, Roberto. *Fides Bona e Bona Fides*. In: CARDILLI, Riccardo et al. *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*. 3. ed. Napoles: Jovene Editore, 2008, p. 255.

de 1804, que define: “O contrato é uma convenção mediante a qual uma ou mais pessoas se obrigam, em relação a uma ou a várias outras, a dar, a fazer ou a não fazer alguma coisa.”⁵⁹ O caráter de convenção é reforçado pelas condições de validade do art. 1108⁶⁰ e sua força vem bem afirmada no art. 1134: “As convenções legalmente formadas têm força de lei entre as partes. Elas apenas podem ser revogadas pelo mútuo consenso ou pelas causas que a lei autoriza, e devem ser executadas de boa-fé.”⁶¹ Então, o *intercâmbio entre consentimentos* – intercâmbio entre manifestações de vontade – tomará o proscênio, deixando na sombra a noção do contrato como sinalagma ou *intercâmbio entre prestações*.⁶²

Essa percepção casava-se à perfeição com a ideia de economia de mercado como um sistema auto-regulador, gerador de uma ordem espontânea e natural, capaz de se manter e se reproduzir naturalisticamente.⁶³ Na nova ordem econômica,⁶⁴ será o contrato consagrado como o *livre acordo de vontades individuais*, privilegiando-se a estrutura (acordo) sobre a função (circulação de bens). O termo-chave é “autonomia da vontade”, compreendido pelo prisma psicológico-individualista. Impulsionado pelo liberalismo econômico, o consensualismo transmuta-se no voluntarismo.⁶⁵

⁵⁹ Código Civil francês, art. 1101, *in verbis*: “Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s’obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.”

⁶⁰ As condições são: o consentimento da parte que se obriga; sua capacidade para contratar; um objeto, que forma a matéria do vínculo; uma causa lícita na obrigação (Código Civil francês, art. 1108, *in verbis*: “Quatre conditions sont essentielles pour la validité d’une convention: /Le consentement de la partie qui s’oblige; /Sa capacité de contracter; /Un objet certain qui forme la matière de l’engagement;/ Une cause licite dans l’obligation”).

⁶¹ Código Civil francês, art. 1134, *in verbis*: “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites./ Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise./ Elles doivent être exécutées de bonne foi.”

⁶² GHESTIN, Jacques. Le Contrat en tant qu’échange économique. *Rev. D’Économie Industrielle* nº 92, 2000, p. 83.

⁶³ Como nada é linear na História, convivem várias temporalidades, a nova, levando ao contrato a racionalidade moderna do *homo oeconomicus*, e a antiga, atada a outros vetores, como expressa a persistência das relações antidorais. No séc. XVII europeu ainda apareciam essas relações antidorais, a palavra *antidora* consistindo a noção tradutora de relações obrigacionais de empréstimo e doação fundadas na amizade, e, portanto, escapando da possibilidade de usura ou pagamento, em sentido estrito (Veja-se, por todos: CLAVERO, Bartolomé. *Antidora*. Antropologia Católica de la Economía Moderna. Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno. Col. Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, v. 39. Milão: Giuffrè, 1991).

⁶⁴ Qual seja, o capitalismo industrial que então se afirmava com o desenvolvimento do sistema bancário, da ampliação dos mecanismos de crédito e de garantias, com a construção das grandes fábricas, o aparecimento das máquinas, das estradas de ferro, e a constituição das modernas sociedades comerciais.

⁶⁵ Entre a torrencial bibliografia, refira-se, em língua portuguesa, SOUZA RIBEIRO, Joaquim, especialmente o traçar dos “deslizamentos” da concepção moral autônômica ao conceito técnico-jurídico, perdendo a locução, ao longo dos séculos XIX e XX, “toda a ressonância kantiana”, firmando-se pelo

A importância das construções jurídicas do séc. XIX para o Direito está, contudo, para além de seu refinamento técnico, numa questão de política do Direito denominada “codificação”. Os Códigos civis então nascentes fotografaram as percepções sociais acerca do contrato, fixando-as numa perspectiva de longa duração.

Uma delas – já o assinalamos – é a do *contrato como troca entre consensos* que advém do Código Civil francês. Outra virá mais tarde, já no alvorecer do séc. XX. É a do *contrato como espécie de negócio jurídico (Rechtsgeschäft)*,⁶⁶ que estampará o BGB, de 1900, o Código Civil italiano, de 1942, e o Código Civil brasileiro, de 2002.⁶⁷

3 Elementos qualificantes do conceito de contrato: estrutura e função

Conquanto a polivocidade e a multifuncionalidade do termo *contrato* tornem difícil a tarefa de assentar “um” conceito, pode-se, num esforço analítico, tentar apontar aos elementos constantes dos contratos como um seu mínimo denominador comum. Estes elementos são: a *estrutura*, consistente no “acordo contratual” socialmente apreensível, estabelecido entre dois ou mais contraentes, ditos “partes” do contrato;⁶⁸ e a *função*, atinente ao que a experiência indica ser, na atual configuração econômico-social, a distribuição de riquezas segundo arranjos de interesses modelados com relativa liberdade pelos seus agentes.

3.1 A estrutura: o “acordo contratual”, considerado objetivamente pela colagem entre as declarações negociais

Começemos pelo primeiro elemento qualificante, a estrutura contratual. Desse ponto de vista o contrato apresenta-se, no Direito brasileiro, como espécie

princípio voluntarista e afirmando-se, tecnicamente, pela ligação da vontade aos efeitos (*O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 24 ss, em especial nota 28).

⁶⁶ Para uma síntese do desenvolvimento histórico dessa categoria veja-se FLUME, Werner. *El Negocio Jurídico*. Parte General del Derecho Civil. 4. ed. Tradução espanhola de José Maria Miquel Gonzalez e Esther Gomes Calle. Fundación Cultural del Notariado, t. II, 1998; MENEZES CORDEIRO, A. *Tratado de Direito Civil Português*. I. Parte Geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, t. I, p. 293-345; PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. III, par. 250, p. 8; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial: Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial*. São Paulo, 1986, ed. do autor; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Existência 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 166 ss.

⁶⁷ Assim também o Código Civil grego de 1962, O Código Sulço de 1961 e o português, de 1966, filiados à tradição germânica. O Código Civil brasileiro de 1916 acolhia a teoria unitária do Ato Jurídico, mas o desenvolvimento doutrinário conduziu à aceitação da Teoria do Negócio durante o séc. XX.

⁶⁸ Vide nota 78, *infra*.

do gênero negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Desde aí já se aponta à sua estrutura, necessariamente formada por duas ou mais manifestações volitivas que se agregam para produzir determinadas eficácias.

3.1.1 *Negócio jurídico e contrato*

O negócio jurídico é uma *categoria sistematizadora* devida pela Ciência Jurídica à Pandectística germânica. Não constitui uma categoria comum às várias culturas jurídicas.⁶⁹ Adotou-a o Direito brasileiro, primeiramente por via doutrinária, agora de modo expresso no Código Civil.⁷⁰ Essa categoria, dotada de alto grau de abstração e veículo da autonomia privada,⁷¹ é apta a operar distinções de inestimável interesse prático.

Duas distinções são básicas: a existente entre negócios jurídicos e atos não negociais e a entre negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos unilaterais. Critérios diversos as polarizam.

A primeira distinção (entre negócios jurídicos e atos jurídicos não negociais) tem como critério a criação das eficácias ligadas à ação humana. Em comum, ambas essas categorias têm a circunstância de conter, em seu suporte fático, um ato volitivo dirigido a obter um resultado juridicamente regulado.⁷² Separa-as, fundamentalmente,⁷³ a particularidade de, nos negócios jurídicos, haver o poder de escolha e de formatação da categoria jurídica (ainda que com amplitude variável), enquanto nos atos não negociais esse poder é ralo, quase inexistente. Pode-se assim

⁶⁹ Na França, que não adotou a Teoria do Negócio Jurídico, trata-se do ato jurídico *stricto sensu* e do negócio sob a denominação genérica de *acte juridique*. As dificuldades na adoção de uma terminologia comum quando não há o conceito vêm evidenciadas em: FAUVARQUE-COSSON, B.; MAZEAUD, D. (Org.). *Terminologie Contractuelle Commune*. Projet de Cadre Commun de Référence. Association Henri Capitant – Société de Législation Comparée. Paris, 2008, p.48-57.

⁷⁰ Código Civil, Livro III, Título I (arts. 104 a 184).

⁷¹ O conceito de negócio jurídico responde ao princípio da autonomia privada, diz Flume (FLUME, Werner. *El Negocio Jurídico*. Parte General del Derecho Civil. 4. ed. Tradução espanhola de José Maria Miquel Gonzalez e Esther Gomes Calle. Fundación Cultural del Notariado, 1998, t. II, p. 48).

⁷² PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. II, par. 227, p. 447. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Existência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 155. O delinear dessa linha divisória foi expresso na Exposição de Motivos do primeiro Projeto de Código Civil alemão que adotou como critério da separação entre ambos a chamada “vontade de efeitos” (Conforme FLUME, Werner. *El Negocio Jurídico*. Parte General del Derecho Civil. 4. ed. Tradução espanhola de José Maria Miquel Gonzalez e Esther Gomes Calle. Fundación Cultural del Notariado, 1998, t. II, p. 139).

⁷³ O advérbio serve a pontuar a ausência de consenso doutrinário acerca da tipicidade como traço distintivo dos atos unilaterais, relativamente aos negócios jurídicos (para uma síntese desse debate, v. PASQUALOTTO, Adalberto. *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, 1997, v. 10, p. 45-47).

dizer que a distinção serve a separar, quanto à escolha da categoria jurídica e das eficácias que lhes serão conexas, o que é espaço de atuação da autonomia privada e o que é espaço da lei, que as predetermina.⁷⁴ Nos negócios jurídicos há, conectada à ação, uma *destinação voluntária* polarizada pelo sentido de uma finalidade.

É justamente nesse ponto que se fixa o relevo prático da distinção entre negócios jurídicos e atos não negociais: sob a rubrica “negócio jurídico” estão compreendidos apenas os tipos de atos humanos que, estruturados pelo Ordenamento como suportes fáticos normativos, estão *dirigidos teleologicamente* para a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica⁷⁵ mediante o estabelecimento de uma regulamentação⁷⁶ juridicamente vinculativa aos sujeitos que se qualificam como suas “partes”. O caráter finalista da ação subjacente ao negócio jurídico deve, pois, ser devidamente sublinhado.

A segunda distinção a fazer é, já no interior da categoria dos negócios jurídicos, entre os negócios jurídicos unilaterais e os bilaterais e os plurilaterais. O critério é o da possibilidade de ser realizado o intento prático buscado com o negócio apenas por ato do agente ou por meio da cooperação ou concordância de outras pessoas.⁷⁷ No primeiro caso (de que é exemplo paradigmático o testamento), há negócio unilateral. No segundo caso estão os contratos, que podem ser unilate-

⁷⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. par. 249. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. III, p. 3, *in verbis*: “A prestante função do conceito de negócio jurídico está em servir à distinção entre negócio jurídico e ato jurídico não negocial ou *stricto sensu*, naqueles casos em que o suporte fático do ato jurídico *stricto sensu* consiste em manifestação de vontade.” Werner Flume chega a falar no “conceito de ato jurídico como oposto ao conceito de negócio jurídico” (FLUME, Werner. *El Negocio Jurídico*. Parte General del Derecho Civil. 4. ed. Tradução espanhola de José Maria Miquel Gonzalez e Esther Gomes Calle. Fundación Cultural del Notariado, 1998, t. II, p. 139). Essa distinção torna ainda mais difícil a comparação entre o conceito de contrato nos sistemas que acolhem a categoria do negócio jurídico – como o alemão, o italiano, o português e o brasileiro – e os que não a acolhem, como os do *Common Law* ou o francês.

⁷⁵ Assim sendo, essa categoria abrange – na conhecida formulação de Pontes de Miranda, representante maior, na doutrina brasileira, da tradição civilista germânica – os casos em que manifestações volitivas dos sujeitos podem “criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações, ou exceções, tendo por fito esse acontecimento do mundo jurídico” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. III, par. 249, p. 3).

⁷⁶ FLUME, Werner. *El Negocio Jurídico*. Parte General del Derecho Civil. 4. ed. Tradução espanhola de José Maria Miquel Gonzalez e Esther Gomes Calle. Fundación Cultural del Notariado, 1998, t. II, p. 139).

⁷⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Existência 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 198.

rais⁷⁸ (como a doação), bilaterais (como a grande maioria deles, e. g., a compra-e-venda, o mandato, a locação) ou plurilaterais (como o contrato de sociedade).⁷⁹

No fundo da distinção está o reconhecimento de que o indivíduo apenas pode configurar relações jurídicas unilateralmente por meio de uma atuação jurídico-privada quando se trata do exercício de um direito ou de uma relação jurídica referida ao seu próprio patrimônio (como ocorre ao se fazer um testamento); ou quando, para o outro, surja apenas uma vantagem jurídica, mas não uma obrigação (como no caso da oferta de contrato, que o destinatário pode aceitar ou não).⁸⁰ Trata-se do princípio da incolumidade das esferas jurídicas pelo qual a eficácia do negócio é limitada à esfera de quem o praticou.⁸¹

Diferentemente, porém, quando estabelecida uma ação comunicativa entre os sujeitos que atinge ambas as esferas, diz-se haver bilateralidade (ou plurilateralidade). Forma-se o negócio no momento em que as distintas manifestações de vontade⁸² se colam “com a cola da concordância”. Nos negócios bilaterais, diz Pontes de Miranda, “há atribuição de algum bem da vida ao patrimônio do figurante ou dos figurantes do outro lado”, daí resultando “a essencialidade dos dois lados, mesmo em se tratando de contratos unilaterais, que são negócios jurídicos

⁷⁸ Vale recordar: todo contrato é negócio jurídico bilateral ou plurilateral, pois, para tal asserção é considerado o critério do número de “partes” emissoras de manifestação de vontade vinculativa, a ação atingindo diretamente duas ou mais esferas jurídicas. Por esse critério pode haver negócios jurídicos bilaterais (contratos, convênios, acordos) e unilaterais (testamentos, oferta de contrato, aceitação, denúncia). Porém, nem todo contrato é “contrato bilateral”, pois, para tal asserção, já não se considera o número de partes, mas outro critério: a bilateralidade ou a unilateralidade do contrato atine à prestação e, mais propriamente, à divisão entre os ônus e benefícios assumidos pelas partes. Estes podem ser divididos entre as partes que recebem, ambas, ônus e benefícios, atuais ou potenciais, falando-se, então, em “contrapartida” ou “intercâmbio” (contratos bilaterais, comutativos e aleatórios, como a compra e venda, fornecimento, distribuição, locação, seguro etc.) ou podem recair exclusivamente sobre uma das partes (contrato unilateral, sendo exemplo a doação simples, em que uma das partes assume o ônus de doar, a outra assume o benefício de receber, sem que haja “contrapartida”).

⁷⁹ Há negócios plurilaterais quando há pluralidade de partes que se agrupam, segundo a feliz imagem de Ascarelli, não em “lados opostos de uma reta”, mas estão dispostas em círculo. Exemplo maior do negócio plurilateral é o contrato de sociedade (ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direto Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945, p. 286-287). Ainda: PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. III, par. 278, p. 137.

⁸⁰ FLUME, Werner. *El Negocio Jurídico*. Parte General del Derecho Civil. 4. ed. Tradução espanhola de José Maria Miquel Gonzalez e Esther Gomes Calle. Fundación Cultural del Notariado, 1998, t. II, p. 31 -32.

⁸¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Existência 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 202.

⁸² Expressão ampla que inclui as declarações negociais, os comportamentos concludentes e, quando permitido pela lei, também o silêncio qualificado.

bilaterais (quanto a haver manifestações de vontade de dois lados) em que só um dos lados recebe prestação”.⁸³

Assim, considerada a subespécie dos negócios jurídicos bilaterais (ou plurilaterais), os contratos qualificam-se como aqueles formados, em regra,⁸⁴ pelo encontro de duas ou mais declarações negociais que se combinam para o estabelecimento de um mútuo regulamento de interesses.⁸⁵ Aí está o dado estrutural, sendo a bilateralidade (ou plurilateralidade) elemento cerne do conceito.

Podemos assim dizer que, para o Direito, um contrato é, estruturalmente, uma *atividade comunicativa voluntária entre dois ou mais sujeitos qualificados como suas “partes”, expressada em um acordo contratual.*

3.1.2 Elementos objetivos do acordo contratual

Examinemos brevemente os elementos componentes dessa noção naquilo que, sob esforço analítico, podem ser considerados os elementos estruturais mínimos, comuns à multifacetada diversidade de figuras encontráveis na efetiva disciplina dos muitos e concretos modelos contratuais.⁸⁶

a) Um contrato qualifica-se, antes de mais, como *atividade*, isto é, como conjunto ordenado de ações coligadas por uma finalidade. Desde os estudos de Welzel, no Direito Penal, a Ciência Jurídica assentou ser a ação humana uma ação finalista, distinguindo-se de outras ações, como as de um animal ou a de uma máquina, pela possibilidade de prefiguração dos fins. Estes determinam o movimento para o alcançar e os meios para tanto selecionados, de modo que o próprio fim é a

⁸³ As expressões entre aspas são de Pontes de Miranda, que explica: “A bilateralidade, quando se fala de negócios jurídicos bilaterais, concerne às manifestações de vontade, que ficam, uma diante da outra, com a cola, digamos assim, da concordância. Há uma corda só que prende, que vincula, as pessoas que estão nos dois lados. Mas há a bilateralidade da prestação, que é outro conceito: o negócio jurídico pode ser bilateral, e só haver uma prestação. São os acordos unilaterais (quanto à prestação, entenda-se) e os contratos unilaterais, de que é exemplo a doação.” Os grifos são meus (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. XXXVIII, par. 4.184, p. 7).

⁸⁴ A ressalva diz respeito à circunstância de, inobstante os contratos serem normalmente formados por declarações negociais (seja qual for a sua forma: expressas, tácitas, e, no caso da aceitação contratual, podendo se realizar até pelo silêncio), pode decorrer, também, de comportamentos concludentes, averiguando-se a concludência por diversos meios, dentre os quais os usos (Sobre o tema: MOTA PINTO, Paulo Cardoso C. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995; FLUME, Werner. *El Negocio Jurídico*. Parte General del Derecho Civil. 4. ed. Tradução espanhola de José Maria Miquel Gonzalez e Esther Gomes Calle. Fundación Cultural del Notariado, 1998, t. II, p. 73 ss).

⁸⁵ Ver item 3.1.2, *infra*.

⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos: Primeiras Notas de uma Leitura Suscitada pelo Código Civil In: NANNI, Giovanni Ettore. *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 475-506.

“causa” da ação.⁸⁷ Por vezes, essa ação finalista apresenta-se não em um ato isolado ou uma superposição de atos entre si isolados, mas como *atividade*, isto é, “um conjunto organizado de atos e normas tendentes à realização de um objetivo determinado”.⁸⁸ A expressão *atividade* traduz, portanto, o verdadeiro *conjunto de ações humanas*, teleologicamente direcionado, que dá ensejo ao que aqui vimos denominando de “acordo contratual”.

b) Um contrato configura, além do mais, uma *atividade comunicativa finalisticamente orientada*, isto significando dizer que os sujeitos não apenas “agem”, mas *agem para comunicar-se*.⁸⁹ Para tanto podem, em linha de princípio, utilizar quaisquer meios de comunicação.⁹⁰ Em geral, contratos são feitos por meio de declarações negociais, isto é, por palavras ditas ou escritas. Essas palavras podem resultar de um diálogo, mas podem, igualmente, expressar a adesão a fórmulas pré-impresas ou o aceite a convites formulados em mensagens publicitárias (desde que “suficientemente precisas”, na forma do art. 30 do Código de Defesa do Consumidor); a atividade comunicativa que enseja o nascimento de um contrato pode operar por intermédio de atos materiais de execução, gestos significativos (como um *click do mouse* numa página da Internet), por comportamentos concludentes⁹¹ e, no que tange à aceitação de uma proposta, até mesmo pelo “silêncio circunstanciado”,⁹² na forma do art. 112 do Código Civil.

c) Qualquer que seja o meio empregado, essa atividade comunicativa *destina-se a pôr em um contato juridicamente vinculante* dois ou mais sujeitos que, uma vez

⁸⁷ MENEZES CORDEIRO, A. *Tratado de Direito Civil Português*. 1. Parte Geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, t. I, p. 294, com alusão à Teoria Finalista da Ação, de H. Welzel. Na doutrina portuguesa, transpôs essas ideias para o Direito Privado, ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil e Teoria Geral: ações e factos jurídicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, v. II. Na doutrina brasileira, a Teoria Finalista ficou restrita ao Direito Penal.

⁸⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. *Revista Interesse Público*, v. 16, Porto Alegre, 2002, p. 57. Por sua vez, registra Rosa Maria de Andrade Nery remeter, a noção de atividade, histórica e etimologicamente, à ideia de uma experiência que é partilhada, que é fruto da confiança e da objetividade (ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Vínculo Obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção – uma análise histórica e cultural)*. Tese de Livre Docência. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004, p. 213 et seq.).

⁸⁹ Para um exame do negócio jurídico como ação comunicativa ver: FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992, 2 v.

⁹⁰ Salvo quando a lei determina um meio ou forma específica, como nos contratos formais *ad substantiam*.

⁹¹ MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

⁹² MOREIRA ALVES, José Carlos. A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro, com análise do texto aprovado pela Câmara dos Deputados. São Paulo: Saraiva, 1986; FRADERA, Vera Jacob de. O valor do silêncio no novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; CESAR, Joaquim P. De Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Org.). *Aspectos Controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 569-582; TUTIKIAN, Priscila. *O Silêncio na Formação dos Contratos*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008.

formado o contrato, serão qualificados como suas partes.⁹³ Não se trata, pois, de qualquer atividade comunicativa (como, por exemplo, uma “declaração de ciência” acerca de algo), mas de uma comunicação voluntária *que pretende alcançar determinado efeito, sendo assim socialmente reconhecível*, pois feita “dentro de moldes socialmente reconhecíveis como aptos a produzir efeitos jurídicos”.⁹⁴

d) Assim configurada, a atividade comunicativa destinada à produção de efeitos contratuais deve manifestar, *concomitantemente ao propósito de concluir contrato, a convergência dos sujeitos quanto a esse propósito*.⁹⁵ É o que se denomina de “acordo contratual”. A “colagem” da mútua concordância evidencia, concomitantemente, a bilateralidade (ou plurilateralidade) do *negócio jurídico* (embora possa ser o *contrato unilateral*)⁹⁶ e a sua vinculabilidade jurídica, geradora de efeitos obrigacionais em sentido próprio para os sujeitos envolvidos.

Não se pense, todavia, ser o acordo contratual o resultado de um único momento, abrupto, fixo, instantâneo, atomizado, que surge *ab ovo* sendo, uma vez alcançado, rígido e imutável no tempo. O esforço científico voltou-se, nos finais do séc. XX, para comprovar que, como atividade comunicativa que é, a formação e a execução contratual operam sempre num *contexto significativo e dinâmico*.⁹⁷

⁹³ Não se deve confundir “parte” com “pessoa singular”, pois o conceito é conexo à ideia de “centro de interesses” e não ao de “pessoa”. Na técnica jurídica, a noção de “parte” (quando em causa o Direito material) liga-se a um duplo, distinto e conexo fenómeno: são “partes” de um negócio jurídico *inter vivos* aqueles que *titulam conjuntamente, em dois diversos e independentes momentos, a posição de autores do regulamento de interesses negociais e, como tais* (isto é: como autores ou criadores do regulamento de interesses), são os *destinatários* dos efeitos defluentes de tal regulamento. Assim, o conceito de “parte” como sujeito autor do negócio ara-se à problemática mais geral dos requisitos ou pressupostos subjetivos do negócio jurídico, a saber: a capacidade para agir, a titularidade ou a legitimação para dispor do interesse que, mediante o negócio, se intenta regular. “Parte”, assim, é quem detém a titularidade dos interesses regulados ou a legitimação para a sua regulamentação, sofrendo diretamente os seus efeitos (v. FERRI, Giovanni Battista. Voc. “Parte del Negozio”. *Enciclopedia del Diritto*. Milão: Giuffrè, 1981, v. XXXI, p. 902). Advirta-se, contudo, ser graduada a noção de terceiro, sabendo-se que os efeitos de um negócio podem atingir terceiros, como é reconhecido em certas hipóteses, de modo direto ou indireto (v. NEGREJROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 229-268; PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos Contratuais Perante Terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007; na doutrina italiana, v. ALPA, G.; FUSARO, A. (Org.). *Effetti del Contratto nei Confronto dei Terzi*. Milão: Giuffrè, 2000).

⁹⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial: Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial*. São Paulo: ed. do autor, 1986, p. 20.

⁹⁵ A convergência do propósito de contratar existe tanto nos contratos de colaboração, em que há interesse comum, quanto nos contratos em que há contraposição dos interesses econômicos das partes. Por vezes esse propósito e convergência (isto é: este acordo) vêm enunciados de modo indutivo, embora possa haver dúvidas sobre o seu alcance, sobre o significado de determinada cláusula etc. Por outras, a dúvida versará sobre a própria existência de tais propósitos e convergência. Num e noutro caso o dilema resolve-se pela atividade hermenêutica.

⁹⁶ Vide nota 83, supra.

⁹⁷ As conquistas científicas do final do séc. XX, trabalho de reflexão sobre o que nos apresenta a sociedade em rede, não apenas fizeram superar o dogma da vontade, que substancializava o con-

Elementos de variada ordem atuam poderosamente na conformação do contexto de conformação e de compreensibilidade do acordo contratual, incidindo em seu próprio conteúdo. Assim sendo, o acordo pode ser obtido de modo mais ou menos recortado no tempo, ou, diversamente, nele pode estender-se, formando-se progressiva ou evolutivamente (“contrato único” ou “contrato descontínuo”; “contratos relacionais”⁹⁸ e “contratos evolutivos”). Os elementos que o influenciam e com ele interagem podem ser quaisquer fatos sociais, inclusive outros contratos e negócios (contratos coligados; galáxias contratuais etc.). O relevante é que, nas diversas configurações e contextos situacionais que, na prática, pode assumir o processo formativo do contrato e o seu desenvolvimento, seja detectável o acordo contratual como o resultado da “cola” entre as manifestações de vontade negocial dos sujeitos contratantes,⁹⁹ manifestações essas que hão de ter como *conteúdo mínimo* a determinação (ou a determinabilidade) do objeto contratual e, quando for o caso, nos contratos onerosos, a determinação (ou determinabilidade) do preço ou do valor.

Visualizado em sua complexa valência, o acordo contratual apresenta-se como *elemento qualificante*, elemento conceitual nuclear e geral para quaisquer espécies de contrato e a partir do qual os Ordenamentos constroem as contingentes *noções positivas* de “contrato”. Porém, embora necessário, esse elemento não é suficiente para completar o conceito, devendo ser acrescida a sua função.

3.2 O âmbito de atuação e as funções

O exame do elemento funcional enseja, como preliminar, menção ao âmbito de atuação do contrato como categoria jurídica que é. Conquanto as distinções até aqui feitas afastem do âmbito conceitual do contrato numerosas atuações humanas, auxiliando a refinar o conceito, ainda assim o espaço que lhe cabe é amplíssimo, levando à questão de saber qual é o âmbito, *materialmente compreendido*, do mútuo regulamento de interesses no Direito brasileiro.

3.2.1 Âmbito do contrato no Direito brasileiro

O primeiro passo é discernir os contratos de outros negócios jurídicos bilaterais que não configuram contratos. Também aqui não cabe o pensamento essen-

trato, como apontaram ao seu caráter “relacional”, à sua potencial incompletude conteúdoística. Essa incompletude, por vezes, é até mesmo querida pelas partes, derivando do programa contratual.

⁹⁸ McNEIL, Ian. *The new social contract: an inquiry into modern contractual relations*. New Haven: Yale University, 1980; PORTO MACEDO JR., Ronaldo. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁹⁹ Atente-se bem: é a colagem entre manifestações de vontade, e não entre “vontades”. Ver PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoli, 1954, t. III, par. 249, p. 3

cialista: determinar os limites deste espaço e os critérios para a sua delimitação é tarefa em que se combinam, em larga medida, a tradição e a legislação, o Direito Comparado auxiliando, pelo contraste, a esta tarefa de distinção.

Em alguns sistemas, como o italiano, a lei expressamente correlaciona o campo do contrato ao âmbito das *operações patrimoniais* entre vivos.¹⁰⁰ A palavra *contrato* indica, assim, para aquele sistema, o acordo que visa regular, entre as partes, uma relação de conteúdo patrimonial¹⁰¹ abrangendo, portanto, os domínios dos direitos de crédito (relações obrigacionais) e do direito das coisas (relações de direito real).

O Código Civil alemão (BGB) disciplina expressamente o instituto do negócio jurídico, de modo que o contrato é uma espécie integrante do género negócio jurídico. A amplitude conferida à figura do “contrato” (*Vertrag*) apanha, fundamentalmente, os contratos obrigacionais e os acordos mediante os quais é transmitido um direito real.¹⁰² A distinção entre o *contrato obrigacional* – ou *Vertrag* – e o *acordo* – ou *Einigung* (acordo translativo da propriedade ou constitutivo de direitos reais)¹⁰³ provém do sistema abstrato da transmissão patrimonial, que o mesmo Código acolhe. O Direito português acolhe, igualmente, a noção de negócio jurídico e adere à orientação ainda mais genérica, denominando “contrato” qualquer negócio bilateral pelo qual se constitua, transmita, modifique ou extinga obrigações, bem como atue como fonte de direitos reais, familiares ou sucessórios. Consequentemente, naquele sistema são coincidentes os conceitos de contrato e de negócio jurídico bilateral.¹⁰⁴ No sistema da *Common Law*, que ignora o conceito de Negócio Jurídico, maiores são as diferenças: no Direito norte-americano, por

¹⁰⁰ Codice civile, art. 1.321: “Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale” (Em tradução livre: “O contrato é o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial”). Nessa fórmula legislativa as expressões a sublinhar são “relação jurídica patrimonial” e “entre elas” (*tra loro*), pois, como acentua Lipari, toda a valoração das relações interindividuais está entendida em termos de dar uma preeminência absoluta às exigências próprias de uma economia fundada na busca do máximo benefício (LIPARI, Nicolo. *Derecho Privado: un ensayo para la enseñanza*. Bolonha: Ed. Real Colegio de España, 1980, p. 293-294). Para uma discussão sobre o âmbito da categoria “contrato” no sistema italiano, v. FERRI, G. Battista. *La Nozione di Contratto*. In: RESCIGNO, P. *Trattato dei Contratti. I Contratti in Generale*. Turim: UTET, 1999, t. I, p. 3-32; também BENEDETTI, G. *La categoria generale del contratto. Il Contratto – Siloge in Onore di Giorgio Oppo*. Pádua: Cedam, 1992, v. I, p. 51-92.

¹⁰¹ O art. 1.174 precisa: a prestação que forma o objeto da obrigação deve ser suscetível de avaliação econômica, ainda que corresponda a um interesse não patrimonial.

¹⁰² FAUVARQUE-COSSON, B.; MAZEAUD, D. (Org.). *Terminologie Contractuelle Commune*. Projet de Cadre Commun de Référence. Association Henri Capitant – Société de Législation Comparée. Paris, 2008; SONNENBERGER, Hans Jürgen. *La conclusione del contratto secondo il diritto tedesco*. Pádua: Cedam, 1993, p. 3-4.

¹⁰³ V. ZWEIGERT, K. – KOTZ, H. *Introduzione al Diritto Comparato*. Tradução italiana. Milão: Giuffrè, 1998, t. I e II, p. 6 ss.

¹⁰⁴ ALMEIDA COSTA, Mário Julio. *Direito das Obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006, par. 24.2, p. 220.

exemplo, o termo *contract* não tem valor unívoco, sendo definido por seus efeitos e tendendo a indicar o vínculo, mais do que o “acordo”, razão pela qual se distingue entre *contract*, *agreement*, *convention*, *bargain* e *promise* (que não significa propriamente “promessa”, tal qual entendemos esse termo, mas um elemento do contrato, ou da declaração contratual),¹⁰⁵ reservando-se o uso de *contract* para os ajustes dorados de comutatividade, englobando a *promise* e a *consideration*, que é uma espécie de causa sinalagmática.¹⁰⁶ Naquele sistema, contratos benéficos e unilaterais, como a doação simples, ou o comodato e o depósito gratuito, estão, portanto, de fora do âmbito conceitual do termo *contract*, conceito tendente a aproximar-se do que consideramos uma troca (em sentido amplo, como intercâmbio entre prestações).¹⁰⁷ No sistema francês – que também ignora a noção de negócio jurídico e é causalista –,¹⁰⁸ distingue-se entre o contrato e a convenção: *le contrat* é uma “espécie particular de convenção” (*convention*) que, por sua vez, é todo o ato jurídico que consista num acordo,¹⁰⁹ tendo caráter patrimonial

¹⁰⁵ Quanto a esse último termo não é infrequente, infelizmente, na literatura brasileira, a sua tradução como “promessa” acompanhada, equivocadamente, da equiparação de “promessa” a “contrato”. Porém, os atos que no Direito brasileiro são chamados de “promessas” são atos unilaterais (v. g. Código Civil, art. 854 – promessa de fato de terceiro; art. 466 – promessa unilateral de contrato; e art. 854 – promessa de recompensa), e não contratos (negócios bilaterais), enquanto no Direito norte-americano, diversamente, a *promise* constitui um elemento necessário (embora não suficiente) para a existência do contrato, conforme diz o par. 1º do Restatement (Second) of Contracts, adotado e promulgado pelo American Law Institute: “A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.” Portanto, o “contrato” é a promessa ou conjunto de promessas para cujo inadimplemento o Direito prevê uma consequência (“remédio”) ou cuja execução é reconhecida como um dever jurídico. Trata-se, como se percebe, de uma definição pela eficácia.

¹⁰⁶ A “*consideration*” consiste na necessidade de correspondência, para poder considerar válido um contrato, entre a “promessa” ou “sacrifício” de um contratante e a “compensação” a esse “sacrifício” por parte de outro, podendo consistir em um direito, um benefício ou uma tolerância. V. ALPA, G.; BESSONE, M. *Causa e Consideration*. Pádua: Cedam, 1984. Na doutrina brasileira, v. ANDRADE, Fábio. *Causa e Consideration*. *Revista Juris*, v. 53, Porto Alegre, 1991, p. 276-284. Conquanto elemento necessário, está sujeito a certa relativização, observando Sacco que em 1974, em obra famosa (*The death of contract*), Gilmore anunciava que o contrato estava morto justamente porque, em alguns casos, as Cortes haviam começado a considerar eficazes promessas não fundadas na *consideration* (SACCO, Rodolfo. *Il Contratto nella Prospettiva Comparatistica*. In: MAZZAMUTO, Salvatore (Org.). *Il Contratto e Le Tutele*. Prospettive di Diritto Europeo. Turim: Giappichelli, 2002, p. 20).

¹⁰⁷ É de ser lembrado, porém, que os autores têm acentuado a tendência para a valorização do papel do acordo (*agreement*): “So English lawyers would tend to define a contract as ‘an agreement which is legally enforceable or legally recognized as creating a duty’, and there are many similar definitions in terms of promise”, como escreve ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1989, p. 4, o que se verifica na prática dos negócios, v. g., societários (por exemplo, contratos de fusão, locação ou venda, chamados de *Merger Agreement*, *Lease Agreement* e *Sales Agreement*.)

¹⁰⁸ Por todos: GHESTIN, Jacques. *Cause de l’engagement et validité du contrat*. Paris: LGDJ, 2006.

¹⁰⁹ MAZEAUD; MAZEAUD; CHABAS. *Leçons de Droit Civil*. Obligations. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998, t. II, v. 1, p. 49, que, entretanto, anota não ser essa terminologia técnica “rigorosamente respeitada” mesmo no próprio Código Civil, onde o termo *convenção* é utilizado frequentemente como

“predominante”, razão pela qual afastam-se do seu domínio os direitos de personalidade, muito embora (tal qual no Direito brasileiro) sejam considerados “verdadeiros contratos” os acordos versando sobre as consequências patrimoniais dos direitos de personalidade.¹¹⁰

Essa brevíssima panorâmica serve a apontar a grande relatividade do âmbito material subjacente ao termo *contrato*, conduzindo a perguntar: qual é a orientação do Direito positivo brasileiro?

O Código Civil brasileiro não é expresso, como o é o seu congênere italiano, ao limitar os contratos às operações patrimoniais entre vivos. Admite, por outro lado, *negócios jurídicos existenciais*, como, exemplificativamente, os previstos no art. 11 e no art. 13 – ambos lidos *a contrario* –, deixando-se antever a possibilidade de, licitamente, serem pactuados negócios jurídicos bilaterais cujo objeto resida em relações extrapatrimoniais, ainda que nos estreitos limites permitidos no campo dos Direitos de Personalidade, como o é, *v. g.*, um ajuste pelo qual é pactuada a participação de um sujeito (“sujeito da pesquisa”) em pesquisa médica não patrocinada, com fins estritamente científicos¹¹¹ ou como experimento farmacêutico a ser, eventualmente, comercializado;¹¹² o casamento é qualificado por expressiva corrente doutrinária como negócio jurídico especial de Direito de Família, e não como contrato;¹¹³ embora haja contratos no Direito Administrativo e no Direito

sinônimo de “contrato”. *V.*, ainda, FORRAY, Vincent. *Le Consensualisme dans la Théorie Générale du Contrat*. Paris: LGDJ, 2007, demonstrando que o consensualismo “marca” a noção de contrato por um subjetivismo característico, organizando-o sobre a ideia de consentimento e de causa. Por sua vez, para o comparatista R. Sacco, o contrato, no sistema francês, é consenso mais causa, entendida essa ao modo subjetivo, denotando a ideia de intercâmbio (SACCO, Rodolfo. *Il Contratto nella Prospettiva Comparatistica*. In: MAZZAMUTO, Salvatore (Org.). *Il Contratto e Le Tutele*. Prospettive di Diritto Europeo. Turim: Giappichelli, 2002, p. 21).

¹¹⁰ MAZEAUD; MAZEAUD; CHABAS. *Leçons de Droit Civil*. Obligations. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998, t. II, v. I, p. 51.

¹¹¹ Examinou o tema, qualificando essa participação como negócio jurídico bilateral, não contratual, MULLER DA ROSA, Carla. *Pesquisadores e indivíduos capazes em situação de vulnerabilidade sociodemográfica: o papel da informação no processo de consentimento informado para a pesquisa biomédica em seres humanos e a sua regulação pelo direito civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, UFRGS. Orient.: MARTINS-COSTA, Judith. Porto Alegre, 2009, no prelo.

¹¹² Examinou o tema, qualificando essa participação como negócio jurídico bilateral, não contratual, CESAR, Denise Oliveira. *Obrigações de Fornecimento do Medicamento após a Conclusão de Pesquisa*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito, UFRGS. Orient.: MARTINS-COSTA, Judith. Porto Alegre, 2009, no prelo.

¹¹³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial: Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial*. São Paulo: ed. do autor, 1986. Porém, na doutrina há autores que defendem a qualificação do casamento como contrato. Assim a chamada corrente “contratualista”, de que é exemplo Silvio Rodrigues, *in verbis*: “o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência” (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 28. ed. São Paulo, Saraiva, 2004, v. 6, p. 19).

Internacional, nesses campos é também frequente a presença de acordos (negócios bilaterais ou plurilaterais) considerados não contratuais, como convênios e tratados que não importam em circulação interpatriomonal.¹¹⁴

Parece conveniente e adequado ao Direito brasileiro, assim, não superpor os conceitos de contrato e de negócio jurídico bilateral (com o que um deles perderia a razão de ser), mas considerar a relação de gênero (negócio jurídico bilateral ou plurilateral) e espécies daquele gênero (contratos, de um lado, e, de outro, acordos não contratuais).

Remanesce, ainda assim, a questão: o que distingue ambas as espécies, isto é, os contratos e os acordos não contratuais?

3.2.2 A função imediata: circular riqueza, constituir riqueza

Não hesitamos em apontar como um traço diferenciador entre ambas as espécies o *escopo*, próprio aos contratos e que lhes é conotado *imediatamente*, de *viabilizar a circulação da riqueza*, atual ou potencial, entre patrimônios, *por ato voluntário e lícito, conduzindo à imediata transformação das situações subjetivas patrimoniais*. Conquanto não exista, no sistema brasileiro, regra específica sobre esse tema, é possível operar a distinção a partir da estrutura do Código Civil, de modo a afirmar que, tal qual no Direito italiano, entre nós o termo *contrato* deve ser reservado ao âmbito das *operações patrimoniais entre vivos*.¹¹⁵

Alinhemos as razões que sustentam essa conclusão.

Primeiramente, é a estrutura do Código Civil que empurra a essa conclusão. A Parte Geral contém o conceito de maior extensão (negócio jurídico), abrangendo os princípios e regras atinentes às suas condições gerais de validade e de licitude, as condições para o seu exercício e regras sobre a sua interpretação (arts. 104 a 188), com o que se há de admitir o estabelecimento de negócios jurídicos em quaisquer das áreas de que é composto o Direito Privado e mesmo – em alguns casos – no Direito Público.¹¹⁶ Já o tema do contrato – conceito de menor extensão relativamente ao negócio jurídico bilateral (ou plurilateral) – fica reservado para

¹¹⁴ O convênio é considerado o acordo entre o Estado e particular, ou entre dois entes públicos de idêntica natureza, para a realização de objetivo comum. Conquanto o critério distintivo comumente utilizado pelos administrativistas leve em conta uma concepção superada e redutora de “contrato” (equiparado-o unicamente a uma “contraposição de interesses” e não se cogitando dos “contratos de cooperação” ou “de comunhão de escopo”), haverá distinção entre convênio e contrato se, no primeiro, o ajuste de interesses não comportar operação de circulação de riquezas. Um consórcio, diversamente, configurará negócio plurilateral, podendo caracterizar contrato plurilateral quando importar – como comumente ocorre – em circulação de riqueza.

¹¹⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 19.

¹¹⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial: Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial*. São Paulo: ed. do autor, 1986, p. 53 a 67.

o Título V do Livro I, atinente ao Direito das Obrigações, como a mostrar que o contrato é, precipuamente (embora não exclusivamente), instituto dos Direitos de Crédito, direitos patrimoniais por excelência.

Esse Título V é encimado com a expressão *Dos Contratos em Geral*, denotando, desde o pórtico, a ideia de *generalidade*. É possível, assim, inferir que, embora centrados no Direito das Obrigações, os contratos têm portada que aí não se encerra, suas Disposições Gerais valendo para *quaisquer contratos*, de Direito das Coisas e de Direito de Família, embora sempre se devam fazer mediações entre a principiologia geral e as particulares que regem os demais campos jurídicos.¹¹⁷ Os princípios de caráter geral, postos no Título V, atinem, primariamente, à regulação dos interesses patrimoniais: assim, a liberdade de contratar (ligada à liberdade de iniciativa econômica) e a função social dos contratos, que é função exercida na ordem econômico-social (art. 421); a determinação da pauta do comportamento contratual (art. 422), direcionada aos vetores da boa-fé e probidade, tradicionais princípios do Direito Obrigacional; o reconhecimento da plurivocidade do termo *contrato* e, conseqüentemente, a previsão de normas específicas aos contratos formados por adesão a que, frequentemente, subjaz a assimetria de poderes contratuais entre os sujeitos (arts. 423 e 424); e a garantia de ampla liberdade na criação de modelos contratuais para além daqueles legalmente nominados e tipificados, aceitando-se a tipificação social e a inovação tipológica (art. 425).

Releva ainda sublinhar, da perspectiva de uma análise estrutural do Código Civil, a unificação promovida entre obrigações civis e mercantis, todas apontando à *esfera dos interesses patrimoniais*. Esses interesses, precípua e prevalentemente apanhados pelo Direito das Obrigações, não estão cingidos, todavia, àquele campo, habitando, por igual, os Direitos Reais, uma parte do Direito de Família e parte do Direito Sucessório.

Os contratos adentram o campo dos Direitos Reais principalmente em razão do peculiar tratamento dado em nosso sistema à transmissão do domínio,¹¹⁸ expressão maior do patrimônio. É o contrato título translativo do domínio (Código Civil, art. 1.245), admitindo-se ser o acordo de transmissão do domínio codeclarado com o contrato obrigacional¹¹⁹ conquanto tenha a sua própria eficácia.¹²⁰ Outros negócios patrimoniais são especificamente previstos como “contratos de Direitos Reais” – assim os contratos de penhor, anticrese e hipoteca a que é feita expressa alusão (CC, art. 1.424).

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos: Primeiras Notas de uma Leitura Suscitada pelo Código Civil* In: NANNI, Giovanni Ettore. *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 475-506.

¹¹⁸ Por todos: COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

¹¹⁹ COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 144 ss.

¹²⁰ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, t. XXXVIII, § 4. 184, p. 7.

Ainda outra significativa indicação sobre a patrimonialidade do contrato está no Direito de Família: o Código Civil de 2002 distingue, com nitidez, entre o Direito Pessoal (arts. 1.511 a 1.638) e o Direito Patrimonial de Família (arts. 1.639 a 1.722). É só neste último que estão previstos determinados contratos de Direito de Família, como o contrato de doação nupcial aos filhos (art. 1.647, parágrafo único) e as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro, além da doação, por terceiro, de bem de família (art. 1.711, parágrafo único). Na união estável, todas as relações patrimoniais entre os conviventes podem ser determinadas por contrato (art. 1.725), dito “contrato de união estável”.

O único campo em que, embora atina ao patrimônio, escapa à técnica contratual é o da Sucessões. É vedado entre nós qualquer contrato sucessório, na forma do art. 426 do Código Civil,¹²¹ de modo que as operações de circulação de riqueza aí previstas terão a forma de legados, testamentos, sucessão hereditária *ex lege* e codicilos, mas não a forma de contratos.¹²²

O âmbito precípua dos contratos é, portanto, o campo das relações patrimoniais, sendo sua função própria formalizar operações econômicas de circulação de riqueza, isto é, operações de circulação de bens entre um patrimônio e outro – tanto assim é que o contrato é considerado, de per si, justa causa para a circulação de riquezas entre patrimônios, configurando a estrutura jurídica *par excellence* para justificar atribuições patrimoniais.¹²³ Assim já se manifestava Orlando Gomes, um dos primeiros juristas, entre nós, a atentar ao perfil funcional do contrato, afirmando constituir a sua função eminentemente econômica, esta sendo, “afinal [...] a sua causa”¹²⁴ e arrolando, ainda, além da circulação da riqueza, as funções de colaboração, prevenção de riscos, conservação e acautelatória, prevenção ou

¹²¹ Regra a ser lida, conforme doutrina, do seguinte modo: “Não pode ser objeto de negócio jurídico unilateral, bilateral ou plurilateral a herança ou qualquer elemento da herança de pessoa viva.” Não importa quem seja o outorgante (o decujo ou o provável herdeiro ou legatário), nem quem seja o outorgado (cônjuge, provável herdeiro ou legatário, ou terceiro) (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, t. XXXVIII, § 4. 208, p. 127).

¹²² Diferentemente do sistema alemão, que admite contratos de herança ou contratos sucessórios, nomeados Erbvertrage (BGB, par. 2.274). Pelos contratos sucessórios (Erbverträge) o *de cuius* atribui a alguém algo da herança futura, ou toda a herança (contratos de herança dispositivos), ou dispõe do que futuramente algum dia se teria de receber (contratos de herança abdicativos, ou renunciativos), conforme ensina PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, t. XXXVIII, § 4. 208, par. 249, p. 127.

¹²³ Conforme Enunciado apresentado ao art. 884 nas Jornadas sobre o Código Civil, coordenadas pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., no Superior Tribunal de Justiça: “A existência de negócio jurídico válido e eficaz é, em regra, uma justa causa para o enriquecimento” (V. NANNI, Giovanni Entore. *Enriquecimento sem Causa, de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 261; e MICHELON JR., Claudio. *Direito Restitutivo*. Biblioteca de Direito Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale. Coord. REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 8, p. 181 e, especialmente, p. 210-233.

¹²⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 19.

diminuição de controvérsias, concessão de crédito e constituição de direitos reais de gozo ou garantia.

Estas últimas são funções, todavia, que podem ou não existir, conforme cada particular contrato, não sendo, portanto, imprescindíveis como notas conceituais gerais. Estas se resumem à de instrumentalizar uma *operação econômica de circulação de riqueza*, em caráter voluntário, entre dois ou mais agentes.

3.2.3 A noção de “operação de circulação de riqueza”

“Operação econômica” significa, no contexto contratual, um juízo expressado em termos rigorosamente objetivos, não se confundindo com a motivação de um ou de outro contratante para realizá-la.¹²⁵ Na decomposição analítica dessa noção, não entram em jogo, necessariamente, nem sequer a existência de um *intercâmbio de prestações* (pois “circular” é transitar de um lugar a outro, de um patrimônio para outro, não se igualando a “intercambiar”, que denota sempre o “câmbio”, isto é, a troca),¹²⁶ nem o *intuito de lucro* (pois há contratos gratuitos), nem, ainda, o

¹²⁵ ROPPO, Enzo. O Contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 7-10.

¹²⁶ Conquanto uma operação econômica de circulação de riquezas importe, comumente, num “intercâmbio”, não se identifica, a rigor, com uma operação de “troca” ou de “intercâmbio entre prestações” – do contrário, uma doação simples não seria um contrato e assim o é, em nosso e em outros sistemas jurídicos, havendo, incontestavelmente, por via deste contrato, transferência patrimonial ou “circulação de riqueza” entre patrimônios, embora não haja intercâmbio entre prestações: apenas o doador presta, o donatário limita-se a aceitar. Observe-se que o art. 538 do Código Civil refere expressamente considerar-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, “transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”, havendo, pois, “transferência”, ou “circulação”, mas não o “intercâmbio”. Este existe apenas entre os consensos, não quanto às prestações. Embora o texto do art. 538 não tenha repetido a redação do art. 1.165, do Código de 1916, considera-se residir na aceitação a bilateralidade do negócio: há bilateralidade de manifestações de vontade. Se dispensada a aceitação, não haveria contrato e o ato seria arbitrário, podendo alguém compelir um desafeto a receber um bem que lhe desagradasse ou vexasse. É essencial, porém, a transferência de patrimônio, que pressupõe o empobrecimento do doador e o enriquecimento do donatário. Embora presente a liberalidade, se não presente a transferência patrimonial com base no empobrecimento correlato ao enriquecimento não se estará diante de uma doação, como seria o caso de renúncia abdicativa de uma herança, embora motivada por generosidade e liberalidade (para fins de beneficiar os demais herdeiros). É que, ocorrendo a renúncia, os bens sequer passaram a integrar o patrimônio do doador-renunciante, não se configurando, assim, a circulação/transferência de riquezas, diferentemente do que ocorre na renúncia translativa de herança, e que os bens primeiro integram o patrimônio do herdeiro, que após decide doar a outro herdeiro específico. (v. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos nominados II: contrato estimatório, doação, locação de coisas, empréstimo (comodato – mútuo)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 (Biblioteca de direito civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, v. 4). Por essa razão não creio ser possível transplantar, para um sistema que acolhe um conceito amplo de contrato, como o brasileiro, o entendimento de J. Ghestin, segundo o qual é elemento essencial do juízo de qualificação do contrato o *intercâmbio*, embora não haja dúvidas de que esse elemento estará presente na imensa maioria dos contratos e em todos os contratos bilaterais (GHESTIN, Jacques. *Le Contrat en tant qu'échange économique*. *Rev. D'Économie Industrielle* n.º 92, 2000, p. 81 ss).

interesse econômico dos participantes dessa operação, pois pode ocorrer que o interesse de alguém ao emprestar uma casa a outrem, para sua moradia, seja caritativo, ou ideológico (por exemplo: auxiliar, por amizade, um companheiro do partido político), ou de outra ordem. Como esclarece Enzo Roppo, “a qualificação duma operação como ‘operação econômica’ não pode ser excluída pela circunstância de quem a leva a cabo ser movido, subjetivamente, por impulsos e finalidades de ordem ideal, pelo simples fato de esta não poder identificar-se com o apuramento da vontade ou a esperança subjetiva de ‘fazer um bom negócio’, com a relevância de uma intenção subjetiva de natureza especulativa. Isso porque uma operação é ou não é – objetivamente – uma operação econômica, conforme presente ou não presente as suas *características objetivas*, 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 econômicos’ segundo a aceção corrente, que tende a identificar o ‘econômico’ com o que concerne à procura do lucro, do proveito pessoal”).¹²⁷

Diz-se haver, objetivamente, uma “operação econômica” *quando há circulação de riqueza*, atual ou potencial, de um patrimônio para outro, compreendendo-se por “riqueza” todos os bens e “utilidades” suscetíveis de avaliação econômica, ainda que não sejam “coisas” em sentido próprio.¹²⁸ É a ideia de circulação interpatrimonial que está no núcleo do conceito. *A função primordial do contrato é, pois, viabilizar a circulação de riquezas de um patrimônio para outro*, circulação, essa, que se dá por ato voluntário lícito.¹²⁹

Essa função abarca quaisquer contratos: os contratos de intercâmbio, de que é paradigmática a compra-e-venda; os contratos fiduciários, em cujo núcleo está a relação de confiança, como o mandato; os contratos de organização, como o contrato de sociedade; os contratos de colaboração, como os de agência, corretagem, distribuição etc. Abrange, ainda, tanto contratos que se esgotam em breve lapso temporal, circunscrevendo-se a uma relação pontual e isolada quanto

¹²⁷ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 12-13.

¹²⁸ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 12-13.

¹²⁹ A circulação de riqueza entre patrimônios pode também decorrer de atos voluntários ilícitos, como o dano causado por dolo ou culpa, pois a fixação de uma indenização além de sanção acaba por ser uma forma de precificação (se tomarmos os critérios de dano emergente e lucro cessante). Há, também, as situações apanhadas pelo Direito restitutivo e a circulação de riqueza por atos involuntários, como as decorrentes de atos-fatos e de fatos jurídicos em sentido estrito.

àqueles plasmados como contratos de longa duração,¹³⁰ agregando elementos “relacionais”,¹³¹ tal qual identificados por Ian McNeil.¹³²

Assim, conquanto função de viabilizar a circulação de riqueza não se apresente nem como um elemento *suficiente* (pois, como vimos, há o elemento estrutural, qual seja, a “cola” ou acordo contratual) nem *exclusivo* (pois operações de circulação de riqueza podem ocorrer por outras vias que não o contrato), é, porém, *nuclear e geral*, isto é: está presente em todo e qualquer contrato, seja qual for o seu campo específico: a doação regida pelo Direito Civil, um contrato mercantil como o *leasing*, o encadeamento entre serviços de fornecimento que se podem pôr em complexa dimensão intercontinental, a concessão de obra pública regida pelo Direito Administrativo, o massificado e impessoalizado contrato de cartão de crédito ajustado entre fornecedores e consumidores, e assim por diante.

A função do contrato como veículo de operações de circulação da riqueza de um patrimônio para outro aproxima Direito e Economia, oferecendo o terreno comum para as definições e elaborações de juristas e de economistas, bastando lembrar, em vista do desenvolvimento dos mercados financeiros globais, que o próprio “contrato” é, por vezes, considerado uma mercadoria,¹³³ mero instrumento negociado nos mercados.¹³⁴ Porém, se todo o contrato importa em uma operação

¹³⁰ Escrevi sobre o tema in: MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. In: MOTA, Maurício Jorge Pereira da; NEVES, Gustavo Kloh Muller (Coord.). *Transformações contemporâneas no Direito das Obrigações: estudos em homenagem a Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010 (em vias de publicação).

¹³¹ A categorização é de Ian McNeil, que a expõe em: *The new social contract: an inquiry into modern contractual relations*. New Haven: Yale University, 1980, e, mais recentemente, em *Relational Contract Theory. Challenges and Queries*. *Northwestern University Law Review*, 2000. Uma boa aproximação entre essa teoria, própria ao *Common law*, tendo em vista as perspectivas do Direito contratual do *Civil Law*, é dada por FAVEREAU, Olivier. *Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'économie*. In: JAMIN, Christophe (Org.). *Droit et Économie des Contrats*. Paris: LGDJ, 2008, p. 22 ss. Também BUSSEUIL, Guillaume. *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*. Paris: LGDJ, 2009, p. 147 ss. Na doutrina brasileira: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; FORGIONI, Paula. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 122 ss.

¹³² Veja-se, mais recentemente: MCNEIL, Ian. *Relational Contract Theory. Challenges and Queries*. *Northwestern University Law Review*, 2000. Na doutrina brasileira: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹³³ “Mercadoria” é o conceito central da Teoria Econômica, ou, ao menos, da teoria dominante, dita “Teoria do Equilíbrio Geral”.

¹³⁴ Esses são instrumentos “desencarnados” (como alude DRUMMOND, France Castres Saint-Martin. *Le contrat comme instrument financier. L'Avenir du Droit. Mélanges e Hommage à François Terré*. Paris: Dalloz, 1999, p. 661-675, designando quer uma espécie de instrumentos financeiros, quer os contratos que servem de suporte jurídico para as operações econômicas que tenham por objeto tais instrumentos, presentemente espalhados na prática comercial e que, comumente, caracterizam contratos a prazo celebrados e valorados por referência a um determinado activo subjacente (v. ENGRÁCIA ANTUNES, José A. Os Derivados, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, nº 30,

de circulação de riqueza, nem toda operação de circulação de riqueza se qualifica como contrato, nem, ainda, qualquer operação de circulação de riqueza é recebida de modo idêntico por qualquer Ordenamento.

Para o Direito brasileiro, por exemplo, a transferência *mortis causa* de bens e de direitos, muito embora implique, inegavelmente, a circulação da riqueza do patrimônio do *de cuius* para o de seus herdeiros e legatários, não caracteriza um contrato e, por vezes, nem ato voluntário é. Se tivermos em mente os Ordenamentos do *Common Law*, a doação não será considerada um contrato, embora o seja para o Direito brasileiro. Do mesmo modo, se alguém publica um anúncio em jornal prometendo recompensa se acaso for encontrado um cachorro perdido, não estará a contratar, embora reste vinculado a pagar a recompensa anunciada, se encontrado o cachorro, pois realizou ato unilateral.¹³⁵ É possível, ainda, haver operações de circulação de riquezas teoricamente aceitáveis no plano econômico – se considerada exclusivamente a versão “forte” do discutível parâmetro do “indivíduo racional”¹³⁶ posto em voga por algumas das correntes do *Law and Economics* – que não recebem, todavia, o selo da juridicidade, não sendo permitido o seu válido acolhimento na ordem jurídica, como no caso de uma transação pela qual alguém se compromete a vender sua filha (contrato juridicamente inexistente) ou quando sócio de determinada empresa não detentor de poderes estatutários para a sua gestão assina ajuste para a aquisição de financiamento (contrato inválido, ainda que tenha sido “um bom negócio”). É possível, ainda, haver circulação patrimonial e produção de efeitos análogos aos de um contrato sem que haja contrato entre as partes, derivando diretamente do “contato social”¹³⁷ (notadamente, do “contato

ago. 2008, edição on-line, disponível em: <<http://www.cmvn.pt/NR/exeres/4E827D52-114A-4E50-A0BF-D3DACC4CBD05.htm>>, p. 91, e, ainda, CALHEIROS, Maria Clara. O contrato de swap. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 31 ss, onde refere algumas das mais usuais destas variantes).

¹³⁵ É grande a discussão doutrinária sobre a qualificação da promessa pública de recompensa, se ato não negocial (ato unilateral) ou negócio unilateral. O que importa, nesse passo, é considerar que a unilateralidade vem reconhecida em qualquer das hipóteses.

¹³⁶ Para uma crítica, lembrando o parâmetro da “racionalidade limitada” de Herbert Simon, Prêmio Nobel em Economia, veja-se FAVEREAU, Olivier. Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'économie. In: JAMIN, Christophe (Org.). *Droit et Économie des Contrats*. Paris: LGDJ, 2008, p. 23 ss.

¹³⁷ COUTO E SILVA, Clóvis. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en Droit brésilien et comparé*. Curso lecionado na Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur (Paris XII) em fevereiro e março de 1988. Porto Alegre: datilografado, 1988.

social de consumo”),¹³⁸ ou das impropriamente chamadas “relações contratuais de fato”¹³⁹ ou “atos existenciais”,¹⁴⁰ também fonte de relações obrigacionais.¹⁴¹

A menção aos efeitos do contrato leva a registrar, por fim, o elemento que, não sendo constitutivo do conceito, a ele está ligado substancialmente em razão do caráter finalista do negócio jurídico que antes foi acentuado. Os contratos provocam uma específica *eficácia* geradora da vinculabilidade jurídica obrigacional às partes contratantes, ligadas por uma *expectativa de confiança* para manter o que pactuaram e tal qual pactuaram, se a pactuação foi *conforme com o Ordenamento* e se essa conformidade permanecer durante o tempo de vigência do contrato. Podem, ainda, provocar *eficácia* aos seus destinatários que não sejam “partes” e, até mesmo, de modo mais restrito, a terceiros que não são seus destinatários.

4 A eficácia: a dupla valência da vinculação contratual

A eficácia primária e típica dos contratos ata-se à própria finalidade em vista da qual são pactuados, é dizer: provocar um *quid novi* na situação jurídica dos contraentes eis que são *realizados, teleológica e vinculativamente, para produzir vinculação intersubjetiva, alterando a situação jurídica que deles decorre.*

¹³⁸ A expressão *contato social* está na obra de Couto e Silva (vide nota supra). Adjetivada como “contato social de consumo”, foi utilizada por SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade Civil por Acidentes de Consumo*, ora in: ANCONA LOPEZ, T.; AGUIAR JR., R. Rosado. (Org.). *Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 297-345. Ver, também, PASQUALOTTO, Adalberto. *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, 1997, v. 10, p. 59 ss.

¹³⁹ A expressão é de Gunter Haupt. Vide bibliografia nota infra.

¹⁴⁰ A denominação “atos existenciais” é de Clóvis do Couto e Silva, in: COUTO E SILVA, Clóvis. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*. Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. Para o exame da problemática atinente às relações contratuais de fato, v. FLUME, Werner. *El Negocio Jurídico*. Parte General del Derecho Civil. 4. ed. Tradução espanhola de José María Miquel Gonzalez e Esther Gomes Calle. Fundación Cultural del Notariado, 1998, t. II; FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992, 10 v., p. 27 ss. Para as relações de consumo: *Responsabilidade Civil por Acidentes de Consumo*, ora in: ANCONA LOPEZ, T.; AGUIAR JR., R. Rosado. (Org.). *Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 297-345; e PASQUALOTTO, Adalberto. *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, 1997, v. 10, p. 40 ss.

¹⁴¹ Com razão Adalberto Pasqualotto, ao mencionar: “Ato-fato, contacto social, ato existencial ou conduta socialmente típica, todas essas denominações referem-se ao mesmo fenômeno, eventualmente visto com maior ou menor vulto” (*Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, 1997, v. 10, p. 57). O fenômeno aludido é o da tipicidade social, resultando eficácias jurídicas de comportamentos sociais que se tornam típicos (socialmente) antes de serem apanhados e sistematizados pelas categorias jurídicas existentes.

Toda declaração negocial, diz Junqueira de Azevedo, “vem com um claro sentido de futuro, ela não se esgota em si mesma, é posta pelo agente para produção de determinados efeitos”.¹⁴² No contrato, os efeitos buscados são os de gerar, para uma ou para ambas as partes, uma transformação que é *eficácia contratual* em sentido próprio, muito embora, na vida prática, um contrato possa não gerar essa vinculação (contrato nulo); ter cessada essa vinculação (contrato anulável) e possa, inclusive, atingir não apenas as partes (ou não a uma das partes), mas a terceiros, em alguns casos sendo justamente este o seu escopo.¹⁴³ Essa predisposição finalista a provocar um *quid novi* distingue um contrato de outras atividades comunicativas – como a celebração de “cartas de intenção”, “acordos de cavaleiro” ou similares –, que, conforme as circunstâncias, podem produzir alguns *efeitos jurídicos obrigacionais*¹⁴⁴ (como, exemplificativamente, algumas eficácias indenizatórias específicas da fase pré-contratual), mas não têm de per si *eficácia contratual* porque a atividade comunicativa expressa na declaração não foi predisposta a essa finalidade.¹⁴⁵

A eficácia de vinculação contratual, resultante da coimplicação entre autonomia privada e proteção da confiança legítima,¹⁴⁶ faz considerar a *dúpla dimensão*

¹⁴² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial* – Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial. São Paulo: ed. do autor, 1986, p. 15.

¹⁴³ Há contratos com eficácia externa direta, como, v. g., os contratos em favor de terceiros, e há a possibilidade de eficácia indireta e secundária, como a eficácia relativamente à posição do terceiro vítima de um dano consecutivo ao inadimplemento de uma obrigação ou como a refletida na parte credora de uma obrigação que sofre dano em razão de ato de terceiro que contribui para o inadimplemento da obrigação assumida pelo cocontratante devedor (Ver: NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 229 ss).

¹⁴⁴ Em contrário, entendendo não haver efeitos jurídicos: AZEVEDO, Antonio Junqueira de: *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*: Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial. São Paulo: ed. do autor, 1986.

¹⁴⁵ Não é, contudo, a mera denominação que distingue entre um contrato e um acordo pré-contratual. Conquanto esta sirva de indicio, a distinção muitas vezes deverá ser feita por via da atividade hermenêutica, com o recurso aos seus critérios e métodos.

¹⁴⁶ No desenrolar do séc. XX, principalmente nas suas décadas finais, várias teorias se ocuparam do problema das razões da vinculabilidade, desvinculando-o da perspectiva voluntarista. As mais importantes são as Teorias Negociais da Confiança. Com formulação variada entendem, em síntese, que o negócio vincula em razão da confiança despertada no destinatário da declaração. Alguns combinam a proteção do declarante com elementos da autodeterminação. Uma variante – que bipolariza os critérios para a determinação do negócio, construindo-se o conceito de negócio jurídico de modo amplo, para permitir abranger também os casos de prestação massificada de serviços e de bens essenciais, foi formulada por CW. Canaris, estando estampada na Reforma do Código Civil alemão, de 2001 (Versam o tema, em língua portuguesa: MOTA PINTO, Paulo Cardoso C. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995; MENEZES CORDEIRO, Antonio. A. *Tratado de Direito Civil Português*. I. Parte Geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, t. I; CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007. Outras correntes, influenciadas pela Teoria da Linguagem de Austin, têm caracterizado o negócio jurídico como “ato performativo”, daí derivando a vinculabilidade que suscita

da ação comunicativa expressada no acordo contratual e compreendida em vista de sua função: ela vale como *ato de determinação*¹⁴⁷ de obrigações, deveres e direitos, mas, igualmente, como *ato de comunicação*,¹⁴⁸ configurando, como tal, acontecimento ou fato gerador de expectativas legítimas socialmente averiguáveis.¹⁴⁹

Da dupla valência inserta no “acordo contratual” surge a *autovinculação*, isto é, o comprometimento pessoal e a assunção voluntária da responsabilização para com o cumprimento daquilo que foi prometido. Surge, igualmente, a *eficácia contratual*, isto é: a alteração das situações jurídicas que deles decorrem.¹⁵⁰ Porém, essa eficácia só decorre das declarações feitas livremente, isto é: aquelas que comportarem, para o declarante, a possibilidade de um “sim” e de um “não” na medida em que a autorresponsabilização e a autovinculação “só pode[m] acontecer [...] se a pessoa pode dispor do ‘não’, se ela é livre ou não para assumir o compromisso”.¹⁵¹ A liberdade pode restringir-se a aceitar, ou não, proposta de

(ver, em língua portuguesa, FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992). O Código Civil brasileiro acolheu a Teoria da Confiança, segundo explicita Moreira Alves, ao referir que a expressão *intenção consubstanciada na declaração* constante do art. 112 conduz “ao respeito à boa-fé e à confiança dos interessados, e a consequente responsabilidade do autor”, adotando-se uma concepção de negócio jurídico que leva em consideração “a responsabilidade por parte daquele que declara a sua vontade e os aspectos de confiança daquele que recebe essa vontade” (MOREIRA ALVES, José Carlos. A Parte Geral do Projeto do Código Civil. *Revista do Conselho da Justiça Federal*, v. 9, Brasília, 1999. Disponível em: <www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo1.htm>, p. 1-12).

¹⁴⁷ A valência determinativa liga-se à compreensão da autonomia privada como poder nomogénico, isto é, poder para a produção de normas juridicamente vinculantes (*lex privata*) pelos sujeitos privados. Esse poder é exercido, geralmente, por meio de declarações negociais que são *declarações normativas e determinativas*, na medida em que delas nascem normas com eficácia determinativa para as pessoas declarantes, isto é, eficácia de vinculação jurídica (v. BAPTISTA MACHADO, João. A Cláusula do Razoável. *Obra Dispersa*. Braga: Scientia Jurídica, 1991. v. I, p. 518. Mencionei o tema em: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, t. II, p. 59 ss).

¹⁴⁸ A valência comunicativa decorre da constatação de ser a vontade socialmente reconhecível, decorrente do ato de autonomia privada, inseparável do seu significado comunicativo (v. BAPTISTA MACHADO, João. Tutela da Confiança e “Venire Contra Factum Proprium”. *Obra Dispersa*. Braga: Scientia Jurídica, 1991, v. I. E ainda: RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 68-79). Para uma análise da valência comunicativa sob o prisma das Teorias da Linguagem e sua performatividade, v. FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992).

¹⁴⁹ Lembra Ferreira de Almeida que, no Direito português, “o valor da declaração relaciona-se sempre com o sentido do comportamento do declarante e não com a confiança que ele tenha suscitado” (op. cit., p. 63). O mesmo vale para o Direito brasileiro face à regra do art. 112 do Código Civil (“intenção consubstanciada na declaração”).

¹⁵⁰ Citando a opinião dominante, FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992, 1^a v., p. 202.

¹⁵¹ v. BAPTISTA MACHADO, João. A Cláusula do Razoável. *Obra Dispersa*. Braga: Scientia Jurídica, 1991, v. I, p. 518).

contrato, o que explica a qualificação como “contrato” dos ajustes formados por adesão, em que há a possibilidade de não contratar.

A percepção da dupla dimensão da ação comunicativa que estrutura um contrato como ato de autonomia privada, na forma antes sumarizada, leva, outrossim, a distinguir, analiticamente, entre: a vinculação nascida de uma declaração negocial em si mesma considerada como *ato de autonomia privada* (portanto, geradora de uma eficácia querida pelo declarante); e vinculações nascidas do mesmo negócio considerado como *fato comunicativo*, fato social, e geradoras de uma eficácia prevista por critérios normativos preexistentes, para cuja incidência é a própria conduta das partes considerada como fato relevante.¹⁵²

No primeiro caso, considera-se que a ordem jurídica assegura amplo campo de decisão aos particulares acerca dos próprios compromissos que desejam criar, desenvolver, manter ou encerrar, permitindo aos indivíduos e às empresas submeterem esses compromissos à sanção do direito e responsabilizando-os pelos compromissos assumidos. No segundo caso, as partes podem, por sua conduta, fazer incidir os “ditames de uma ordem objetiva adaptados às circunstâncias da concreta situação de expectativa criada pela interação dos participantes”.¹⁵³ O autor da conduta contrária a esses ditames resta, então, onerado com “deveres de solicitude para com os interesses em causa”¹⁵⁴ e, potencialmente, responsabilizado por danos acaso surgidos. É o caso de uma conduta contratual contrária ao princípio da boa-fé objetiva, considerado como princípio de direcionamento e coordenação do comportamento devido na relação obrigacional.¹⁵⁵ De sua incidência podem surgir deveres “avoluntarísticos” e, mesmo assim, de observância devida, que se apresentam, todavia, de modo diferenciado conforme as circunstâncias subjetivas e objetivas do contrato.¹⁵⁶

Chegados a esse ponto, cabe responder à questão: afinal, qual é, neste início de séc. XXI, o conceito de contrato que torna compreensível essa poliédrica figura desde uma síntese minimamente unitária?

Escrevendo sobre o conceito de contrato em perspectiva comparatista, Rodolfo Sacco observou haver duas maneiras para defini-lo: ou pela indicação dos seus elementos constitutivos, comuns a todo e qualquer gênero de contrato, necessários

¹⁵² BAPTISTA MACHADO, João. A Cláusula do Razoável. *Obra Dispersa*. Braga: Scientia Jurídica, 1991, v. I, p. 531.

¹⁵³ BAPTISTA MACHADO, João. A Cláusula do Razoável. *Obra Dispersa*. Braga: Scientia Jurídica, 1991, v. I, p. 520.

¹⁵⁴ BAPTISTA MACHADO, João. A Cláusula do Razoável. *Obra Dispersa*. Braga: Scientia Jurídica, 1991, v. I, p. 574.

¹⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, t. II, p. 339 ss.

¹⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, t. II, p. 341.

à sua existência (sempre considerada a relatividade histórica dessa existência), embora nem sempre suficientes à sua qualificação; ou, diversamente, por meio da indicação de todos os elementos constitutivos necessários para que um fato seja considerado pelo Direito (também considerado em sua relatividade histórica) como um contrato. A primeira via, assegura, pode conduzir a detectar o *genótipo* do contrato, enquanto a segunda leva aos seus *fenótipos*.¹⁵⁷

A metáfora parece útil para explicitar a escolha feita nesse estudo ao se reunir, *en vol d'oiseau*, História, Estrutura e Função: o Direito positivo (e o Comparado) dão conta dos diferentes *fenótipos* contratuais, mas só a História faz perceber a relatividade do *genótipo*, assim apontando, com veemência, tanto à ausência de uma “essência contratual” quanto à possibilidade de se apanhar o fenômeno sob um conceito *jurídico*, isto é, um instrumento do pensamento que permite sistematizar e classificar os fenômenos do mundo segundo um discurso juridicamente ordenante da realidade social. Não sendo, porém, o Direito um “filho do céu” (como dizia Tobias Barreto),¹⁵⁸ mas uma permanente construção social cujo tecido é a rede de tradições, tensões, necessidades, interesses e percepções sociais, não só esse conceito está sujeito, continuamente, a mutações, como novas transformações se avizinham,¹⁵⁹ observando-se a tendência crescente à sua desmaterialização, despersonalização e mercantilização (no sentido de tornar-se, ele mesmo, uma mercadoria).¹⁶⁰

Considerada a realidade hoje vigente, as notas mínimas de um conceito capaz de dar sentido unitário à expressão *contrato* resultam, como se procurou demonstrar, da *coimplicação entre estrutura e função*: nem apenas acordo, nem só função,

¹⁵⁷ SACCO, Rodolfo. Il Contratto nella Prospettiva Comparatistica. In: MAZZAMUTO, Salvatore (Org.). *Il Contratto e Le Tutele*. Prospettive di Diritto Europeo. Turim: Giappichelli, 2002, p. 20.

¹⁵⁸ “É preciso bater cem vezes e cem vezes repetir: o Direito não é um filho do céu, é, simplesmente, um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade” (BARRETO, Tobias. *Ideia do Direito. Estudos de Direito*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1951, p. 168-169).

¹⁵⁹ “Se as palavras têm um sentido”, diz France Castres Saint-Martin-Drummond, “o mercado provocou uma mutação do contrato” (DRUMMOND, France Castres Saint-Martin. *Le contrat comme instrument financier. L'Avenir du Droit. Mélanges e Hommage à François Terré*. Paris: Dalloz, 1999, p. 669). A bem verdade, essas mutações são uma constante histórica: o mercado sempre provoca a mutação do contrato. A própria “desmaterialização” tem impulso quando, num mercado como o vigente, bens imateriais – como o crédito, a imagem, a informação – sobrelevam aos bens materialmente considerados, sendo uma passagem importante nessa “mutação”, por exemplo, a diferença entre a cessão de crédito (em que o crédito é o bem passível de transmissão) com a cessão de posição contratual (em que o contrato em si é o objeto da transmissão), além dos já mencionados contratos de derivativos que tornam o contrato, de veículo de mercadorias, a própria mercadoria veiculada.

¹⁶⁰ Não apenas nos contratos de massa, formados por adesão a condições gerais dos negócios e nos contratos formados via Internet, mas, principalmente, nos contratos bursáteis em que a pessoa dos contraentes é ocultada pelo “dupla tela (*double écran*)” do Intermediário e da máquina” (DRUMMOND, France Castres Saint-Martin. *Le contrat comme instrument financier. L'Avenir du Droit. Mélanges e Hommage à François Terré*. Paris: Dalloz, 1999, p. 668).

o contrato é, *funcionalmente*, o que a experiência indica ser, na atual estrutura socioeconômica, o esquema formal da circulação de riquezas por ato voluntário e lícito entre patrimônios, segundo arranjos de interesses modelados com relativa liberdade de conformação, pelos sujeitos privados. Identifica-o, *estruturalmente*, o “acordo contratual” que une os contraentes a partir de uma atividade comunicativa, gerando-lhes uma *expectativa de confiança*, legitimamente amparada em dados fáticos e jurídicos, no sentido de que tal arranjo de interesses deve ser cumprido segundo sua função e sua finalidade concreta. Por conta da conjugação entre essa função e estrutura é que o Direito assegura a *eficácia* geradora da vinculabilidade das partes à manutenção do que pactuaram e tal qual pactuaram, se a pactuação foi conforme com o Ordenamento e se essa conformidade permanecer durante o tempo da vigência do contrato.

Pode-se, assim, finalmente, conceituar o contrato por seu genótipo como o resultado de *uma atividade comunicativa voluntária e lícita entre sujeitos qualificados como suas “partes”, atividade, essa, expressada em um acordo, determinado ou determinável temporalmente, voltado, teleológica e vinculativamente, para a produção de efeitos jurídicos primordialmente entre as suas partes, e cuja função é a de fazer circular a riqueza entre patrimônios, transformando a situação jurídico-patrimonial dos envolvidos e gerando-lhes uma expectativa ao cumprimento garantida pelo Ordenamento, segundo os seus critérios técnicos e valorativos.*

Esses traços apontam, paradoxalmente, ao que une e ao que desune Direito e Economia. Esta chama de “contrato” a um acordo determinativo de ações a serem efetuadas pelas duas partes (“*performances*” ou atuações a realizar, quantidades a trocar, transferências a pagar etc.), durante um determinado período de tempo, em função de sinais verificáveis e de mensagens transmitidas.¹⁶¹ As ideias de *atividade comunicativa* e de *acordo dotado da expectativa de confiança* estão, como se vê, no centro dos dois campos, o econômico e o jurídico. A diferença está no Direito, que normatiza e garante em acordo aos seus critérios técnicos e valorativos.

Não obstante estar vizinho à Economia, o Direito contratual mantém o seu campo próprio, a própria noção de *Ordem econômica* dizendo respeito a uma ordem juridicamente orientada.¹⁶² Pertencem a esse campo uma gramática própria, orde-

¹⁶¹ Assim, FAVEREAU, Olivier. Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'économie. In: JAMIN, Christophe (Org.). *Droit et Économie des Contrats*. Paris: LGDJ, 2008, p. 24. Explica o autor que por “sinais verificáveis” entendem-se as variáveis observáveis não apenas pelas partes, mas, também, por um terceiro, o que permite demandar a um tribunal para ver respeitadas as cláusulas do acordo (do contrário, ao invés de “verificabilidade”, fala-se apenas em “observabilidade”).

¹⁶² IRTI, Natalino. Concetto giuridico di mercato e dovere di solitarietà. In: MARTINS-COSTA, Judith. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 1998. A *Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 617-618.

nante das relações sociais,¹⁶³ uma tradição duas vezes milenar no refinamento científico da linguagem e técnicas especiais, exaustivamente decantadas, para possibilitar a *leitura jurídica* do mundo socioeconômico e cultural por meio de um instrumental cognoscitivo que é específico do jurista e que permite analisar “de dentro” e não apenas externamente os fenômenos sociais.¹⁶⁴ A esse valioso instrumental pertence o conceito de contrato. Não se pode, evidentemente, limitar o jurídico ao jurídico, pois há, imperiosa, uma realidade econômica e social subjacente que é sempre transformadora. Porém, não se pode, igualmente, esquecer a especificidade do jurídico. A Economia está no coração do vigente Direito dos Contratos, mas não leva à sua dissolução. As mesmas palavras podem ter valências diversas para o jurista e para o economista, não devendo espantar que assim o seja.

Bibliografia

- ALPA, G.; FUSARO, A. (Org.). *Effetti del Contratto nei Confronto dei Terzi*. Milão: Giuffrè, 2000.
- ALMEIDA COSTA, Mário Julio. *Direito das Obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Vínculo Obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção – uma análise histórica e cultural)*. 2004. Tese de Livre Docência. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- ARISTOTELES, *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Rosa. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil e Teoria Geral: acções e factos jurídicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. v. II.
- ATTYAH. *An Introduction to the Law of Contract*. Oxford, 1989.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial: Noções Gerais e Formação da Declaração Negocial*. São Paulo: ed. do autor, 1986.
- BAPTISTA MACHADO, João. A Cláusula do Razoável. *Obra Dispersa*. Braga: Scientia Jurídica, 1991, v. I. p. 339 ss.
- BARRETO, Tobias. *Idéia do Direito. Estudos de Direito*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1951.

¹⁶³ É próprio do Direito ser “ordenamento” na dupla acepção de “pôr ordem” na realidade e “pôr em ordem” parcelas dessa mesma realidade.

¹⁶⁴ Assim observa GROSSI, Paolo. Sulla “natura” del contratto (qualque nota sul “mestiere” di storico del diritto, a proposito di un recente “corso” di lezione). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 15, 1986, p. 612.

- BIROCCHI, Italo. *Causa e Definição de Contrato na Doutrina do Séc. XVI* (materiais para uma monografia). Tradução de José Reinaldo de Lima Lopes. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/publicaçõe/RDGV_03_p065_088.pdf>.
- BRETONE, Mario. *I Fondamenti del Diritto Romano. Le Cose e la Natura*. Roma: Laterza, 1998.
- BUSSEUIL, Guillaume. *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*. Paris: LGDJ, 2009.
- CALASSO, Francesco. *Gli Ordinamenti Giuridici del Rinascimento Medievale*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1949.
- _____. *Il concetto di diritto comune. Introduzione al diritto comune*. Milão: Giuffrè, 1951.
- CALHEIROS, Maria Clara. *O contrato de swap*. *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*: Coimbra Editora, 2000.
- CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.
- CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933. v. I.
- CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 5. ed. Trad. de Roneida Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2001. v. I.
- CASTORJADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. Trad. Guy Reynaud. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- CASTRESANA, Amélia. *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*. Madrid: Tecnos, 1991.
- CESAR, Denise Oliveira. *Obrigação de Fornecimento do Medicamento após a Conclusão de Pesquisa*. 2009. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre: UFRGS. Orient.: MARTINS-COSTA, Judith. No prelo.
- CHEVREAU, E.; MAUSEN, Y.; BOUGLÉ, C. *Introduction Historique au Droit des Obligations*. Paris: Litec, 2007.
- CLAVERO, Bartolomé Antidora. *Antropologia Católica de la Economía Moderna*. Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno. Col. Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno. Milão: Giuffrè, 1991. v. 39.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*. *Revista Interesse Público*, v. 16, Porto Alegre, 2002.
- COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- _____. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*. Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- _____. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en Droit brésilien et comparé*. Curso lecionado na Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur (Paris XII) em fevereiro e março de 1988. Porto Alegre: datilografado, 1988.

- DRUMMOND, France Castres Saint-Martin. *Le contrat comme instrument financier. L'Avenir du Droit. Mélanges e Hommage à François Terré*. Paris: Dalloz, 1999.
- DOMAT, Jean. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Paris, 1689-1691, Des Engagements, I, I, I, 1, art. 2 ss, spec.10. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=TNI-AAAACAAJ&printsec=frontcover&source=gbs_v2_summary_r&cad=0>, p. 72-73.
- ENGRÁCIA ANTUNES, José A. Os Derivados. *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, nº 30, ago. 2008, edição on-line. Disponível em: <<http://www.cmvm.pt/NR/exeres/4E827D52-114A-4E50-A0BF-D3DACC4CBD05.htm>>.
- FAVEREAU, Olivier. Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'économie. In: JAMIN, Christophe (Org.). *Droit et Économie des Contrats*. Paris: LGDJ, 2008.
- FAUVARQUE-COSSON, B.; MAZEAUD, D. (Org.). *Terminologie Contractuelle Commune*. Projet de Cadre Commun de Référence. Paris: Association Henri Capitant – Société de Législation Comparée, 2008.
- FERREIRA, Waldemar. Locução inicial proferida na Sessão Plenária de 12 de agosto de 1950, pela passagem do Cinquentenário da Faculdade de Direito de Porto Alegre, Universidade do RS. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, 1951, ano III, v. I, p. 13-18.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992, 2 v.
- FERRI, Giovanni Battista. Voc. "Parte del Negozio". *Enciclopedia del Diritto*. Milão: Giuffrè, 1981, v. XXXI.
- _____. La Nozione di Contratto. In: RESCIGNO, P. *Trattato dei Contratti*. I Contratti in Generale. Turim: UTET, 1999. t. primo.
- FIORI, Roberto. Fides Bona e Bona Fides. In: CARDILLI, Riccardo et al. *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*. v. 3. Napoles: Jovene Editore, 2008.
- FLUME, Werner. *El Negocio Jurídico*. Parte General del Derecho Civil. 4. ed. Tradução espanhola de José Maria Miquel Gonzalez e Esther Gomes Calle. Fundación Cultural del Notariado, 1998. t. II.
- FORGIONI, Paula. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da Mercancia ao Mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FRADERA, Vera Jacob de. O valor do silêncio no novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; CESAR, Joaquim P. de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Org.). *Aspectos Controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GAZZANIGA, Jean-Louis Domat et Pothier. Le contrat au fin de l'Ancien Régime. *Droits*, nº 12, p. 161 ss.
- GHESTIN, Jacques. Le Contrat en Tant qu'échange Économique. *Rev. D'Économie Industrielle* nº 92, 2000.
- _____. *Cause de l'engagement et validité du contrat*. Paris: LGDJ, 2006.
- GODEFROY, *Dic. Ancien Français*, p. 346, versão eletrônica. Disponível em: <<http://www.micmap.org/dicfro/?c=p&f=&l=346&i=&w=covenances&p=346&v=2&d=gdf>>.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GROSSI, Paolo. *Il Ordine Giuridico Medievale*. Roma-Bari: Laterza, 1995.

_____. Sulla "natura" del contratto (qualque nota sul "mestiere" di storico del diritto, a proposito di un recente "corso" di lezione). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 15, 1986.

HOBBS, Th. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção Os Pensadores. São Paulo, Abril Cultural, 1974. Cap. XIV.

IRTI, Natalino. Concetto giuridico di mercato e dovere di solitarietà. *L'ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 1998.

MCNEIL, Ian. *The new social contract: an inquiry into modern contractual relations*. New Haven: Yale University, 1980.

_____. Relational Contract Theory. Challenges and Queries. *Northwestern University Law Review*, 2000.

MANTOVANI, Dario. *Le formule nel processo privato romano: per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Milano: CEDAM, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. O Método da Concreção e a Interpretação dos Contratos: Primeiras Notas de uma Leitura Suscitada pelo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore. *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*, nºs VII e VIII – v. 6. Porto Alegre, maio 2007.

_____. *A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 2009. v. V, t. II.

_____. A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. In: MOTA, Maurício Jorge Pereira da; NEVES, Gustavo Kloh Müller (Coord.). *Transformações contemporâneas no Direito das Obrigações: estudos em homenagem a Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010 (em vias de publicação).

MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva. Forma e razão nas sociedades arcaicas. *Sociologia e Antropologia*. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

MAZEAUD; MAZEAUD; CHABAS. *Leçons de Droit Civil. Obligations*. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998. t. II, v. I.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENEZES CORDEIRO, A. *Tratado de Direito Civil Português*. I. Parte Geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. t. I..

- MICHELON JR., Claudio. *Direito Restitutivo*. Biblioteca de Direito Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 8.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro, com análise do texto aprovado pela Câmara dos Deputados*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- _____. *A Parte Geral do Projeto do Código Civil*. *Revista do Conselho da Justiça Federal*, v. 9, Brasília, 1999. Disponível em: <www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo1.htm>, p. 1-12.
- MOTA PINTO, Paulo Cardoso C. *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.
- MULLER DA ROSA, Carla. *Pesquisadores e indivíduos capazes em situação de vulnerabilidade sociodemográfica: o papel da informação no processo de consentimento informado para a pesquisa biomédica em seres humanos e a sua regulação pelo direito civil brasileiro*. 2009. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre: UFRGS. Orient.: MARTINS-COSTA, Judith. No prelo.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem Causa, de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Tradução de Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994.
- LÉCUYER, Hervé. *Le contrat, acte de prévision. L'avenir Du Droit. Mélanges en Hommage a François Terré*. PUF: Ed. Dalloz. Paris: Juris Classeur, 1999.
- LIPARI, Nicolo. *Derecho Privado: un ensayo para la enseñanza*. Bolonha: Ed. Real Colegio de España, 1980.
- LISBOA, José da Silva. *Observações sobre a Franqueza da Indústria, e Estabelecimento de Fábricas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1999.
- PASQUALOTTO, Adalberto. *Os Efeitos Obrigacionais da Publicidade no Código de Defesa do Consumidor*, 1997.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos Contratuais Perante Terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. II.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. III.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. XXXVIII.
- PORTO MACEDO JR., Ronaldo. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.
- _____. *Direito dos Contratos e Regulação do Mercado. Globalização e Direito*. *Studia Iuridica. Boletim da Faculdade de Direito* 73. Colloquia 12. Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SACCO, Rodolfo. *Il Contrato nella Prospettiva Comparatistica*. In: MAZZAMUTO, Salvatore (Org.). *Il Contrato e Le Tutele*. Prospettive di Diritto Europeo. Turim: Giapichelli, 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Contratos nominados II: contrato estimatório, doação, locação de coisas, empréstimo (comodato – mútuo)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 (Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, v. 4).

_____. *Responsabilidade Civil por Acidentes de Consumo*. In: ANCONA LOPEZ, T.; AGUIAR JR., R. Rosado. (Org.). *Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Tradução espanhola de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch, 1960.

TALAMANCA, Mario. *La bona fides nei giuristi romani – “Leerformeln” e valori dell’ordinamento* In: GAROFALO, Luigi (Org.). *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporânea – Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*. Pádua: Cedam, 2004. v. IV.

TRABUCCHI, Alberto. *Il contratto como fato giuridico. L’accordo. L’impegno. Il Contrato*. Silloge in onore di Giorgio Oppo. Pádua: Cedam, 1992. v. I.

TUTIKIAN, Priscila. *O Silêncio na Formação dos Contratos*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008.

VOLANTE, Raffaele. *Il Sistema Contrattuale del Diritto Comune Classico*. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani. Milão: Giuffrè, 2001.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Gulbenkian, 1980.

ZWEIGERT, K.; KOTZ, H. *Introduzione al Diritto Comparato*. Tradução italiana. Milão: Giuffrè, 1998. t. I e II.