

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Renata Guimarães Pompeu

**O EXERCÍCIO DIALÓGICO DA AUTONOMIA PRIVADA COMO EXPRESSÃO DA
CONCIDADANIA:**

Por uma visão crítico- reconstrutiva da relação jurídica contratual

Belo Horizonte

2012

Renata Guimarães Pompeu

**O EXERCÍCIO DIALÓGICO DA AUTONOMIA PRIVADA COMO EXPRESSÃO DA
CONCIDADANIA:**

Por uma visão crítico- reconstrutiva da relação jurídica contratual

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em
Direito da Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção
do título de Doutor em Direito Privado.

Orientadora: Professora Doutora Taísa Maria
Macena de Lima

Belo Horizonte

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

P788e	<p>Pompeu, Renata Guimarães</p> <p>O exercício dialógico da autonomia privada como expressão da concidadania: por uma visão crítico- reconstrutiva da relação jurídica contratual / Renata Guimarães Pompeu. Belo Horizonte, 2012. 137f.</p> <p>Orientadora: Taísa Maria Macena de Lima</p> <p>Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.</p> <p>1. Autonomia privada. 2. Contratos. 3. Direito. 4. Economia. 5. Atos jurídicos. I. Lima, Taísa Maria macena de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p>SIB PUC MINAS</p> <p>CDU: 347.44</p>
-------	---

Renata Guimarães Pompeu

**O EXERCÍCIO DIALÓGICO DA AUTONOMIA PRIVADA COMO EXPRESSÃO DA
CONCIDADANIA:**

Por uma visão crítico- reconstrutiva da relação jurídica contratual

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Privado.

Prof. Dra. Taísa Maria Macena de Lima
Orientadora – PUC/MINAS

Prof. Dr. Eduardo Tomasevicius Filho - USP

Prof. Dr. Giordano Bruno Roberto Soares - UFMG

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta – PUC/MINAS

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior - PUC/MINAS

Belo Horizonte, 10 de abril de 2012.

Para aqueles que escolhem construir sua autonomia.

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, querido amigo de todas as horas, conversas e filosofias. Amo você!

À minha mãe, que me ensina a melhor “habitar” o espaço público. Amo você!

Ao Ivan, o melhor irmão e amigo, pelo exemplo profissional e pela parceria na vida!

À minha querida cunhada Ana Paula, pois sua amizade torna as horas difíceis mais alegres.

À Paulinha, grande amiga das longas horas de pesquisa. Obrigada por sempre me acolher tão bem!

Ao Ely, que muito mais do que um padrinho, é um grande amigo! Valeu a sua bondade!

Ao Marco Antônio, pelas conversas e debates tão frutíferos para este trabalho!

À professora Taisa Maria Macena de Lima, pela sua delicada firmeza na transmissão do conhecimento.

À professora Maria de Fátima Freire Sá, pela amizade e confiança nestes passos do doutoramento.

Ao Gustavo, por me apresentar as melhores letras do Direito Civil.

RESUMO

O trabalho teve como objetivo básico a investigação do tema da autonomia privada no âmbito dos contratos. O problema nuclear se propunha a pesquisar a autonomia como um poder jurídico de construção da identidade social dos sujeitos. E a partir dessa premissa, se perguntar se a autonomia contratual apresentava natureza essencialmente discursiva no desenvolvimento da relação jurídica obrigacional. O início da pesquisa se dedicou a conhecer a autonomia, sua natureza de *postesta* que possibilita ao indivíduo desenvolver seus projetos pessoais de dignidade entre as heteronomias culturais que lhe fazem resistência. Em seguida, o trabalho destacou a dialogia como fundamento do exercício da autonomia e sua ligação com a realidade da concidadania. A realização da autonomia se daria a partir do pressuposto da liberdade e fundamentalmente em termos de intersubjetividade. E essa relação entre sujeitos tem nos contratos um dos seus lócus essenciais. Um terceiro momento da pesquisa foi a discussão da autonomia privada, sua acepção jurídica, diferenças em relação à autonomia da vontade e sua estreita ligação com o desenvolvimento dos projetos pessoais de dignidade. Definidos esses pressupostos, a autonomia privada foi então investigada diante de uma percepção dinâmica das relações obrigacionais no contrato. Neste momento, foi tratada a concepção estrutural do contrato, mas principalmente seu caráter funcional, percebida por meio de sua natureza econômica. E Economia surge aqui como fenômeno macro que recebe tratamento jurídico, pois traz à tona fenômenos patrimoniais e extrapatrimoniais do contrato. No último capítulo do trabalho, tratou-se então da autonomia contratual na construção da relação dinâmica do contrato, enfrentando os princípios conformadores deste contexto. O exercício dialógico da autonomia contratual impôs também a redefinição do papel da parte e do terceiro, fixando outras funções diante do vínculo. Essa mudança se verifica em situações como as dos contratos de adesão e relacionais, demonstrando a existência de uma nova teoria dos contratos que avança. Assim, em termos de considerações finais, pode-se dizer que se demonstrou a natureza dialógica do exercício da autonomia contratual o que revelou um dos pontos caracterizadores de outra realidade dos contratos.

Palavras-chave: Autonomia privada. Contratos. Direito. Economia. Dialogia. Concidadania. Negócio Jurídico.

ABSTRACT

The study aimed to investigate the basic theme of personal autonomy under the contracts. The nuclear issue is proposed to search for autonomy as a legal power of social identity construction. And from this premise, ask if the contractual autonomy had essentially discursive nature in the development of obligational legal relationship. The early research was devoted to knowing the autonomy itself, the *potesta* nature is that enables the individual to develop their personal projects of dignity among the cultural heteronomy who offers resistance. Then, the work highlighted the dialogism as the foundation of the exercise of autonomy and its connection with the reality of concidania. The achievement of autonomy would be the assumption of freedom and fundamentally in terms of intersubjectivity. And this relationship between the contracts is a subject of its essential locus. A third point of the study was the discussion of autonomy, the legal sense, differences in relation to autonomy “*da vontade*” and its close connection with the development of personal dignity. Defined these assumptions, the private autonomy was then investigated on a perception of dynamic relations in obligational contract. At this time, was treated to the structural design of the contract, but rather its functional character, seen through its economic nature. And Economy macro phenomenon appears here as legal treatment it receives, it brings to light phenomena sheet and off balance sheet of the contract. In the last chapter of the work, it was then the contractual autonomy in the construction of the dynamic relationship of the contract, addressing the principles as this context. The dialogical exercise of contractual autonomy also imposed a redefinition of the role of the party and the third, setting other functions on the bond. This change occurs in situations such as contracts of adhesion and relational, demonstrating the existence of a new theory of forward contracts. Thus, in terms of final considerations, we can say that demonstrated the dialogic nature of the exercise of contractual autonomy which proved one of the characteristic features of the contracts of another reality.

Keywords: Private Autonomy. Contracts. Law. Economy. Dialogue. Citizenship. Business.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	15
2 A AUTONOMIA COMO PODER DE CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE INTERSUBJETIVA.....	21
2.1 Delimitação científica da noção de poder	23
2.2 A noção de autonomia individual e intersubjetividade.....	26
2.2.1 <i>A relação dialógica como viabilizadora da autonomia individual</i>	<i>35</i>
2.3 A Economia como racionalidade científico-social da construção da identidade nas relações intersubjetivas de mercado	42
2.4 O Direito como legitimador do exercício da autonomia nas relações contratuais.....	45
3 A DIALOGIA COMO PRESSUPOSTO DO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA	46
3.1 A concepção de dialogia no contexto jurídico	50
3.2 Dialogia e a noção de concidadania	51
3.3 Dialogia e ação	58
3.4 Dialogia e o processo discursivo-deliberativo de formação do contrato	59
4 A AUTONOMIA PRIVADA COMO PODER JURÍDICO DE CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE SOCIAL	62
4.1 Hipóteses dos fundamentos da autonomia privada como conceito jurídico	64
4.2 Distinção conceitual: a concepção jurídica da autonomia da vontade	69
4.3 Definição do conceito jurídico de autonomia privada.....	72
4.4 Da autonomia negocial à autonomia contratual	74
4.4.1 <i>A natureza heterônoma da autonomia contratual</i>	<i>77</i>
4.5 Autonomia privada e a dignidade humana	82
5 A AUTONOMIA PRIVADA NA RELAÇÃO CONTRATUAL: DA CONCEPÇÃO TRADICIONAL À PERCEPÇÃO DINÂMICA DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL	84
5.1 A clássica concepção estrutural do contrato	85
5.1.1 <i>O conceito jurídico.....</i>	<i>87</i>
5.1.2 <i>O conceito de parte e terceiro no contrato.....</i>	<i>88</i>
5.1.3 <i>O direito dos contratos.....</i>	<i>90</i>
5.2 Natureza essencialmente econômica da autonomia contratual.....	91
5.3 A análise econômica do direito como pressuposto contratual.....	95
5.3.1 <i>A operação econômica.....</i>	<i>98</i>
5.3.2 <i>Contrato, custos de transação e mercado</i>	<i>98</i>
5.3.3 <i>Contrato e empresa.....</i>	<i>100</i>
5.4 A autonomia privada nas relações existências e o contrato.....	102
5.5 Da insuficiência da percepção do fenômeno contratual a partir da estrutura	104
6 O CONTRATO COMO RELAÇÃO DINÂMICA E FUNCIONAL DE EXERCÍCIO DA AUTONOMIA	105
6.1 A reconstrução da teoria do contrato a partir dos princípios conformadores da relação contratual	106
6.1.1 <i>Da relatividade das consequências do contrato.....</i>	<i>106</i>
6.1.2 <i>Princípio da oponibilidade dos efeitos contratuais</i>	<i>107</i>
6.1.3 <i>Da boa-fé como pressuposto de resistência à autonomia contratual</i>	<i>108</i>

6.1.4 Da função social do contrato: retórica ou conduta negocial?.....	111
6.1.4.1 A função social do contrato e a empresa	112
6.1.4.2 A função social do contrato e o mercado	113
6.2 Redefinição da função da parte e do terceiro.....	115
6.2.1 A teoria do terceiro cúmplice e sua contribuição e sua contribuição para a reconstrução do modelo contratual	117
6.3 A autonomia privada e os contratos de adesão.....	124
6.4 Contratos relacionais e a autonomia.....	125
6.5 A percepção dinâmica do contrato e a reconstrução dos vínculos obrigacionais.....	126
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	128
REFERÊNCIAS	130

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente investigação teve início em um projeto científico menos ambicioso, que tinha como propósito desenvolver uma teoria sobre o instituto da tutela externa do crédito. A conduta do terceiro cúmplice que auxilia uma parte no descumprimento do contrato e celebra com ela um negócio incompatível com o primeiro, parecia ser tema de mais alta relevância e com algum ineditismo na doutrina pátria.

Ocorre que o assunto era por demais focado no estudo do suposto princípio da função social do contrato, relacionando-se, por vezes, de maneira inarticulada, com a noção objetiva de boa-fé. Além disso, discorria, essencialmente, sobre o exercício da autonomia privada. Autonomia privada compreendida no âmbito negocial, especificamente no terreno dos contratos. Assim, desenvolvendo a pesquisa da tutela externa, sem muita convicção em um conceito consistente para a função social do contrato, tornou-se necessária uma redefinição do tema da própria autonomia contratual.

E essa redefinição do problema se deu pela vontade e pela imensa curiosidade de tratar da autonomia privada contratual mais de perto, sendo a tutela externa do crédito apenas um capítulo de uma história mais abrangente e mais profunda. Em uma primeira oitiva, o tema pode então não apresentar qualquer ineditismo, ainda mais para um estudo de doutorado. Ocorre que o viés que se quer caracterizar aqui reside numa formulação teórica do exercício dialógico da autonomia contratual como expressão da concidadania. O que se pretende é dar início a um estudo crítico e reconstrutivo da relação jurídica contratual, passando pela caracterização de sua estrutura, mas também pela sua funcionalização.

Quando se cogita da funcionalização de algum instituto é razoável pensá-lo não somente sob o ponto de vista punitivo que ele possa ter, mas também sobre suas características ou sua contribuição para a promoção de determinados comportamentos por meio de estímulos. Torna-se possível então, perceber a natureza essencialmente econômica apresentada pelo contrato, já que as partes funcionam como legítimos agentes econômicos. Na condição de agentes, interferem no comportamento do que se denomina mercado, e o contrato, como seu “locus” jurídico de atuação pode favorecer, pode prejudicar, pode estimular e retrair realidades econômicas. É obrigatório demonstrar que o contrato tem natureza econômica por excelência, mas que a compreensão das partes como agentes econômicos atuantes deve ser outra, mais atualizada, mais realista e menos preconceituosa com a noção jurídica de patrimonialidade.

A abordagem científica parece assim original se consideradas as noções de dialogia, concidadania e também da análise econômica do direito iluminando esse palco das relações contratuais. Investigar a autonomia no lócus contratual é o primeiro limite que se estabelece, pois é escolha da pesquisa o universo dos contratos, especialmente no que ele tem de natureza econômica. Definida a autonomia contratual como ponto de partida, indaga-se sobre a possibilidade ou não do seu exercício ser dialógico, ainda que sua atuação objetive atos primordialmente econômicos.

Existe neste contexto uma hipótese inicial de que o estado da arte em termos da autonomia contratual se apresenta ainda dicotomicamente esquematizado, muito preocupado ou limitado com a passagem da noção da autonomia da vontade para a de autonomia privada. Os autores afetos ao tema parecem circunscritos a uma percepção pura da autonomia, partindo de uma noção ideal de liberdade que, mais uma vez seria considerada de maneira dicotômica diante das noções de liberdade e não liberdade.

Um objetivo central então fica estabelecido pelo estudo da natureza jurídica da autonomia privada como poder, direito, princípio ou faculdade que não pode ser pensado de maneira idealista ou como conceito puro de liberdade em que tudo que não for fruto da vontade torna-se então não liberdade ou, em outras palavras, limites à liberdade.

Definir a natureza jurídica da autonomia contratual representa verdadeiro grampo de segurança para as indagações tortuosas subseqüentes sobre a potência contida no exercício deste campo de liberdade. A partir desta definição será possível debater o que se pretende dizer com ato livre, articulando este, desde já, na urdidura de uma relação jurídica contratual.

Neste panorama outro item que se destaca diz respeito à natureza heterônoma da autonomia contratual. Para que se dê início à compreensão da complexa estrutura contida no exercício da autonomia pode-se dizer, ainda que de forma embrionária, que esta seria ilustrada pela existência simultânea e seqüencial de comportamentos autônomos e heterônomos. E dentro desta categoria de comportamentos de natureza múltipla ainda poderia ser percebida uma gradação de atos mais ou menos livres.

Porém, se o que se quer evitar é exatamente a permanência de percepções científicas apenas bifurcadas, acredita-se que se deve dar ênfase na gênese de heteronomia contida na autonomia para que se possa compreender a existência de gradientes ou nuances do comportamento contratual livre. Neste caminho, a pesquisa considerou prudente oferecer um tratamento histórico e etimológico da noção de autonomia não como dados meramente expositivos, mas para que possa compreender em termos de construção de identidade,

especialmente aplicada aos contratos, como se desenvolveu e se desenvolve o exercício da autonomia.

A abordagem denominada histórica tem muito mais de valores e orientações culturais do que de apresentação de fatos cronologicamente ordenados. A regressão histórica em termos de autonomia justifica-se na medida de possibilitar a compreensão das interferências no desenvolvimento do tema. Em determinado ponto o trabalho aborda, por exemplo, as formas de contratação na China e no Japão, como recurso para revelar a influência da heteronomia e de um “modelo” construído de autonomia contratual em cada cultura.

Assim, o primeiro capítulo da tese, dedicou-se a conhecer a autonomia como um poder construtor da identidade social. A abordagem se deu ao nível da filosofia do direito. Em primeiro lugar, investigou-se a concepção de poder num contexto mais abrangente, já que se afirmou a autonomia como faculdade, competência e potência de realização do perfil do sujeito entre outros. E a noção jurídica de poder será tratada mais adiante.

Esse primeiro passo servirá como subsídio para sustentar as considerações sobre concidadania. Definitivamente a autonomia se realiza em um espaço público e por mais que o Direito se dedique a estudá-la separadamente em razão das relações jurídicas diretamente consideradas, isto deve ser feito apenas para fins didáticos. A intersubjetividade, por paradoxal que pareça, é o “ambiente” em que se desenvolve a autonomia “individual”. Afirmar a autonomia individual é apenas registrar a singularidade do exercício deste poder nela contido, mas que se realiza coletivamente.

E o processo viabilizador dessa autonomia é a dialogia. As teorias de argumentação serviram de amparo para se discutir o agir dialógico ou comunicativo. Se o desenvolvimento da autonomia individual é de natureza intersubjetiva essa rede se constrói por meio da linguagem. A mediação entre os discursos é a expressão da autonomia em ação, inclusive como pressuposto que se verá no contrato. A interação discursiva possibilita a realização das autonomias que, no seu desenvolvimento, vão descrevendo identidades sociais interligadas, reveladoras de valores culturais, compreendidos aí raciocínios morais e éticos, assim como comportamentos econômicos.

A Economia aparece nesse contexto como expressão de uma racionalidade científico-social que permeia a construção das identidades por meio das relações de interação que ocorrem nos mercados. A abordagem econômica do trabalho pretendeu apresentar os tradicionais traços do modelo liberal, oxigenados pelo que se chama de neoliberalismo.

Valores como a cooperação e solidariedade também serão discutidos por meio da racionalidade econômica que se encontra no contrato.

O segundo capítulo foi dedicado ao tema da dialogia e da concidadania. As práticas discursivas entre concidadãos se apresentam como pressupostos da relação contratual. A legitimidade do vínculo do jurídico e do seu eficaz desenvolvimento depende desse reconhecimento recíproco. A dialogia se apresenta, então, como o processo discursivo-deliberativo para a formação do contrato. Essa realidade comunicativa possibilita a construção dessa teia obrigacional, de natureza jurídico-econômica, que é o contrato.

O terceiro momento do trabalho se desenvolveu com a abordagem da autonomia privada como conceito jurídico. Após a análise do conceito de autonomia e dialogia, se faz possível investigar a concepção de autonomia privada delineada pela ciência do Direito. Fazer a distinção entre a autonomia privada e a autonomia da vontade como forma de preparar o terreno do contrato foi estritamente necessário.

O caminho entre a autonomia privada, a autonomia negocial e a autonomia contratual foi explicitado, destacando as diferenças e características de cada um dos termos. Apesar das semelhanças e campos de aplicação que podem se confundir, a autonomia pensada exclusivamente no campo do contrato é o objetivo central do trabalho. Neste sentido, surge como objetivo secundário o destaque dado à natureza heterônoma da autonomia, pois elucida a relevância de se compreender que a autonomia não pode ser pensada de maneira absoluta, nem idealizada, e que seu exercício sofre resistências internas e não somente limites alheios a ela.

Por certo o desenvolvimento intersubjetivo da identidade de cada sujeito, e aqui especificamente no contrato, impõe a existência de limites externos à autonomia de cada um, pois a realidade de um contratante já é suficiente para se impor “contra” a autonomia do outro. Porém, a heteronomia não surge apenas da realidade subjetiva alheia, mas também dos padrões culturais assimilados por cada um dos contratantes. Os modelos aprendidos em razão da cultura em sentido amplo são elementos suficientemente complexos para interferir no processo discursivo e deliberativo de cada agente, daí a relevância de se entender a heteronomia no contrato.

Esses pressupostos teóricos são necessários para que se possa abordar a concepção estrutural da autonomia privada e poder perceber a necessidade de investigá-la também sob uma perspectiva dinâmica e funcional. O contrato constitui instrumento de coordenação de condutas e de previsão de punições para o descumprimento destas. Entretanto, o fenômeno

obrigacional por ele representado se impõe também por um caráter funcional que representa a possibilidade de incentivo de condutas probas e cooperativas entre as partes.

Toda a realidade do contrato deve ser percebida como algo dinâmico, mutável e histórico, já que o comportamento das partes pode se alterar em qualquer das fases de realização do vínculo, seja por meio do exercício de direitos potestativos, seja por via de resolução de obrigações com as sanções aplicáveis. O princípio da obrigatoriedade dos efeitos jurídicos não será negligenciado, mas a mutabilidade, o dinamismo e influência de valores culturais comprovam que as heteronomias continuam a exercer resistência e modificar os contratos enquanto fenômeno jurídico que legitima esta realidade fática tão complexa.

Abordar a clássica racionalidade do contrato, sob sua perspectiva estrutural, se torna relevante para se atingir a realidade dinâmica e funcional. O trabalho se dedicou à compreensão do conceito jurídico de contrato, ao esclarecimento dos conceitos tradicionais de parte e de terceiro na relação obrigacional. Igualmente destacou-se a tradicional maneira de se regular os contratos, por meio do direito contratual. Os princípios e as regras aplicáveis aos contratos e estruturados a partir de uma ótica liberal e clássica do ajuste.

Em seguida o capítulo quatro considerou relevante tratar do caráter essencialmente econômico da autonomia contratual. O estudo do contrato como operação econômica, dos conceitos de custo de transação, mercado, externalidades, maximização de riquezas e de empresa tornou possível a caracterização do fenômeno econômico como base do contrato.

Durante a investigação do viés, ou melhor, do fundamento econômico do contrato, um aspecto tornou-se definitivamente esclarecido. Ao tratar do fenômeno de circulação de riquezas pelo contrato foi necessário definir o que se entendia por riqueza, para romper com a doxa, muitas vezes, pejorativa aplicada ao termo. O processo de investigação e de construção de um consistente conceito de riqueza confirmou que sua composição não é de natureza exclusivamente patrimonial, mas que, mesmo como racionalidade econômica, a riqueza pode também incluir situações jurídicas de ordem existencial e que todos esses aspectos demonstram a insuficiência do modelo clássico do contrato.

Por fim, o último capítulo do trabalho se propôs à investigação do contrato como relação dinâmica de exercício da autonomia. A tentativa é propor uma visão teórica que possa sugerir uma reconstrução da visão do contrato, não mais em um modelo, mas sim em modelos complexos que se assemelham em muitos pressupostos, mas que devem ser tratados com suas devidas diferenças.

A percepção de uma racionalidade contemporânea dos contratos passa pela compreensão dos princípios que o regulam e de onde se retiram suas diretrizes mais nucleares. Essa revitalização dos sentidos interpretáveis da norma, simbolizados pelos princípios, permitem também uma nova definição das partes do contrato, assim como do terceiro contratual, que apesar de estranho ao momento de formação do vínculo obrigacional pode ser por ele prejudicado, beneficiado ou pode também interferir ilicitamente numa relação de modo a prejudicar o seu desenvolvimento entre as partes.

A teoria do terceiro cúmplice, da tutela externa do crédito ou da interferência ilícita do terceiro, demonstra que a superação do modelo clássico de racionalidade contratual sobre esses agentes já foi superado, exigindo uma percepção teórica do fenômeno, nem como de sua responsabilização.

A pesquisa optou também pelo estudo dos contratos denominados de relacionais, como conteúdo relevante para a problematização do exercício relacional da autonomia por meio do discurso da percepção do sujeito como concidadão. Aqui a vivência de um estado absoluto de tudo e nada na realidade contratual foi bastante relevante, já que se constata o poder negocial que se impõe de uma parte à outra, assim como a possibilidade das forças de cooperação tornarem o contrato o melhor instrumento de realização da autonomia. Por esse caminho foi também necessário o estudo dos contratos de adesão e a percepção da autonomia neste contexto para se chegasse a alguma proposta teórica do vínculo contratual como relação dinâmica, funcional, estrutural e dialógica.

2 A AUTONOMIA COMO PODER DE CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE INTERSUBJETIVA²

Quando se imaginou o estudo da autonomia contratual na relação obrigacional, a partir da hipótese de sua natureza dialógica e concidadã³, pôde-se perceber que a investigação não teria a mesma consistência científica se não passasse pelo debate da noção ontológica de autonomia. Afirmar a autonomia contratual é afirmar o desdobramento, neste campo obrigacional, da construção da autonomia individualmente e socialmente⁴. A afirmação⁵ da autonomia como um poder de construção da identidade intersubjetiva tonará mais compreensível a complexidade que envolve a autonomia no contrato e as consequências jurídico-econômicas que este exercício traz.

A compreensão da natureza heterônoma da autonomia propiciará a percepção mais nítida do processo deliberativo contratual que envolve as negociações preliminares, a execução do contrato e seus deveres de pós-eficácia, já que o conteúdo jurídico vinculativo do contrato é ponderado e escolhido, com maior ou menor grau de autonomia, a partir de práticas

¹ A noção de poder aqui será tratada, em primeiro lugar, e neste capítulo que traz o “sentido genérico” de autonomia, ou sua caracterização em sentido macro, como faculdade, soberania, capacidade de agir, competência para a construção da identidade transindividual do sujeito. “[...] a competência no sentido em que a pressupõe o direito à autonomia é coisa bem diferente. Diz respeito à capacidade mais geral e difusa que descrevi; a capacidade de agir com base em preferências genuínas, na percepção da natureza das coisas, nas convicções pessoais ou no sentido da própria identidade.” (DWORKIN, 2009, p.321) Em seguida, a conotação dada ao conceito de poder será também de natureza jurídica, identificando poder com uma situação subjetiva complexa que se caracteriza pelo exercício facultativo de determinadas competências, mas também por deveres e proibições (que no caso do exercício da autonomia ilustram sua natureza simultaneamente heterônoma) que exercem resistência sobre ou que moldam o processo de realização dessas competências.

² Habermas ao discorrer sobre a liberdade ética e a liberdade de arbítrio descreve o processo em que se realiza a intersubjetividade: “[...] essas liberdades são disposições que se podem atribuir a uma pessoa; mas as auto-referências correspondentes devem-se, cada uma, à adoção e à interiorização das perspectivas que outros participantes da argumentação têm diante de mim: na auto-relação epistêmica e nas diferentes auto-relações práticas eu me aproprio, como uma primeira pessoa, da perspectiva da segunda, a partir da qual meus oponentes, ou seja, os outros partícipes dos discursos (empíricos ou teóricos, pragmáticos, morais ou éticos) reagem aos meus proferimentos.” (HABERMAS, 2009, p.103).

³ “O sentido autêntico de *ciuis* não é cidadão, conforme supõe uma tradição rotineira, e sim concidadão.” (BENVENISTE, 1995, 333). Benveniste esclarece que *ciuis* designa originariamente o concidadão (de onde se extrai a conduta recíproca entre pares), e que ele representa (e não a expressão/concepção cidadania – *civis*) o sentido étimo do termo (BENVENISTE, 1995, 291-331). Essa variação histórica que descaracterizou o conceito originário de concidadão é também apresentada pelo verbete *civil* presente no Dicionário Eletrônico Houaiss da língua portuguesa: “lat. *civilis*, e 'civil, pertencente ao cidadão, de cidade; cível; digno de cidadão, popular, moderado, simples, urbano'; f.divg. culta de *cível*; f.hist. 1331 *ceuijs*, 1331 *çeuil*, 1352 *çiuys*, 1370 *cyvel*, sXV *çiuees*”. A opção que se faz no presente trabalho pelo termo concidadão e concidadania se justifica para a sustentação do exercício dialógico da autonomia contratual como expressão de uma conduta emancipatória exercida entre sujeitos igualmente reconhecidos como interlocutores.

⁴ “[...] as autonomias privada e pública dos cidadãos pressupõem-se reciprocamente.” (HABERMAS, 2007, p.91)

⁵ A afirmação da autonomia como poder ou competência para o desenvolvimento da identidade ou caráter social se justifica na medida em que ilustra o conteúdo que comporá também a autonomia como potência heterônoma exercida diante do ordenamento.

discursivas do agente, consigo mesmo e com outros sujeitos, sobre os ônus e as vantagens de contratar de determinada maneira.

O redimensionamento do contrato⁶, seja em razão das novas formas de organização de mercado, seja em razão de formas de contratação virtual, seja diante dos contratos em massa, seja em face das relações obrigacionais menos negociadas, impôs o estudo da autonomia privada dentro do espaço jurídico a ela destinado, na tentativa de se definir sua natureza, sua extensão, seu exercício e os pressupostos que a movem como um fenômeno que recepiona as normas nos espaços de liberdade que elas concedem, bem como que se submete a elas diante das heteronomias contidas nas proibições e nas obrigatoriedades determinadas pelo ordenamento.

Uma das manifestações científicas mais enfáticas sobre a transformação da clássica teoria dos contratos partiu de Grant Gilmore⁷ ao afirmar que o contrato abandonava seu modelo conhecido para se aproximar de um instituto científico semelhante à responsabilidade civil por meio da teoria da confiança.

As premissas de que Grant Gilmore partia eram mais ambiciosas – diagnosticando a “fragmentação” do classicismo na Teoria do Contrato e a sua substituição por uma “agonia” romântica que abandonava alguns dos seus alicerces e do seu pendor “irresponsabilizante” em favor da mencionada aproximação ao “tort” pela via da tutela da confiança. (ARAÚJO, 2007, p.709)

A transformação do modo tradicional de se pensar o contrato e o direito dos contratos é decisiva para se discutir as características e extensões do exercício da autonomia privada e, em seguida, da autonomia contratual⁸. Cientificamente sempre se terá a necessidade

⁶ Enzo Roppo no prefácio de sua segunda obra denominada “O Contrato”, justifica a necessidade de voltar a investigar o seu antigo objeto de estudo a partir das grandes mudanças ocorridas com o contrato, em especial no século XX. “Grandes linhas de evolução e de mudança atravessaram nestas décadas, o domínio do contrato, redesenhando os seus contornos e restituindo-nos uma imagem do facto jurídico bastante diferente daquela do passado. Tudo aconteceu com bastante rapidez, precipitando-se, sobretudo na última década do século XX. Na primeira parte do século passado encontram-se aqueles a quem John Reed, referindo-se à Revolução de Outubro, designou como os “10 dias que transformaram o mundo”. O especialista em direito civil poderia falar sobre os “10 anos que transformaram o contrato”, aludindo às transformações amadurecidas na década de 90 do século XX.” (ROPPO, 2009, p.3).

⁷ GILMORE, Grant. *The death of contract*. Ohio, University Press, 1995.

⁸ “Sejam quais forem as outras características que a antropologia e a jurisprudência possam ter em comum - como por exemplo uma linguagem erudita meio incompreensível e uma certa aura de fantasia – ambos se entregam à tarefa artesanal de descobrir princípios gerais em fatos paroquiais.” (GEERTZ, 2001, p.249) “A compreensão de que os fatos não nascem espontaneamente e de que são feitos, ou, como diria um antropólogo, são construídos socialmente por todos os elementos jurídicos, desde o regulamentos sobre a evidência, a etiqueta que regula o comportamento nos tribunais, e as tradições em relatórios jurídicos até as técnicas da advocacia, a retórica dos juízes, e os academicismos ensinados nas faculdades de direito, suscita questões importantes para uma teoria da administração da justiça que a considera [...] como uma série de emparelhamentos de configurações factuais com normas nos quais ou uma situação factual pode ser emparelhada com uma das normas ou uma norma específica pode ser sugerida por uma seleção das versões

de formulação de modelos sistemáticos a partir da vida prática. O trabalho pretende evitar certo cientificismo⁹ que por vezes ronda o contrato, tanto no plano de justificação como de aplicação da norma. “O cientificismo advém quando, como um rio na cheia, a ciência sai de seu leito.” (SUPIOT, 2007, 37) Geertz também adverte sobre o risco de se construir estereótipos científicos quando então a Ciência não representará apenas uma sistematização da prática, mas uma sim uma grande alienação da prática. Os modelos científicos devem refletir um saber que é também local.

O direito, como venho afirmando um pouco em oposição às pretensões encobertas pela retórica acadêmica – é saber local; local não só com respeito ao lugar, á época, à categoria e variedade de seus temas, mas também com relação a sua nota característica – caracterizações vernáculas do que acontece ligadas a suposições vernáculas sobre o que é possível. É a esse complexo de caracterizações e suposições, estórias sobre ocorrências reais, apresentadas através de imagens relacionadas a princípios abstratos [...]. (GEERTZ, 2001, p.324)

O conhecimento se estrutura local e globalmente. Os modelos epistemológicos e aqui, especificamente o tradicional modelo de contrato, não podem se reduzir em estereotípias de uma suposta singularidade. A teoria deve ser urdida considerando sua natureza temporal e cultural. E um dos aspectos destacados desde o início, cujo marco teórico é a obra de Luigi Ferri sobre o tema¹⁰, consiste na percepção da autonomia como um poder, mais especificamente, de natureza jurídica, que reconhece uma faculdade viabilizadora da identidade intersubjetiva e negocial.

2.1 Delimitação científica da noção de poder

A opção feita no trabalho foi tratar a autonomia privada como poder juridicamente reconhecido para a construção da individualidade situada também nos domínios do direito público. Essa intersubjetividade se manifesta essencialmente por meio do negócio jurídico, e fundamentalmente através do contrato. Porém, antes de se tratar da noção jurídica de poder, deve-se conhecer sua concepção originária como faculdade ou liberdade.

competitivas sobre o que aconteceu. Se as configurações factuais não são meros objetos que se encontram espalhados pelo mundo, e que podem ser carregados fisicamente até o tribunal para uma demonstração audiovisual, e sim diagramas altamente editados da realidade, produzidos pelo próprio processo de emparelhamento mencionado acima, então tudo o que acontece no tribunal torna-se algo assim como um truque de mãos. (GEERTZ, 2001, p.258)

⁹ “Deixando o terreno científico, que é o da dúvida e no qual se sabe dever encontrar sempre apenas uma representação provisória e aproximativa de uma verdade para sempre inapreensível, o cientificismo espalha no terreno da hermenêutica da vida humana as certezas da ciência fetichizada.” (SUPIOT, 2007, p.37).

¹⁰ FERRI, Luigi. La autonomia privada. Granada: Comares, 2001.

Em termos antropológicos o poder, em sentido positivo, representa uma autoridade reconhecida para a realização da liberdade¹¹, por meio da autonomia. O exercício do poder ilustra expressivamente o desenvolvimento da identidade social de cada sujeito. Esse exercício se dá através de escolhas realizáveis em um universo também heterônomo. A autonomia como uma das formas de desenvolvimento da liberdade do sujeito não sofre resistências externas à sua condição, mas contém em si mesma um núcleo de variáveis que a modelam antes mesmo de ser expressa. O processo de deliberação por qual cada um dos sujeitos passa para apresentar perante os outros suas escolhas envolve milhares de variáveis cogitadas entre o sujeito e si mesmo, entre ele e outro sujeito, entre o sujeito e outros indivíduos, e, às vezes, entre o sujeito e o que Perelman chamou de auditório universal¹².

O processo de deliberação que conduz à realização do poder que a autonomia representa é de natureza discursiva ou lingüística, marcado pela expressividade de níveis de racionalidade. A racionalidade se desenvolve numa escala de amplitude e complexidade que pode levar a um processo de deliberação mais ou menos racional. Não se considera razoável afirmar a irracionalidade do sujeito, já que todos são capazes de um raciocínio, em maior ou menor grau, relacionando fatos e variáveis, de forma reflexiva e expressiva. O que, muitas vezes, se afirma como irracionalidade representa apenas uma forma simplória, impulsiva e pouco refletida de desenvolvimento da liberdade. Quem é livre pode ainda não se expressar autonomamente, pois pode recusar ao poder que esta contém ou o realizar a partir de uma visão de mundo que apresenta apenas comportamentos obrigatórios e proibidos. A construção da autonomia como poder se dá durante toda a vida do sujeito cujo desafio é ser capaz de se “contaminar” cada vez menos pela heteronomia da cultura e afirmar sua individualidade

¹¹ “La libertad natural se transforma, por la gracia del derecho, em libertad em la sociedad, em libertad jurídica, esto es, em derecho subjetivo. De tal modo que mientras com nuestro comportamiento conforme a los mandatos del derecho aseguramos la libertad a los demás, de los demás continuamente la recibimos. Em este trueque, em esta integración, la libertad se transforma, se enriquece, se convierte em libertad sentida, vivida, por la cual y em torno a la cual la humanidad trabaja continuamente em um esfuerzo incesante de progreso. Cada um de nosotros se convierte em fuente de libertad para todos los demás y recibe la libertad de todos los demás. La esencia de la vida social estriba em esta co-operación para la libertad, em este comunicarse entre sujetos que se perfeccionan em una integración recíproca.” (FERRI, 2001, p.207).

¹² “É por essa razão que, em matéria de retórica, parece-nos preferível definir o auditório como o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação. Cada orador pensa, de uma forma mais ou menos consciente, naqueles que procura persuadir e que constituem o auditório ao qual se dirigem seus discursos. [...] Encontramos três espécies de auditórios, considerados privilegiados a esse respeito, tanto na prática corrente como no pensamento filosófico. O primeiro, constituída pela humanidade inteira, ou pelo menos por todos os homens adultos e normais, que chamaremos de auditório universal, o segundo formado no diálogo, unicamente pelo interlocutor a quem se dirige; o terceiro, enfim, constituído pelo próprio sujeito, quando se delibera ou figura as razões de seus atos.” (PERELMAN, 2002, p.34). Deve-se ressaltar os aspectos já relativamente datados da obra de Perelman em termos de lingüística, todavia, o que é relevante aqui é sua noção de auditório como aquele a quem é dirigido o discurso de persuasão, o que é fator fundamental na lógica do contrato, com maior ou menor negociabilidade.

diversa dos modelos culturais tradicionalmente construídos. A irracionalidade se expressaria, por exemplo, por meio de dogmatismos verificados mesmo que o sujeito disponha de um referencial considerável e atualizado de informações e seja considerado socialmente inteligente¹³. O sujeito não é capaz ou, apenas em poucas situações, de praticar a racionalidade para a construção da autonomia de forma complexa. Seus raciocínios são de “curto alcance” e apenas são feitos para confirmar suas próprias teses, em relação às quais não pratica nenhuma racionalidade em nível reflexivo. A expressão do poder da autonomia de forma racional é muito mais complexa do que a competência da inteligência (ou ao menos como ela é tradicionalmente conhecida). Um indivíduo considerado inteligente pode ser pouco racional e conseqüentemente pouco autônomo.

Afirmar essa maneira expressiva da autonomia como poder, conduz à sua percepção no universo dos contratos como algo muito mais complexo do que uma racionalidade linear, e colabora com a compreensão do fenômeno da autonomia privada e contratual. A noção jurídica de poder que acompanha a autonomia privada é aquela expressada por Luigi Ferri.

Es mediante el poder jurídico como los intereses, las necesidades, las ideologías, las pasiones y el sentimiento de justicia influyen sobre el derecho, determinan su continua evolución. El poder se encuentra precisamente em el confín entre el mundo jurídico, que es el mundo de la abstracción, de los esquemas, y el mundo concreto de la vida, con sus necesidades y sus ideales; entre el mundo de la norma, que es fijeza, estabilidad, y el mundo de la realidad social, que es evolución, cambio. (FERRI, 2001, p.233)

A noção jurídica de poder refere-se à faculdade, como autuação permitida e reconhecida dentro de um universo de possibilidades legais. “Poder jurídico é a aptidão para estabelecer normas de comportamento individual ou social. A esse poder negocial que os particulares têm de regularem [...] as suas relações jurídicas, chama-se autonomia privada.” (AMARAL, 1984, p.90). Difere-se assim do poder que é conjugado ao dever. Aqui o poder permite a submissão a deveres, e permite igualmente a composição de categorias jurídicas

¹³ Julian Marias apresenta um consistente conceito de inteligência que o afasta ou que diminui a tradicional relação da inteligência com a exclusiva capacidade de processar de maneira eficiência informações. “Cada vez me parece mais confirmada minha velha idéia das “raízes” morais da inteligência”. Minha convicção de que sem uma considerável dose de bondade se poder ser “esperto”, mas não verdadeiramente inteligente. E, mais que a uma preocupação moral, isso corresponde a uma evidência intelectual: a de que inteligência consiste sobretudo em abrir-se à realidade, deixar que ela penetre a mente e seja aceita, reconhecida, possuída. É freqüente que a acuidade, a “esperteza”, coincidam com a maldade, sendo elas às vezes, associadas; porém, se se observa bem, vê que não se trata de inteligência, isto é, de compreensão da realidade, mas de sua utilização. [...] É característico do homem inteligente “esperar”, não precipitar-se, deixar que o que aparece diante dos olhos ou procura penetrar pelo ouvido se manifeste por inteiro, exhiba seus títulos de justificação, seja examinado por vários lados, de diferentes pontos de vista.” (MARIAS, 2003, p.14).

também benéficas ao sujeito. O poder não se configura um “direito-dever”. Este último revelaria uma “[...] situação híbrida que não poder ser reconduzida às situações subjetivas tradicionalmente definidas ativas e passivas [...]” (PERLINGIERI, 2002, p.129). Um direito-dever “[...] constitui um verdadeiro ofício [...] como fundamento da atribuição dos poderes existe o dever de exercê-los.” (PERLINGIERI, 2002, p.129). O exercício desta *potesta* (PERLINGIERI, 2002, p.129) não é livre, ou seja, não se localiza no universo daquilo que é facultativo, mas sim daquilo que é necessário em razão do interesse de outrem. Os atos jurídicos em sentido estrito, praticados pelos pais no exercício do poder familiar, pelo tutor ou pelo curador, são típicos exemplos de um “poder” necessário diferente daquilo expressado pela autonomia no contrato. O poder contratual regula-se, simultaneamente, por tudo aquilo que é permitido, obrigatório, proibido e facultativo.

Esse poder jurídico revelado pela autonomia contratual tem um campo de atuação que é aquele previsto pelo Direito. Os fatos juridicamente inexistentes não são objeto do contrato. Afirmá-lo como fenômeno de criação normativa autorizaria ao contrato a realização de um *nomogênese* que ele não tem. O espaço de realização do poder jurídico da autonomia contratual é o próprio ordenamento. A autonomia representa verdadeiro fenômeno jurídico de recepção de normas, sua atuação se dá nesse universo reconhecido pelo Direito para que seja considerada válida.

“A criação individual é um momento constitutivo, enquanto incorporação ou reinterpretção de um corpus normativo preexistente. Concretamente: o contratante não cria Direito, mas recria-o, concretiza-o.” (LORENZETTI, 1998, p.546) Se a noção de “criação” de normas quiser apenas expressar o nascimento de um negócio jurídico vinculativo das partes, em primeiro lugar de forma relativa, em momento remoto, de forma absoluta, poder-se-ia afirmar que ela é um poder para fazer “nascer” normas jurídicas. Ela cria vínculos obrigacionais validamente reconhecidos pelo Direito de onde retira seu substrato de escolha.

2.2 A noção de autonomia individual e intersubjetividade

O início da investigação tornou necessária a explicitação da autonomia como uma “potência” para o desenvolvimento da identidade social nas relações intersubjetivas. Já se discutiu se a autonomia foi “inventada”¹⁴ (SCHNEEWIND, 2001), ou se é algo apenas que

¹⁴ Schneewind afirma que Kant inventou a concepção de moralidade como autonomia, pois não teria sido algo dado, mas sim criado por ele. A autonomia seria uma “liberdade contracausal” (SCHNEEWIND, 2001, p.29). E Kant “[...] acreditava que, na experiência única do dever moral, nós “recebemos” um “fato da razão” que nos

merece ser promovido e desenvolvido por cada sujeito, como potência individual. Se o sentido de invenção puder ser esclarecido como algo que se descobre por meio do exercício de determinadas competências, talvez possa mesmo ser a autonomia definida como uma verdadeira invenção ou como uma criação da identidade sócio-individual. Na tentativa de explicitar uma “natureza” social da autonomia, torna-se importante o estudo de alguns aspectos étimo-históricos¹⁵ de sua caracterização, já que esta representa um conceito essencialmente mutável. Portanto, escolheu-se um contexto histórico de abordagem da autonomia diante da pertinência em relação ao objeto de estudo, destacando a concepção de autonomia como moralidade.

Se a moralidade representa “mos” como costume ou referência ética, sua relação com a autonomia se verificaria na medida em que indivíduos “normais” seriam aqueles capazes de reconhecer a moralidade e praticá-la como ato de obediência e como possibilidade da vida “civilizada” (MORA, 1994). A identificação da moralidade com a noção de autonomia mostrou-se pensamento recorrente, em especial nos séculos XVII e XVIII, tempos em que a carga religiosa era evidente (ou declarada), o que quer apenas sugerir que naquela época seu molde provinha muito mais das crenças religiosas do que de um pensamento filosófico mais “livre” e sistematizado. A moralidade aparecia como sinônimo de obediência e não como se verá, posteriormente, na relação com o autogoverno. Na concepção de moral como obediência acreditava que nem todos eram capazes de “enxergar” o que a moralidade requeria, assim caberia a outros a instrução dos preceitos morais.

Mesmo que todos tenham as leis mais fundamentais da moralidade escritas em seus corações ou consciências, muitas pessoas precisam ser instruídas por alguma autoridade adequada sobre o que é moralmente requerido em casos particulares. E, como a maioria das pessoas em geral não entende as razões para fazer o que a moralidade indica, ameaças de punição e também ofertas de recompensa são

mostra inquestionavelmente que possuímos essa liberdade como membros de um reino numenal.” (SCHNEEWIND, 2001, p.29)

¹⁵ A abordagem histórica neste ponto não tem a intenção de demonstrar nem exemplificar fatos, muito menos demarcar cronologicamente acontecimentos. O estudo do que se denominou étimo-histórico se legitima simplesmente por considerar necessária uma abordagem de algumas das acepções mais relevantes que a noção de autonomia alcançou. “Não se pode entender o conceito de autonomia com uma natureza única ao longo do tempo e através dos teóricos que se dedicaram a reflexões sobre o assunto. A autonomia a que se refere Aristóteles não é a mesma do pensamento kantiano ou marxiano e muito menos das atuais teorias do agir comunicativo. Apesar das diferenças – às vezes como equivalente de liberdade, outras como de autogoverno ou soberania e ainda outras como de liberdade, vontade, individualidade, independência e auto-suficiência-, não resta dúvida que a noção de autonomia tem desempenhado papel importante na filosofia moral aplicada e nas filosofias normativas em geral.” (GUSTIN, 1999, p.34). Algumas das concepções investigadas e discutidas sobre autonomia são até hoje trazidas como subsídio para o estudo da autonomia contratual, como, por exemplo, a filosofia kantiana que afirmou a autonomia, em determinado ponto, como “[...] a capacidade de autodeterminação da vontade própria em virtude de uma idéia moral.” (HABERMAS, 2009, p.103).

necessárias para garantir uma adesão suficiente para proporcionar a ordem moral. (SCHNEEWIND, 2001, p.30).

A noção de autonomia, que foi relacionada à de moralidade, aparece assim como um exercício “tutelado” da identidade já que dependeria sobremaneira da instrução alheia para poder se realizar. Porém, em razão de acontecimentos históricos, a dissociação da moralidade como obediência tornou-se desejada e obrigatória. “Os eventos que aconteceram fora da própria filosofia são em grande parte responsáveis por estimular o repensar da moralidade que ocorreu nos séculos XVII e XVIII.” (SCHNEEWIND, 2001, p.33). Afastar a concepção de autonomia das “filosofias” ou “ideologias” religiosas era necessário para que se estruturasse a autoridade interna e externa do Estado. “A Reforma e a Contra-Reforma transformaram qualquer coisa ligada à religião em uma questão controvertida – e tudo era ligado à religião.” (SCHNEEWIND, 2001, p.33).

Essa necessidade de repensar a autonomia de maneira crítica se ilustra pela preocupação na sistematização de uma teoria da moralidade como autogoverno. “A nova perspectiva que emergiu no fim do século XVIII concentrou-se na crença de que todos os indivíduos normais são igualmente capazes de viver juntos em uma moralidade de autogoverno.” (SCHNEEWIND, 2001, p.30). A noção de moralidade como autogoverno tenta iniciar um processo de ruptura dessa identidade “tutelada”, como esforço para afirmar um espaço social de expressão da identidade de cada um, sem a interferência de quem quer que fosse.

Governar a si mesmo representa uma concepção determinante do conceito de autonomia. A tentativa de ruptura da ideologia religiosa da obediência faz com que a filosofia da autodeterminação ou do autogoverno seja desenvolvida por muitos dos pensadores da época. Porém, Schneewind considera que a maioria dos filósofos que repensou a autonomia nos séculos XVII e XVIII não tinha a pretensão de substituir um modelo de pensamento por outro. Na verdade eles estariam apenas tentando resolver problemas ou questões da concepção de moralidade como obediência. (SCHNEEWIND, 2001, p.31). Apenas em meados do século XVIII é que se verificaria uma atuação consciente para a elaboração de uma teoria da autonomia como autogoverno. “As filosofias morais de Reid, Bentham e Kant são os esforços do final do século XVIII para articular a crença normativa sobre a dignidade e o valor do indivíduo que levou a concepções da moralidade, como o autogoverno.” (SCHNEEWIND, 2001, p.32).

Na elaboração de uma teoria da moralidade como autogoverno Kant foi quem participou de maneira mais completa e inovadora. A idéia apresentada por Kant de autonomia reside na expressão de uma vontade que concede a si própria sua lei. A vontade, neste sentido, deve querer a sua própria autonomia e que o exercício da liberdade consiste em ser uma lei para si mesma. O destaque que aqui se dá ao conceito kantiano de autonomia da vontade como poder soberano e que emancipa as pessoas vem ao encontro do que se pretendeu desenvolver no campo do exercício da autonomia contratual. A autonomia representaria a possibilidade das partes se determinarem como seres racionais¹⁶. O exercício da autonomia ilustraria o exercício da autolegislação pela razão.

A percepção kantiana da moralidade como autodeterminação articula-se com o que ele chama de leis da liberdade. Para Kant a moralidade seria uma questão verdadeiramente “interna¹⁷” que deve justificar uma espécie de subordinação das heteronomias ao livre arbítrio. Esse agir conforme a moralidade se imporia tanto por meio de vontade privada, bem como por meio de uma vontade geral, ou em “consenso” com uma vontade geral. Continua ao afirmar que a moralidade ou o seu exercício articula tanto a vontade privada como uma vontade geral ou existente no espaço público. Esse aspecto é relevante para que no desenvolvimento do presente trabalho possa ser discutida a autonomia como poder jurídico que se projeta, simultaneamente, no espaço público e privado. A clássica divisão fornecida pelo Direito se justificaria para fins didáticos e em termos de aplicação das leis o relevante seria o sujeito diante do qual me posiciono como ser autônomo e quais as consequências jurídicas desta relação.

Porém, parece existir um caminho entre o autogoverno e a autonomia. Algumas vezes pode-se ser capaz de se autogovernar e não ser autônomo. Este é um ponto crucial do trabalho, pois lança a semente que pretende fertilizar outra percepção da articulação que existe entre autonomia contratual e capacidade de fato no âmbito do contrato.

Outra maneira de expressar a diferença entre autogoverno e autonomia apóia-se na

¹⁶ Aqui se menciona, pela primeira vez, a autonomia construída por meio da racionalidade. Racionalidade será um conceito que permeará todo o trabalho, pois adjetivará a autonomia no contrato. Entretanto, definir a racionalidade neste universo tão complexo requer o encadeamento de etapas que urdirão a racionalidade, a dialogia, a concidadania na relação obrigacional representada pelo contrato. Neste primeiro capítulo será tratado o conceito de racionalidade teorizado por Habermas quando discorreu sobre a racionalidade do entendimento mútuo. Ele também servirá de subsídio para se discorrer sobre a dialogia. Ao final do capítulo, no tópico sobre Economia como racionalidade científico-social da construção da identidade e das relações intersubjetivas de mercado, será acrescentada a noção econômica de racionalidade que dará maior consistência ao processo de desenvolvimento da autonomia contratual.

¹⁷ Tanto a expressão “interna”, como, sem seguida, a expressão “consenso” vêm aqui entre aspas, pois ao longo do estudo será dada as duas o tratamento que se entende adequando no universo contratual. Por enquanto são

compreensão da existência de “graus” ou gradientes no exercício da autonomia. Isto quer dizer que o sujeito que se autogoverna já desenvolveu competências para o exercício pessoal de seus direitos. Esse sujeito apresenta discernimento, alguma experiência e maturidade para o exercício dos direitos. Entretanto, isto caracterizaria apenas uma nuance da autonomia ou pode-se até afirmar que algumas pessoas que se autogovernam ainda teriam pouca autonomia ou agiriam muito mais segundo as heteronomias. A autonomia é elemento nuclear do processo diário de construção da identidade, que pode ser mais ou menos desenvolvido, apesar da possibilidade de governar a si mesmo que o sujeito possa ter.

Todavia aqui ainda é necessário separar a Moral e o Direito, ou afirmar um campo claro de atuação do Direito. Na perspectiva kantiana, aquela conduta considerada boa por si mesma, sem qualquer interferência externa, ilustraria um imperativo categórico no campo da Moral¹⁸, mas como no campo jurídico existem condicionantes externos que pretendem alcançar determinados fins, estes seriam os imperativos hipotéticos. “A norma jurídica teria, então, validade e eficácia em razão das vantagens que traz e, por esse motivo, só necessitaria de uma adesão exterior, através da qual o indivíduo usaria de sua liberdade, limitando-a.” (GUSTIN, 1999, p.65).

Da teoria kantiana, deve-se tomar para o trabalho, que pretende debater questões do direito dos contratos¹⁹ pertinentes à concepção de autonomia, a divisão destacada por Kant entre as razões que conduzem o agir de cada sujeito. Para ele, existiria uma divisão entre uma vontade interna (que deveria ser boa por si mesma) e entre um agir submetido a condicionantes externos (funcionando como limites). O Direito representaria o espaço possível de atuação entre sujeitos, uma intersubjetividade compartilhada, em que os arbítrios poderiam existir simultaneamente. Porém, o direito positivo ilustraria um conjunto de imperativos hipotéticos, pois representa a heteronomia condicionante da vontade.

“O argumento seria de que um imperativo categórico não pode nos obrigar por interesses externos; aí ele se tornaria hipotético.” (GUSTIN, 1999, p.65). De novo deve-se

empregadas nos seus sentidos ordinários, ou seja, a moralidade interna consiste em conduta autônoma a partir do julgamento livre do sujeito, e o consenso é uma espécie de acordo entre sujeitos.

¹⁸ “Fin es un objeto del libre arbitrio, cuya representación determina al libre arbitrio a una acción (por la que se produce aquel objeto). Toda acción tiene, por tanto, un fin y, puesto que nadie puede tener un fin sin proponerse a sí mismo como fin el objeto de su arbitrio, tener un fin para las propias acciones es un acto de la libertad del sujeto agente y no un efecto de la naturaleza. Ahora bien, ya que este acto que determina un fin es un principio práctico, que no ordena los medios (por tanto, incondicionadamente), es un imperativo categórico de la razón pura práctica, por consiguiente, un imperativo que une un concepto de deber con el de un fin general.” (KANT, 1999, p.237)

¹⁹ A expressão “direito dos contratos” leva em consideração a divisão feita por Enzo Roppo em relação ao estudo da doutrina sobre o tema. Ele afirma que o direito dos contratos representaria o conjunto de normas, sejam elas regras ou princípios, destinados a regulação do contrato como realidade jurídica.

recuperar o que é relevante para o tema dos contratos, que na obra de Kant reside na importância que se dá ao tema da vontade e na divisão entre uma vontade boa por si mesma, que impõe regras ao próprio agir no exercício da liberdade, e da conduta exercida sob a limitação de caracteres de heteronomia.

A heteronomia da vontade só ocorreria, portanto, numa situação em que não estivesse sendo considerada uma obrigação moral, porque nesta ao contrário do que ocorre com o dever moral, o que devo fazer é-me prescrito por outros, por vontades alheias à minha própria. (GUSTIN, 1999, p.70).

É razoável destacar que não parece ter sido Kant o responsável por cunhar a noção jurídica ou mais especificamente contratual de autonomia da vontade²⁰, ainda mais no que toca ao direito dos contratos. O que parece provável é a possibilidade de sua filosofia moral ter inspirado teorias jurídicas sobre a autonomia em campos variados do Direito. Todavia, essa separação da autonomia e da heteronomia vista por Kant também sob o ponto de vista moral será fundamentará inúmeras teorias contratuais que ainda hoje pressupõem a vontade em caráter puro ou absoluto.

A oposição que se faz ao conceito de autonomia da vontade, definido por Kant como princípio supremo da moralidade, reside na possibilidade desta autonomia manter sua consistência soberana autolegisladora mesmo diante de influências externas que de alguma maneira sejam consideradas no processo de decisão.

A purificação de Kant da vontade, eximindo-a da influência de qualquer princípio ou objeto heterônomo, tem sido sistematicamente criticada desde Hegel, em particular por Nietzsche (1887) e Scheler (1973). Uma tal autonomia foi vista, na melhor das hipóteses, como vazia, formalista e irrelevante, e na pior como tirânica. È interpretada como subjungando a sensibilidade à razão [...]. (CAYGILL, 2000, p.43)

²⁰“Autonomia da vontade era expressão inspirada pela filosofia de Kant, para quem a dignidade da pessoa não se compadece com a submissão a leis outras que não aquelas que dê a si mesma. Era expressão muito adequada, também porque ressaltava uma evidente influência do jusracionalismo iluminista do século XVIII, ainda através de Kant, naquilo que ela pretendia traduzir: sendo o homem por essência livre, só por sua vontade ele poderia assumir obrigações, tanto políticas (recorde-se Rousseau, *Le contract social*) como na esfera privada. Se a soberania política residia na “vontade geral”, também o contrato seria governado por digamos, um “poder soberano” similar, que seria a “vontade individual”. Foi, por isso, muito adequadamente que Gounot designou essa concepção, que tinha a vontade como elemento decisivo, de ‘*théorie de l’autonomie de la volonté*: a vontade dos interessados não só criaria livremente o contrato, como também determinaria livremente o seu conteúdo.” (NORONHA, 1994, p.112). Essa citação se justifica para perceber a articulação, as vezes um tanto confusa, da filosofia moral de Kant, com a filosofia jurídica, ou mais precisamente a teoria contratual do direito privado, que relacionou e ainda relaciona a expressão negocial vista no campo contratual com a criação de normas, com o exercício de uma liberdade absoluta ou, na melhor das hipóteses, com uma liberdade negocial limitada externamente. A advertência se valida por afastar das pretensões kantianas a ligação da noção de autonomia com a autonomia negocial. Se existe alguma influência deve ser dado crédito aos filósofos do direito privado que assim a interpretaram.

Ao discutir sobre a racionalidade, Habermas afirma que ela é exercida sempre mediante uma realidade que lhe faz resistência. Para ele a “racionalidade epistêmica” “entrelaça-se com o uso da linguagem e do agir.” (HABERMAS, 2009). O que se quer dizer em termos de autonomia é que esta se realiza sob a resistência dos elementos de heteronomia da cultura. Como já foi dito, apesar do sujeito se autogovernar, sua autonomia se desenvolve intersubjetivamente, o que impõe a resistência dos modelos, hábitos, crenças culturais, tendências, inclinações, desejos e toda sorte de elementos que influenciam a vontade e retiram dela sua “pureza”. Essa “falta de purificação” do processo deliberativo não representa a perda ou diminuição da autonomia, mas sim a força da heteronomia em determinadas situações, mais do que em outras. “A racionalidade de uma pessoa mede-se pelo fato de ela se expressar racionalmente e poder prestar contas de seus proferimentos adotando uma atitude reflexiva.” (HABERMAS, 2009, p.102). Quanto mais se desenvolve a capacidade de agir racionalmente, mais autônomo é o sujeito. Se a autonomia for pensada de outra maneira representa verdadeiro idealismo e sempre se terá a impressão absurda de falta de liberdade.

A autonomia do homem é relativa porque nas suas interações com a sociedade ela não pode ser concebida como única causa do ato e de seus efeitos. [...] Assim, autonomia e heteronomia devem ser concebidas não como casos puros, visto não ser possível a abstração das circunstâncias do ato. (GUSTIN, 1999, p.4).

O peso dado à livre manifestação da vontade, compreendida como uma forma de se garantir a liberdade trouxe a orientação de que o indivíduo deveria apenas submeter-se ao fruto do seu próprio querer, pois somente este seria soberano. A linha demarcatória da liberdade e da moralidade residiria nessa orientação e no governo dos indivíduos pela própria vontade. A questão não é a vontade expressa ou negociada, mas sim um voluntarismo que a exacerba ao patamar da auto-suficiência. Igualmente a questão não é de atribuição de autonomia, mas sim de articulação, controle e limitação do conteúdo heterônomo que naturalmente lhe faz resistência. Modernamente, a estrutura social se “compromete” a criar cada vez mais heteronomias que “emasculam” fortemente ao agir autônomo. Não basta a liberdade ou o autogoverno, mas sim o desenvolvimento permanente da autonomia.

Aqui se retoma às nuances históricas para se perceber o sentido nuclear da autonomia como capacidade de deliberação, sentido esse que será tão caso ao universo contratual. “Na antiguidade grega o termo autonomia foi aplicado, inicialmente, às cidades-estados. Como a própria etimologia do termo (*autos*: a si; *nomos*: regra ou lei), a cidade teria autonomia quando seus cidadãos gozassem [...] da capacidade de se atribuírem leis próprias.”

(GUSTIN, 1999, p.44). O exercício do agir autônomo encontra-se fundamentalmente relacionado à expressão da vontade como viabilizar da deliberação essa ligação intrínseca da autonomia com a expressão da vontade representa toda a estrutura sobre a qual o contrato esteve a continua alicerçado. Como se verá toda participação contratual tem fundamento na possibilidade maior ou em menor grau da manifestação da vontade. Como a doutrina pátria ensina, é requisito de validade de todo e qualquer contrato a manifestação de vontade plenamente livre e consciente.

Essa interpretação da autonomia passa pela noção de propósito e deliberação. A relação entre fins e meios é fundamental na atuação do sujeito. A relação entre o que se pretende, ou seja, o que se quer alcançar e os meios para tanto ilustra a autonomia e a capacidade de deliberar sobre de cada sujeito.

[...] com efeito, quando falamos de julgamento, de entendimento, de discernimento e de inteligência atribuímos às mesmas pessoas a posse da faculdade de julgar e dizemos que elas chegaram à idade da razão e têm discernimento e entendimento, pois todas estas disposições se relacionam com o fundamental e com o particular; e ser uma pessoa de entendimento e compreensiva consiste em ser capaz de julgar acertadamente os fatos a propósito dos quais se demonstra discernimento porque os atos equitativos são comuns a todas as pessoas boa sem sua conduta nas relações com outras pessoas. (ARISTÓTELES, 2001, p.123)

Compreende-se a ação como um movimento inerentemente voluntário.

O discernimento deve ser então uma qualidade racional que leva à verdade no tocante às ações relacionadas com os bens humanos. Mas, além disto, embora haja uma excelência em matéria de arte, não há tal excelência em matéria de discernimento. [...] com efeito, quando falamos de julgamento, de entendimento, de discernimento e de inteligência atribuímos às mesmas pessoas a posse da faculdade de julgar e dizemos que elas chegaram à idade da razão e têm discernimento e entendimento, pois todas estas disposições se relacionam com o fundamental e com o particular; e ser uma pessoa de entendimento e compreensiva consiste em ser capaz de julgar acertadamente os fatos a propósito dos quais se demonstra discernimento porque os atos equitativos são comuns a todas as pessoas boa sem sua conduta nas relações com outras pessoas. (ARISTÓTELES, 2001, p.123)

Um dado relevante da obra de Aristóteles é a ligação do agir autônomo e da responsabilidade. Até mesmo naqueles atos de menor capacidade deliberativa, vislumbra-se a autonomia e a vinculação aos atos individuais.

Aristóteles destaca, também, o fator ignorância como causa de atos involuntários. Para ele, mesmo quando ignoramos o que é bom ou o que é moral, deve-se ser responsável pelo ato de escolher, sendo este, então, compreendido como relativamente voluntário, porém não como involuntário. (GUSTIN, 1999, p.50).

A filosofia da antiguidade, em especial sustentada por Aristóteles, é relevante para a compreensão, na extensão das consequências da autonomia contratual, visto que destaca a idéia de heteronomia, assim como dá ênfase na expressão da vontade e liga a escolha dos meios à sempre presente responsabilidade do sujeito. Todos esses aspectos serão propulsores da teoria dos contratos que tem a vontade como núcleo e a responsabilidade civil como consequência.

Porém, o caráter sócio-cultural da autonomia não pode ser esquecido, pois sua interpretação e compreensão terão sempre natureza histórica e a modernidade destacará ainda mais o caráter individual do seu exercício. O individualismo moderno pressuporá que a autonomia se expressa ante a ausência de qualquer constrangimento social. Aqui se justifica a filosofia cunhada por Kant como pensador moderno que afirmava o agente moral no âmbito jurídico como aquele que deve estar isento de tendência ou inclinação. A “capacidade” de agir autonomamente se expressaria pela vontade livre que afirma toda a essência do indivíduo. “Concepções kantianas reivindicam neutralidade em face das imagens de mundo, um status “vago” no sentido da neutralidade ética, mas não no da neutralidade filosófica.” (HABERMAS, 2002, p.121).

O pensamento kantiano servirá sempre de orientação e pressuposto para se raciocinar a autonomia, porém as concepções mais atuais sobre o tema tentam relacioná-lo a um agir que emancipa seu agente como Bobbio sugeriu.

Na obra de Bobbio a concepção de autonomia é apresentada no sentido de emancipação humana ou liberdade positiva. A alusão expressa ao termo ocorre de forma dispersa nos seus escritos, quase sempre relacionada à análise da obra kantiana ou quando se refere às características predominantes da democracia liberal ou de sua versão socialista. Para Bobbio, contudo, a questão do indivíduo livre ou emancipado é de grande relevo, pois ele acredita que o Direito cumpre as funções de tornar possível a convivência de indivíduos ou de grupos que perseguem fins particulares e de viabilizar a cooperação entre indivíduos que se voltam para um fim comum. Sendo assim, o autor não poderá desconhecer a importância de se atribuir a esses indivíduos ou grupos um mínimo de liberdade e de autonomia para que as funções jurídicas possam ser realizadas. (GUSTIN, 1999, p. 146).

Neste contexto umas das contribuições de Kant será a concepção de intersubjetividade que é decisiva para o conceito de autonomia, assim como a de pensamento e atuação racional.

O republicanismo de Kant, segundo o entendo, parte de uma outra intuição. Ninguém pode ser livre à custa da liberdade de um outro. Pelo fato de as pessoas só se poderem individuar pela via da socialização, a liberdade de um indivíduo une-se à de todos os outros, e não apenas de maneira negativa, por meio de limitações

mútuas. Delimitações corretas, mais que isso, são o resultado de uma autolegislação exercida em conjunto. Em uma associação de livres e iguais, todos precisam entender-se, em conjunto, como autores das leis às quais se sentem individualmente vinculados como seus destinatários. Por isso o uso público da razão legalmente institucionalizada no processo democrático representa aqui a chave para a garantia de liberdades iguais. (HABERMAS, 2002, p. 123)

É Habermas quem desmembra os níveis de racionalidade que possibilitariam a autonomia ser exercida como forma de emancipação dos sujeitos. A “racionalidade do entendimento mútuo” se processaria por meio de uma racionalidade discursiva e reflexiva (auto-referência), de uma racionalidade epistêmica, de uma racionalidade teleológica e também por meio de uma racionalidade comunicativa. (HABERMAS, 2009).

2.2.1 A relação dialógica como viabilizadora da autonomia individual

A investigação se conduziu pela exploração do conceito de autonomia e da sua expressividade discursiva para se alcançar o panorama do contrato. Em termos dogmáticos sempre se associou o contrato à manifestação livre da vontade e as normas dedicadas ao tema determinavam obrigações, proibições e faculdades que pudessem consolidar essa vontade negocial exteriorizada. As disposições gerais sobre o negócio jurídico trazidas pelo Código Civil demonstram, especialmente nos artigos²¹ 105, 110, 111, 112 e 113, que a mediação lingüística e a devida expressão da racionalidade pelos sujeitos são pressupostos de um negócio jurídico válido e eficaz. A avaliação do discernimento e da competência negocial do agente são critérios para a verificação da adequabilidade do negócio jurídico. Estas premissas do direito dos contratos originam-se do reconhecimento da autonomia contratual como poder jurídico submetido às normas legais. Num viés macro a autonomia contratual fundamenta sua existência no exercício da autonomia negocial que, por sua vez, retira seus fundamentos da autonomia privada. Todo esse exercício de regressão se mostra pertinente para que se possa investigar a autonomia individual e sua relação inerente com a dialogia já que se constrói intersubjetivamente. Essa dimensão plural que se dá a autonomia justifica-se como recurso

²¹ “Art. 105. A incapacidade relativa de um as partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem aproveita aos co-interessados capazes, salvo se, neste caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum; Art. 110. A manifestação da vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento; Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa; Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem; Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

epistemológico para o seu estudo por meio da filosofia do direito, da teoria geral do direito privado e do direito dos contratos propriamente dito.

Habermas (2009) destaca que a liberdade se revela por diferentes níveis de auto-referência do sujeito autônomo. A liberdade se expressa de maneira reflexiva quando seu agente consegue, por meio de competência cognitiva, um agir menos egocêntrico. O sujeito é capaz de se perceber e se perceber entre outros sujeitos. Simultaneamente a liberdade se expressa por meio do arbítrio, o que quer dizer que o agente possui uma capacidade racional de escolha sobre poder ou não fazer ou agir de determinado modo. Igualmente a liberdade se revela por meio da ética que viabiliza a existência consciente do sujeito através de projetos individuais e/ou coletivos. Porém, exercer esses níveis de liberdade ou como se chamou, de auto-referência, não implica no desenvolvimento do agir racional em sua complexidade.

A racionalidade discursiva e reflexiva consistiria, por exemplo, na possibilidade de um sujeito se expressar racionalmente e poder responder por suas decisões por meio de uma atitude reflexiva. “Uma pessoa se exprime racionalmente na medida em que se orienta performativamente por pretensões de validade; [...] Também chamamos esse tipo de racionalidade de plena responsabilidade.” (HABERMAS, 2009, p.102). A responsabilidade seria então elemento nuclear para a identificação de um agir racional já que possibilitaria ao sujeito uma atuação ponderada e refletida consigo mesmo. Perelman já afirmava que a prática discursiva ou a expressividade lingüística se daria, em primeiro lugar, entre o sujeito e si mesmo. Essa auto-reflexão sobre o pensar, o fazer e o agir possibilita a atuação orientada à comunicação.

Para que haja argumentação, é mister que, num dado momento, realize-se uma comunidade efetiva dos espíritos. [...] Mesmo no plano da deliberação íntima, existem condições prévias para a argumentação: a pessoa deve, notadamente, conceber-se como dividida em pelo menos dois interlocutores que participam da deliberação. Ela parece constituída com base no modelo de deliberação com outrem. Por conseguinte, é de se prever que encontraremos, transpostos para a deliberação consigo mesmo, a maioria dos problemas relativos às condições prévias para a discussão com outrem. (PERELMAN, 2002, p.16)

Igualmente a racionalidade se expressa em caráter denominado por Habermas (2009) de epistêmico. O saber como expressão do fenômeno lingüístico se desenvolve por meio de proposições e juízos que representariam unidades elementares passíveis de serem testadas como verdadeiras ou falsas. Esse caráter proposicional do saber definiria sua natureza lingüística. A racionalidade epistêmica realça a necessidade de se saber mais que apenas fatos. Conhecer fatos não pressupõe o saber o racional. Como se tratará nos capítulos específicos

sobre autonomia contratual, o conteúdo jurídico do vínculo obrigacional deve ser passível não somente de conhecimento, mas de compreensão e possibilidade verificadora de possível ônus ou vantagem que ele possibilite às partes.

Conhecemos fatos e temos um saber sobre eles apenas se, ao mesmo tempo, sabemos por que são verdadeiros os juízo correspondentes. Do contrário, falamos do saber intuitivo ou implícito, de uma saber “prático” sobre como se faz algo. Podemos entender muito bem de uma coisa sem saber em que consistem essas competências. Em contrapartida, o “saber o que” está implicitamente ligado ao “saber por que” e remete nesse sentido a justificações potenciais. Quem pensa dispor de um saber admite a possibilidade de cumprir pelo discurso as pretensões de verdade correspondentes. Em outras palavras: pertence à gramática da expressão “saber” a possibilidade de tudo o que sabemos ser criticado e fundamentado. (HABERMAS, 2009, p.104)

A racionalidade em sentido epistêmico pressupõe que somente a atitude reflexiva não permite a expressão de um nível racional mais complexo. É necessário que o saber seja ponderado, proposto e testado como meio de revisá-lo e ampliá-lo. A necessidade de verificação do saber diante de uma realidade que lhe faz resistência possibilita ao sujeito adequar suas proposições e juízos à própria realidade. Esse nível de adequação ao real é relevante para se verificar o grau de racionalidade por meio do qual sujeito se expressa e atua.

Além disso, Habermas (2009) argumenta que a racionalidade se verifica também por um agir que é sempre intencional. Teleológica é a racionalidade que articula a intenção e a ação. A racionalidade do agir não se verifica somente se o resultado é alcançado, mas sim “[...] pelo fato de o ator ter alcançado esse resultado com base em meios deliberadamente escolhidos e empregados.” (HABERMAS, 2009, p.106). Essa deliberação entre fins e meios, própria da racionalidade teleológica articula o agir reflexivo, bem como a racionalidade em sentido epistêmico, pois depende da possibilidade de auto-referência do sujeito e da verificação de seus juízos e proposições ante a realidade. Essas deliberações organizam um agir por meio de projetos para que se atinjam finalidades desejadas por seus agentes. Assim, como no caso contratual, é desejável informação razoável sobre as metas, para que se possa decidir como proceder. Porém, deve ser considerado, especialmente em âmbito contratual, que sempre haverá assimetria de conhecimentos. Por mais que se proteja a vulnerabilidade negocial de uma parte, como por exemplo, diante da fragilidade técnica sobre o objeto do contrato, a assimetria das informações é inevitável.

Pois as deliberações práticas pelas quais se planeja uma ação racional dependem do suprimento de informações confiáveis (sobre eventos aguardados no mundo ou sobre a conduta e as intenções de outros atores) – ainda que os atores que agem

racionalmente de modo orientado a fins devam, em geral, se contentar com informações incompletas. De outro lado, tais informações podem ser inteligentemente processadas apenas no médium da representação lingüística, ou seja, referir-se a máxima de decisão e a fins que, por sua vez, são selecionados à luz das preferências dos atores. (HABERMAS, 2009, p.107).

Compreender a sempre presente assimetria nas informações sobre o contrato, por exemplo, é dado fundamental, para que se possa interferir, como no plano de justificação da norma, para que esta diferença seja amenizada. Porém, consentir que as partes jamais terão o mesmo grau de informação é dado real que deve ser admitido. No processo de deliberação que o contrato envolve, cada parte terá as informações a ela permitidas, bem como aquelas investigadas por meios de suas necessidades e interesses. O processamento dessas informações conforme critérios econômicos, sentimentais, culturais, tendências, inclinações, depende da realidade de cada parte.

Enfim, Habermas apresenta um quarto nível de racionalidade que denomina de comunicativa que se propõe ao entendimento mútuo. Mas o que seria esse entendimento? Como afirmar, por exemplo, que em um contrato ocorreu um entendimento mútuo? Esse entendimento representaria uma realidade dialógica em que se assegura aos participantes uma realidade intersubjetiva partilhada e simultaneamente um universo objetivo sobre o qual todos podem deliberar. A dialogia se expressa por meio dessa racionalidade quando as expressões lingüísticas servem para expressar os outros níveis de racionalidade, mas também para representar dados sobre a realidade e estabelecer laços interpessoais compartilhados. O contrato, por exemplo, representa um universo obrigacional de interdependência. Cada parte mantém um grau maior ou menor de liberdade, mas também uma ligação intrínseca. Em razão disso, as perdas sempre serão também conjuntas, quando uma relação negocial deste tipo se frustra.

Na racionalidade comunicativa “[...] se espelham os três aspectos do entender-se/com alguém/a respeito de algo.” (HABERMAS, 2009, p.107). Esse entendimento mútuo pressupõe que o ato discursivo do agente, no caso do contrato, da parte negocial, ofereça informação suficiente, consistente e transparente de forma a cumprir, como se verá, a boa-fé de natureza objetiva. O agente deve se expressar discursivamente de maneira compreensível e deve ser capaz de validar ou justificar as informações prometidas ou apresentadas. O que torna juridicamente válido, e igualmente lícito, o conteúdo da prática discursiva negocial, utilizando como marco teórico a teoria de Habermas, seriam as pretensões de verdade relativas aos fatos afirmados pela parte (tanto atuais como futuros).

O êxito no exercício da autonomia por meio da prática discursiva é representado pelo compromisso entre os participantes da relação dialógica e aqui também negocial. Os níveis de adesão ao discurso ou às pretensões de validade de cada interlocutor são variáveis e disto dependerá o melhor desenvolvimento do contrato, ou, de maneira genérica, do compromisso. A natureza heterônoma da autonomia aparece aqui como elemento definidor do tipo de compromisso entre os sujeitos. Hofstede afirma que é necessário que se compreenda a programação mental ou o caráter social que influencia em qualquer processo deliberativo, ou seja, o no exercício da autonomia do sujeito.

Cada um de nós transporta consigo padrões de pensamento, de sentimentos e de acção potencial, que são o resultado de uma aprendizagem contínua. Uma boa parte foi adquirida no decurso da infância, período do desenvolvimento onde somos mais susceptíveis à aprendizagem e assimilação. [...] O comportamento do ser humano é apenas parcialmente predeterminado pelos seus programas mentais: o ser humano tem uma capacidade básica de se desviar deles e reagir através de formas que sejam novas, criativas, destrutivas ou inesperadas. A “programação” à qual este livro faz referência, apenas nos indica as reacções mais prováveis e compreensíveis em função do passado de cada um. (HOFSTEDE, 2003, p.18)

As programações mentais ou também caráter social expressam o conteúdo significativo de heteronomia em cada interlocutor e como os discursos e as condutas serão “contaminadas” por elas. “Estas programações mentais encontram sua origem nos diversos ambientes sociais que encontramos no decurso de nossa vida. A programação inicia-se na família, continua na vida do bairro, na escola, nos grupos de jovens, no local de trabalho e na comunidade.” (HOFSTEDE, 2003, p.18). “As programações mentais são usualmente designadas pelo termo cultura. Na maioria das línguas ocidentais “cultura” é equivalente a “civilização” ou “refinamento da mente” e designa [...] o resultado desse refinamento, como sejam educação, arte e literatura.” (HOFSTEDE, 2003, p.19). Todavia, a idéia de programação mental envolve uma noção de cultura mais complexa, pois representa um fenômeno coletivo, partilhado por sujeitos de um mesmo ambiente. “Podemos defini-la como programação colectiva da mente que distingue os membros de um grupo ou categoria de pessoas face a outro.” (HOFSTEDE, 2003, p.19). A heteronomia vinda da cultura é adquirida, ela se apresenta por meio de cada “modelo” de aprendizagem que moldará o exercício da autonomia do sujeito. O pensamento por modelos ou formas idealizadas, a partir das quais são traçadas metas, é característica da civilização ocidental. E isso é altamente relevante para que se compreenda o exercício da autonomia, principalmente quando se trata da autonomia contratual.

A heteronomia representada pelo que se denominou de caráter social é ilustrada pelo aprendizado de cada sujeito sobre determinado tema e indica sua forma racional de se comportar. A racionalidade orientada para o entendimento mútuo é o desejável no mundo dos contratos. Todavia, não se pode negligenciar os gradientes de racionalidade mais ou menos orientados para esse entendimento ou para compromisso. Pode-se apontar alguns níveis de adesão, idéia tomada da teoria do discurso de Perelman (2002), que para os contratos informa a possibilidade de acordo, consenso, entendimento mútuo, consenso abrangente e compromisso. Cada um desses níveis expressaria uma forma de atuação da autonomia mais ou menos influenciada pelos elementos de heteronomia.

A idéia do modelo de atuação represente o agir por meta, tão comum na forma de expressão da racionalidade ocidental. Em razão das programações mentais aprende-se a raciocinar por modelos ou formas ideais de realidade que representariam as metas e todo o esforço do sujeito seria para concretizá-las, e no caso do deste estudo, concretizá-las por meio do contrato. A autonomia movimenta-se nesse amálgama de variáveis, entre sugestionamentos da cultura, em especial a formas idealizadas de pensamento que, muitas vezes, os sujeitos sequer se dão conta da sua influência. Compreender a inerente heteronomia existente no agir autônomo é decisivo para transitar no universo do contrato, caso contrário estar-se-ia fazendo apenas um estudo idealizado de um modelo contratual. Pensar um modelo deve apenas representar um recurso científico de antecipação de determinadas características. A Ciência deve ser apenas uma sistematização da prática, mas sempre em situação adaptável quando em desacordo com a realidade.

Esse amálgama é o fundamento para se afirmar a impossibilidade da noção de sujeito irracional. Para Habermas “[...] irracional é quem defende suas opiniões dogmaticamente, se prende a elas, mesmo vendo que não pode fundamentá-las.” (HABERMAS, 2009, p.104). A percepção da heteronomia afasta esta idéia de irracionalidade, pois se percebe que existem níveis de racionalidade. O dogmatismo representa apenas um nível mais elementar ou simplório de racionalidade. O agente dogmático se ilustra pela dificuldade de transitar pela racionalidade comunicativa. A expressão de autonomia é ainda dada em nível muito fechado em relação ao seu interlocutor, tornando o entendimento mais difícil e complexo. Esse fechamento revela um maior grau de heteronomia e uma limitação significativa no agir autônomo. Julian Marias define o que é “fechamento” utilizando como exemplo o autor de uma obra intelectual o que serve de ilustração ao que se chamou de dogmatismo.

O autor se mostra encastelado em algumas idéias, raras vezes suas, quase sempre recebidas, que precisamente se interpõem entre ele e o que as coisas são – para não dizer entre ele e as pessoas [...]. Há autores que nos dão a impressão de que “não percebem nada”, de que, aconteça o que acontecer, diga-se o que disser, se obstinam, repetem o que ouviram ou leram há muito tempo, o que manifestou seu erro ou sua falsidade. [...] Às vezes, o fechamento se deve à escassez de inteligência, à incapacidade de refletir sobre o que se leu ou ouviu, inclusive o que se pensou em algum momento e foi desmentido pelos fatos ou por visão mais ampla. [...] Mas há uma forma de fechamento mais profundo [...]. Não se trata de simples fechamento, obturação da mente diante do que procura penetrar nela. Tem um caráter defensivo, é uma resistência ao real, como se fosse uma agressão ou uma ameaça. Por isso, essa forma de fechamento é hostil, quase sempre polêmica, beligerante. (MARIAS, 2003, p.15)

O que se chama de irracionalidade representaria apenas uma racionalidade limitada do sujeito ao se expressar autonomamente, em qualquer dos níveis de racionalidade. A expressão lingüística se encontra pouco desenvolvida e isso não tem relação necessária com formação educacional, potencial econômico ou local de criação. As limitações de racionalidade decorrem de maior ou menor “contaminação” pelas heteronomias da cultura. A programação mental de cada sujeito será decisiva para se saber qual o nível de racionalidade. Assim, não há agente irracional, mas sim expressões verdadeiramente limitadas de racionalidade.

Esta separação ou diferenciação dos níveis de racionalidade e a recusa pela concepção de irracionalidade justificam um dos objetivos específicos da pesquisa que reside na demonstração da natureza heterônoma da autonomia. O exercício da autonomia desenvolve-se diante da resistência dos elementos heterônomos. A construção da racionalidade por meio do desenvolvimento dos níveis de competência do sujeito na interação social marca o exercício da autonomia. O propósito de tecer uma análise crítica, mas reconstrutiva de uma teoria do contrato começa por destacar a percepção da autonomia como fenômeno em permanente construção e continua por demonstrar as permanentes interferências que a sua expressão sofre. Influências de natureza patrimonial e existencial já que a mobilização racional passa pela noção econômica de maximização de riquezas. “[...] el hombre se esfuerza por aumentar racionalmente al máximo la utilidad em todas las áreas de la vida, no solo em sus asuntos económicos; es decir, no sólo cuando se ocupa de la compra y la venta em mercados explícitos.” (POSNER, 2007, p.26).

2.3 A Economia como racionalidade científico-social da construção da identidade nas relações intersubjetivas de mercado

A Economia mostra então sua interferência no exercício da autonomia, pois a racionalidade se desenvolve por ponderações sobre benefícios individuais e sobre o custo a ser suportado para alcançá-los. O gerenciamento ou a alocação de recursos, as decisões proferidas em razão da diminuição de custos, a opção feita para a maior satisfação do sujeito, a compra de determinado bem supervalorizado entre os indivíduos, são todos comportamentos analisados e investigados pela ciência econômica como recurso para explicar, compreender e antecipar determinadas tendências sociais.

Cada indivíduo representa um agente econômico, cujo comportamento influencia nas manifestações de mercado. “Economia é o estudo de como a sociedade administra seus recursos escassos. Na maioria das sociedades, os recursos são alocados não por um único planejador central, mas pelos atos combinados de milhões de famílias e empresas.” (MANKIWI, 2005, p.4). A Economia tem como objetivo o estudo dessa interação entre sujeitos, da articulação dos comportamentos individuais dos agentes econômicos. Cada escolha do sujeito sobre como contratar, sobre como investir, a propósito do planejamento de gastos, sobre projetos para poupar, para se aposentar, influencia as movimentações de mercado, já que este se caracteriza como um fenômeno social possibilitador de troca e circulação de riquezas. “Mercado é a designação econômica para um arranjo institucional que determina a utilização de um determinado recurso através da livre negociação entre os que o detêm [...] e os que estão interessados em utilizá-lo.” (RODRIGUES, 2007, p.19).

Conceitos como o de mercado, racionalidade²², custo de oportunidade²³, agentes econômicos, recursos escassos – “[...] la economía es la ciencia de la elección racional em um mundo- nuestro mundo- donde los recursos son limitados em relación com las necesidades humanas.” (POSNER, 2007, p.25), maximização de riquezas, externalidades, eficiência,

²² A doutrina da Análise Econômica do Direito apresenta três conceitos tradicionais de racionalidade: “Uma primeira forma assenta num requisito de consistência das escolhas. Admite-se que os agentes econômicos têm um conjunto de preferências estáveis e pré-determinadas, isto é, que não dependem das escolhas que, em concreto, se lhes colocam. Admite-se ainda que estas preferências são completas e transitivas. [...] Uma segunda forma de descrever a racionalidade é dizer que as consequências de cada escolha proporcionam ao agente econômico uma determinada utilidade e que ele é capaz de ordenar as diversas alternativas em função da utilidade que lhe proporcionam. Tendo que escolher entre duas alternativas, o indivíduo racional escolhe a que lhe proporciona mais utilidade: diz-se que o indivíduo máxima sua utilidade. [...] Ainda uma terceira forma de descrever a actuação racional é dizer que, perante uma escolha, o agente econômico opta por uma determinada alternativa se os benefícios esperados superam os concomitantes custos. [...] o custo é a satisfação de que se abdica ao escolher determinada alternativa.” (RODRIGUES, 2007, p.14).

²³ A noção de custo de oportunidade consiste no bem ou valor de que se abre mão para obter determinado item que se dê mais valor.

escolhas trágicas, pertencem ao universo da ciência econômica como critérios para a avaliação dos comportamentos sociais que mobilizam a realidade negocial. A racionalidade que propulsiona a operação econômica é a mesma que realiza o contrato. O estudo do contrato importa sua percepção como fenômeno jurídico-econômico. O sujeito autônomo promove escolhas submetidas a norma legal e a partir do desenvolvimento de competências econômicas.

Os economistas usam a expressão falha de mercado para se referir a uma situação em que o mercado, por si só, não consegue produzir uma alocação eficiente de recursos. Uma possível causa de falha de mercado é a externalidade, que é o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar dos que estão próximos. Um exemplo clássico de custo externo é a poluição. Outra causa possível de uma falha de mercado é o poder de mercado, que se refere à capacidade de uma pessoa [...] influenciar indevidamente os preços de mercado.” (MANKIWI, 2005, p.11)

Os vínculos que se estabelecem nas relações negociais de mercado, em geral, são feitos por meio do contrato. Coase definiu a empresa como uma atividade que se realiza por um feixe de contratos. A empresa se desenvolveria através de ligações simultâneas entre sujeitos possibilitando trocas, redução de custos e maximização de lucros. A empresa representaria um contexto dinâmico de atividades, relações e transações econômicas, traduzidas juridicamente pela figura do contrato. A natureza contratual da empresa é trazida aqui, pois auxilia a reflexão sobre o ajuste contratual de condutas. Ela ilustra um contexto de evidente e natural consideração dos aspectos econômicos, presentes nas relações jurídicas ditas contratuais.

O estudo do contrato alia-se a Economia na medida em que uma das suas realidades é essencialmente a de operação econômica. O contrato como conceito jurídico que é, legitima o fato econômico desenvolvido por meio de trocas, promovendo condutas de complementaridade e objetivando o aumento ou a maximização de riquezas. O contrato apresenta uma função econômica, pois evidencia a “[...] a presidência de um interesse geral na correspondente forma jurídica (começando pelo interesse de preservação das expectativas gerais que permitem a previsão, a planificação, o investimento, o crédito.” (ARAÚJO, 2007, p.16).

O contrato como realidade jurídico-econômica é responsável pela mediação de condutas ajustadas entre agentes racionais que pretendem o aumento de suas vantagens, a redução de suas despesas, submetendo sua autonomia a uma disciplina legal por meio de práticas discursivas. “A análise econômica do contrato pretende ser complementar da análise jurídica, fazendo ressaltar o escopo utilitário que preside, quase invariavelmente, à

deliberação de contratar.” (ARAÚJO, 2007, p.14). O contrato representa assim um fenômeno de coordenação ou ajuste de comportamentos jurídicos, mas fundamentalmente econômicos. A investigação de determinados preceitos econômicos torna-se relevante diante desta imbricada ligação entre comportamentos autônomos cujas consequências alcançam o campo de investigação das duas ciências.

O método científico desenvolvido pela Economia se adequa à pesquisa da autonomia, e da autonomia contratual, na medida em que pretendem projetar determinados comportamentos e antecipar algumas tendências de negociais ou de mercado. Explicar ou articular hipóteses de comportamentos racionais possibilita uma espécie de mapeamento da realidade e como objetivo geral da pesquisa permite detectar incentivos e desestímulos na atividade de contratar. Essa observação permite também afirmar que o exercício da autonomia contratual é construído a cada decisão econômica tomada. “O que a Economia faz é assentar a sua análise naquele que parece ser o traço comum à actuação da generalidade dos seres humanos: a tentativa de ter uma vida tão satisfatória possível, dados os constrangimentos com que se debatem. É nisso, afinal, que consiste o pressuposto da escolha racional.” (RODRIGUES, 2007, p.25).

A racionalidade econômica implica o reconhecimento de que o sujeito responde a estímulos e incentivos e isso poderia explicar determinados comportamentos contratuais, por exemplo. Quando se verifica o aumento do número de contratos de mútuo em dinheiro pode-se tecer a hipótese de facilidade de concessão de crédito pelas instituições financeiras e de um mercado de consumo de bens e investimentos aquecido. A Economia define o comportamento racional como aquele que atende aos incentivos criados. Porém, este modelo de resposta aos incentivos deve ser visto com as ressalvas devidas, já que a racionalidade se apresenta como competência em escala de desenvolvimento e composta por bases utilitárias propriamente ditas, assim como “utilidades” existenciais.

A perspectiva econômica possibilita compreender a construção de um dos aspectos da identidade social entre as trocas de mercado, as quais são reconhecidas e validadas pelo Direito. A Economia destaca os elementos de complementaridade e articulação de custos e benefícios existentes no contrato e conta com o estímulo da ordem jurídica para a proliferação deste fenômeno de coordenação de condutas que é o contrato.

2.4 O Direito como legitimador do exercício da autonomia nas relações contratuais

O que se falou até aqui sobre autonomia deve ser contextualizado quando se trata de autonomia privada e conseqüentemente sobre autonomia contratual. As relações contratuais de troca e circulação de riquezas são efetivamente garantidas pelo Direito. “Desde a virada das Luzes, é o Estado que ocupa o lugar de garante das trocas, pelo menos nos Estados laicos ocidentais. Passamos de uma cultura religiosa, em que a palavra do fiel era colocada sob a égide da lei divina, para uma cultura laica em que o indivíduo racional se compromete sob a égide do Estado”. (SUPIOT, 2007, p.117). O Direito, como fenômeno científico e normativo, valida a relação obrigacional dos contratos exercida por meio da autonomia. Igualmente o Direito se constitui como fenômeno lingüístico ou discursivo intersubjetivo especialmente no que toca ao universo contratual já que esse vincula os sujeitos conforme a estrutura legal de onde ele retira sua legitimidade.

O Direito é fruto da comunicação, razão pela qual a imputação de direitos e deveres não se dá imediatamente ou de maneira independente de um discurso. Com isto estamos afirmando que questões e argumentos acerca de direitos e deveres, uma vez problematizados, são trazidos à tona de forma a permitir a reconstrução de cada caso e do Direito possibilitando, pois, a formulação de um juízo de adequabilidade também argumentativamente mediado. A imputação definitiva de direitos e deveres sempre depende de qual caso, de quais circunstâncias, de quais sujeitos, enfim, de quais argumentos concretos – e nunca gerais – estão por detrás da reconstrução do próprio Direito enquanto um sistema de princípios. (CHAMON, 2007, p.110).

O reconhecimento da legitimidade deste processo de vínculos criados pela autonomia privada por meio do contrato é feito pelo Direito. “Sobre a faculdade dispositiva das partes, existe o ordenamento jurídico, o qual, mediante a incidência da norma, confere efeitos aos atos particulares.” (SILVA, 2006, p.24) A atividade da norma de reconhecimento destes atos de autonomia não parece ser propriamente negativa, mas sim adequadora de um conteúdo criativo de ligações lícitas. Entre as condutas que o ordenamento proíbe, obriga e permite a autonomia vai se desenvolvendo e se construindo. A autonomia privada se constrói como um fenômeno expressivo da identidade jurídico-social do sujeito. Esse processo é também essencialmente dialógico, pois, como se disse no início do capítulo, a identidade emerge entre outras identidades, num ato permanente de reconhecimento entre os sujeitos.

3 A DIALOGIA COMO PRESSUPOSTO DO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA

A relação da autonomia com a dialogia é muito mais intrínseca do que parece. É uma relação de pressuposto. A competência para o diálogo pode existir em pessoas com maior ou menor grau de autonomia. O desenvolvimento da autonomia se dá em pessoas cada vez mais competentes para a atividade dialógica. O discurso ou a dialogia não tem conexão exclusiva com a palavra falada ou com uma retórica unicamente oral.

A competência lingüística também se dá no campo do reconhecimento do interlocutor, na capacidade de persuasão, na qualidade dos argumentos, na atuação idônea, ética e estética. O que se quer afirmar é a existência de uma natureza discursiva do Direito. Os sujeitos são essencialmente dialógicos e assim se constrói esse processo também no campo jurídico, e, mais ainda, na atividade contratual.

Nem mesmo em um contrato sinalagmático podemos interpretar o direito de um como um direito reconhecido com fundamentação no valor intrínseco de uma liberdade moral a ser juridicamente teleologizada: antes, trata-se de liberdades e não-liberdades capazes de serem interpretadas em conformidade a um sistema de princípios discursivamente desenvolvido e construído; liberdades reconhecidas discursivamente não deslocam a questão de sua validade para além daquilo mesmo linguisticamente mediado. (CHAMON, 2007, p.112)

O desenvolvimento do tema da dialogia fundamentou-se na obra lingüística de Habermas, mas também na teorização dos argumentos estruturada por Chaim Perelman e Lucie Olbrechts – Tyteca, especialmente no que toca à proposta de efetivo diálogo, não mais nos conhecidos moldes da lógica formal, mas sim no contexto de possibilidades e verossimilhanças daquilo que denominaram de “nova retórica”²⁴. Os autores optaram não, através da nova retórica, não descuidaram do que de relevante existia na lógica formal, que tanto influenciou a retórica como forma de conhecimento. Entretanto, propuseram a reabilitação de alguns fundamentos da retórica voltados para o estudo da estrutura da argumentação num contexto de complexidade. E para evitar qualquer resquício pejorativo que fosse trazido pela dialética ou pela própria retórica, preferiram nomeá-la de “nova retórica” como ênfase na criação de uma teoria da argumentação diversa do que se tinha discutido.

Verifica-se uma preocupação de Perelman pela revalorização dos raciocínios dialéticos, sem contudo aniquilar os raciocínios analíticos. O que Perelman condena

²⁴ “[...] o estudo dos argumentos, que nem o direito nem as ciências humanas nem a filosofia podem dispensar, não se prende a uma teoria de demonstração rigorosa, concebida a exemplo de um cálculo mecanizável, mas a uma teoria da argumentação”. PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Martins Fontes: São Paulo. 2002, p. 471.

é a predominância do pensamento lógico-formal em detrimento de qualquer outra forma de se pensar. (SENA, 2005, p.81).

Outro aspecto ressaltado foi o fato de Perelman ter revelado como seu ponto de partida a dialética aristotélica, mas reinterpretando-a sob o foco de sua nova retórica num contexto mais amplo do que aquele dos discursos orais. É destaque na sua obra a preferência pelo termo retórica, especialmente no que tange ao seu significado de argumentação que visa a adesão daqueles aos quais se dirige o discurso, os quais podem compor qualquer tipo de auditório.

Preferiu-se aqui adotar o termo dialogia ou argumentação dialógica para tratar dessa estrutura de mediação que privilegia a argumentação e a inclusão das partes na construção do vínculo obrigacional. A dialogia não só inclui a efetiva argumentação, mas a comunicação como fundamento da autonomia, presumindo então relações fundamentadas na boa-fé, na alteridade²⁵.

A dialogia trabalha a linha da comunicação pela palavra, em condições de liberdade e alteridade, visando duplamente a transformação pessoal e a mudança organizacional e institucional. Tem a ver com a conversa espontânea, no que ela tem de envolvimento pessoal, confiança, receptividade e reconhecimento do outro, enquanto presença, diferença, liberdade, capacidade de se colocar e de se conduzir em relação aos interesses coletivos. Essa colocação em presença para outro é básica para fazer acordos, firmar compromissos e desenvolver ações cooperativas de complementaridade e suplementação. (BONINI, 1988, 04).

A argumentação, ou seja, essa possibilidade de participação das partes na obrigação linguisticamente mediada, permite que este vínculo seja conscientemente escolhido através de processo deliberativo legítimo e de justificação das condutas eleitas. Perelman pontua a relevância da possibilidade de se promover o processo argumentativo, informando que “a argumentação é uma ação que tende sempre a modificar um estado de coisas preexistente”. (PERELMAN, 2000, p.61) Registra importante aspecto da argumentação, especificamente no que toca ao contexto jurídico:

O papel da retórica se torna indispensável numa concepção do direito menos autoritária e mais democrática, quando os juristas insistem sobre a importância da paz judiciária, sobre a idéia de que o direito não deve somente ser obedecido, mas também reconhecido, que ele será, aliás, tanto mais bem observado quanto mais largamente for aceito. (PERELMAN, 2002, p.554)

²⁵ “O uso da argumentação implica que se [...] dê apreço à adesão do interlocutor, obtida graças a uma persuasão racional, que este não seja tratado como um objeto, mas que se apele à sua liberdade de juízo”. PERELMAN, Chaim, OLBRECHTS – TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação, a nova retórica*. São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 61.

O contexto da prática dialógica pretende permitir uma atuação autônoma exercida na alteridade, através da promoção de perguntas, do debate ponderado, da possibilidade que as teses contrárias dos envolvidos se revelem inteiramente, preparando e estruturando uma transformação para a tomada de decisões, justificadas e refletidas, celebradas sob a forma de um compromisso.

Perelman registra essa relação do processo argumentativo como forma de criar as condições para uma ação, como início de uma nova relação, “[...] porque o pensamento argumentativo e a ação por ele preparada ou determinada estão intimamente ligados.” (PERELMAN, 2000, p.65).

O conceito de compromisso que aqui se toma relaciona-se à idéia de mútuas concessões, voluntariamente praticadas, num contexto de autonomia que gera a percepção das semelhanças e das diferenças para concretizar aquela adesão.

A obra de Perelman ao classificar, por exemplo, os tipos de argumentos perceptíveis num discurso, ao tentar identificar o grau de adesão dos interlocutores aos argumentos ofertados, assim como tentar identificar com quais interlocutores se deve efetivamente desenvolver um discurso, pode, por certo, servir de substrato para a compreensão da complexa realidade do contrato.

Mas, foi dito muitas vezes, nem sempre é louvável querer persuadir alguém: as condições em que se efetua o contato dos espíritos podem, de fato, parecer pouco dignas. [...] Para Aristóteles o perigo de discutir com certas pessoas é que, com elas, se perde a qualidade de sua própria argumentação. (PERELMAN, 2000, p.19)

O marco teórico pode ser aqui sintetizado ao se descrever o processo discursivo pela presença de um orador e um auditório, que pode sofrer variação na sua composição como já se disse. Nesta interação o orador, conhecendo seu auditório, e dominando o conteúdo do tema em desenvolvimento, se dedicará a persuadir esse auditório, gerando maiores ou menos níveis de adesão à sua tese.

A argumentação se dará nesse processo de persuasão do auditório para a aceitação da maior parte dos argumentos que o orador apresentará em relação à tese que sustenta. O orador presente assim mobilizar o auditório nas suas convicções para que este possa aderir ao que se propõe. Neste contexto, Perelman se propôs a classificar toda sorte de argumentos que poderiam ser utilizados pelo orador no desenvolvimento da argumentação diante do auditório.

Além dos variados tipos de argumento, nessa relação entre orador e auditório, deve ser destacada o dinamismo. Esse ponto não foi objeto de abordagem de Perelman, talvez até por uma questão de didática, mas ele é decisivo no estudo dos contratos. Ao se pensar na prática argumentativa da nova retórica ou em qualquer das teorias do discurso, uma realidade é inegável: tanto orador, quanto auditório participa desse processo de persuasão.

A interação não é estática como pode sugerir a teoria, mas sim dinâmica, na medida em que todos aqueles vinculados ao discurso devem ser incluídos e participar do processo de deliberação. Se a dialogia pressupõe a intersubjetividade, na prática do discursivo tanto orador, quanto auditório, participam e podem ser mobilizados pelas crenças e convicções alheias.

Esse “jogo” interativo da dialogia é pressuposto dos contratos, já que estes consistem, em sua definição clássica em um “acordo de vontades”, na condição de negócio jurídico bilateral. O contrato, em termos jurídicos, possibilita a articulação de condutas, a partir da recepção de normas jurídicas, com a participação simultânea de todos aqueles envolvidos no processo.

Sejam nas formas de contratação verbais ou escritas, a cada argumento ofertado pelas partes, pode-se inferir um tipo de conduta negocial, qual o grau de adesão às propostas da outra parte, quais os pseudo-argumentos (que na verdade são condutas prometidas pela parte, mas que não serão cumpridas).

A identificação do que Perelman chama de auditório representa o conhecimento ou antecipação das condutas do interlocutor no contrato. Cada “auditório” contratual tem referências culturais próprias que interferem sobremaneira na execução do negócio. Até mesmo dentro do próprio país, as negociações contratuais podem ser desenvolver de maneiras distintas em razão da carga cultural que cada parte expressa por seu comportamento.

Supiot (2007) relata, por exemplo, como se dá o contrato na China e no Japão. Ele afirma que nestes dois países do Oriente a confiança é no próprio ato do contratante, muito mais do que na palavra avençada. O discurso serve como fonte reveladora e antecipadora de condutas, mas o que importa mesmo é se o contratante vai praticar essas condutas. “Numa cultura assim, o compromisso se exprime não por frases, mas por atos. A força e a duração dos vínculos entre os homens não dependem das palavras trocadas, mas da manutenção da harmonia que lhes presidiu a formação.” (SUPIOT, 2007, p.101). A vontade declarada pelo contratante, e formalmente registrada, não é o mais relevante nos dois países, mas sim como a parte procederá após o compromisso assumido.

A execução do contrato ou, melhor dizendo, o respeito ao vínculo criado nestes casos, decorre do comprometimento e da capacidade de cada parte. A instabilidade dos contratantes, assim como das circunstâncias influenciam decisivamente esse tipo de contratação. “Exigir do outro o que pode ter-lhe tornado prejudicial, ou o que ele já não está disposto a fazer, é contrário às regras elementares de civilidade.” (SUPIOT, 2007, p.101)

Desde a era Meiji, o Japão entrou na escola da cultura jurídica ocidental (francesa, depois alemã e, enfim, americana) e encontra-se agora dotado de um Direito dos contratos conforme os cânones da globalização. Portanto, poderíamos esperar, se o contrato fosse mesmo o que o Ocidente vê nele, ou seja, uma forma consumada, universal e insuperável do vínculo de direito, que o *giri*, forma “arcaica” da troca, fosse progressivamente varrido pela modernidade. Ora, não é nada disso. (SUPIOT, 2007, p.102).

Essa análise sugere o que estudo do contrato não pode ser a partir ou para teorizar um modelo universal. Culturalmente, o contrato se pratica de maneiras diversas, embora esses atores todos possam se encontrar nesse universo. Cada qual traz a tona o seu modelo cultural de contrato e sua concepção de vínculo. A forma relacional ou discursiva existe para todos, como ela se desenvolve e que vínculos jurídicos pode gerar, depende essencialmente dos valores culturais dos seus agentes.

3.1 A concepção de dialogia no contexto jurídico

A noção de dialogia é construída, em sentido amplo, e especificamente quando se trata do contexto jurídico, como processo inclusivo de promoção da condição de concidadania. “Afinal, como vimos, o Direito somente pode ser assumido como construído legitimamente quando todos temos iguais possibilidades de participar em sua produção.” (CHAMON, 2008, p.142).

As regulamentações serão legítimas quando a concidadania puder ser expressa através de “liberdades comunicativas” (HABERMAS, 2002) simultâneas. O “jogo” a ser enfrentado por uma moderna Teoria dos Contratos é exatamente possibilitar essa inclusão sem qualquer tipo de paternalismo e desigualdade.

Não se pode confundir o acesso à justiça com um relativismo ou uma juridicização de qualquer relação. Habermas ao mencionar o papel da filosofia e mais amplamente de uma filosofia do direito recusa qualquer postura protecionista à atividade lingüística e interpretativa.

A filosofia não pode somente aliar-se a convicções factualmente infundidas; ela também tem de poder julgá-las segundo os parâmetros de uma concepção racional de justiça. Por outro lado, não pode construir tal concepção de próprio punho e impingir-la como norma a uma sociedade destituída de autonomia. Precisa evitar tanto a duplicação acrítica da realidade quanto o deslize para um papel paternalista. Ela não pode nem simplesmente aceitar as tradições já consolidadas, nem traçar conteudisticamente um delineamento para a sociedade bem ordenada. (HABERMAS, 2002, p.119).

O agir comunicativo ou dialógico somente pode ser afirmado em realidades de inclusão, para a participação em condições semelhantes dos sujeitos de direito na urdidura dos compromissos obrigacionais.

O Direito, na condição de ciência de mediação social, pressupõe a relação entre sujeitos, que se realiza somente por meio do discursivo praticado entre seus agentes. A dialogia se apresenta como pressuposto de interação jurídica, pois possibilita a atuação dos sujeitos neste mundo público articulado pelo Direito. Os agentes jurídicos que participam desse processo de interação discursiva podem ser chamados de concidadãos.

3.2 Dialogia e a noção de concidadania

O presente tópico nasceu de um estudo antropológico e etimológico sobre a relação de concidadania²⁶. O conhecimento dos laços intersubjetivos e de interdependência entre os autores da concidadania possibilitou uma pergunta em termos de pesquisa jurídica: é possível cogitar da concidadania como conceito jurídico? Como diferenciá-la daquilo que o Direito já conhece: a cidadania? Seria possível construir uma concepção jurídica da concidadania, fundamentando-a em termos constitucionais?

A investigação do problema sugere como objetivo central explicitar a concidadania como relação essencialmente dialógica no contexto do Estado Democrático de Direito. Afirmar a existência de laços concidadãos implicaria, em termos jurídicos, afirmar o compartilhamento de direitos, bem como a construção relacional da autonomia como poder de autodeterminação. “Uma pessoa só é autônoma em relação ao outro justamente quando, através de formas discursivas, for capaz de justificar suas escolhas e decisões de ação perante o outro”. (GUSTIN, 1999, p. 31).

²⁶ POMPEU, Renata Guimarães. *Considerações sobre a relação de concidadania*. Belo Horizonte: Sid Apa, 2008. Este primeiro artigo contou também com uma análise literária da concidadania. Utilizou-se de dois contos de João Guimarães Rosa – *Uai, eu?* e *O outro e o outro* – com recurso ilustrativo da concidadania, ou da relação entre pares no espaço público.

Uma das hipóteses aqui formulada considera que o conceito de cidadania no Brasil ainda estaria marcado por cicatrizes coloniais, autoritárias e até mesmo totalitárias²⁷. Mesmo que se afirme a cidadania como condição de participação nos negócios da cidade, ou como pressuposto da democracia, acredita-se que sua noção arrasta resquícios pouco democráticos (talvez desvirtuamentos do liberalismo e do Estado Social), impedindo a verdadeira emancipação de seus titulares. Supõe-se que a noção de cidadania ainda está revestida de uma natureza muito mais formal do que propriamente substancial.

A previsão constitucional da cidadania como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição de 1988) não pode apresentar-se apenas como ideal democrático, mas sim como dispositivo de norma de eficácia imediata, promovendo essa condição de pertencimento efetivo à sociedade. Eros Grau em sua obra “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”²⁸ discorre sobre o risco do que denominou de “Constituição formal”. A Constituição não pode se tornar um conjunto de disposições legais esvaziadas de aplicabilidade, convertida em carta de diretrizes políticas.

A Constituição formal, em especial enquanto concebida como meramente programática - continente de normas que não são normas jurídicas, na medida em que define direitos que não garante, na medida em que esses direitos só assumem eficácia plena quando implementados pelo legislador ordinário ou por ato executivo – consubstancia um instrumento retórico de dominação. Porque esse o seu perfil, ela se transforma em mito. (GRAU, 2008, p.39)

O autor português José Gil²⁹, em estudo sociológico sobre a história de seu país, sugere que mesmo diante de um Estado que preza e pretende promover a democracia³⁰, persiste em Portugal um “medo de se inscrever”. A expressão “medo de se inscrever” esboça a falta de soberania para se concretizar a autonomia de um povo. Apesar do reconhecimento

²⁷ O caráter totalitário, autoritário e ainda colonial da cidadania estaria refletido nas evidentes desigualdades entre “cidadãos”, sejam elas econômicas, políticas, ou culturais. Poder-se-ia afirmar a existência (por certo velada e negada por alguns) de classes de cidadãos, com os mesmos direitos, mas uns com preferências em relação aos outros. Neste contexto os cidadãos “[...] se refletem [...] como parte não da sociedade [...], mas da sociedade de massas.” (GRAU, 2008, p. 43).

²⁸ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁹ GIL, José. *Portugal hoje: o medo de existir*. Lisboa: Relógio d'Água, 2005.

³⁰ A título exemplificativo transcreve-se os artigos 1º e 2º da Constituição da República Portuguesa: “Artigo 1º. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Artigo 2º A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

legal e principiológico do Direito português acerca da condição de cidadão³¹, para José Gil, Portugal interna e externamente ainda se manteria, timidamente, à margem de um contexto de soberania.

Com efeito, no tempo de Salazar “nada acontecia” por excelência. Atolada num mal difuso e omnipresente, a existência individual não chegava sequer a vir à tona da vida. E o que era uma vida, nesse tempo? Aquilo que ditava o ideal moral do salazarismo: uma sucessão de actos obscuros, com tanto mais valor quanto se faziam modestos, humildes, despercebidos....Onde inscrevê-los, se não havia espaço público e tempo colectivo visíveis; onde, senão na eternidade muda das almas, segundo a visão católica própria de Salazar? Nisso, como em tanto outros aspectos, o Portugal de hoje prolonga o antigo regime. A não inscrição não data de agora, é um velho hábito que vem sobretudo da recusa imposta ao indivíduo de se inscrever. Porque inscrever implica acção, afirmação, decisão com as quais o indivíduo conquista autonomia e sentido para a sua existência. (GIL, 2005, p.17)

A comparação com os portugueses se justifica na medida em que foram eles nossos colonizadores e reconhecendo os valores alimentados em sua cultura podemos formular teses sobre possíveis modelos por nós introjetados. Medo de se inscrever na obra de José Gil representaria um medo da própria existência e um temor da imagem de si mesmo. A recusa de se inscrever na história, na realidade do país, bem como em sua história como participante da ágora, pode ilustrar a condição de cidadão, ou a falta de apropriação da condição de concidadão.

A concepção de cidadão preservaria esse medo de se inscrever, pois ainda persistiria uma crença em vários tipos de cidadãos (essa é mais uma das hipóteses do trabalho). Sob o aspecto comportamental e de valores culturais alimenta-se uma cidadania fragmentada, confirmando a existência de cidadãos de primeira e segunda classe (GOFFMAN, 1982, p.157). A participação nos negócios da cidade em regime democrático ainda se dá em níveis diferentes.

Todavia, mais importante do que a constatação da existência de cidadãos inseridos em estratos sociais diferentes - em função de renda, *status* ou poder - é a introjeção e a contrapartida subjetiva dessa estratificação e diferenciação sociais, em termos de “merecimento” e “naturalidade” de uma cidadania de segunda classe.

³¹Igualmente transcreve-se aqui o preâmbulo da Constituição da República Portuguesa: “A Assembléa Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno.” Além disso, a Constituição Portuguesa, em se artigo 9º, ao apresentar as tarefas fundamentais do Estado afirma que: “São tarefas fundamentais do Estado: [...] c) Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais.”

A concidadania é conceito remoto e universal que deve ser resgatado como forma de se conhecer as efetivas origens de um habitante da cidade que preserva seus direitos individuais e, em razão disso, também se reconhece como participante do processo de construção – política - da sociedade. E para se confirmar ou não as hipóteses sugeridas, necessário será cumprir objetivos “secundários” que possam nos fornecer um arcabouço legal, conceitual e comportamental tornando assim consistentes as considerações sobre o tema. A concidadania será aqui investigada por meio de dados empíricos, através de fundamentos legais e doutrinários, em especial no que toca à prática comunicativa e negocial da dialogia. Igualmente a concidadania será pesquisada em sua origem etimológica e antropológica, o que parece ser o ponto de partida para se abrir as cortinas do tema.

O primeiro objetivo do trabalho tem então por propósito desvelar o conceito de concidadania. Fazer conhecer ou pôr à vista o agir em concidadania invoca a necessidade de se ultrapassar as camadas históricas dos significados que o termo apresenta. A proposta dessa jornada histórica e etimológica se dá para que se possa beber das águas mais remotas e substanciais do que se entende por concidadania, e que se apresentam muito anteriores do que aquelas que fertilizaram o conceito de cidadão. “O sentido autêntico de *ciuis* não é cidadão, conforme supõe uma tradição rotineira, e sim concidadão”. (BENVENISTE, 1995, p.333).

Émile Benveniste esclarece que *ciuis* designa originariamente o concidadão (de onde se extrai a conduta recíproca entre pares), e que ele representa (e não a expressão/concepção cidadania – *civis*) o sentido étimo do termo (BENVENISTE, 1995, p.291-331)³².

O mergulho investigativo, como recurso para conhecer a realidade, a origem e a prática da concidadania, possibilitará igualmente perceber os seus traços dialógicos, reveladores de uma conduta comunicativa, emancipatória e reconstrutora do espaço público entre as pessoas.

O conceito de concidadania embora possa ser encontrado em radicais de idiomas diferentes, apresenta significações que em muito se aproximam, e nelas destaca-se um aspecto essencial: o espaço público e privado compartilhados. A relação entre esses locais de construção da concidadania parece, algumas vezes, ter um caráter derivativo, mas em outras tantas mostra uma ligação integrativa. Isto sugere que o aspecto privado possa decorrer do seu

³² Essa variação histórica que descaracterizou o conceito originário de concidadão é também apresentada pelo verbete *civil* presente até mesmo no Dicionário Eletrônico Houaiss da língua portuguesa: “lat. *cívilis*, e 'civil, pertencente ao cidadão, de cidade; cível; digno de cidadão, popular, moderado, simples, urbano'; f.divg. culta de *cívil*; f.hist. 1331 *ceuijs*, 1331 *çeuil*, 1352 *çiuiys*, 1370 *cyvel*, sXV *çiuees*”.

lócus público, ou, que na verdade, essas atuações se complementam, o que torna mais consistente a relação de concidadania.

Ao mencionar o aspecto público e o privado da concidadania a investigação etimológica revela a transformação histórica do termo que, inicialmente, pretendia significar a relação entre amigos. Assim, concidadão, especialmente na sua fonte grega – *philos* -, implicava amizade – *philia* - e igualmente hospitalidade (*philein*). Mas para além dos sentidos recorrentes das citadas expressões, concidadania herda dessas as implicações de compromisso e reconhecimento mútuo.

A concidadania também contém em suas raízes uma noção familiar de aliança existente entre os cônjuges (aos quais, sem desconsiderar o significado jurídico do termo, prefere-se aqui denominar, no sentido moderno, de companheiros), traduzindo um “comportamento amistoso entre os parceiros por aliança”. (BENVENISTE, 1995, p.333).

Ainda, o atuar em concidadania guarda em si o pressuposto de compartilhamento de direitos políticos, projetando aqueles companheiros num espaço público. Esse aspecto ilustra o valor da reciprocidade que é inerente ao transitar dialógico da concidadania.

Entre a antiga relação de “amizade”, indicada por véd. *seva-*, a relação mais marcada de “grupo de aliança matrimonial”, que aparece no germânico *heiwa-* e, finalmente, o conceito de “compartilhando direitos políticos”, enunciado no latim *ciuis*, há como que uma progressão em três etapas, desde o grupo restrito até a cidade. (BENVENISTE, 1995, p. 333).

Retomando o que de início se destacou sobre o vínculo da concidadania com o conceito grego de *philos* parece importante explicitar a aproximação, neste mesmo idioma, da noção de amigo e do conceito de estrangeiro, implicando a união entre *philein* e *xenízein* ou entre *philos* e *xénos*. A articulação entre os termos indica o comportamento necessário de um membro da comunidade frente ao estrangeiro, ao desconhecido, diverso ou diferente, hospedando-o. Reconhecer e hospedar o estrangeiro pode igualmente ser traduzido como o processo de construção da autonomia do concidadão, em que se admitem os outros como realidades diversas de nós, e consente-se na urdidura de identidades sociais diferentes, mas relacionais.

O que parece comum, e verdadeiramente importante, aproximando as diferentes raízes da relação de concidadania, é essa interação comunicativa entre companheiros que contém tanto uma coloração privada de destaque, mas também uma extensão desta para além

do lócus particular, realizando-se numa atuação pública entre aqueles que compartilham direitos.

A principal diferença entre a concidadania e a cidadania parece residir precisamente na natureza dialógica da primeira, pressupondo uma atuação reflexiva, cujo laço jurídico impõe comprometimento mútuo, numa cadeia de complementaridade na realização do espaço comum que é a *polis*. Isto porque, a dialogia representa a prática comunicativa negocial e decisória exercida entre homens livres e portadores de autonomia reflexiva.

A relação dialógica é aquela que consente na presença do outro como diverso e rompe a noção de unidade, enquanto coesão entre pessoas, para concebê-la como pluralidade que converge em interesses e objetivos comuns. (GARCIA, 1988, p.7).

Participar da vida do Estado e fazê-lo vendo sua autonomia individual respeitada - como direito de se realizar como pessoa - reconhecendo e respeitando esse mesmo direito conferido aos outros é praticar a concidadania. O reconhecimento de iguais liberdades quando da positivação e do exercício dos direitos civis, políticos e sociais deve ser tratado com a relevância devida.

O que se chamou de interindependência representaria um atuar livre entre constrangimentos, compartilhando singularidades. Imaginar a liberdade - representada aqui pela autonomia individual - sem as heteronomias culturais que lhe fazem resistência seria idealismo. A relação dialógica da concidadania não pode negar os constrangimentos sobre o exercício dos direitos individuais, políticos e sociais, mas navega nessas águas em condição de complementaridade e autonomia, sem cultivar um Estado paternalista, nem promover a expropriação valorizada pelo liberalismo.

Todavia ao pesquisar este transitar entre os sujeitos de direito no espaço público, foram observados aspectos valorizados nesta relação reveladores de uma cidadania a que se pode chamar de tutelada, como diria Calmon de Passos³³. A inquietação e a necessidade de se afirmar a concidadania partiram do conhecimento de determinados dados empíricos presentes em uma pesquisa iniciada em 1972 com a aplicação de questionários sobre o tema em homens e mulheres brasileiros, de diferentes escolaridades, profissões e idades, somando hoje cerca de 12.000 pessoas.

³³ PASSOS, J.J. Calmon de. Cidadania tutelada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 18, n. 72, p.124-143, out./dez.,1993.

Os resultados dessa pesquisa, obtidos junto ao banco de dados da SID APA Ltda.³⁴, sugerem a preferência por valores e condutas conservadoras e mantenedoras do servilismo e da submissão autoritária. Assim 69% dos entrevistados nestes 36 anos consideram que as pessoas, por estarem em posições hierárquicas superiores, merecem tratamento especial e 66% afirmam que a obediência e o respeito pela autoridade são as principais virtudes a serem ensinadas às novas gerações.

Realizando um corte dos últimos 5 anos verificou-se que nos 3.500 entrevistados entre 2003 e 2008 estes percentuais (67% e 68% respectivamente) se mantêm sem diferenças significativas dos resultados apresentados entre os 8.500 entrevistados no período de 1972 a 2003 (65% e 70%) indicando a permanência do padrão³⁵.

Os valores de obediência e respeito são também mencionados por Geert Hofstede como componentes das situações familiares, educacionais e profissionais, nas quais se privilegia uma grande distância hierárquica. Nestas relações, os pais ensinam os filhos a obedecer e respeitá-los, os professores devem tomar todas as iniciativas das aulas, os subordinados esperam que os chefes lhes digam o que fazer e o chefe ideal é um autocrata benevolente. O autor destaca que esse pensamento autoritário é comum entre as pessoas com maior ou menor grau acadêmico. (HOFSTEDE, 1991, p. 53).³⁶ Vale dizer que a concepção de respeito afirmada pelas respostas às pesquisas feitas, liga-se à submissão (servil), à aprovação e à manutenção de hierarquias como forma legítima de relação entre cidadãos. Se as hierarquias não são reafirmadas, promovendo a existência de cidadãos de categorias diferentes, não seria possível uma sociedade harmônica.

Em sentido diverso a concidadania dialógica afirma outra concepção de respeito como elemento da autonomia, que se constrói num processo gradual entre aqueles que partilham os destinos da cidade. A autonomia (inserido nela existiria esse sentimento de respeito reflexo) representaria “um processo que constantemente tem de ser renovado” (SENNETT, 2004, p. 145) e por meio do qual se perceberia a diferença das experiências e o pertencimento comum a um espaço público compartilhado.

³⁴ Agradeço à SID APA - Serviço de Informação e Desenvolvimento em Antropologia e Psicologia Aplicada – empresa mineira de avaliação e desenvolvimento de recursos humanos - pelo acesso aos dados referidos viabilizadores da consistência da pesquisa.

³⁵ Destaco que, para além dos dados informados pela pesquisa da Sid Apa, gostaria também de agradecer o jornal O POVO, na pessoa da Diretora-Executiva da Redação, Fátima Sudário, pelos arquivos cedidos sobre o tema da concidadania, cujos registros datam de 12/1998 até 05/2003.

³⁶ As pesquisas encontradas no livro de Geert Hofstede foram desenvolvidas em nível mundial, valendo-se inclusive dos dados obtidos por outra pesquisa de características semelhantes realizada pela IBM.

3.3 Dialogia e ação

O tema da dialogia e da ação surge no contexto da pesquisa para justificar ou tentar explicar a fenomenologia comportamental gerada pelo exercício da autonomia. A idéia da ação pode aparecer também com o nome de decisão. A argumentação em níveis variados - entre o sujeito e seu próprio referencial de valores, entre ele e seu interlocutor, entre ele e um auditório específico, entre o orador e um auditório universal - desenvolve ou possibilita o desenvolvimento do processo deliberativo que culminará em decisões.

A autonomia e a ação se articulam em busca de uma teoria da decisão. Pretende-se discutir a decisão como resultado do agir autônomo, e como fruto de um núcleo de heteronomia. Não seria possível tecer considerações sobre a decisão sem destacar a hipótese do sujeito de direito num ambiente neutro, como já se argumentou sobre a autonomia da vontade.

Já se discutiu sobre a noção de racionalidade e afirmou-se que esta se manifesta por meio de ponderações de utilidade, de ganhos, de benefícios, mas também influenciada pela emoção, por inclinações, tendências, influências do ambiente. Alain Berthoz, refletindo sobre os estudos de Darwin (BERTHOZ, 2003), traz à tona o fato das emoções influenciarem o processo de decisão dos indivíduos por meio de associação a comportamentos que são considerados úteis, bem como por meio de ações diretas do sistema nervoso independente da vontade e dos costumes.

Durante o processo de deliberação que antecede uma decisão, avalia-se, aprecia-se e se pondera os elementos que estão em jogo. A autonomia se exercita como a expressão complexa da racionalidade que se constitui por meio da razão, mas igualmente da emoção.

Em um nível inicial o sujeito autônomo pondera seus objetivos, esperanças e a natureza dos compromissos a serem assumidos. Em seguida faz uma avaliação secundária que consiste em considerar que, em toda a situação de estresse, deve-se apreciar as opções existentes e decidir por qual delas, assim como colocá-la em prática. Estar pronto para agir representa uma boa articulação dos elementos de heteronomia caracterizados, em muitos casos, pelas emoções.

A relação entre a emoção e a razão é permanente e na teoria da decisão aposta na existência de atividade cerebral de avaliação, de apreciação, e de adaptação e articulação das emoções que influenciam a atuação autônoma do sujeito. Berthoz afirma que a emoção é a preparação para a ação e não somente uma reação. (BERTHOZ, 2003, p.67). A emoção pode aparecer como elemento de heteronomia, mas pode também fazer parte de antecipações de

projetos futuros, como possibilidades de transformações dos laços de intersubjetividade. No processo argumentativo a ação simboliza uma adequada articulação para o sujeito, naquele contexto dos elementos de heteronomia e autonomia. Simboliza não somente cálculos utilitários em termos economicamente apreciáveis, mas essencialmente uma resultante de “forças” conjugadas pelo sujeito que o conduz a uma decisão.

3.4 Dialogia e o processo discursivo-deliberativo de formação do contrato

Tanto causa quanto motivo no contrato serão compostos por razão e emoção, já que a “[...] atividade de apreciação cognitiva precederá ao julgamento e será [...] essencial no surgimento de uma emoção. [...] A apreciação será um processo bem identificado que completará a percepção e produzirá um desejo de tomar alguma decisão³⁷.” (BERTHOZ, 2003, p.63) Emílio Betti explica que a causa representa a razão determinante do negócio, aquilo que mobiliza o sujeito a realizá-lo e o motivo é ilustrado por elementos psicológicos de ordem secundária que o agente não destacou como relevantes para a efetivação do negócio.

Só assim, examinada a estrutura – forma e conteúdo (o como e o quê) – do negócio, pode resultar frutuoso estudar-lhe a função (o porquê). Essa função, que em terminologia técnica, legitimada pela tradição, se denomina a “causa”, ou seja, a razão do negócio, liga-se, logicamente, àquilo que é o conteúdo do negócio, sem, no entanto, se identificar com ele. Conteúdo do negócio é [...] não uma vontade qualquer, expressão vazia e incolor do capricho individual, mas um preceito da autonomia privada, com o qual as partes pretendem regular os seus interesses, nas relações entre elas e com terceiros, em vista de escopos práticos de caráter típico, socialmente valoráveis pela sua constância e regularidade na vida de relações correntes. (BETTI, 2003, 247).

O desenvolvimento da prática dialógica no contrato é fundamental nas negociações preliminares e será decisivo para se fixar a causa do negócio e para se conhecer os motivos dos agentes. A melhor interação entre os sujeitos neste ínterim permite a articulação adequada do conteúdo objetivo do negócio, evitando, por exemplo, anulabilidades por vícios do consentimento como o erro e o dolo que atuam diretamente sobre a causa.

E como se disse, a decisão sobre o que será razão determinante do negócio se dá por meio de uma atividade complexa, que pondera elementos variados, principalmente por meio de raciocínio econômico sobre as deliberações. O agente articula ganhos e perdas,

³⁷ Tradução livre do texto: “Cette activité d’appréciation (appraisal) cognitive précéderait Le jugement et serait pour certains, Magda Arnold par exemple, essentielle dans l’apparition d’une émotion. [...] L’appréciation serait un processus bien identifié qui compléterait la perception et produirait en nous le désir de faire quelque chose.” (BERTHOZ, 2003, p.63).

vantagem, ônus, que são contabilizados de forma numérica e de maneira abstrata. A “riqueza”, que se pretende potencializar com o negócio, é valorada de maneira econométrica e existencial, de forma a aumentar o bem-estar e a felicidade individual.

E esse processo deliberativo de formação do conteúdo do contrato é “balizado” pelos próprios componentes da autonomia privada, que, como se verá, se compõe de exigências de boa-fé e licitude.

Como recurso exemplificativo para o tema da formação do contrato e da dialogia podem ser utilizados os artigos iniciais das disposições gerais sobre contratos, 412, 422 e 423³⁸. Em todos eles, verifica-se a preocupação em se manter um mediador do processo discursivo para o exercício da autonomia contratual. Estabelecer os princípios conformadores da relação contratual, enfatizando pressupostos da própria autonomia, legalmente garantidos, caso a prática discursiva exclua, ou negligencie um dos atores do vínculo obrigacional.

Em seguida os artigos de formação do contrato no Código Civil esforçam-se para evitar uma grande assimetria entre as partes articuladas no processo de tomada de decisões, na apresentação de argumentos, nas promessas de condutas, no comprometimento de valores econômicos, nas expectativas criadas e nas formas de extinção ou de revisão de todos os itens.

Nas relações obrigacionais de consumo também a lei especial preocupa-se com a condução do processo deliberativo travado entre consumidor e fornecedor, já que nesse contexto detecta-se uma fragilidade negocial de base. A lei 8.078/1990, em seu art. 4º, afirma que o consumidor é parte vulnerável, o que significa, aqui neste contexto, que o consumidor caracteriza-se por sua fragilidade no processo de deliberação sobre a formação do contrato e, em razão desta evidência, deve ser protegido. O objetivo de artigos como os que dizem respeito à oferta no Código de Defesa do Consumidor, 30 e 31, dispõem regras para a inclusão do consumidor em condições de simetria na relação negocial. Impor, por exemplo, características que a proposta deve apresentar, permite que o poder de negociabilidade do consumidor seja mais fortalecido. Esse aumento da competência de negociar ilustra o exercício dialógico da autonomia considerando o consumidor como concidadão a ser protegido.

A redação do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor ilustra alguns dos elementos que interferem na deliberação, e define o dever do fornecedor de informar a qualidade, a quantidade, a composição do produto, o seu preço, os prazos de validade e

³⁸Art.412. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios

origem. Estes são dados considerados fundamentais para a decisão do consumidor, especialmente em âmbito objetivo.

Porém, como já se disse, não são somente os elementos objetivos que interferem nas escolhas da causa do negócio jurídico, mas interferem igualmente elementos de ordem subjetiva que conduzem o sujeito a determinadas escolhas e fazem com que ele renuncie outras.

Assim, mais uma vez retorna-se ao complexo problema do exercício da autonomia privada, mais especificamente, da autonomia contratual. A cada tópico desenvolvido, constata-se que a atuação autônoma depende e sofre interferência de vários elementos de sua própria composição e outros que, mesmo alheios, sempre lhe imporão resistência quando de sua realização. Cogitar que a boa-fé, e, no contrato, a função social, compõem a própria autonomia significa destacar orientadores do seu exercício cada vez mais dialógico. Da mesma forma que considerar todas as heteronomias que atuam em resistência à autonomia é um recurso frutífero para desenvolvê-la cada vez mais.

4 A AUTONOMIA PRIVADA COMO PODER JURÍDICO DE CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE SOCIAL

Até aqui se falou sobre a autonomia e sobre a natureza dialógica, linguística e relacional do seu exercício. Porém, o direcionamento do tema é obrigatório e o viés então será dado pela abordagem do conceito de autonomia privada. Não se quer dizer que a autonomia privada deixe de ter essa realização mediada pela linguística, mas sim o que se quer agora é aprofundar sua natureza jurídica. A definição de seus pressupostos deve se tornar cada vez mais clara ou, ao menos, cada vez mais bem problematizada. Um dos pontos de destaque a ser considerado sobre a autonomia privada reside na extensão do seu alcance para que não se imagine tratar exclusivamente de questões de natureza econômica. “El derecho a ser diferente va acompañado de una expansión de la autonomía privada en el campo extrapatrimonial.” (LORENZETTI, 2004, p.77). O que se verifica é a manifestação da autonomia em campos diversos do que o tradicionalmente conhecido que é o do contrato.

Lorenzetti (2004) cita exemplos de realização da autonomia em caráter existencial como a manutenção artificial da vida humana em casos de tratamentos médicos, a disposição de partes do corpo para fins científicos ou altruísticos, assim como a manifestação dos direitos individuais no campo do direito das famílias. Os novos modelos de estrutura familiar, a adoção, a inseminação artificial, o útero de substituição, dentre tantas outras situações jurídicas típicas do direito familiar que revelam a exposição da autonomia privada. Estas seriam situações de caráter muito mais extrapatrimonial, diferentemente do que se nota nos contratos.

A noção de extrapatrimonialidade é fundamental para se debater o tema da natureza econômica envolvendo ou não o campo de atuação da autonomia privada. Extra é uma palavra latina para significar fora de, além de. Normalmente utilizada para designar o que vem fora do sentido tradicional, da concepção tradicional ou ordinária. Já a noção de patrimônio (*patrimonium*, de *pater*) refere-se, originariamente aos bens da família ou herdados dos pais. Desenvolvendo um sentido jurídico mais amplo, patrimônio constituiria o conjunto de bens, de direitos e obrigações de natureza econômica, pertencentes à pessoa natural e/ou jurídica. “Patrimônio, provavelmente de *patris munium*, é o complexo de relações jurídicas economicamente apreciáveis de uma pessoa.” (AMARAL, 2006, p.337).

A noção de patrimônio no direito privado relaciona-se nuclearmente com o caráter econômico dos bens e das relações jurídicas que o compõem, sendo afastados destes os direitos de personalidade e, para alguns, o passivo desta universalidade. Quando se trata dos

direitos da personalidade afirma-se que estes têm natureza extrapatrimonial, o que significa dizer que eles estariam além da noção ordinária de patrimônio. Os bens jurídicos protegidos por estes direitos não possuem valor econômico mensurável como aqueles tuteláveis por direitos patrimoniais. Falar que a autonomia privada promoveria apenas situações e relações jurídicas de natureza patrimonial seria afastar destes atos de construção da identidade do sujeito de direito o exercício de direitos como os da personalidade.

Perlingieri ao mencionar a teoria dos atos jurídicos e negócios afirma que esta “[...] não restringe a tais negócios e, sobretudo, deve-se levar em consideração que as expressões de liberdade em matéria não-patrimonial ocupam uma posição mais elevada na hierarquia constitucional.” (PERLINGIERI, 2002, p.18). O autor afirma não ser possível um estudo unitário da noção de autonomia privada já que esta se expressaria de maneira diversa quando das situações jurídicas de caráter patrimonial e extrapatrimonial.

Porém, a autonomia privada refere-se a esse poder jurídico de expressão entre as heteronomias normativas seja em que nível for. A manifestação da identidade do sujeito se dá por meio de processo lingüístico de deliberação sobre situações patrimoniais ou não, simultaneamente. É razoável comparar a deliberação dialógica de quem doa partes de seu corpo com aquela do vendedor de um bem imóvel para afastar as relações jurídicas. Todavia, o núcleo comum das situações é exatamente o reconhecimento jurídico do poder da autonomia na composição das categorias jurídicas pelos sujeitos.

Além disso, considerando que em ambas as situações os sujeitos pretendem maximizar riquezas no sentido firmado por Posner³⁹, ou seja, os agentes projetam vantagens, desvantagens, ônus, obrigações, de natureza pecuniária e moral, para aumentar ou agregar algo ao seu patrimônio, existencial e/ou estritamente econômico. “O interesse próprio não deve se confundir com o egoísmo; a felicidade [...] de outra pessoa pode fazer parte de nossas satisfações.”⁴⁰ (POSNER, 2005, p.26). A expressão da autonomia privada no contrato vem

³⁹“Con “maximización de la riqueza” quiero indicar la política de intentar maximizar el valor agregado de todos los bienes y servicios, ya sea que se comercien en mercados formales (los bienes y servicios “económicos” usuales) o (en el caso de bienes y servicios “no-económicos”, como la vida, la recreación, la familia y la libertad de dolor y sufrimiento) que no se comercien en tales mercados. El “valor” es determinado por lo que el dueño de los bienes o el servicio exigiría para separarse de él o por lo que un no-dueño estaría dispuesto a pagar para obtenerlo - cualquiera de los dos sea mayor. La “riqueza” es el valor total de todos los bienes y servicios “económicos” y “no-económicos” y ésta es maximizada cuando todos los bienes y servicios, en la medida en que esto sea posible, sean asignados a sus usos más rentables. Es importante enfatizar la dimensión no-pecuniaria de la riqueza, especialmente para aquellos que no son economistas, quienes tienden rápidamente a asumir que a los economistas sólo les interesan los bienes y los servicios que tienen un precio en el mercado. Sin embargo concedo que la palabra “riqueza” es incompleta, aun cuando esté definida tan ampliamente como una medida de bienestar social.” (POSNER, 2005, p.02).

⁴⁰ “Y el interes propio no debe confundirse com el egoísmo; la felicidad [...] de outra persona puede formar parte de nuestras satisfacciones.” (POSNER, 2005, p.26).

então sob a forma de submissão ao texto legal, articulando a eficácia sobre prestações que envolvam conteúdo patrimonial e extrapatrimonial, este último tratado como patrimônio de disponibilidade relativa. Essa unificação parece necessária no estudo da autonomia privada. Não existam vários tipos de autonomia, apenas situações distintas do seu exercício em que a heteronomia, a disponibilidade dos bens ou dos sujeitos integrantes da relação jurídica. E a construção da identidade social do sujeito por meio da autonomia se dá em todos esses níveis da concepção de patrimônio. O sujeito que constrói sua identidade, está a urdir o seu patrimônio em níveis econômicos diretos e em níveis econômicos “indiretos”, aqui chamados de existenciais.

4.1 Hipóteses dos fundamentos da autonomia privada como conceito jurídico

O recorte epistemológico se justifica para a identificação de pressupostos da autonomia privada e especificamente da autonomia contratual. Falar em autonomia privada traz à tona uma realidade conceitual bastante ampla, cujos fenômenos de expressão são inúmeros. Desde os fatos classificados como atos humanos de natureza estrita, que apresentam o exercício da autonomia entre múltiplas interferências heterônomas, assim como aqueles de natureza essencialmente negocial⁴¹.

A autonomia privada se manifesta por meio dos atos jurídicos em sentido estrito, cuja extensão da liberdade na escolha das categorias jurídicas não ocorre, já que praticada a conduta prevista na norma a eficácia se dará de maneira automática. Nestes atos a autonomia mitiga-se frente às necessidades e obrigações exigidas do sujeito quanto à sua conduta. Perlingieri identifica esses atos como portadores de um direito-dever. “Uma situação híbrida que não pode ser reconduzida às situações subjetivas tradicionalmente definidas ativas e passivas [...]” (PERLINGIERI, 2002, p.129).

A existência de um direito pressupõe, em geral, um dever interligado, assim o ofício é necessário, pois muitas vezes é feito no interesse de outros sujeitos, como, por exemplo, nos atos típicos do poder familiar, da tutela e da curatela. Todavia, apesar da intensa

⁴¹ A classificação dos fatos jurídicos adotada no trabalho é aquela desenvolvida por Pontes de Miranda e profundamente investigada e revitalizada por Marcos Bernardes de Mello. “Deve-se, na verdade, mais uma vez a Pontes de Miranda, “após acurado estudo dos fatos jurídicos, a partir da revisão de processos lógicos e metodológicos empregados para classificar os fatos jurídicos”, a precisão classificatória, segundo rigorosa aplicação do critério de individuá-los com fundamento nos dados nucleares (cerne) de seu suporte fático. A partir dessa orientação metodológica, podemos identificar como elementos nucleares (cerne) diferenciais: a) conformidade ou não-conformidade do fato jurídico com o direito, b) presença, ou não, de ato humano volitivo no suporte fático tal como descrito hipoteticamente na norma jurídica.” (Mello, 2003, p.112).

carga heterônoma do ato, sua natureza ainda preserva a liberdade de assumir o ônus de não realizá-lo, por isso a pertinência dos requisitos de validade⁴² aplicáveis também ao ato jurídico estrito senso.

Salvatore Pugliatti (1959) já afirmara a multiplicidade de situações em que se verifica o exercício da autonomia privada no campo jurídico e as conseqüentes dificuldades para se estudar o fenômeno⁴³. A pesquisa quis evitar exatamente essa confusão de conceitos, mas abordar a todos para demonstrar que consistem apenas em tratamentos científicos de diferentes realidades de manifestação da autonomia privada. A relevância de se discutir seus pressupostos aparece como recurso no esclarecimento do tema. A identificação de pressupostos da autonomia privada e, conseqüentemente, das situações em que esta é denominada de autonomia negocial e naquelas em que é chamada de autonomia contratual, possibilitará o estudo adequado do problema.

A autonomia privada não é um fenômeno pré-jurídico, como afirma Ana Prata. (1988). Seu poder de vinculação jurídico é reconhecido pelo Direito a partir da subsunção do comportamento do sujeito às possibilidades normativas selecionadas.

[...] sin el derecho, a mi parecer, no se puede concebir la autonomía privada, ni los negocios jurídicos, que son su manifestación. El problema de la autonomía es ante todo un problema de límites, y de límites que son siempre el reflejo de normas jurídicas, a faltade las cuales el mismo problema no podría siquiera plantearse a menos que se quiera identificar la autonomía con la libertad natural o moral del hombre. (FERRI, 2001, p.5)

Essa subsunção da autonomia ao universo normativo de possibilidades, bem como a conformação desse poder às proibições e obrigatoriedades definidas também pelo ordenamento, sempre relacionaram a auto-regulação à noção de propriedade⁴⁴. A apropriação

⁴² A pesquisa utilizou a tradicional classificação doutrinária dos mundos jurídicos em plano da existência, da validade e da eficácia. Neste contexto refere-se aos requisitos de validade do negócio jurídico, aplicáveis também ao ato jurídico em sentido estrito, com previsão legal contida no artigo 104 do Código Civil.

⁴³ Registra a tradução de Ana Prata do texto de Salvatore Pugliatti: “Passando do campo da filosofia para o do direito, e aqui descendo do plano da filosofia do direito para o da teoria geral e, portanto, para o da dogmática (ou ciência) jurídica e atravessando o sector – se assim se pode dizer – do direito público, para alcançar o do direito privado, o termo autonomia, complicando-se na fórmula autonomia privada, adquiriu um número notável de significados e, é o que mais interessa, suscitou uma multidão de problemas.” (PRATA, 1988, p.17)

⁴⁴ “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1o O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2o São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. § 3o O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. § 4o O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa

de bens ou de direitos, ou numa linguagem jurídica mais adequada, o poder absoluto e exclusivo que se tem sobre bens materiais ou não, é a instituição sempre associada à autonomia privada. Essa possibilidade de se apropriar e de se transferir direitos sobre bens, ou seja, a possibilidade de se compor a carga de eficácia relativa a esses direitos sempre foi conteúdo dos atos de autonomia reconhecidos pelo Direito.

A tradicional patrimonialidade relacionada à autonomia implica nessa possibilidade de disposição de bens por cessão ou transferência da propriedade e num desdobramento tão complexo quanto, na cessão ou transferência da posse. Esse pressuposto da propriedade reflete outro requisito para o exercício da autonomia privada que é a negociabilidade. Se uma das principais características da autonomia, se não a mais relevante, é a possibilidade de compor as categorias jurídicas que farão parte do ato executado pelo sujeito, a negociabilidade é fundamental.

Esse caráter negocial dos atos de autonomia privada enfatiza sua relação com os negócios jurídicos, já que esses representam condutas jurídicas de liberdade e de possibilidade de opção de carga eficaz. Os atos jurídicos em sentido estrito não apresentam negociabilidade, pois suas consequências legais não fazem parte de um universo de faculdades que podem ou não serem escolhidas. Se o agente pratica a conduta prevista em lei, e em geral essa conduta é necessária, sua eficácia será dada e não negociada num universo de possibilidades. Como se disse, no ato jurídico em sentido estrito existe apenas a liberdade de assumir as consequências de não praticá-lo, ou seja, a conduta omissiva do agente é que sugeriria algum grau de liberdade, se isto puder realmente ser dito.

A realização do negócio jurídico traduz a negociabilidade patrimonial que se dá em graus variáveis já que nem todos os atos negociais permitem uma composição ampla da carga de eficácia. A promoção de condutas jurídicas cuja negociabilidade é variável⁴⁵, por

área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. §5o No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”

⁴⁵ Exemplo típico de negociabilidade variável são os contratos denominados de adesão. Quando se imagina o tipo clássico de contrato cujo pressuposto era a autonomia da vontade pura, sem elementos de interferência, torna-se paradoxal um modo de contratar cujo conteúdo jurídico é composto em grau mínimo por um dos sujeitos da relação obrigacional. O contrato de adesão, na verdade, representa o exercício da autonomia negocial oprimida por grande carga de elementos de heteronomia. “O contrato de tipo clássico, como vimos, era precedido da negociação de seu conteúdo, quando as partes, em condições formais de igualdade, debatiam, defendendo seus interesses, até a formação do consenso. Diferentemente, o contrato de adesão tem seu conteúdo previamente preparado por um das partes, cabendo à outra aceitá-lo ou não, sem possibilidade de discuti-lo. Em ambos, há um acordo de vontades para a produção de efeitos jurídicos, só que no primeiro caso – característico da concepção clássica – o conteúdo é fruto de uma negociação preliminar entre as partes, e no segundo – próprio da sociedade de massas -, o conteúdo é predeterminado.” (FIUZA; ROBERTO, 2002, p.62).

meio da autonomia privada, somente se torna compreensível se for considerado outro dos seus pressupostos que é sua natureza heterônoma.

A heteronomia importa em sujeição da conduta do agente a elementos outros que não sejam exclusivamente o seu livre arbítrio. Não se pode separar heteronomia e autonomia, ou se isso for feito, que seja apenas para fins didáticos. A separação das duas atuações representaria exatamente um idealismo que se quer evitar. Todo agir livre encontra em si mesmo elementos diversos da vontade do sujeito que a modelam e se misturam com ela gerando uma conduta imbricada de valores, crenças, superstições, raciocínios econômicos, inclinações e tendências.

A negociabilidade deve ser consentida nesse contexto de influências e, em razão desta carga de heteronomia, a possibilidade negocial pode ser maior ou menor. O próprio sujeito se impõe obrigações e deveres, às vezes até de natureza moral, que influenciam o grau de autonomia e atenuam a possibilidade negocial. Em outras situações, que se destacou, e negociabilidade fica tolhida pela despersonalização do negócio e/ou pela imposição de grande parte do conteúdo por uma das partes.

O fato do conteúdo do negócio jurídico poder ser apresentar limitação quando da composição das categorias jurídicas eficácias não lhe retira o pressuposto ou a natureza dialógica inerente. A mediação lingüística faz parte da realidade da autonomia privada, especialmente no mundo jurídico. A intersubjetividade é condição para o exercício da autonomia.

O que se almeja, como objetivo de um Estado Democrático de Direito, é a inclusão de cada sujeito em condições de paridade neste processo discursivo. Uma coisa é a recusa do sujeito incluído no processo de decisão que renuncia determinados poderes ou aceita a escolha das categorias de eficácia do negócio. Outra coisa, reprovável a ser combatida, é impossibilidade de participação do sujeito nesta negociabilidade. Neste sentido, se justifica as legislações de cunho intervencionista, e de evidente natureza protecionista, como o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, como recurso legal para possibilitador a inclusão de determinados agentes econômicos neste processo dialógico próprio dos negócios jurídicos.

Enfim, pode-se afirmar também como pressuposto da autonomia privada a noção de interesse público⁴⁶. Tratar aqui do interesse público consiste na superação na ou total

⁴⁶Se é certo que toda acção humana é em si mesma afirmação de um poder da vontade, isto é, que o poder da vontade é uma essencial característica humana, ao nível jurídico esse poder virtual só se efectiva na medida em que a ordem jurídica, o direito objectivo, confira à vontade um poder jurídico, isto é, na medida em que o

impossibilidade de separação entre o direito público e o privado. A autonomia como poder de construção da identidade intersubjetiva e a autonomia privada como desenvolvimento desse poder no âmbito do negócio jurídico não se realizam em “ambientes” distintos, sem mesmo pode-se dizer que existam ambientes distintos.

[...] só se devem esperar regulamentações legítimas [...] quando os cidadãos fazem usos de suas liberdades comunicativas em comum, de maneira que todas as vozes tenham chances iguais de ser ouvidas. Assim, o recurso efetivo às autonomias privada e pública, que se pressupõem mutuamente, é ao mesmo tempo uma condição para que os direitos civis sejam adequadamente interpretados e garantidos, além de utilizados de maneira cada vez mais abrangente em seu teor universalista. (HABERMAS, 2002, p.384)

O sujeito de direito se realiza individualmente entre outros sujeitos, assim, o conceito de público e privado se justifica na medida em que quer dar destaque a relação entre o sujeito e o Estado num momento e entre o sujeito e outro particular em outro momento.

Na ótica de Luigi Ferri (2001) a autonomia privada se expressaria exclusivamente no campo do direito privado, já que promove interesses individuais. Para Ferri não existiria um poder-função contido na autonomia privada, mas um poder negocial de prospecção dos interesses de cada titular. Afirmar um interesse público da autonomia privada seria desvirtuar sua própria natureza, e obrigar os particulares a cumprir funções que seriam exclusivas do poder público. “O campo de atuação da autonomia privada é justamente aquele dos interesses privados, e interesses privados vêm determinados por exclusão: são todos aqueles cuja tutela não assume por si, nem impõe aos outros, o Estado.”⁴⁷ (FERRI, 2001, p.10)

Ferri (2001) afirma que a autonomia não é um poder ao qual corresponde uma função, pois o ordenamento, de onde a autonomia retira sua validade não fixou qualquer fim, meta ou função para o exercício dessa construção da identidade individual.

Por tudo o que já foi dito até aqui não se pode endossar tão perspectiva, já que a autonomia privada representa um poder que se executa na condição de sujeito individual, mas entre outros sujeitos, no universo normativo de possibilidades permitidas. À autonomia privada como poder jurídico normativamente reconhecido não é imposta ou transferida qualquer função de competência do poder público.

ordenamento atribua ao poder virtual os meios de se transformar em poder jurídico a vontade real.” (PRATA, 1988, p.18)

⁴⁷ “El campo donde actúa la autonomía privada es justamente el de los intereses privados, y los intereses privados vienen determinados por vía de exclusión: son todos aquellos intereses cuya tutela no asume por sí, ni impone a otros, el Estado.” (FERRI, 2002, p.10).

Entretanto, somente se legitimará o exercício deste poder caso se realize em atenção às proibições e obrigadoriedades que o ordenamento prescreve, assim como que se realize dentro do universo de permissões e faculdades também autorizadas. Ferri afirma que “Historicidade e mutabilidade são sinônimos de positividade.”⁴⁸ (FERRI, 2001, p.233).

Dentro da discussão que se desenvolve, pode-se dizer que o ordenamento apresenta natureza mutável e histórica e é desejável que isto possa acontecer como forma de atualização do Direito com as realidades, culturas, valores e populações. E será esse substrato mutável e histórico que fixará o universo de atuação do poder da autonomia, o qual deve cumprir sim uma funcionalidade que é exatamente a desse campo de desenvolvimento permitido pelo Direito⁴⁹. O estudo da autonomia se dá em nível estrutural e funcional já que todo poder jurídico se legitima dentro do campo de permissividade que se lhe autoriza.

O interesse público que se afirma como pressuposto da autonomia reside na exigência de sua atuação dentro da realidade normativa permitida, bem como diante de na sua natureza essencialmente lítica e funcional, a promover atos de promoção de valores legalmente protegidos, como a sempre invocada, dignidade da pessoa humana. A realização da autonomia como poder se dá, realmente, em nível dos interesses individuais, os quais só existem, pois fazem parte e se realizam no universo do interesse público. A intersubjetividade é inerente ao exercício deste poder jurídico.

4.2 Distinção conceitual: a concepção jurídica da autonomia da vontade

O Estado Liberal influenciou fundamentalmente essa noção individualista da autonomia da vontade, através de políticas liberais que privilegiavam a menor atuação estatal possível, bem como demarcavam expressa linha divisória entre o âmbito público e o privado. Todavia, a igualdade que tentou se promovida pelo Estado Liberal apresentava uma natureza muita mais abstrata e ideal de condições entre os particulares, que parecia justificada sob o argumento do exercício pleno da vontade livre. Enzo Roppo registra como se dava o contexto do dogma da vontade quando da celebração de avenças entre os particulares.

Considerava-se e afirmava-se, de facto, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos

⁴⁸“Historicidad y mutabilidad son para nosotros sinônimos de positividad.” (FERRI, 2002, p.233)

⁴⁹ O próprio Ferri, citando Bobbio afirma a funcionalidade esperada do exercício dos deveres e direitos fixados pelo ordenamento jurídico. “El fenómeno jurídico, como bien observa Bobbio, resulta de preceptos negativos y positivos, de deberes negativos y de deberes positivos. El derecho no solo prohíbe la lesión, sino que ordena la cooperación, la solidaridad.” (FERRI, 2002, p.231)

contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo, o determinavam num plano de recíproca igualdade jurídica. (ROPPO, 1988, p.35)

A crença burguesa liberal residia na idéia de que essa igualdade de posições entre aqueles que declaravam livremente a sua vontade, tendo como alicerce a autonomia da vontade, permitiria plena e legítima circulação de riquezas em prol da verdadeira justiça. Roppo continua sua análise sobre os valores do liberalismo quando discute que a igualdade sustentada pelo Estado Liberal residia num plano meramente formal, afrontando, assim, qualquer tentativa de se realizar justiça.

Mas desta forma esquece-se que a igualdade jurídica é só a igualdade de possibilidades abstractas, igualdade de posições formais, a que na realidade podem corresponder - e numa sociedade dividida em classes correspondem necessariamente - gravíssimas desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades das condições concretas de força económico - social entre contraentes que detêm riqueza e poder e contraentes que não dispõem senão da sua força de trabalho. (ROPPO, 1988, p.37)

Essa construção da vontade como dogma, alimentada pela estrutura do Estado Liberal, em virtude dos aspectos criticados, sofrerá necessária revisão, especialmente sob o ângulo dos interesses sociais a serem observados, bem como diante do evidente conteúdo relacional da noção de autonomia.

O liberalismo económico e as idéias individualistas influenciaram sobremaneira a concepção de autonomia a qual era compreendida como a possibilidade absoluta de autorregramento dos interesses particulares, de forma a permitir o livre comércio em toda a sua plenitude. A noção liberalista de autonomia é marcada, desta forma, por uma natureza voluntarista, cujo foco é a vontade compreendida em si mesma, numa manifestação auto-suficiente.

Classificada como princípio de direito privado, a autonomia da vontade pretendia legitimar uma esfera de liberdade ao indivíduo para que o mesmo pudesse promover atos jurídicos em toda a sua amplitude. O peso dado à livre manifestação da vontade, compreendida como uma forma de se garantir a liberdade trouxe a orientação de que o indivíduo deveria apenas submeter-se ao fruto do seu próprio querer, pois somente este seria soberano. A linha demarcatória da liberdade e da moralidade residiria nessa orientação e no governo dos indivíduos pela própria vontade.

O Estado Liberal influenciou fundamentalmente essa noção individualista da autonomia da vontade, através de políticas liberais que privilegiavam a menor atuação estatal possível, bem como demarcavam expressa linha divisória entre o âmbito público.

Apesar das relações sociais necessárias e intrínsecas, as mesmas revelavam-se dicotomicamente compreendidas diante da existência de uma esfera privada de atuação. Esse era o contexto priorizado pela noção de autonomia da vontade e, através desse pensamento liberal, a vontade em si mesma ganha peso especial para possibilitar o pleno desenvolvimento do direito de propriedade.

A crença burguesa residia na idéia de que essa igualdade de posições entre aqueles que declaravam livremente a sua vontade, tendo como alicerce o exercício da autonomia, permitiria plena e legítima circulação de riquezas em prol da verdadeira justiça. A concepção de autonomia de vontade é propriamente uma consequência do Estado Liberal e, por vezes, comparada à filosofia de Immanuel Kant sobre a noção de autonomia moral. Em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* afirma que “Autonomia é [...] o fundamento da dignidade da natureza humana”. (KANT, 2005, p.79).

A comparação com a reflexão kantiana talvez resida na ênfase dada a um tipo de vontade que se distingue por não estar simplesmente “[...] submetida à lei, mas sim submetida de tal maneira que tem que ser considerada também como legisladora ela mesma, e exactamente por isso e só então submetida à lei (de que ela pode olhar como autora)” (KANT, 2005, p.72). O descompasso filosófico da autonomia liberal ou, em cotejo, da construção kantiana, reside em considerar como ato autônomo apenas aquele realizado por vontade sem a interferência de qualquer aspecto heterônomo, como tendências, inclinações, expectativas, etc.

O conceito de autonomia apresenta uma natureza verdadeiramente complexa, sofrendo ascendências culturais em qualquer época. As alterações do princípio da autonomia revelam sua natureza mutável, especialmente se considerado o impacto dos períodos históricos, bem como a influência das heranças conceituais de cada investigador do tema.

Os fundamentos que sustentaram, por muito tempo, a idéia de autonomia da vontade, em que se identificava uma forte conexão do princípio com o conceito de propriedade e de liberdade, esta compreendida como auto-suficiência. As influências das idéias liberais no contexto da autonomia da vontade elegeram esta última à condição de dogma, pois a vontade era considerado o núcleo expressivo da liberdade dos indivíduos, devendo ser preservada na sua forma mais natural.

4.3 Definição do conceito jurídico de autonomia privada

A autonomia privada será aqui definida sob a égide do próprio conceito de autonomia, bem como em face da diferença conceitual, para alguns, em relação ao que se denominou de autonomia da vontade, mais uma vez justificando a opção por aquele termo. Ana Prata, discutindo o conceito de autonomia privada, faz a ressalva de que “[...] pode-se, pois, dizer, em conclusão, que a noção de autonomia privada não é atemporal, nem imutável”. (PRATA, 1982, p.9).

É razoável dizer que ambos os conceitos derivam do núcleo comum que é a autonomia o qual parte de um limite necessário que é a própria alteridade. “A idéia de autonomia é paradoxal. Só há autonomia frente a outros seres humanos; sozinho ninguém é autônomo. Autonomia pressupõe socialidade, intersubjetividade. Exige, portanto, perspectiva relacional.” (NAVES, 2003, p.83). A noção de autonomia é fracionada para que se percebam diversos contextos em que ela se desenvolve e suas particularidades, além de se poder visualizar de forma mais consistente suas alterações culturais em épocas diversas. Entretanto, autonomia é autonomia.

A autonomia, aqui reafirmada como necessidade primordial do homem ocidental contemporâneo, deve ser considerada num sentido interativo e dialógico, por isso, também de natureza social e transcultural, que supera a concepção restrita e individualizante da doutrina liberal do mundo moderno e que rompe com a visão tradicional da tensão irremediável e da disjunção ente as esferas pública e privada. A autonomia reconceituada nesse sentido e obtida através de formas discursivas e auto-reflexivas passa a vislumbrar um privado que se realiza no público, este último construído a partir de uma concepção de cidadania ativa e de sociedade civil que se expande além das fronteiras locais. (GUSTIN, 1999, p.210).

A preferência pela expressão autonomia privada se dá, pois o princípio pretende ilustrar um novo significado frente ao contexto individualista e patrimonialista que tanto influenciou a autonomia da vontade. Para muitos sequer se cogitaria da expressão autonomia privada, pois ela refletiria uma nova forma da autonomia da vontade. A autonomia privada transpareceria apenas uma interpretação mais atualizada da autonomia da vontade.

Todavia, e consoante se demarcará através do tratamento ao conceito de autonomia, o presente trabalho pretendeu evitar a noção de auto-suficiência que o dogma da vontade já carregou, optando por empregar o conceito de autonomia privada. A ligação inequívoca do conceito de autonomia da vontade com o de propriedade já foi ressaltada por

muitos daqueles que o investigaram no contexto do Estado Liberal e de toda a sua política estrutural. Um dos propósitos inequívocos da sociedade liberal era a efetiva promoção do comércio entre os indivíduos, o que trouxe também como ascendência sobre o conceito de autonomia a noção de capacidade negocial, posto esta se ligar estreitamente à relação entre proprietários.

Para se falar em autonomia privada deve-se deixar clara a sua natureza principiológica pressupondo a possibilidade de se auto-regulamentar recepcionando assim as normas previstas pelo ordenamento. O exercício da vontade em situações patrimoniais e existenciais significa um espaço de liberdade para os sujeitos de direito escolherem ou não determinadas normas. O que se chama de fenômeno de recepção de normas não altera o seu fundamento de liberdade, pois no âmbito dos contratos essa escolha se realiza entre categorias jurídicas proibidas (exemplo do objeto ilícito), obrigatórias (capacidade do agente) e facultativas (elementos acidentais) e permitidas (forma livre dos contratos). Receber as normas que compõem essa constelação denominada ordenamento jurídico é um efetivo exercício de liberdade e somente não seria caso se acreditasse na autonomia sem sua natureza heterônoma.

Além disso, e talvez seja esse um ponto nevrálgico para toda a discussão relacionada à autonomia privada, é oportuno esclarecer a compreensão do que seja liberdade. É necessário firmar um conceito de liberdade, bem como esclarecer em que consiste esse poder de se auto-regular promovendo condutas que recepcionam as normas do ordenamento vigente. Para pensar a liberdade é necessário não negligenciar que ela sempre se realiza em meio a inúmeras limitações, deveres, obrigações, imposições. Ou nas palavras de Simmel citado por Jessé Souza “[...] a liberdade não pode ser pensada, enfaticamente como algo absoluto. Antes de tudo não podemos pensá-la como ausência de constrangimentos, mas apenas, como permuta de contingências.” (SOUZA, 2005, p.11).

O exercício da autonomia privada como uma liberdade deve ter como pressuposto a completa ausência de um caráter absoluto, bem como de uma concepção de auto-suficiência. Neste sentido, deve ser afastada a concepção liberal e social de autonomia privada, pois ambas equivocadamente acreditam que a autonomia consistiria no exercício da vontade livre de qualquer constrangimento.

Na concepção liberal este deveria ser o contexto protegido – ausência de vícios do consentimento e manifestação de vontade exercida por iguais e livres - e caso assim não fosse o ato jurídico deveria ser declarado inválido. E no Estado Social, mantendo o mesmo

equivoco, pressupõe-se que nas situações onde a liberdade não pode ser assim explicitada, quando, por exemplo, isso se dê em razão da vulnerabilidade de um dos sujeitos, devem existir sanções ou proteções externas de controle e limitação ao querer dos agentes.

O que se entende, ao contrário da noção absoluta de liberdade, é o exercício dessa faculdade diante das heteronomias que a compõem e lhe fazem resistência. Isso significa dizer que não é possível a realização da liberdade, e aqui, da autonomia privada, sem a influência dos deveres, das necessidades e das limitações existentes. A autonomia, assim, somente se realiza em um ambiente de heteronomias. Desconsiderar isso é desconhecer a própria noção de liberdade. O que se espera então do Estado Democrático de Direito é o reconhecimento da autonomia em meio às heteronomias. E naquelas situações em que a heteronomia tenha mais influência, ou seja, os sujeitos de direito atuem mais por necessidade, por imposições do que por autonomia o Estado possa dedicar proteção especial, aí sim diante de uma real vulnerabilidade da parte.

E este é o contexto onde se espera o desenvolvimento da mencionada relação dinâmica do contrato. A autonomia privada nos contratos revela por certo o desdobramento de liberdades, como a escolha de contratar ou não, com quem contratar, e, de forma geral, quais normas a serem recepcionadas. E essas liberdades sempre se desdobrarão entre constrangimentos e complexidades, pois caso contrário não seriam liberdades.

A noção de autonomia privada não pode ser compreendida como algo absoluto e que sofre limitação externa, mas sim como um poder que se exerce entre outros autores do processo de construção social, e em razão disso, deve ser moldado (ou até, caso se preferir, sofrer limitações internas) com pressuposto para a realização de um existir dialógico.

4.4 Da autonomia negocial à autonomia contratual

Para se tratar da autonomia negocial e em seguida da autonomia contratual, deve-se fazer um pequeno exercício regressivo e distintivo das noções de autonomia privada, negocial e contratual. Como vem se desenvolvendo, a autonomia privada possibilita a construção da identidade do sujeito em âmbito jurídico, mas nem todo exercício desse poder apresenta natureza negocial.

Quando se abordou a tradicional classificação dos fatos jurídicos, estruturada por Pontes de Miranda, mencionou-se a característica estrutural do ato jurídico em sentido estrito como conduta humana expressiva da autonomia do agente, mas cujo conteúdo eficaz é desencadeado e limitado à relação direta com o ato.

No ato jurídico estrito senso “[...] o ser humano, por desejar certos efeitos fixados em lei, adota o comportamento nela descrito.” (LIMA, 99, p.211). João Baptista Villela (1982) afirma que no ato jurídico estrito sequer existiria liberdade para a prática do ato, quanto mais para a escolha dos seus efeitos. Em seguida, explica que a autonomia no ato jurídico estrito senso se daria apenas como aquela necessária para o mais adequado cumprimento do dever exigido naquelas circunstâncias.

“Daí por que a autonomia, sendo sempre necessária, é também, ao menos tendencialmente, mais do que suficiente para o estrito cumprimento do dever. O suplemento visa, exatamente a garantir ao agente o mais baixo custo no desempenho da prestação. Ou, indistintamente, a melhor performance e o mais reduzido dispêndio.” (VILELLA, 1982, p.264).

Além do adequado cumprimento do conteúdo previsto em lei, e, de preferência, de forma menos onerosa, a autonomia presente na realização do ato jurídico estrito senso, como já se disse, aparece também na assunção do ônus de não ser realizada a conduta legalmente tipificada. Dessa análise pode-se perceber a autonomia privada exercida sem caráter negocial, mas como poder expressivo da liberdade diante de um universo de forte ou intensa carga de heteronomia que lhe retira a possibilidade de expressão mais ampla da identidade do sujeito.

E é neste contexto que se deve abordar então a autonomia negocial, pois esta pretende explicitar a autonomia privada entre os negócios jurídicos. A autonomia negocial reflete a liberdade existente no exercício de escolha das categorias jurídicas que compõem o conteúdo eficaz de qualquer negócio jurídico. Aqui se compreende toda sorte de negócio jurídico, tenham eles natureza contratual ou não. Exemplos do exercício da autonomia privada com carga negocial e não contratual são encontrados nos testamentos, nas promessas de recompensa, na gestão de negócios, nos títulos de crédito.

A autonomia negocial aparece como poder de construção dos negócios jurídicos, realidade em que o sujeito pode praticá-lo ou não, e se decide por sua realização poderá compor suas categorias jurídicas em maior ou menor grau, conforme a resistência que a heteronomia pode fazer a determinado ato em contexto específico. O negócio jurídico ilustra a atuação humana autônoma criadora de compromissos dotados de validade e eficácia que vincula sujeitos. A autonomia negocial não representa um poder criador de normas, mas um poder exercido entre um espaço de condutas permitidas, subdivididas entre comportamentos que a lei proíbe, obriga ou declara sua facultatividade.

Ferri (2001), apesar de afirmar que o negócio jurídico é fenômeno criador de direitos ou fonte normativa, esclarece a expressão deve ser entendida como modo de expressão das normas. Em seguida afirma que fonte normativa é conceito sinônimo de fonte de conhecimento e de produção de normas. Fonte de conhecimento, para Ferri, ilustra a instrumentalidade do negócio jurídico para o “conhecimento” das normas jurídicas. A complexidade na definição do fenômeno ocasionado pela autonomia negocial é evidente e o que de proveitoso se vê na conceituação aparece na instrumentalidade da expressão negocial para revelar parte do ordenamento jurídico por estruturado.

No universo do negócio jurídico aparece o contrato como realidade de coordenação de condutas, de natureza econômica, estabelecendo compromissos jurídicos entre as partes. A autonomia, neste contexto, expressa um conteúdo essencialmente negocial por meio de atos ajustados entre os sujeitos. A autonomia contratual permite “[...] comunicar, entre sujeitos, metas de conduta, pressupondo-se que esses sujeitos começam por acordar entre eles a combinação de direitos substantivos em que se traduz o benefício mútuo que pode resultar da transacção [...]” (ARAÚJO, 2007, p.12).

E neste contexto é impossível não imaginar os contratos como instrumento promotor de circulação de riquezas e organização de utilidades no contexto econômico dos mercados. Eles efetivamente expressam o desenvolvimento da ordem econômica, da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, conforme sugere o art. 170 da Constituição da República. “A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou a liberdade de empresa e a liberdade do contrato.” (SILVA, 2009, p. 706). O contrato traduz um meio legítimo para a expressão da autonomia negocial.

Porém não parece razoável crer que a autonomia contratual se resumiria à operação econômica a qual o contrato serve de vestimenta jurídica. A noção de contrato parece trazer consigo um aspecto multidimensional que organiza um conceito jurídico, uma operação econômica, assim como a sua existência diante de um direito dos contratos. (ROPPO, 2009, p. 7).

Igualmente não seria possível reduzir o princípio contido na regra do citado art. 170 à realização da autonomia contratual, pois a livre iniciativa pressupõe um panorama muito mais complexo do que estes os atos. Ana Prata ao definir a autonomia contratual não a distingue da autonomia negocial, mas trata ambos os conceitos como sinônimos. O relevante é o esclarecimento feito sobre o ato de autonomia no contrato e o princípio econômico da livre iniciativa. “A autonomia negocial qualifica actos jurídicos individualizados, enquanto a

liberdade de iniciativa econômica diz respeito a uma actividade que se desenvolve numa série de actos e de operações [...] uns de natureza material, outros de natureza jurídica, e entre estes também actos de autonomia negocial.” (PRATA, 1988, p. 1999).

A autonomia contratual concretiza a articulação de condutas, de situações jurídicas, de interesses econômicos, de expectativas pessoais, tenha sido o seu conteúdo negociável ou até mesmo nas situações de contrato de conteúdo aderido.

A autonomia no contrato movimentada então todo o processo de formação, execução e conclusão do contratual. Desde as embrionárias especulações mentais sobre eficiência econômica, utilidades das operações, até a extinção do vínculo jurídico que unia as partes. Quando se fala em autonomia contratual tem-se em mente um processo complexo de previsões e antecipações que fazem parte de qualquer tomada de decisão. As estratégias negociais serão encampadas pelo contrato como manifestação jurídica que permite a organização das trocas que se fazem no mercado.

4.4.1 A natureza heterônoma da autonomia contratual

Max Scheler, citado por Ferrater Mora, se opondo à tradicional concepção de autonomia, afirma sua inerente e essencial natureza heterônoma. Esclarece que a autonomia somente poderá existir articulada à heteronomia. O poder que o sujeito exerce para a construção da sua identidade no contexto do vínculo contratual, desenvolve-se necessariamente entre atos de vontade e realidades outras que lhe oferecem resistência. A própria identidade alheia, ou seja, a existência do sujeito interlocutor no contrato já ilustra um elemento de heteronomia. A concepção de pureza da manifestação de vontade no contrato e sua inexistência, por exemplo, nas relações obrigações por adesão, representam equívocos decorrentes de uma concepção idealista de autonomia.

Existem atos que se realizam mais por vontade do que por dever e outros que são praticados mais por obrigação do que por exercício plenamente livre de um poder ou faculdade⁵⁰. O exemplo dos contratos de adesão ilustra uma realidade com maior carga de

⁵⁰ “[...] são muito numerosas as normas que colocam “limites” ao poder privado de determinar livremente o conteúdo do regulamento contratual, por vezes, simplesmente, proibindo a inserção deste ou daquele conteúdo, outras vezes verdadeiramente impondo obrigatoriamente, mesmo contra a vontade dos interessados, a inserção no contrato deste ou daquele conteúdo. Outro tanto se diga para a liberdade da própria iniciativa contratual, a liberdade de escolher se estipular ou não estipular um determinado contrato. Também essa, na verdade, encontra limites que se concretizam na presença de verdadeiras e próprias “obrigações de contratar”, impostas por lei a sujeitos que se encontrem em determinadas circunstâncias.” (ARAÚJO, 2007, p.138)

heteronomia. Em razão disto, se justifica a interferência do Estado no plano de justificação da norma, como recurso para promover a paridade entre os atores contratuais.

Assim como se dá, por exemplo, nos contratos negociais e naqueles denominados de adesão. Ambos representam formas de se contratar. Em um deles a heteronomia predomina já que a massificação promove um tipo contratual padrão, cujo conteúdo jurídico é imposto a uma das partes. No modelo clássico de contrato a autonomia predomina, pois se apresentam poucos elementos de heteronomia lhe fazendo oposição. Em verdade, todos os contratos funcionaram com esse permanente dilema, já que a autonomia sempre terá sua indissociável natureza heterônoma.

Fernando Araújo (2007) começa a tatear o tema, embora sob uma perspectiva dogmática que ainda apresenta uma justificativa simples para o fenômeno. O autor afirma que a autonomia e a liberdade dos sujeitos no contrato não podem ser tomadas como absolutas, “[...] encontrando, pelo contrário, limites não descuráveis no sistema positivo.” (ARAÚJO, 2007, p.137). A autonomia contratual encontra sua heteronomia nos próprios artigos do Código Civil, bem como na imensa variada de leis complementares sobre os temas de direito privado. As exigências legais de exercício da autonomia, conforme a função social⁵¹ e a boa-fé em sentido objetivo⁵², representam elementos heterônomos em relação à vontade, oferecendo resistência para a sua expressão.

Para Scheler, “[...] a pessoa tem autonomia como suporte e realizador de valores, mas esta autonomia se contra dentro de uma comunidade valores, em razão do que é de alguma maneira heterônoma.”⁵³ (MORA, 1994, p.277). O exercício da liberdade de contratar como desdobramento da autonomia privada jamais estará livre de constrangimentos ou influências heterônomas, mas apenas representará um ajuste de conduta com as contingências ou riscos inerentes ao processo. Aqui se pretendeu evitar a noção de limites à autonomia contratual, já que o reconhecimento de sua natureza heterônoma demonstra que a realidade que se lhe opõe não é externa, mas sim inerente a sua atividade. A permanência da concepção de limites externos ajuda a perpetuar o equívoco da autonomia como algo absoluto. O idealismo tem que ser rejeitado, sob pena do desenvolvimento de uma teoria dos contratos alheia à sua realidade e estruturante de regras para um modelo contratual distorcido de sua realidade.

⁵¹“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

⁵²“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁵³ “[...] la persona tiene autonomia como suporte y realizador de valores, pero esta autonomía se encuentra dentro de una “comunidad de valores”, por lo que es de alguna manera heterónoma.” (MORA, 1994, p.277).

As reflexões têm suas hipóteses fundamentadas na lógica deontica que estrutura o Direito ao fixar condutas obrigatórias, proibidas e facultativas e permitidas. O contrato se articula por todas elas, em especial pelas duas últimas. A autonomia privada representa o poder, faculdade que impulsiona a formulação do conteúdo do contrato, o qual se torna “obrigatório” por ter sido fruto da opção e da ponderação dentre as possibilidades verificadas.

A autonomia privada que nasceu sob a excelência da vontade, estreitamente vinculada à idéia de propriedade⁵⁴, hoje já não comporta (nem poderia) os valores liberais⁵⁵, nem também se contenta com a perspectiva pretendida pelo Estado Social⁵⁶. O conceito de autonomia privada jamais pode prescindir da auto-reflexão para o seu exercício, mas esta deve ser realizada frente àquele com quem se propõe a comprometer.

A descrição do que se chama de direito dos contratos torna-se legítima e necessária para se compreender o alcance das múltiplas “interferências” que o fenômeno contratual recebe ao longo de sua formação, execução e até mesmo após sua conclusão. Este “caminho” de percepção e compreensão da existência do contrato como conceito jurídico e moldado pelo direito dos contratos torna-se mais facilmente compreensível se imaginado como um processo obrigacional essencialmente discursivo.

Neste processo discursivo desenvolvem-se e se exercitam os poderes jurídicos autônomos de seus agentes, como sujeitos de direito capazes de escolhas sobre o conteúdo que comporá o vínculo negocial. O desenvolvimento da dialogia contratual, por meio da

⁵⁴ “A análise do conceito de autonomia privada e a sua história revelam a inequívoca ligação deste conceito com os de sujeito jurídico e propriedade. [...] Há, desde logo, que observar que sujeito jurídico, propriedade e autonomia privada não são conceitos universais: eles pertencem ao domínio das relações entre proprietários. A atribuição de personalidade jurídica e, conseqüentemente, de capacidade negocial, encontra-se estreitamente vinculada ao surgimento da posse privada e do direito de propriedade [...]. Quando a pessoa passa a poder dispor do bem – e não apenas a ter o poder de o usar e assegurar a sua utilização produtiva – então ela afirma-se exclusiva titular de um poder de produzir efeitos jurídicos, já não só como meio de exclusão das restantes pessoas, mas também como meio de transmissão do próprio bem.” (PRATA, 1988, p.7).

⁵⁵ “Na doutrina do liberalismo, o estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade. Foi assim que o trataram os primeiros doutrinários do liberalismo, ao acentuarem, deliberadamente, essa antinomia.” (BONAVIDES, 2007, p.40)

⁵⁶ Aqui novamente destaca-se que a idéia de Estado Social que se adverte diz respeito aquela que promove um intervencionismo paternalista, que, em nada, contribui para o desenvolvimento da autonomia privada, especialmente no seu campo contratual. Essa idéia difere daquela de um Estado intervencionista necessário para a diminuição das desigualdades entre sujeitos. “Vimos um Estado Liberal que fundou a concepção moderna da liberdade e assentou o primado da personalidade humana, em bases individualistas. Vimos seu esquema de contenção do Estado, que inspirou a idéia dos direitos fundamentais e da divisão de poderes. Vimos, do mesmo passo, as doutrinas que reinterpretaram a liberdade, abrindo caminho para o Estado Social. Chegamos, em suma, à conclusão de que este supera definitivamente o antigo Estado Liberal e, segundo a tese que sustentamos, tanto se compadece com o totalitarismo como, também, a democracia. Estado Social significa intervencionismo, patronagem, paternalismo. [...] O Estado Social da democracia distingue-se, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade.” (BONAVIDES, 2007, p.204).

autonomia privada, revela a operação econômica em formação e trânsito, praticada igualmente entre elementos de heteronomia.

Parece recorrente no estudo da autonomia contratual relacioná-la à filosofia kantiana da autonomia⁵⁷. Tradicionalmente o poder jurídico negocial dos contratos é denominado de autonomia da vontade e neste contexto sugere-se que a ideologia de Kant tenha influenciado a compreensão da autonomia como um poder jurídico (aqui, negocial) exercido de maneira absoluta⁵⁸. Afirma-se que a vontade, no universo dos contratos, estaria sendo percebida e endossada como uma espécie de dogma. A percepção da autonomia negocial era a de um poder jurídico indiscutível ou incontestável, promovendo a exacerbação de princípios como a obrigatoriedade e relatividade dos efeitos do contrato.

A reconstrução científico-jurídico do fenômeno da autonomia da vontade fez com que se afirmasse a existência de um poder jurídico negocial limitado por determinadas externalidades⁵⁹ e perfeitamente passível de revisão de suas cláusulas em nome da justiça contratual. Sugeriu-se então a terminologia autonomia privada para a designação dessa faculdade negocial limitada por princípios como a boa-fé em sua acepção objetiva, a função social, assim como regras de revisão como a resolução por onerosidade excessiva.

A autonomia privada vem então tentando percorrer um caminho de renovação em relação à autonomia da vontade. Parece, entretanto, que alguns paradigmas relevantes ainda permanecem poucos destacados, apesar de poderem soar óbvios.

Em primeiro lugar, a autonomia privada, sentida aqui no campo contratual, somente pode ser estudada e compreendida se percebida como um fenômeno precipuamente discursivo

⁵⁷“Kant inicialmente acompanhou Crusius em sua concepção da estrutura do poder que nos permite ser autogovernado. Construiu a vontade como a exigência racional de consistência na ação. [...] Como podemos escolher, nunca temos de ceder a desejos que, embora certamente partam de nós mesmos, são causados em nós por nossos encontros com o mundo exterior. Kant combinou uma vontade crusiana com o tipo de liberdade da indiferença defendida por Malebranche, Locke e Clarke, para permitir não apenas a espontaneidade, mas também a autonomia.” (SCHNEEWIND, 2001, p. 563).

⁵⁸ Sobre a associação da teoria de Kant, o liberalismo e idéia de autonomia: “A crise do liberalismo parece incriminá-lo menos naquilo que ele disse do que naquilo que deixou de dizer. Pois o que afirmou perdura como aspiração universal de todos os homens e de todos os povos.” (BONAVIDES, 2007, p.118) Essa advertência justifica-se apenas para adequar a discussão do pensamento de Kant que se faz aqui no presente trabalho, sem, obviamente, perder de vista toda a riqueza de sua obra.

⁵⁹ “[...] a abordagem econômica tradicional ao problema das externalidades pode sintetizar-se da seguinte forma: quando existem externalidades, o mercado falha, não sendo capaz de garantir a eficiente afectação dos recursos; para resolver o problema é necessário que o Estado intervenha para impor a internalização da externalidade pelo seu causador. Num famoso artigo de 1961, *The problem of Social Cost*, Ronald Coase mostrou que este entendimento estava errado ou, pelo menos, não está sempre correcto. Por vezes, o Estado pode, de facto, ter que intervir para obrigar à internalização da externalidade e essa intervenção pode levar ao resultado eficiente. Mas, noutras circunstâncias, a intervenção do Estado pode não ser necessária e, caso aconteça, pode até impedir a obtenção de um resultado eficiente. Coase começa por notar que uma externalidade é sempre o resultado da conjugação do comportamento de duas partes: a idéia de que uma delas a impõe à outra é demasiado simplista. (RODRIGUES, 2007, p.45).

e relacional em que as categorias jurídicas vão sendo acertadas seja em que nível for. Diz-se isto, pois poderia haver oposição à percepção relacional quando da coordenação de condutas por meio de contratos chamados de adesão, cujo conteúdo é de pouca negociabilidade.

Em segundo lugar, a autonomia inclui em sua existência e exercício a manifestação da heteronomia. Seria como dizer que a autonomia possui uma natureza heterônoma que a compõe. O universo da autonomia representaria o exercício livre de determinadas faculdades entre uma rede de elementos heterônomos que articulam, moldam e compõem essa autonomia. Não parece possível que a autonomia tenha qualquer relevância se pensada além ou aquém do panorama da alteridade.

A autonomia sofre assim influências múltiplas na sua realização. Essas influências passam por preocupações e valores de ordem existencial, transitam pelas condutas juridicamente proibidas e obrigatórias que impõem determinados comportamentos, bem como passam pelas influências da racionalidade econômica. Os comportamentos de racionalidade econômica, é verdade, não deixam de sofrer resistência da racionalidade existencial, pois estão essencialmente articulados.

É real que os modelos econômicos pressupõem uma racionalidade um pouco mais objetiva do que aquela contida em tendências, inclinações e desejos de ordem meramente emocional. Porém, também estes modelos não estão imunes às transformações e alterações negociais que podem ocorrer, em completo desacordo com as previsões econômicas, dada a relevância dos elementos de heteronomia que movimentam a autonomia. Para que se cogite do contrato como operação econômica parece essencial compreender que o poder juridicamente reconhecido que o mobiliza tem em seu núcleo uma rede de singularidades heterônomas que o articula.

Nestas últimas, o que se nota é a intensa presença de elementos heterônomos que resistem ou restringem as categorias jurídicas permitidas ou facultativas e trazem à escolha e recepção da outra parte conteúdo previamente fixado. Diferentemente, nos contratos negociáveis o processo de formação ocorre em condições de mais autonomia, cujas condutas se realizam mais por escolha do que por necessidades. Quando o conteúdo do contrato for do tipo aderido, e como já se mencionou em que as necessidades ou inclinações são significativas, a tutela estatal se justifica em razão do menor grau de autonomia da parte cujo poder negocial se fragiliza.

Nos contratos em que o poder negocial seja semelhante, paritário ou que o processo de formação do ajuste de condutas seja negociável constata-se maior grau de

autonomia e menor interferência heterônoma. Aqui então a intervenção estatal se dá em menor proporção, pois as liberdades para contratar mantêm certa simetria.

4.5 Autonomia privada e a dignidade humana

Por fim, chega-se a um dos tópicos mais complexos deste capítulo e do próprio trabalho, mas, ao mesmo tempo, um dos mais instigantes e fundamentais para o tema da autonomia privada. A relação entre estes dois temas parece indissociável e ao mesmo tempo árdua, pois o risco de se cair no relativismo é muito grande.

Assim, a primeira questão que se propôs foi saber se a dignidade comporia a própria autonomia ou se o desenvolvimento da autonomia alcançaria a meta da dignidade. O valor da dignidade está num fim a ser atingido ou é elemento integrante da autonomia e que a realização desta, em cada situação, revela a sua promoção?

A partir daí começou a problematização do tema da dignidade, em especial no âmbito do Direito Civil, para investigar hipóteses de uma existência digna nas relações de direito privado.

Um dos primeiros pontos a destacar é o fato de a dignidade ser projetada como um valor, um propósito, algo caro, protegido e a ser promovido pelo Direito. Mas não parece possível falar da dignidade ou imaginá-la assim. Ela só parece possível quando efetivamente realizada, e realizada de maneira dinâmica e em desenvolvimento permanente. A liberdade coloca a todos em contato com o espaço público, a autonomia permite a construção dos sujeitos nesse espaço, o que, conseqüentemente, é construir o próprio espaço público. Neste caminho de escolhas e impossibilidades a orientação dos sujeitos é para a realização de projetos pessoais que expressam a concepção de dignidade de cada um. E aqui, como já se disse, reside o risco do relativismo, possibilitando as aplicações legais mais despropositadas em nome da dignidade.

Outro dado mais seguro a ser destacado é o a dignidade representa uma construção não somente filosófica, mas política e histórica. A cada época sombria da humanidade, como no caso das grandes guerras, por exemplo, surge, em seguida, a necessidade de se positivar valores como a dignidade. Sua afirmação em geral favorecerá todos aqueles grupos que sofreram alguma forma de discriminação neste processo dialógico de construção do mundo público. A violação da condição de concidadão exige essa permanente afirmação da dignidade. “Ao ordenamento jurídico, enquanto tal, não cumpre determinar seu conteúdo, suas características, ou permitir que se avalie essa dignidade.”

(MORAES, 2006, p.13) Aqui se inicia por definir um aspecto importante da dignidade: seu conteúdo, dada a complexidade que lhe é inerente, não pode ser definido por lei, mas sim confirmado em cada aplicação verificada e protegido por vias indiretas que não do próprio valor. “O direito enuncia o princípio, cristalizado na consciência coletiva [...] de determinada comunidade, dispendo sobre sua tutela, através de direitos, liberdades e garantias que a assegurem.” (MORAES, 2006, p.13) Transportando esse passo para o Direito Civil e para os contratos, encontram-se situações de efetiva proteção a direitos de disponibilidade absoluta ou relativa que podem compor o conteúdo contratual tais como o direito ao corpo, à saúde, à imagem, ao nome, à produção intelectual. Situações em que a autonomia realizada promove fundamentalmente a dignidade dos sujeitos. A possibilidade de realização desses direitos e garantias que expressam a proteção à dignidade sugere também o reconhecimento dos sujeitos como atores racionais do mundo jurídico.

O tema da racionalidade retorna, mas agora como expressão da própria dignidade. Já se discutiu sobre a inexistência de comportamentos irracionais, destacando que, na verdade, deve-se cogitar de condutas de racionalidade limitada, que expressariam um processo pouco realizável da autonomia. Quando se afirma que a proteção à dignidade, como valor constitucional, se dá diante do reconhecimento de sujeitos racionais, se quer dizer do reconhecimento desses sujeitos como autônomos na efetivação de seus direitos.

Como elemento da autonomia a existência digna é construída por meio do exercício dialógico das racionalidades autônomas, o que pressupõe a inclusão de cada sujeito no espaço público construído por todos. E no Direito Privado, ela se confirma em cada situação, por exemplo, em que se afasta a vulnerabilidade de determinado grupo (idosos, crianças, adolescentes, que representam minorias frágeis nas relações jurídicas, em especial nas contratuais), que pode então participar da realização das autonomias individuais num espaço habitado por todos. O contrato representaria assim um micro universo de potencialidades para a realização da dignidade como elemento da própria autonomia. Ele seria um lócus, por excelência, onde a dignidade poderia se revelar.

5 A AUTONOMIA PRIVADA NA RELAÇÃO CONTRATUAL: DA CONCEPÇÃO TRADICIONAL À PERCEPÇÃO DINÂMICA DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

Neste ponto, o que se quer enfatizar são a percepção e a consideração da natureza dinâmica do vínculo jurídico gerado pelo contrato. Tradicionalmente, estuda-se o contrato sob uma perspectiva estruturante, o que quer dizer estudar o fenômeno obrigacional a partir dos elementos que compõem sua estrutura.

O estudo por meio da estrutura fornece um só ângulo de atuação da autonomia privada. Funciona como uma fotografia do contrato, num determinado momento, que oferece uma visão unidimensional do negócio jurídico. Por esse perfil estático é possível descrever todas as estruturas que fazem parte dessa ligação obrigacional. Ainda que se indiquem as fases do contrato, pré-contratual, execução e pós-eficácia, o estudo apenas em nível estrutural revela uma fragmentação do fato não desejável. Continua-se a fotografar cada fase, muitas vezes sem se preocupar ou explicar sua relação com a fase anterior. Este aspecto estrutural é denominado de relação obrigacional *stricto sensu* por Clóvis do Couto e Silva, quando se toma “[...] em consideração os elementos que compõem o crédito e o débito, como faziam os juristas romanos.” (SILVA, 2006, p.19).

Essa percepção estrutural do contrato talvez se justifique pela percepção estática também da própria obrigação. Todo o estudo da obrigação pelo direito civil sempre foi o estudo de uma realidade em prol do credor. Muito pouco se pensa no devedor como portador de direitos na relação obrigacional, como por exemplo, o direito de pagar e receber a quitação. As ligações na obrigação e no contrato são dinâmicas, ou na linguagem de Clóvis do Couto e Silva (2006), são processuais. A relação obrigacional em sentido lato ou complexo, e a relação contratual, devem ser pensadas como vínculos mutáveis. Isto quer dizer que, apesar da eficácia do princípio da obrigatoriedade da carga consequencial, desde o momento de formação do contrato até sua etapa de efeitos posteriores ao término, ele desdobra-se em acontecimentos jurídicos interligados.

A análise estrutural se legitima apenas para fins metodológicos e didáticos, mas não pode representar a visão do contrato como um fenômeno de produção de consequências em sentido macro. No contrato existem obrigações interligadas e as partes ocupam posições simultâneas de credor e devedor. Seja o contrato de execução continuada, e até mesmo instantânea, as conexões entre partes impõem essa percepção processual do vínculo. A terminologia enfatizada por Clóvis do Couto e Silva esclarece o vínculo de complementaridade e cooperação entre partes, estejam elas na posição de credor ou devedor.

No estudo das obrigações encontram-se previsões de direitos para o credor, como o direito de não receber coisa diversa daquela combinada, ainda que mais valiosa, bem como direitos do devedor, que não é obrigado a entregar coisa diferente daquela individualizada, ainda que menos onerosa.

Igualmente, quando se trata das previsões legais sobre as formas especiais de extinção da obrigação. Desde o pagamento, que representa direito do credor e também do devedor, as maneiras indiretas de término do vínculo obrigacional representam vantagens entre credor e devedor. Na consignação em pagamento, por exemplo, surge o direito potestativo do devedor e a possibilidade de oferecer a prestação por via indireta da forma tradicional, quando o credor se recusar injustificadamente a recebê-lo, quando não se souber quem é o credor, quando ele estiver em local não sabido. A possibilidade de consignar representa também vantagem ao credor que, por mais que discorde em relação à coisa ou ao seu valor, passa a ter uma garantia oferecida pelo devedor acerca do cumprimento da obrigação. Em todos esses exemplos verifica-se a “rede” organizada pela obrigação, na medida em que vincula as partes e as torna atores ativos do processo de realização do fenômeno jurídico.

“A inovação, que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito de vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem.” (SILVA, 2006, p.19) O contrato é relação dinâmica, mas o tema da estrutura deve ser enfrentado, até mesmo como arcabouço científico para se combater sua insuficiência no estudo da obrigação e dos contratos.

5.1 A clássica concepção estrutural do contrato

A disciplina jurídica dos contratos segue como orientação básica todas as normas legais relativas ao negócio jurídico e neste contexto destaca-se, na essência, o poder negocial e a composição das categorias jurídicas. O contrato tem seu relevo como negócio jurídico que é por meio do exercício da autonomia privada para possibilitar a composição do conteúdo que se pretende na relação negocial.

Entretanto, além do destaque dado à autonomia contratual e sua possibilidade de exercício entre o campo da heteronomia, o contrato também apresenta uma estrutura jurídica clássica que o define como negócio jurídico bilateral para permitir a formação de compromissos jurídicos cuja natureza patrimonial é predominante.

A concepção estrutural do contrato considera, além da verificação dos pressupostos de existência (de maneira a explicitar a presença do agente, forma, objeto e, especialmente, da manifestação de vontade) e dos requisitos de validade (ao indagar sobre a capacidade de fato do agente, sobre a forma prescrita ou não proibida pelo texto legal, sobre a licitude, a possibilidade e a determinação do objeto, bem como sobre a liberdade e consciência da manifestação de vontade do agente mencionado) de qualquer ato jurídico, especialmente, a verificação do acordo de vontades, do consentimento das partes em um negócio jurídico bi ou plurilateral.

A estrutura do contrato é, neste sentido, decisiva para definir o tradicional conceito de parte, visto que somente aqueles que consentem, quando do exercício da autonomia privada, no conteúdo jurídico estipulado é que podem ser considerados como partes contratuais.

A análise do contrato a partir de sua estrutura apresenta um foco dedicado ao consentimento, ao consenso, à convenção formulada e amoldada pelas partes. Só os que puderam consentir, e de forma livre e consciente, é que poderão ser considerados como parte em um contrato.

Não existe negócio jurídico sem agente e, portanto, não existe contrato sem agente. Como o contrato é negócio jurídico de formação bilateral, são necessários ao menos dois agentes para sua formação. Estes, responsáveis pela escolha da categoria, pelo desenho de um objeto, pela expressão social da forma de acordo com certas circunstâncias, são as partes do contrato, como negócio jurídico. As partes do contrato são os agentes declarantes que vão ser responsáveis pela composição dos elementos gerais intrínsecos ou constitutivos do negócio jurídico. (PENTEADO, 2007, p.41).

Esse denominado aspecto estrutural contribui para uma noção (talvez estanque ou pouco processual do contrato) divulgada por alguns doutrinadores sobre os efeitos internos do contrato⁶⁰. Se apenas aqueles que consentiram sobre o conteúdo contratual é que serão considerados como partes, é sobre os efeitos pertencentes a esta relação interna do contrato que se deve concentrar o olhar jurídico.

A abordagem clássica da relação obrigacional refletida por meio do contrato sempre deu destaque à autonomia da vontade exercida com maior liberdade e amplitude quando da escolha das categorias jurídicas. Neste contexto, era desejável a mais tímida atuação intervencionista, seja por meio da atividade jurisdicional, seja através da criação de

⁶⁰ “São internos os efeitos que incidem sobre os contratantes, o que é decorrência natural do princípio da relatividade (*res inter alios acta*).” (Lisboa: 2007, p. 121).

normas protetivas da relação jurídica do contrato. A atuação sobre o conteúdo jurídico do contrato se daria apenas por vontade da partes ou defeito na relação negocial. A interferência judicial no contrato deveria ter, assim, uma natureza “formalista e objectiva.” (ARAÚJO, 2007, p.714). O modelo tradicional de contrato pressupunha o cumprimento de funções estruturais, deixando maior extensão para se expressar a vontade e autonomia dos agentes.

5.1.1 O conceito jurídico⁶¹

O contrato como conceito jurídico pretende destacar a formalização pelo Direito de uma conduta humana autônoma, consciente e intencional na escolha do conteúdo eficaz da operação econômica que ele reveste. “Contrato é um conceito jurídico: uma construção da ciência jurídica elaborada [...] com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir uma série de princípios e regras de direito.” (ROPPO, 2009, p. 7).

Torna perceptível que o contrato como conceito jurídico é distinto da operação econômica, embora seja ela efetiva projeção do fenômeno negocial que pode ser imaginado num plano, no mínimo tridimensional, se considerados o conceito jurídico, a operação econômica e o direito dos contratos.

A partir de sua realidade como estrutura da ciência do Direito, válida a existência da relação econômica. Aqui se imagina a construção jurídica, a partir, por exemplo, da verificação dos pressupostos para a sua existência. A identificação da presença de um agente que externaliza sua vontade de alguma maneira ou forma, seja ela escrita ou oral, por exemplo, em relação a determinado conteúdo jurídico, marcaria os indícios iniciais da existência de um contrato.

Além disso, para que se possibilite a concretização do contrato em sua acepção técnico-jurídica é necessária a identificação de um ajuste de condutas ou de um “acordo de coordenação de condutas.” (ARAÚJO, 2007, p. 14). O ajuste de condutas costuma ser denominado de acordo de vontades, mas se aqui a opção se dá pela ênfase na natureza heterônoma da autonomia contratual, parece preferível evitar um idealismo da vontade.

⁶¹“Até aqui procedemos à identificação de uma sequência, uma articulação de termos, na qual parece oportuno decompor o conceito de que nos ocupamos: operação econômica – contrato – direito dos contratos. Quer dizer: a operação econômica, na sua materialidade, como *abstracto real* necessário e imprescindível daquele conceito; o contrato como formalização jurídica daquela, isto é como conquista da idéia de que as operações econômicas podem e devem ser reguladas pelo direito, e como construção da categoria científica idônea para tal fim; o direito dos contratos, como conjunto – historicamente mutável – das regras e dos princípios, de vez em quando escolhidos para conformar, duma certa maneira, aquele instituto jurídico, e, portanto, para dar um certo arranjo - funcionalizado a determinados fins e a determinados interesses - ao complexo das operações econômicas efectivamente levadas a cabo.” (ROPPO, 2009, p.11)

Afirmar a coordenação de condutas sugere uma descrição arguta do fenômeno contratual, em especial quando se investiga sua existência jurídica como forma de revestir uma operação econômica.

5.1.2 O conceito de parte e terceiro no contrato

Neste contexto de delimitação dos elementos estruturantes do contrato, naturalmente torna-se necessário falar sobre a aceção de parte na relação negocial, assim como se obriga a definir quem se classifica como terceiro.

A parte contratual é tradicionalmente conceituada, a partir da noção estrutural, como aquele núcleo de emissão de vontade que, por meio da autonomia privada, elegeu as categorias jurídicas que atingirão o plano de eficácia contratual.

Partes, no contrato, são os contratantes, aqueles que contrataram – emitiram as respectivas declarações negociais -, por si mesmos ou através de representante, voluntário ou legal, e, que, no momento considerado, continuam a ocupar essa posição ou aqueles que, por transmissão ou sucessão, *inter vivos ou mortis causa*, vieram a adquirir ou ocupar a posição dos contratantes originários ou de quem, entretanto, haja passado a ocupar a posição destes.” (SANTOS JÚNIOR, 2003, p.449).

A noção de parte, inclusive naquelas situações de sucessão e de cessão, visto que nestes casos assumem o *status* jurídico da parte anterior⁶², pressupõem aqueles que, no momento de formação do contrato concorreram com a manifestação de vontade. A própria classificação dos negócios jurídicos em uni, bi ou plurilaterais tem por pressuposto a compreensão da parte com base na emissão da vontade negocial.

Marcos Bernardes de Mello (2003) identificando a origem etimológica das expressões unilateral ou bilateral esclarece que estas decorrem da noção de lado e cada lado no contrato é responsável por uma manifestação de vontade. O conceito de parte não se confunde com o de pessoa ou sujeito de direito. Numa das posições jurídicas denominadas partes contratuais podem ser encontrados vários centros de imputação de direitos e deveres.

⁶²Nos casos de extinção indireta da obrigação, em que ocorre a sucessão ou cessão da condição de parte, por acordo de vontades, entre as partes originárias ou entre uma delas e terceiras, a coordenação das condutas também se dá em caráter contratual. O princípio contratual da relatividade dos efeitos decorre dessa noção clássica de parte contratual, vinculando as consequências obrigacionais apenas aqueles que a escolherem ou minimamente anuíram. O contrato não prejudicaria ninguém que não teria participado da sua formação, nem beneficiária qualquer um que não tivesse escolhidos seus efeitos.

Essa classificação, como é evidente, tem por fundamento o número de posições (=lados) de que são exteriorizadas as vontades negociais necessárias para compor o negócio jurídico. Não importa quantos figurantes manifestaram a vontade negocial, mas o número de lados de que parte tais manifestações. Nessa concepção, lado significa centro de interesses, posição da qual a vontade é emanada num mesmo sentido. (MELLO, 2003, p.194).

Nas relações contratuais, em geral, as partes possuem interesses jurídicos opostos ou antagônicos. O contrato, como negócio jurídico bilateral depende, sempre, da expressão de condutas de duas partes. Costuma-se dizer que ele configura um acordo de vontades, ou melhor, uma realidade jurídica de combinações de condutas. E cada parte, tem interesses em direções diferentes, até mesmo porque se fossem eles na mesma direção não seria possível a articulação simultânea. Na compra e venda o vendedor quer oferecer a coisa e receber o preço e o comprador pretende receber o bem e pagar o preço. Se ambos quisessem comprar a coisa seria impossível sua realização. Isto significa dizer que a direção dos interesses é oposta, mas perfeitamente articulável entre si.

A compreensão de parte em um contrato, sob o seu aspecto estrutural, conduz a percepção da parte “como centro de imputação de interesses de um lado do contrato” (PENTEADO, 2007, p.41). E neste contexto a parte designa apenas aquela posição jurídica espontaneamente vinculada por meio da vontade.

A partir da referida noção estrutural configurou-se também o tradicional conceito de terceiro em relação ao contrato caracterizando aquele que, por não ter consentido na formação do conteúdo contratual, não pertence ao vínculo e não pode sofrer os efeitos decorrentes dele. Ao contrário da noção positiva de parte, o conceito de terceiro apresenta-se de forma negativa e residual para destacar aquele que se revela inteiramente estranho à relação jurídica contratual.

São terceiros, em sentido amplo, todos aqueles que não são partes do contrato, ou seja, aqueles que não declaram vontade de formar um negócio jurídico. O terceiro é, assim, um conceito lógico que se define por negação: é o sujeito de direitos que não declara vontade no negócio jurídico. (PENTEADO, 2007, p.42).

Santos Júnior afirma que o conceito de terceiro tem natureza negativa, pois é definido em contraposição ao de parte contratual. Se a parte no contrato é aquela que afirmou positivamente sua vontade para se vincular, o terceiro seria aquele que não manifestou qualquer vontade de integrar a relação jurídica negocial.

O conceito define-se, de facto, negativamente ou por contraposição: seja em relação ao conceito de partes no contrato, seja em relação ao conceito de sujeitos da relação obrigacional. Terceiro, em relação ao contrato, será, pois, quem, no momento considerado, não for parte dele. (SANTOS JUNIOR, 2003, p.448)

A noção clássica de terceiro é transmitida também por meio da expressão *penitus extraneus* que pretende significar aquele que é um estranho profundo, um terceiro absoluto ou verdadeiramente terceiro (SANTOS JUNIOR, 2007, p.450) em relação ao conteúdo contratual. Repare-se que a noção de estranho profundo é tecida em atenção ao desconhecimento do conteúdo do contrato ou à completa ausência de manifestação sobre a composição da carga de efeitos jurídicos.

5.1.3 O direito dos contratos

Na lição de Enzo Roppo (2009), o estudo da autonomia privada no contexto do contrato obriga à investigação mínima de três realidades que são interdependentes. O estudo do contrato poderia ser decomposto no seu conceito jurídico, ou seja, na percepção da estrutura para que ocorre o fenômeno jurídico. Esse conceito jurídico representaria o tratamento oferecido pelo Direito na regulação de uma operação econômica.

O contrato, como se verá adiante, não pode ser separado de uma realidade econômica a qual oferece tratamento jurídico. Toda vez que as condutas contratuais se articulam seus agentes se expressam economicamente, na medida em que promovem escolhas mais ou menos onerosas para si, são influenciados por inclinações que aumentam esses custos ou por decisões pragmáticas que optam sempre pela redução de despesas não importando os aspectos existenciais envolvidos na transação. A realidade econômica é pressuposto da realidade contratual e dela é indissociável.

A realidade constituída pelo contrato numa extensão macro e complexa é igualmente formada pelo direito dos contratos que pretende delinear um arcabouço de regras e princípios responsáveis pela estruturação do conceito jurídico e pela regulação da operação econômica. A expressão direito dos contratos pretende ilustrar não uma regulação passiva das transações negociais de modo a dar estrutura ao conceito jurídico, mas sim representa um conjunto de determinações e orientações efetivas urdidas conforme objetivos econômicos e políticos.

O que Roppo (2009) chamou de direito dos contratos será abordado no capítulo seguinte sob a forma dos princípios coordenadores da autonomia de contratar, expressando a exigência que se sustenta ao longo de todo o trabalho que é sua natureza relacional e de

fenômeno da condição de concidadania. Sentidos interpretáveis da norma exigem dos atores do contrato o cumprimento as suas funcionalidades – social, econômica, pedagógica ou organizativa, política – assim como exige cumprimento a uma eticidade objetiva, denominada de boa-fé. Esses comportamentos se articulam simultaneamente ou compõem o exercício da autonomia contratual.

5.2 Natureza essencialmente econômica da autonomia contratual

É sabido que a Economia articula modelos em antecipação de determinados comportamentos culturais de forma a prever resultados mais ou menos vantajosos. Costuma-se afirmar que os agentes econômicos são racionais e respondem a certos e determinados estímulos de maneira aproximadamente esperada. Porém, apesar da presença e necessidade dos modelos econômicos eles não podem estar alheios aos raciocínios de ordem existencial, bem como olvidar do que se dá ênfase neste trabalho que são os elementos de heteronomia.

Já foi dito que a autonomia somente se molda com sua natureza heterônoma como fundamento, exatamente porque no exercício da liberdade e aqui da liberdade negocial não é possível descartar das decisões as tendências, inclinações, obrigações, modelos que se impõem e alteram o chamado comportamento racional. Como já se disse, isto não quer dizer que existam decisões irracionais, mas sim comportamentos de racionalidade mais ou menos limitada, dividida essa em vários gradientes, em que se encontra mais ou menor grau de autonomia e heteronomia.

No processo de formação do contrato, que é exatamente o momento mais intenso de todas essas deliberações econômicas, tanto se faz presente o exercício da autonomia negocial, bem como da heteronomia cultural, ambas articuladoras da estruturação recepcionada das categorias jurídicas mais convenientes para os seus autores.

“A mais relevante função dos mercados [...] de acordo do Stzajn, é ordenar a troca econômica de forma a, ao facilitar a circulação de riqueza a partir de uma dada e prévia atribuição de propriedade, tornar o sistema mais eficiente.” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 15). O direito, e aqui por meio da figura do contrato, disciplina os mercados ao juridicizar relações econômicas de troca. E estas operações de troca serão impulsionadas tanto em caráter objetivo, quando se dá o nome de comportamento racional do agente econômico, bem como em caráter subjetivo, quando elementos heterônomos interferem nos momentos de juste de condutas que recebem valor jurídico por meio do contrato.

A qualificação duma operação como operação econômica, assim, não pode ser excluída pela circunstância de quem a leva a caso ser movido, subjectivamente, por impulsos e finalidades de ordem ideal, pelo simples fato de esta não poder identificar-se com o apuramento da vontade ou esperança subjetiva de fazer um bom negócio, com a relevância de uma intenção subjetiva de natureza especulativa. (ROPPO, 2009, p.13).

A relação contratual de troca não deixa de ser econômica em razão da interferência de aspectos heterônomos da autonomia negocial. Ao contrário, o cenário econômico dos mercados é o que melhor ilustra que a autonomia de compõe e se exerce junto com uma gama de valores heterônomos sócio-culturais.

Já tivemos a ocasião de sublinhar que o contrato é, num certo sentido, uma alternativa ao funcionamento do mercado, e noutro sentido representa um seu caso-limite. Se, porém adotarmos uma acepção amplíssima de contrato, aliás acepção favorecida pela doutrina consensualista (uma ênfase na liberdade e relatividade contratuais especialmente traduzida na despreocupação com a forma do contrato), então podemos aceitar que os contratos, como simples negócios bilaterais são as “moléculas” componentes do próprio mercado, a sua “micro-estrutura.” [...] Temos pois que, no seio da Microeconomia, a Teoria do Contrato corresponde essencialmente à constatação da flâência do modelo do equilíbrio geral (primeiro modelo Walrasiano, depois do modelo Arrow_Debreu) como chave explicativa universal- essencialmente por causa do seu irracionalismo e da sua insensibilidade às determinações estratégicas da conduta dos agentes econômicos, mas também por causa dos seus extremos de abstracção, traduzidos na recusa de admissão de perturbações – substituindo-o por um modelo de equilíbrio parcial, confinado a algumas interações num determinado mercado e levando em conta os problemas de assimetria informativa e da limitação racional, presumindo nomeadamente que as partes chegam a um equilíbrio bayesiano, ou seja, que arrancam para as soluções contratuais munidas de informação limitada e de uma “crença” quanto ao que desconhecem, “crença” que vão revendo à medida que o seu conhecimento se vai ampliando.” (ARAÚJO, 2007, p.37-38)

Se o direito dos contratos pretende dar nome a um universo complexo de regras, princípios e comandos legais de toda sorte sobre a realidade do contrato não se pode desconsiderar que tal universo seja conduzido por interesses de natureza econômica, até mesmo se considerada a realidade social e cultural do que se denomina mercado. Na teoria apresentada por Araújo (2007) a Teoria do Contrato representaria inclusive uma nova forma de organização do mercado. Quanto mais se contrata, mais sua expressividade econômica passa a ter relevância social, expressando esse fenômeno conhecido como mercado.

O estudo do contrato desmembrado em três níveis, como sugere Enzo Roppo (2009), reflete, no enfoque do direito dos contratos, a preocupação com as normas jurídicas reguladoras das relações negociais, mas principalmente uma preocupação em tonar claro que o universo do contrato sofre interferência das orientações políticas e econômicas que mobilizam várias reações de mercado.

E neste sentido, parece razoável constatar que o caráter absoluto da vontade ainda não parece ter sido superado e no Estado Social⁶³ encontrará uma evidente fronteira através dos direitos sociais defendidos e promovidos na atuação estatal. O que hoje se verifica é uma conduta protetora estatal preocupada em realizar um contexto de igualdade diferente daquele de natureza meramente formal invocado pelo liberalismo.

O Estado Social se propõe a promover uma política transformadora da idéia preconizada pela autonomia da vontade conformando esta com novas previsões legislativas, preocupadas com interação entre a esfera pública e a privada, em que se predomine o bem-comum.

Entretanto, o equívoco da concepção social de autonomia privada (nas relações negociais) parece ser a tentativa de revide sobre o individualismo burguês com a promoção do “solidarismo”. Classificar de moralmente egoísta o exercício da liberdade de contratar no Estado Liberal levou à prática de uma conduta, em especial no plano de aplicação da norma, que representa apenas a outra face da moeda: uma espécie de altruísmo jurídico. Individualismo e “solidarismo” são expressões de um mesmo núcleo, pois ambos se afastam da melhor justiça comutativa.

O desafio do Estado Democrático de Direito é romper com uma espécie de “solidarismo” hoje praticado, em que se promulga como ilusória providência de redução das desigualdades a prevalência do interesse social (cujo eufemismo ou a sofisticação filosófica é o bem-comum) sobre os interesses particulares.

Enzo Roppo alerta que este também era o lema do Estado Fascista na Itália de 1942, quando do início da vigência do Código Civil naquele país.

Já em 1933 se afirmava que “[...] a loucura do individualismo e do liberalismo de ora em diante não tem mais espaço no direito alemão” (Hans Frank), e que a esta deve substituir-se a rígida subordinação da liberdade e da iniciativa autônoma do indivíduo às exigências e aos interesses da comunidade nacional (a comunidade dos alemães e da raça ariana), e aos seus desígnios de potencia e de domínio. [...] o contrato não pode ser expressão da liberdade do indivíduo e meio para satisfação dos seus interesses particulares, mas deve constituir instrumento para a realização do “bem comum” da nação alemã; e aos juízes do Reich era confiada a tarefa de valorar – com amplíssima margem de discricionariedade – se cada contrato era conforme a um tal “bem comum” [...]. (ROPPO, 1988, p.55).

⁶³ Aqui parece relevante esclarecer que apesar da denominação de Estado Democrático de Direito, ainda muito se apresenta do Estado Social ou de um Estado solidarista que recusa aos cidadãos sua autonomia. Não porque a nega, mas sim porque estimula uma cidadania tutelada em oposição a concidadania inerente ao fenômeno contratual.

O que se constata é a superação da autonomia para negociar, em atendimento a uma suposta violação da dignidade humana, de pessoas que puderam decidir sobre um ajuste de condutas que melhor lhes atendia.

Arnold Wald, citando palestra proferida pela Ministra Ellen Gracie, quando presidia o Supremo Tribunal Federal, destacou o afastamento da aplicação da norma e da análise econômica do direito. Melhor dizendo, da separação, muitas vezes existente, entre a jurisprudência e a ponderação dos efeitos sócio-econômicos dela decorrentes.

[...] no âmbito do Poder Judiciário, temos, por vezes, a impressão de que a preocupação com resultados também é tomada como questão marginal, à qual não se deve dar relevo excessivo. Por isso, a consideração com a eficácia do serviço é relegada a plano secundário. Eficiência e economicidade não têm sido preocupações daqueles que têm o comando e podem influenciar as decisões políticas de organização do Poder Judiciário. Creio que isso se dá por um motivo muito simples: a nossa formação acadêmica, exclusivamente jurídica, nos afasta e faz com que tangenciemos essas preocupações. [...] Há, realmente, a necessidade de que saibamos exatamente qual será a repercussão econômica de uma determinada decisão judicial. (WALD, 2008, p.90-91)

O conceito de autonomia sofreu algumas influências nucleares, mas jamais perdeu a sua relevância para a ciência jurídica. O ato de soberania individual legitimada pela autonomia privada, facultando a escolha das próprias condutas, é algo realmente fundamental para o direito. O que se quer sugerir consiste na concepção e no exercício da autonomia privada num contexto essencialmente dialógico.

A autonomia, assim como a própria liberdade são conceitos que residem no núcleo da alteridade para se realizarem. Em que pese o exercício autônomo de escolha das próprias condutas, essa opção somente pode ser feita diante do outro e em consideração ao outro, pois caso contrário, seria inadmissível.

Se o pressuposto neste trabalho tem sido o contrato como relação dialógica, concidadã, e como operação econômica, representaria uma leitura pouco sistemática e minimamente consistente negar que as regras jurídicas que cuidarão desta realidade não são regras influenciadas pelo fato social que o mercado simboliza. Afirmar a existência do mercado significa reconhecer a existência de uma instituição entendida aqui como um conjunto de costumes e estruturas sociais estabelecidas em razão de um contexto social, antropológico, econômico e cultural.

Deve ficar claro, de facto, que a disciplina legal dos contratos – longe de limitar-se a codificar regras impostas pela natureza ou ditadas pela razão (como afirmavam os seguidores do direito natural) – constitui, antes, uma intervenção positiva e

deliberada do legislador (das forças políticas que exprimem o poder legislativo), destinada a satisfazer determinados interesses e a sacrificar outros, em conflito com estes, tentando dar às operações econômicas concretamente realizadas um arranjo e um processamento, conforme aos interesses que, de quando em quando, se querem tutelar. (ROPPO, 2009, p.22)

As normas jurídicas que regulam o contrato devem assim ser articuladas da maneira mais sistemática possível, em termos de interpretação e aplicação. Significa dizer que princípios como a função social do contrato e a boa-fé devem considerar os conceitos de teoria geral do direito privado, bem como os direitos fundamentais previstos na Constituição da República, além de valores como a livre iniciativa e a dignidade humana, articulados à realidade da ordem econômica.

O olhar jurídico liberal dedicado ao contrato sugeriu um viés estrutural concentrado na convenção entre as partes. Neste sentido é que parece se destacar uma das pretensões da reconstrução dos paradigmas contratuais no contexto do Estado Democrático de Direito, que é a concepção funcional do instituto, a qual esboça, dentre outras, a relevância de se concentrar não somente no consentimento em si, mas no interesse a ser protegido. Sugere-se a mobilização do ângulo exclusivo da estrutura do acordo de vontades para incluir papéis ou funções a serem desempenhados pelo contrato.

5.3 A análise econômica do direito como pressuposto contratual

A motivação jurídica ou a hipótese metodológica que mobilizou a redação deste tópico reside na articulação inseparável entre os contratos e a Economia⁶⁴. O contrato como operação de natureza multidisciplinar se projeta em espaços como o Direito, a Economia, a Sociologia e a Hermenêutica. O tema aqui investigado refere-se ao contrato em sua acepção jurídica como instrumento organizador e legitimador da operação econômica. Considerar ou estudar o instituto contratual sem o obrigatório viés econômico que lhe é próprio representaria descompromisso científico. O estudo do contrato à luz da Análise Econômica do Direito⁶⁵ significa trazer ao debate mais uma, dentre tantas, ferramentas hermenêuticas⁶⁶.

⁶⁴Neste mesmo sentido Vincenzo Roppo: “L’area del contratto è, in parole più empiriche, l’area degli impegni economici concordati e legalmente vincolanti (cioè coercibili coi mezzi della legge): area strategica in ogni organizzazione sociale, e segnatamente neele società evolute”. (ROPPO, 2001, p. 3). Igualmente registrou Fernando Araújo: “[...] na visão mais ampla que é consentida pelo prisma econômico, o contrato é essencialmente um facilitador da circulação de titularidades de valores e de modos de governo conjunto (ou governação) de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses”. (ARAÚJO, 2007, p. 18).

⁶⁵Por certo o Direito representa uma ciência autônoma, mas conta também com um contexto de interdisciplinaridade que não pode ser negado. Economia e Direito articulados em nada se afastam dos seus

O que se quer dar ênfase aqui é que a noção de contrato como realidade jurídica deve sempre considerar a operação econômica⁶⁷ que lhe subjaz, pois assim tornará consistente o arcabouço legal do direito dos contratos. O contrato como operação econômica foi investigado por Enzo Roppo em sua clássica obra *O Contrato* (2009), e também abordada na obra de título idêntico, mas escrita sob o nome de Vincenzo Roppo, *Il Contratto* (2001).

O propósito é recuperar algumas das reflexões de natureza econômica feitas pelo autor italiano articulando-as ou reinterpretando-as sob a ótica dos conceitos fundamentais da Análise Econômica do Direito, tais como riqueza, eficiência, agente racional⁶⁸, custos de transação⁶⁹, mercado, simetria e assimetria de informações, externalização sobre terceiros, dentre outros.

Neste caminho sugere-se como recurso conceitual esclarecedor a concepção de empresa, já citada, e firmada por Ronald Coase⁷⁰ como um complexo ou “feixe” de contratos cujos custos de transação são extremamente relevantes. A empresa representaria um contexto dinâmico de atividades, relações e transações econômicas, traduzidas juridicamente pela figura do contrato. A natureza contratual da empresa é trazida aqui, pois auxilia a reflexão sobre o ajuste contratual de condutas. Ela ilustra um contexto de evidente e natural consideração dos aspectos econômicos, presentes nas relações jurídicas ditas contratuais.

O contrato como realidade jurídica que é, representa, em linhas gerais, um acordo ou ajuste de condutas, legitimado pelas diretrizes que emanam do princípio da autonomia negocial. Ser autônomo no âmbito do Direito Privado pressupõe a titularidade de um poder jurídico de se auto-regular, denominado autonomia privada. Mas, nem todos os espaços do

fundamentos nucleares, apenas possibilitam (aqui para o Direito) uma análise mais consistente das inúmeras realidades às quais se deve oferecer tratamento ou regulação.

⁶⁶“A análise econômica do contrato pretende ser complementar da análise jurídica [...] fazendo recair uma especial atenção nos efeitos geradores de riqueza que podem associar-se àquele acordo de coordenação de condutas, efeitos que o transformam em veículo de consumação e permuta de utilidades”. (ARAUJO, 2007, p. 14)

⁶⁷ “De facto, falar em contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente – para a idéia de operação económica”. (ROPPO, 1998, p. 8).

⁶⁸ “Una persona razonable está socializada conforme a las normas y convenciones de una comunidad. De tal suerte que sus fines son congruentes con los valores compartidos, y su búsqueda de ellos se corresponde con las normas del grupo.” (COOTER; ULLEN, 2008).

⁶⁹ Nas palavras de Fernando Araújo, Ronald Coase teria recuperado o conceito de custo de transação articulando: “[...] a comparação de eficiências entre a solução de mercado e a solução de integração numa empresa como formas de arregimentação e organização dos fatores produtivos – ou seja, a solução horizontal de compra no mercado confrontada com a solução de coordenação vertical da produção através de factores subordinados a uma organização hierárquica.” (ARAUJO, 2007, p. 198).

⁷⁰ In my article on “The Nature of the Firm” I argued that, although production could be carried out in a completely decentralized way by means of contracts between individuals, the fact that it costs means something to enter into these transactions means that firms will emerge to organize what would otherwise be market”. (COASE, 1988, p. 7).

Direito Privado permitem o pleno exercício desta autonomia, pois neles se impõe o heterônomo comando legal, cuja natureza é essencialmente coerciva.

O contrato como fato jurídico revela natureza complexa que se inicia por legitimar um fato social de conteúdo patrimonial (sendo um dos seus principais elementos a articulação econômica), compondo, em seguida, uma realidade técnica (caminhando pelos planos da validade e eficácia), cujas normas jurídicas que o regulam surgem das regras e princípios legais. (ROPPO, 2009). E todas estas realidades ocorrem ao mesmo tempo, simultânea e sequencialmente.

Subjacente a este conceito técnico de contrato mencionou-se a presença da operação econômica em que se dá a articulação de interesses entre particulares. O que se troca por meio da transação apresenta sempre uma natureza patrimonialmente apreciável. Porém, o processo dessa operação econômica conta igualmente com preocupações ou expectativas de ordem existencial. A formação do vínculo, seja ainda em nível anterior ao mundo jurídico, como fato social, pressupõe uma rede de pretensões imaginadas pelos agentes para realizarem as trocas.

A Análise Econômica do Direito considera que os agentes que se articulam agem de forma racional, delineando atuações consistentes como recurso para a maximização de seus interesses. A reflexão que se propõe reside na noção de maximizar auto-interesse no universo capitalista. Pretende-se esclarecer que a conduta que promove interesse próprio nem sempre recusa, rejeita ou prejudica interesse comum, bem como a conduta que afirma considerar o bem-estar social nem sempre auxilia no desenvolvimento de todos. E o contrato por possibilitar uma evidente circulação de riquezas pode, deve e existe para articular o cenário público e o privado.

A operação econômica recebida no plano da existência do mundo jurídico ilustraria, assim, as escolhas racionais (COOTER; ULEN, 2000) ou a disposição negocial de cada parte, as quais apresentam interesses contrapostos, mas ajustáveis. No processo de negociação os participantes considerarão o que já se mencionou como custo de transação. Além das expectativas existenciais propriamente ditas, o contrato pressupõe também uma contabilidade de custos de maneira a gerar uma escolha consistentemente articulada.

Considera-se que o processo negocial dos contratos sempre deverá articular fatores de heteronomia (condutas realizadas por dever/necessidade) e de autonomia (condutas movidas por vontade). O contrato organiza tecnicamente, ou legitima a operação econômica que é constituída por um sistema de trocas em que cada parte é influenciada por variáveis

múltiplas (aqui denominadas custos de transação) para que se produza a escolha possível, pressupostamente consistente.

5.3.1 A operação econômica

Roppo afirmava que “[...] o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que onde não operação econômica, não pode também haver contrato.” (ROPPO, 2009, p. 11). A operação econômica que o contrato “torna” jurídica evidencia-se de maneira macro pela evidente circulação de riquezas que a coordenação de condutas promovida por ele produz. Seja o contrato de natureza onerosa ou gratuita não há negligenciar que a relação jurídica possibilita o fluxo de bens e serviços oferecidos em troca de contraprestações equivalentes ou não. Igualmente um contrato como o aleatório promove a circulação de riquezas por meio de uma operação econômica que pode ser dita mais arriscada e pouco pré-estimada já que não se pode prever de antemão as prestações de cada agente. “[...] onde existe circulação de riqueza, actual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro (falando de riqueza não nos referimos só ao dinheiro e aos outros bens materiais, mas consideramos todas as utilidades susceptíveis de avaliação econômica).” (ROPPO, 2009, p. 13).

A operação econômica traz consigo a troca de utilidades feita de maneira onerosa ou não. As utilidades podem ser oferecidas por meio de prestações de bens e/ou serviços oferecidos e queridos no mercado, *locus* de transações que lhe permitem um balizador de valores. Esse fato social mobilizador de permutas ou mesmo de um fluxo de utilidades já que nem todas implicarão em contraprestação se orientam por um conceito econômico denominado custo de transação.

5.3.2 Contrato, custos de transação e mercado

A circulação ou fluxo de bens valorados economicamente, bem como de serviços que são considerados importantes e requisitados socialmente parece ser o “objeto” do mercado. O mercado pode ser considerado, em primeiro lugar, como um fato social de costumes, hábitos econômicos de troca, organizadas por meio de determinados códigos e condutas. Ele possibilita de maneira relativamente consistente e coordenada esse fluxo de riquezas movimentado pelos contratos. “O mercado atende às trocas relacionais e, implicitamente, envolve a própria noção de comunidade. Sem mercado não há trocas, e, sem

trocas, a economia não se desenvolve [...]” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 15). O contrato aparece como relevante instrumento promotor de fluxo de riquezas desempenhado assim papel central na economia de mercado.

Igualmente, ou em acréscimo ao que foi dito sobre o mercado como fato social, pode-se acrescentar a natureza institucional do fenômeno que considera os costumes e as estruturas sociais regulados pelas leis. O mercado concentra o exercício das liberdades individuais ilustradas aqui pela autonomia/heteronomia contratual em que a noção de riqueza é definida pelos processos de interação (discursiva) entre os agentes. A relação entre mercado, direito e economia é nítida e não pode ser negligenciada no estudo dos contratos.

A escolha de mercado não é puramente racional, nem o resultado do processo científico de combinação de custo-benefício; ela leva em conta, muito mais, a interpretação de determinados significados, em esquema de incentivo /desincentivo. Assim é que o Direito, para Malloy, não cuida apenas de mediação do conflito em si – ele engloba também os valores dos processos de troca. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p.16)

A operação econômica que o contrato regula ilustra a coordenação de condutas valoradas economicamente em razão do fato mercado. O que se mobiliza na relação jurídico-econômica do contrato se faz no mercado e para ele. E esse fluxo de utilidades é realizado em atenção a um sistema de cálculo de valores e prejuízos de maneira a movimentar as condutas contratuais. Cada decisão de conduta a ser realizada por meio do contrato passa por uma análise de vantagens e desvantagens, pois assim se detecta o que incentiva e ou deixa de incentivar determinadas prestações contratuais.

A teoria econômica dos custos de transação permite a inteligibilidade da relação jurídica contratual. Cada escolha por um tipo contratual pressupõe uma quantidade anterior de reflexões econômicas, morais, existenciais articuladas entre ônus e vantagens para cada um dos sujeitos envolvidos. Neste processo de deliberação inicia-se pela busca de informações sobre o parceiro contratual, sobre regras de preço, sobre a qualidade dos bens, sobre a presteza dos serviços. Em seguida, inicia-se o processo discursivo de negociação elegendo conteúdos jurídicos conforme as necessidades, desejos e objetivos dos seus autores.

No momento seguinte ocorreria a formação de contrato, que em alguns casos obedecerá a exigências jurídicas de formalização para sua efetiva validade. A atenção a forma representa também custos na operação econômica do contrato que devem ser antecipados e considerados na melhor decisão entre as partes. Além disso, quando se cogita dos custos de transação de contratos, indaga-se se naqueles de execução continuada, por exemplo, os

parceiros no compromisso negocial o cumprirão na forma pactuada. Neste momento cogita-se, essencialmente da proteção ao direito de propriedade e posse dos bens e sua adequada empregabilidade no contrato. Verifica-se o devido cumprimento das prestações em atenção aos benefícios e custos de cada parte.

Por fim, na avaliação de custos de transação pode-se afirmar que são cogitadas as consequências jurídico-econômicas diante do inadequado cumprimento das prestações contratuais. A cobrança de indenização por prejuízos às partes é também antecipada no processo discursivo de negociação contratual validando sua existência como operação econômica que é. “Os custos de transação são o principal elemento motivador da Teoria Neo-Institucionalista, de acordo com a qual o principal papel das instituições econômicas é reduzir o valor desses custos” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 62), e, por certo, o contrato é uma destas formas de redução.

“Foi Ronald Coase quem primeiro chamou a atenção para a importância dos custos envolvidos na interação humana. [...] em artigo publicado em 1937, ele analisou como tais custos influíam na divisão entre transações realizadas dentro da empresa.” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 62) A noção de empresa aqui empregada vai ao encontro da definição hoje feita pelo Código Civil brasileiro que a recebe como atividade. Todavia, o conceito estabelecido pelo código ainda não levava em conta a noção de mercado e de uma realidade econômica inerente ao universo do Direito. Assim, empresa além de ser compreendida como atividade exercida pela pessoa jurídica ou pela pessoa natural (empresário individual) deve ser imaginada como uma grande rede de relações contratuais simultâneas.

5.3.3 Contrato e empresa

Embora se reconheça o emprego eventual da noção de empresa como sujeito de direito e talvez como forma de designar a sociedade que exerce atividade empresária, o que se percebe da definição legal e de toda a teoria jurídica sobre o tema é o efetivo emprego da expressão empresa como atividade.

Uma realidade de atos articulados entre si de forma interdependente permite a visualização da atividade dita empresa. Além disso, essa atividade não pode ser exclusivamente científica ou literária. E o desenvolvimento desta atividade se dá seja pela constituição de pessoa jurídica específica como a sociedade, seja pela pessoa natural denominado empresário.

A empresa como atividade delinea um universo complexo de atividades que serão juridicamente reguladas, bem como será economicamente consideradas. Isto significa dizer que a toda a teoria dos custos de transação será operada quando se pressupõe a empresa. E a representação jurídica do comportamento racional em relação a estes custos será feita por meio do contrato.

O fenômeno negocial do contrato representa uma maneira jurídica e economicamente válida e legítima de se articular interesses e necessidades, permitindo seja feita uma contabilidade sobre custos e benefícios. O exercício da atividade denominada empresa se torna então menos oneroso se desempenhado por meio de contratos adequadamente contabilizados e antecipados.

A teoria de Ronald Coase afirma que a empresa não seria nada mais que um panorama de contratos articulados sempre em atenção a se reduzir os custos de transação. Cada vínculo jurídico desenvolvido pela atividade empresária se justificaria na forma de um contrato redutor de custos.

Assim, supondo uma atividade empresária de locação de veículos, cada contrato de aluguel com o consumidor seria antecipado como um pequeno universo de uma realidade econômica. Além disso, os custos de transação também seriam considerados no momento de se decidir pela contratação de uma oficina mecânica de manutenção permanente dos veículos, do pagamento apenas por conserto ou na contratação, com vínculo trabalhista e representado outro contrato de mecânicos profissionais. Aqui são sugeridos aspectos mínimos como exemplo do “feixe” de contratos por meio do qual se desenvolve a atividade empresária já que esta também considera e deve considerar o fato institucional do mercado.

Na definição do conceito jurídico de empresa encontram-se elementos como a organização e os fatores de produção, que articulados pressupõem uma redução de contabilidade. O contrato permite que a troca de utilidades feita por meio da atividade empresária articule de forma eficiente os custos de transação.

A adequada articulação dos fatores de produção na atividade dita empresária se dá pela eleição de condutas contratuais eficientes. “Se o contrato adquire relevância cada vez maior com o progressivo afirmar-se do primado da iniciativa da empresa relativamente ao exercício do direito de propriedade, é também porque este constitui instrumento indispensável ao desenvolvimento profícuo e eficaz de toda atividade econômica organizada.” (ROPPO, 2009, p. 67).

O mercado [...] é uma estrutura de formação de valores, mas também de significados, com os quais os indivíduos buscam atender a seus interesses específicos. O mercado atende às trocas relacionais e, implicitamente, envolve a própria noção de comunidade. Sem mercado não há trocas, e sem trocas, a economia não se desenvolve [...]. (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 15).

O mercado organiza uma complexa teia relacional de trocas econômicas articuladas e organizadas juridicamente pela figura do contrato. Em termos econômicos o contrato vai revelar uma articulação da natureza patrimonial e utilitária que lhe antecede. Nos processos relacionais de caráter econômico alguns valores são essenciais para a tomada de decisão, como por exemplo, os custos, os benefícios, as utilidades, a eficiência, o prazo, o ônus. Quando se pretende realizar uma operação contratual se imagina de antemão como serão estas equações de forma que se alcance um aumento de riqueza.

Ocorre que aumentar riqueza inclui também elementos de natureza existencial que exercem influência sobre o processo de tomada de decisão ilustrado pelo contrato. A noção de riqueza nos processos contratuais de ajuste de condutas passa também pelos raciocínios de aumento de bem-estar individual, de felicidade, de tranquilidade, de segurança, de padrões de bens de consumo. Este parece ser o terreno “invisível” da heteronomia, pois muitos dos valores elencados são conduzidos por regras e modelos culturais de determinadas épocas do que propriamente por raciocínios autônomos de preferências e construções de identidades pessoais.

5.4 A autonomia privada nas relações existências e o contrato

Depois de toda a discussão sobre a natureza econômica do contrato, considerou prudente e razoável em termos científicos, discorrer sobre as relações existenciais que também pode ser conteúdo do contrato sem lhe retirar “patrimonial”.

Como se destacou na qualificação do conceito econômico de riqueza e da noção jurídica de patrimônio, compõem esse universo os bens jurídicos protegidos, que aumentem a noção de bem-estar. Não se quer com isso desconsiderar a clássica noção de patrimônio que vincula apenas os bens de valor econômico mensurável, disponíveis pelo sujeito que os detém.

Nas relações denominadas existenciais são exercidos os direitos da personalidade que protegem bens jurídicos que compõem a identidade da pessoa natural⁷¹. Nas relações que envolvem direitos como da imagem, ao nome, à honra, à crença religiosa, ao corpo, à saúde a autonomia negocial e contratual está presente na extensão relativa que a disponibilidade deste pode suportar. Em verdade, não se transmitem direitos como os da personalidade, mas sim lhes permitem a utilização em nível relativo. Mesmo em situações como a doação de órgãos, jamais poderá ser dito que o direito foi transmitido, mas sim que sua disponibilidade relativa foi exercida em retirar do seu detentor sua titularidade.

Roxana Cardoso (2007) ao apresentar estudo sobre a autonomia privada e os direitos da personalidade afirma que o conceito jurídico de bem pode ser entendido em sentido macro ou estrito. O primeiro conceito sugere que os bens admitem titularidade coletiva e individual e não exigem a patrimonialidade. Já o conceito de bens em sentido estrito vincula apenas aqueles que têm conteúdo pecuário e são regulados pelos artigos 79 a 103 do Código Civil.

Não se pode, nesta definição, relacionar o conceito de bem àquele do conceito clássico da ciência econômica. Aqui o destaque é dado à noção de utilidade sem uma relação pecuniária direta, mas cumprindo um raciocínio econômico em sentido amplo. O sujeito ao se propor à doação de órgãos em vida, por exemplo, realiza raciocínios de natureza econômica, pois decide por aquilo que aumenta seu bem-estar. Neste contexto, por certo mede o sujeito aspectos econômicos diretos e indiretos. O custo, neste caso, é um custo existencial, vinculado a questões como felicidade, realização pessoal, solidariedade.

A autonomia contratual, também nas relações de natureza existencial, revela sua natureza dialógica e concidadã, pois o exercício da liberdade neste contexto exige do sujeito uma racionalidade que ultrapassa aquela dos custos de transação dos bens de valor econômico direto. Nas situações e relações jurídicas são protegidos interesses. “Interesse que pode ser ora patrimonial, ora de natureza pessoa e existencial, ora um e outro juntos, já que algumas situações patrimoniais são instrumentos para a realização de interesses existências ou pessoais.” (PERLINGIERI, 2002, p.106). Assim, mesmo que se diga que contrato tem

⁷¹ Direitos da personalidade representam “[...] faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos.” (FRANÇA, 1980, p.145). “Direitos da personalidade são próprios do ser humano, direitos que são próprios da pessoa. Não se trata de direito à personalidade, mas de direitos que decorrem da personalidade humana, da condição de ser humano. Com os direitos da personalidade, protege-se o que é próprio da pessoa, como o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica, o direito à integridade intelectual, o direito ao próprio corpo, o direito à intimidade, o direito à privacidade, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à imagem, o direito ao nome, dentre outros.” (CARDOSO, 2007, 57)

natureza essencialmente econômica, esse caráter deve ser muito explicitado, pois a economia também representa uma realidade de construção da identidade do sujeito em articulação com o contrato.

Este representa mais um dos aspectos que confirma a insuficiência do conceito ou da composição científica da realidade contratual. Relacioná-lo exclusivamente às situações de patrimonialidade explícita implica no desconhecimento da noção jurídica de bem, dos conceitos de riqueza e bem-estar. O contrato comporta situações subjetivas de natureza existencial e patrimonial, linguagem utilizada em homenagem aos clássicos conceitos, mas que se revelam modernamente insuficientes para transmitir a realidade do negócio jurídico mais nobre.

5.5 Da insuficiência da percepção do fenômeno contratual a partir da estrutura

Toda a abordagem deste capítulo expressa a tentativa de demonstrar que o estudo do contrato sob o ponto de vista estrutural, exclusivamente, representa uma abordagem científica insuficiente do tema. O estado da arte em termo de direito civil e investigação do contrato oferece, em geral, pesquisas sobre os seus elementos, nos planos da existência, validade e eficácia. Essa abordagem é muito bem-vinda quando se trata do estudo da forma e da articulação de uma lógica interna do contrato.

Porém, o fenômeno negocial do contrato já provou que vai muito mais além do que sua estrutura de componentes. Sua realidade complexa impõe uma teoria econômica do contrato, uma reflexão sobre o símbolo social e antropológico que o contrato representa em termos de expressão da concidadania e como instrumento de emancipação.

6 O CONTRATO COMO RELAÇÃO DINÂMICA E FUNCIONAL DE EXERCÍCIO DA AUTONOMIA

Nesse capítulo final o objetivo básico é esboçar traços de uma teoria contratual exercida por meio da autonomia privada em caráter dialógico e concidadão.

Para se pensar sobre isso foram expostos nos capítulos antecedentes pressupostos de uma concepção econômica de contrato, movida, muitas vezes, mais por heteronomias do que pela própria vontade livre.

A racionalidade contratual revela-se cada vez mais complexa e sempre foi será movimentada por questões econômicas, que poderão ser tratadas e interpretadas por uma ótica neoliberal, mais freqüente, ou como se pretende, modernamente, por um viés econômico mais “welfarista”⁷². A relação contratual se destaca por sua função econômica por meio de uma racionalidade de custo e benefício, pela avaliação dos custos de transação, com a maximização de ganhos. Modernamente pretende-se superar o modelo liberal clássico, aprendido durante muitos anos, e intensamente praticado, por uma visão de mercado menos econométrica dita de valores sociais de cooperação e solidariedade. A concepção liberal não consideraria a justiça num sentido substantivo, mas apenas formal.

Este é um dos desafios da moderna racionalidade do contrato. Compreender os valores da lógica econômica do mercado, assim como saber promover relações jurídico-econômicas menos utilitaristas. Porém, os valores liberais parecem mesmo globalizados, em maior ou menor grau, dependendo do mercado, mas como os mercados regionais se unem num mercado de abrangência mundial, no momento de aplicação da norma, resta ao poder judiciário o papel residual de tentar minimizar a fragilidade negocial por revisões radicais do contrato.

Ronaldo Macedo Júnior (2007) apresenta exemplo de revisão de contrato por meio do julgado de n. 592070528, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que se verifica:

A autonomia de vontades, tendo como máxima o ‘pacta sunt servanda’ foi relegada a um segundo plano, em face da nova lei do consumidor, a qual proíbe o pacto de cláusulas abusivas. A lei vela pelo equilíbrio contratual, impondo normas imperativas que garantam a expectativa legítima do consumidor, frente ao contrato celebrado. A equidade contratual é um dogma a superar a autonomia da vontade e este controle poderá ser exercitado pelo Poder Judiciário “a posteriori” após a formação do contrato. Neste caso, declarando-se tais cláusulas como nulas (art. 6º,

⁷² A noção “welfarista” de contrato destaca-se pela inclusão de valores de bem-estar e da promoção da justiça distributiva.

IV do CDC). As disposições anuladas são dadas como pró-consumidor, restabelecendo o equilíbrio contratual.

A percepção do contrato como fenômeno jurídico exercido entre as resistências heterônomas do querer dos próprios agentes, assim como pelos marcos de heteronomia encontrados na norma, fazem parte da sua compreensão contemporânea. E a moderna racionalidade contratual aplicada pelo Poder Judiciário não pode negligenciar que até mesmo as partes

6.1 A reconstrução da teoria do contrato a partir dos princípios conformadores da relação contratual

Antônio Cota Marçal destaca que os princípios como “frutos da atividade teórica do agente racional [...] e não apenas do Direito, são ao mesmo tempo teóricos e práticos e, enquanto tais, não se excluem reciprocamente, na medida em que a faculdade teórica ou transcendental, que os constrói, é eminentemente pragmática”. (MARÇAL, 2007, p. 59)

A noção de princípio que aqui pretende ser firmada quer romper com a tradicional divisão entre aspectos teóricos e práticos. A idéia de princípio deve pressupor uma unidade em que a natureza teórica é essencialmente compreendida como sistematização da prática. O conteúdo de um princípio deve representar a articulação de experiências pretéritas, bem como a necessária abdução para receber realidades futuras.

Parece então obrigatório abandonar o dualismo normalmente verificado entre teoria e prática, que leva, muitas vezes, à negação de uma ou da outra. A recusa da experiência prática, que conduz ao dogmatismo de palavras (aqui princípios) vazias ou retóricas, ou a resistência à elaboração ou sistematização destas experiências através de uma teoria aberta, são duas faces da mesma moeda.

6.1.1 Da relatividade das consequências do contrato

A noção relativa dos efeitos contratuais tem como alicerce nuclear a concepção estrutural do contrato, pois aquela vontade emitida que cria obrigações entre as partes não pode vincular terceiros já qualificados como estranhos ao contrato. Os efeitos contratuais, a partir de uma noção clássica do vínculo, não poderiam permitir que alguém se tornasse credor ou devedor sem ter consentido para isso.

Las reglas contractuales no pueden obligar terceros. Este denominado “principio del efecto relativo” tiene su razón dogmática en que el contrato es un acto jurídico bilateral con fuente en la autonomía privada y solo causa obligaciones para quienes lo celebran. Sus efectos jurídicos son limitados, y por ello es que dice: no pueden perjudicar a terceros, es decir, el acuerdo de dos partes no puede tener efectos sobre alguien que no ha participado en su elaboración. (LORENZETTI, 2004, p. 476).

E o ponto de partida é o consentimento emitido pelas denominadas partes contratuais, o princípio da relatividade consiste na limitação dos efeitos do contrato apenas a estes sujeitos contratantes. O exercício da autonomia privada na eleição das categorias jurídicas que compõem o contrato vincula apenas aqueles que a praticaram. A autonomia que vincula as partes “no puede convertirse en heteronomía respecto terceros que no han intervenido en la convención”. (REZZÓNICO, 1999, p. 244).

A autonomia privada que possibilita o exercício da liberdade de contratar torna obrigatório o conteúdo escolhido pelas partes apenas entre estas, e, por certo, não pode ser opostos aqueles que não participaram deste processo de formação. O princípio da relatividade concentrar-se-ia apenas nos efeitos produzidos entre as partes contratuais, outrora já classificados como efeitos internos do contrato.

6.1.2 Princípio da oponibilidade dos efeitos contratuais

Ao considerar a oponibilidade contratual pretende-se redefinir o clássico pressuposto de irradiação de efeitos apenas entre as partes diretamente vinculadas para lançar luz ao alcance do contrato também perante terceiros. “A oponibilidade é uma manifestação de eficácia, significativa de projeção do direito subjetivo de qualquer direito subjetivo, em relação a terceiros”. (SANTOS JÚNIOR, 2003, p. 466).

A noção de oponibilidade de efeitos ilustraria a relação jurídica sob um prisma indireto, afirmando que esta interessa também aqueles que não são seus agentes diretos, ou seja, interessa, interfere ou reflete também frente a terceiros. Os efeitos do contrato projetam-se assim para além da relação *inter partes*, irradiando-se externamente.

Essa nova referência axiomática força a análise social do contrato e uma contextualização de sua repercussão além dos interesses, direitos e obrigações convencionadas *inter partes*. Atinge diretamente o princípio da relatividade que servia de barreira jurídica à admissão ampla dos efeitos externos do pactuado contratualmente. (THEODORO NETO, 2007, p. 3).

A oponibilidade dos efeitos promove uma reconstrução das tradicionais noções de parte e terceiros (tomados na clássica concepção estrutural) em um contexto que pressupõe um contrato também funcionalizado. Destacar os efeitos externos dos contratos⁷³ permite distinguir entre as noções de oponibilidade e da relatividade. A tentativa de diferenciar os conceitos toma a concepção voluntarista da matéria e a retoma sob a ótica dos novos paradigmas dos contratos na sistemática pátria.

6.1.3 Da boa-fé como pressuposto de resistência à autonomia contratual

A boa-fé objetiva pretende impor parâmetros de conduta para as relações negociais, de forma a alcançar a mútua e leal cooperação que deve moldar o exercício da autonomia privada. O que se quer é dispensar a investigação de estados psicológicos de ignorância na atuação contratual.

Pressupõe que ninguém deve contratar para causar prejuízo a si mesmo e aos outros e que para isso não basta um estado passivo de confiança, mas igualmente uma construção negocial ativa. Os contratantes devem cumprir determinados deveres de conduta de maneira a expressar sua boa-fé naquele vínculo jurídico. Exige-se a realização concreta de comportamentos como a informação e o esclarecimento entre as partes para que se comprove a lealdade contratual.

Um exemplo destes deveres pode ser visto na relação entre médicos e pacientes da cirurgia plástica estética em que se exige, em especial do médico, o fornecimento de informações adequadas e completas sobre o tratamento e suas conseqüências. Porém, mesmo que em menor proporção (em razão da assimetria de informações própria da relação) exige-se do paciente o cuidado e a transparência, devendo informar ao médico doenças preexistentes, hábitos prejudiciais ao tratamento (como tabagismo, utilização regular de medicamentos).

Exigências legais como estas pretendem evitar a criação de expectativas que não sejam legítimas, ou prevenir a formação de representações falsas, temerárias ou infundadas. Veja-se que a boa-fé objetiva pretende tutelar expectativas fundadas e punir a criação daquelas infundadas. Mas deve ser dada ao termo a aplicação devida, pois não se imagina com isto, por exemplo, que o paciente que não cumpra as prescrições médicas possa invocar prejuízo por mau resultado, visto que o dano não guarda relação com a conduta do cirurgião. Além disso, o paciente não poderia apenas em razão de um ponto de vista subjetivo, afirmar

⁷³ THEODORO NETO, Humberto. Efeitos externos dos contratos: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros. Rio de Janeiro: Forense, 2007; PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais*

que a cirurgia não atendeu ao resultado pretendido. Do outro lado, atuar conforme a boa-fé significa para o cirurgião não criar expectativas estéticas impossíveis no paciente, visto que por seu perfil biológico, anatômico jamais seriam possíveis serem atendidas.

Tutela-se, nestas circunstâncias, um padrão objetivo de confiança que acredita somente poder ser cumprido por meio do exercício dialógico da autonomia negocial. Apenas através da construção complementar e de responsabilidades recíprocas verifica-se cumprido o *standard* de correção e lisura exigido pela boa-fé em sua conotação objetiva. Para tornar mais concreto o conteúdo de uma cláusula geral de boa-fé, protegendo e promovendo a confiança entre as partes de um contrato, a doutrina vem formulando e sugerindo determinados deveres esperados daqueles que negociam. São denominados deveres anexos, instrumentais ou acessórios da boa-fé contratual, como o cuidado, a transparência, o esclarecimento, a informação, dentre outras condutas que possam tornar concreto e externalizado um contexto objetivo de confiança.

Ao explicitar os deveres anexos se pretende direcionar condutas e coordenar a interação entre os contratantes, que devem manter esse comportamento quando das negociações preliminares, durante o contrato, assim como após a conclusão do vínculo. É legítimo afirmar que durante o processo de formação de convicções próprio das negociações preliminares devem as partes comprovar sua conduta conforme a boa-fé. Não seria razoável a criação de expectativas na outra parte e posteriormente ser possível a ruptura injustificada dos procedimentos preparatórios.

Imagine-se numa compra e venda de automóveis em que uma das partes tenha se organizado financeiramente para a aquisição de bem, contraindo empréstimo, além de se desfazer do antigo veículo. A desistência injustificada do vendedor que já informou à parte elementos substanciais e suficientes para a formação do convencimento poderá ser sancionada como exercício abusivo da liberdade de contratar. A aplicação da teoria do abuso de direito, conforme prevê o art. 187 do Código Civil, firma-se exatamente nesse desvio de função do direito subjetivo, violando a boa-fé em seu caráter objetivo.

No processo de execução do contrato o atuar conforme a boa-fé objetiva revela-se obrigatório e pode ser comprovado por meio do credor que colabora com a realização da prestação pelo devedor. O credor possibilita a melhor realização da prestação fornecendo ao devedor informação suficiente para isso.

E por fim, registra-se a boa-fé em termos de efeitos pós-contratuais, quando se exige que as partes também ajam em complementaridade mesmo após a conclusão do contrato. O fornecimento de informações sobre o antigo empregado a um futuro empregador deste revela-se dever anexo da boa-fé em fase pós-contratual. Da mesma forma, em determinadas situações de sigilo profissional, em razão de informação específica, verifica-se a exigência lealdade mesmo após o término oficial do vínculo.

A boa-fé objetiva nos contratos representa uma norma aberta que necessita de concreção caso a caso, e cuja natureza é imperativa como um dever comum a todos os contratantes. O cumprimento ao dever de razoabilidade implica em uma atuação “regular” de confiança, ou implica um fiar que não aspira idealizações ou dicotomias. O que se quer valorizar e exigir nos contratos é a articulação de condutas, independentemente do grau de autonomia nas negociações, que possam urdir um comportamento negocial leal e cooperativo.

Afirmar que o exercício da autonomia privada deve ser dialógico significa afirmar uma conduta negocial moldada, conformada ou modelada pela boa-fé e pela construção conjunta do processo de formação, execução e conclusão contratual. Nas situações em que o grau de autonomia for significativamente limitado por necessidades ou constrangimentos a exigência da boa-fé torna-se ainda mais intensa.

A boa-fé apresenta-se nas relações negociais como um pressuposto inerente à própria autonomia, pois esta sempre terá um caráter relacional ou dialógico. Imaginar que ela seria uma exigência externa à noção de liberdade negocial seria retirar do conceito de autonomia parte do seu conteúdo essencial. O que se pode sugerir são níveis de adesão ao comportamento conforme a boa-fé e cada um deles deverão ser examinados com a pertinência devida. As sanções legais deveriam assim aplicar-se de acordo com o grau de comprometimento da parte com o conteúdo do contrato e em razão da realização (comprovação, externalização) em maior ou menor número dos deveres instrumentais da boa-fé.

A boa-fé no contrato trata-se, desta forma, de um agir de natureza sempre positiva que propõe balizas internas à liberdade negocial. Afirmar que esta confiança é boa representaria uma “expresión tautológica ya que la fides, de esa manera elevada, no puede sino tener una conotación positiva sin requerir ningún agregado; [...] hablar de mala fides es negación de la fides misma.” (REZZÓNICO, 1999, p. 490).

6.1.4 Da função social do contrato: retórica ou conduta negocial?

A noção de concidadania parece ser um critério nuclear para a consistência da função social do contrato. Se os contratos representam instrumentos de circulação de bens e serviço na sociedade, as condutas que deles participam devem ilustrar a atuação de concidadãos.

Todavia, no contexto do direito dos contratos e da função social, deve-se ressaltar que a concidadania deve pressupor algo bastante diferente da noção de consenso. No contrato não deve existir consenso, mas sim uma adequada e consistente articulação de condutas.

Como tentativa de distinguir a relação de concidadania do exercício coletivo da cidadania, merece referência o denominado paradoxo de Abilene⁷⁴, que ilustra situações onde existe uma concordância mal administrada, fruto de uma pseudo-atuação conjunta na tomada de decisões. No paradoxo de Abilene os membros do grupo deixam-se levar por uma determinada preferência, apesar de não estarem de acordo, porque pensam que todos os outros membros concordam.

É este o risco de se afirmar a concidadania como uma atuação coletiva em favor do bem comum: quando se realiza uma comunicação deficiente e a opinião do outro torna-se o elemento definidor. Representa situações em que as pessoas não se manifestam por temer serem isoladas, censuradas ou ridicularizadas se declararem a sua opinião. A pessoa decide supondo que o grupo vai agir de uma certa forma e contraria as suas percepções para obter aceitação ou para não sofrer censura. O paradoxo é que esta mesma situação ocorre com todos do grupo, pois se alguém questionasse a suposição o paradoxo se desfaria.

As decisões no contexto mencionado não têm como suporte a consistência das informações, das experiências e das preferências pessoais, pois naquele exercício conjunto os membros não estão realmente presentes como se espera na relação de concidadania. Na situação do paradoxo, que reflete o que seria o consenso, os participantes no processo decisório não se apresentam verdadeiramente, dirigem-se pelo o que acha que o outro acha e não atuam como representantes de um espaço compartilhado por todos.

A relação de concidadania parece essencialmente fundamentada pela dialogia que representa a prática comunicativa negocial e decisória exercida entre homens livres e

⁷⁴O paradoxo de Abilene foi enunciado por Jerry B. Harvey, professor da The George Washington University, especialista em dinâmica de grupos e gestão organizacional. O nome do paradoxo deriva de um caso em que todos os membros de uma família decidem ir passear em Abilene, uma cidade no Texas. A viagem termina por ser terrível para todos, apesar de nenhum deles mencionar o fato, pensando que os outros tinham apreciado. Somente quando retornam é que o problema é levantado.

portadores de autonomia reflexiva. “A relação dialógica é aquela que consente na presença do outro como diverso e rompe a noção de unidade, enquanto coesão entre pessoas, para concebê-la como pluralidade que converge em interesses e objetivos comuns.” (GARCIA, 1988, p. 7).

Apesar do contrato sempre articular risco e oportunidades para as partes, estas devem, em nome de um comportamento racional e de compartilhamento de direitos políticos, construir dialogicamente os ajustes econômicos. A resposta das partes aos incentivos que mobilizam a racionalidade comportamental deve ser em atenção à concidadania.

Nem a conduta individualista, nem a conduta solidarista podem promover um atuar concidadão, pois há nelas um equívoco quanto à noção de liberdade de contratar, que não é ilimitada. A autonomia negocial sempre foi e deverá ser conformada por preceitos como boa-fé, economicidade.

6.1.4.1 A função social do contrato e a empresa

A empresa é trazida ao contexto da função social, pois, como já se afirmou, esta ilustraria uma rede ou uma urdidura de contratos realizados para a diminuição dos custos de transação.

Ao invés de se desenvolverem transações negociais entre os indivíduos em si mesmo considerados, a empresa como atividade negocial possibilita um vínculo menos dispendioso entre eles⁷⁵. Perguntar-se sobre a funcionalidade social do contrato e da empresa são investigações científicas recorrentes. Perguntar-se também da origem desta funcionalidade no ordenamento brasileiro é comum, e altamente relevante.

A idéia de função social do contrato, da empresa, ou da propriedade no Brasil teve sua inspiração no código civil italiano de 1942 que previa algumas destas situações. Destaca-se que lá não existia qualquer menção à funcionalidade social do contrato. Esta parece ser uma inovação do Direito Privado brasileiro.

Na Itália a função social revelou um princípio ou uma diretriz formulada no contexto do Estado Fascista, fortemente intervencionista nas relações patrimoniais privadas.⁷⁶

⁷⁵“Não há como haver empresa sem esta gama de transações ou relações jurídicas contratuais. A eficiência, aqui, está em permitir que estas transações se realizem com o menor custo possível. Quanto mais baixos forem os custos de transação, maiores e mais eficientes serão as transações contratuais realizadas pelos empresários com o intuito de organizar os fatores de produção. (PIMENTA, 2006, p.56).

⁷⁶ “[...] por conta de uma função social da propriedade (basicamente, da propriedade fundiária) prevista na Constituição do Brasil de 1988, o Código Civil de 2002 reproduz texto ideado na Itália, à época do fascismo, e que visava a direcionar a liberdade de contratar, uma das liberdades individuais, para que o Estado interviesse

Assim, é realmente importante tratar o tema com prudência, pois urge evitar as interpretações protecionistas ou paternalistas já explicitadas.

A empresa (como atividade organizadora dos custos de transação e promotora do desenvolvimento social, bem como dos interesses particulares de seus idealizadores) deve atender a uma funcionalidade social como elemento conformador da liberdade de contratar que não é abusiva, mas autônoma e legítima.

A razão ou finalidade social de um contrato, ainda mais se considerado como um dos componentes de uma complexa existência técnico-jurídica chamada empresa, não pode significar a promoção de ideais solidaristas⁷⁷, nem individualistas. Essa função social deve preocupar-se com o preenchimento de determinadas condutas negociais que diminuam os custos de transação sem violar a boa-fé objetiva ilustrada por seus deveres anexos. “Quanto ao exercício da empresa, que não se faz sem contratos, a função social que se pretende venha ela a exercer implica liberdade de contratar com responsabilidade social”. (SZTAJN, 2005, p. 48).

6.1.4.2 A função social do contrato e o mercado

Considerando o contrato e a empresa como uma teia de relações negociais, chega-se, inevitavelmente, à noção de mercado⁷⁸, que também deve ser considerada para que se compreenda a função social no Direito Privado. O mercado representa o fato social em que se dão as trocas contratuais, cuja organização complexa representa a empresa. A empresa como atividade desenvolve-se no contexto deste fato social denominado mercado e para ele.

A existência da organização do mercado é decisiva para o desenvolvimento das atividades econômicas, para a estruturação destas. As operações econômicas como dimensão do contrato podem se exercidas individualmente ou sob a forma organizada que a empresa ilustra. Empresas e mercados representam realidades em que se aperfeiçoa a circulação dos bens e serviços que circulam na sociedade, com a conseqüente redução dos custos de transação.

A função social dos contratos, no contexto do mercado, deve então ocupar-se da aferição de transações que promovem estes fins. Ou, na linguagem da Análise Econômica do

nas relações patrimoniais intersubjetivas de forma a estimular (ou impor) a realização de seus interesses”. (SZTAJN, 2005, p. 37).

⁷⁷ A expressão solidarista é empregada para transmitir um contexto de Estado Social paternalista.

⁷⁸ “Markets are institutions that exist to facilitate exchange, that is, they exist in order to reduce the cost of carrying out exchange transactions”. (COASE, 1988, p. 7).

Direito, a função social representaria uma diretriz contratual para se constatar a eficiência ou não da troca.

O mercado como ilustração das operações econômicas contratuais deve ser regulado pelo Direito. A noção de mercado, como pode ser percebida, também pressupõe a autonomia e a liberdade contratual, exercida ou moldada por parâmetros como a boa-fé e a função social.

A teia de normas sociais que se cria em mercados precisa ser estudada no sentido de se aperfeiçoá-las para que não se tolham as liberdades individuais na decisão. Por isso é que as instituições devem visar à diminuição de riscos de abuso de poder, seja de governo, seja de particulares. (SZTAJN, 2004, p. 41).

O contrato tem sua função social atendida, no universo do mercado, se nesta relação negocial houve simetria de informações, por exemplo. Se no processo foi permitido às partes o esclarecimento necessário para a formação da manifestação de vontade relativa aos custos de transação.

Ilustrando a promoção do contexto denominado mercado (mesmo que não tenha sido utilizada esta expressão), o Superior Tribunal de Justiça, decidindo sobre a vigência de contrato de fiança, determinou a prevalência da obrigatoriedade do conteúdo contratual, nas situações em que as partes puderam, de forma paritária, exercer o poder negocial.

DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. LOCAÇÃO. PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA. FIANÇA. VALIDADE. CLÁUSULA PREVENDO A RESPONSABILIDADE DO FIADOR ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES DO IMÓVEL. EXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O princípio do *pacta sunt servanda*, embora temperado pela necessidade de observância da função social do contrato, da probidade e da boa-fé, em seu prisma objetivo, ainda continua plenamente válido em nosso ordenamento jurídico. Assim, têm os contratantes plena liberdade de pactuar normas a gerarem efeitos entre si, desde que estas não venham a ofender interesses sociais previstos na Constituição. 2. O fato de o contrato de locação ter sido celebrado sob a vigência da Lei 6.649/79, por si só, não afasta a responsabilidade da fiadora pelos débitos locatícios posteriores ao vencimento do contrato de locação, tendo em vista a existência de cláusula expressa em que concordou em garantir a locação até a efetiva entrega das chaves do imóvel locado. Precedente da Terceira Seção.

3. Embargos de declaração rejeitados.⁷⁹

⁷⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Edcl. no Resp. 951553. Direito civil. Processual civil. Embargos declaratórios no recurso especial. Omissão, Obscuridade ou contradição. Inexistência. Locação. Prorrogação automática. Fiança. Validade cláusula prevendo a responsabilidade do fiador até a efetiva entrega das chaves do imóvel. Existência. Embargos rejeitados. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, Brasília, 20 out. 2008.

Porém, constata-se, pelo teor do julgado, que a função social do contrato ainda é compreendida como um “tempero” do exercício da autonomia privada, e não como princípio que se direciona a adequação das soluções jurídicas com a realidade.

A liberdade de contratar no mercado corresponde à possibilidade de livre iniciativa econômica (art. 1º da Constituição da República), e esta deve ser desempenhada conforme os contornos recebidos pela autonomia privada de natureza relacional. Esta autonomia se exerce, mesmo nas relações econômicas representadas pelos contratos neste *locus* chamado mercado, de forma dialógica e concidadã, e sem negar a influência dos aspectos heterônomos.

6.2 Redefinição da função da parte e do terceiro

Nestas hipóteses tratadas nos itens anteriores o que se quer salientar é exatamente uma percepção diversa do contrato diante de tantas variáveis que interferem na operação econômica e na estruturação de um direito dos contratos renovado. A concepção estrutural do vínculo obrigacional que o contrato representa é insuficiente para a realidade complexa em que modernamente ele se projeta.

As obrigações criadas por meio do contrato obedecem às proibições e obrigações de outrora, mas igualmente são influenciadas por outras heteronomias, que se ilustram por novas situações negociais. O ponto de partida destas novas relações jurídicas se dá pela reavaliação dos tradicionais conceitos de parte e de terceiro. Teorizar as novas realidades contratuais impõe compreensões outras dos atores contratuais e também daqueles que eram considerados alheios ao vínculo obrigacional.

Todavia, esse conceito de terceiro profundo poderia ser considerado o mais amplo, geral e tradicional dentre as definições que se preocupam com o aquele que não emitiu vontade quando da formação do contrato.

A advertência se justifica diante de uma categoria de terceiro que, apesar de não ter declarado o negócio, no plano de eficácia, ou na fase de execução contratual, passa a integrar a relação jurídica. É o que se dá, por exemplo, quando da promessa por fato de terceiro e da estipulação em favor de terceiro, categorias jurídicas expressamente previstas no Código Civil brasileiro. Poder-se-ia dizer que neste caso, o terceiro, apesar de não ser parte do contrato, ingressa na relação jurídica, compreendida em sentido complexo, a partir de determinado ponto.

Ainda, pode-se afirmar a existência de outra categoria técnica de terceiro em que se dá um conflito da posição jurídica desse com a da parte. É aqui que residiria o núcleo da oponibilidade dos efeitos contratuais, ou seja, trata-se de “verificar em que circunstâncias uma posição jurídica contratual, de alguma maneira, confronta-se com outra posição jurídica alocada no patrimônio de terceiro”. (PENTEADO, 2007, p. 49).

As diferenças aqui declinadas devem ser consideradas, especialmente, quando se pretende sugerir uma noção renovada de parte e terceiro perante o contrato, mas, de qualquer forma, ao se falar desse estranho em relação ao vínculo sempre se imaginou que “El tercero no es parte y, por ello, la regla es que el contrato no causa relaciones jurídicas con ellos.” (LORENZETTI, 2004, p. 498).

Para além da noção estrutural da relação obrigacional existente entre as partes contratantes deve ser primordialmente considerado o seu viés funcional. A concepção funcional de um contrato preocupa-se com aqueles que emitiram o consentimento sobre o conteúdo das obrigações pactuadas, mas igualmente com as funções decorrentes deste vínculo jurídico. Neste sentido, pode dizer que o contrato apresentaria funções com a social, econômica, pedagógica e política.

A idéia da função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV); essa disposição impõe ao jurista a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculando-se de tudo mais. Aceita a idéia de função social do contrato, dela evidentemente não se vai tirar a ilação de que, agora, os terceiros são partes nos contratos, mas, por outro lado, torna-se evidente que os terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse. (AZEVEDO, 1998, p.116)

Ultrapassar a concepção estrutural de contrato e os seus efeitos internos que atingem apenas as partes que exerceram sua liberdade de contratar significa considerar este vínculo de uma forma mais ampla e complexa. Essa concepção funcional de contrato apresenta-se relevante inclusive para adequar e tornar consistente o que se pretende por meio da oponibilidade dos efeitos.

[...] não há como se negar que o contrato é fato jurídico, por se constituir fenômeno social regulado pelo direito. E como fato, acontecimento ou realidade deve ser levado em conta pelos demais membros da sociedade, para aferição da existência de consequência proveitosa ou prejudicial a outrem. (LISBOA, 2007, p. 114).

Considerar a funcionalidade do contrato é também projetá-lo para além das marcações jurídicas entre as partes diretamente vinculadas para sugerir, por exemplo, que os

terceiros, tradicionalmente estranhos à relação jurídica, podem ser por ela prejudicados merecendo a tutela do ordenamento, bem como não podem interferir nesta de forma ilícita.

6.2.1 A teoria do terceiro cúmplice e sua contribuição e sua contribuição para a reconstrução do modelo contratual

A possibilidade de responsabilização de terceiro que colabora com o devedor na violação de conteúdo contratual não se revela realidade inédita no ordenamento brasileiro. Apenas para citar dois exemplos conhecidos menciona-se a hipótese contida no artigo 608, do Código Civil – responsabilidade do terceiro que alicia prestador de serviço já comprometido em outro contrato -, bem como aquela verificada no artigo 500, do parcialmente revogado Código Comercial – “O capitão que seduzir ou desencaminhar marinheiro matriculado em outra embarcação será punido com a multa de cem mil réis por cada indivíduo que desencaminhar, e obrigado a entregar o marinheiro seduzido, existindo a bordo do seu navio; e se a embarcação por esta falta deixar de fazer-se à vela, será responsável pelas estadias da demora”.

Porém, é original ou pouco recorrente, a investigação dos fundamentos dessa responsabilidade, assim como sua natureza, articulando tais aspectos de maneira sistematizada, de forma a compor o chamado instituto da tutela externa do crédito ou a teoria do terceiro cúmplice na relação contratual. Além disso, é menos ainda usual destacar as implicações jurídico-econômicas advindas da possibilidade de se responsabilizar terceiros que tradicionalmente não teriam qualquer vínculo com a relação obrigacional.

O tema da tutela externa do crédito surgiu a partir de estudos sobre a principiologia contratual pós-moderna, orientada pelas normas constitucionais de 1988 e por aqueles princípios anunciados pelo Código Civil de 2002. Outro contexto se delineou para os contratos, visto que, além de mais recorrentes, afiguram-se igualmente mais vigorosos e estruturados. Diante desta realidade, se impõe à própria sistemática jurídica atualizar-se ou os atualizar quanto às diretrizes essenciais a serem observadas no universo obrigacional.

A teoria contratual sofreu uma série de alterações qualitativas em decorrência dos avanços tecnológicos e da subsequente massificação da sociedade – e consequentemente, da padronização dos contratos – passando de uma visão liberal, sustentada pelas idéias oitocentistas da liberdade formal e da autonomia da vontade, para uma outra, intervencionista e protecionista que visa a igualdade material e a defesa social da boa-fé, da função social e do equilíbrio contratuais. (MULHOLLAND, 2006, p. 256)

Dentre os aspectos considerados nucleares sobre a contemporaneidade dos contratos apresenta-se a funcionalidade destes, com especial destaque ao papel social a ser desempenhado. O olhar jurídico liberal dedicado ao contrato sempre pareceu possuir um viés estrutural concentrado no vínculo direito entre as partes. Neste sentido é que se destaca uma das pretensões da reconstrução dos paradigmas contratuais no contexto do Estado Democrático de Direito, que é a concepção funcional do instituto, a qual sugere, dentre outras, a relevância de se orientar não somente pelo consentimento em si, mas no interesse a ser protegido. Sugere-se a mobilização do ângulo exclusivo da estrutura do acordo de vontades para incluir papéis ou funções a serem desempenhados pelo contrato.

Tal como os demais princípios que estruturam as inovações do direito contratual contemporâneo, o princípio da função social aprofunda os questionamentos à ótica individualista, compondo um aspecto a mais da complexa noção de abuso da liberdade de contratar. (NEGREIROS, 2006, p. 207).

O caráter social como uma das funcionalidades do contrato pode até mesmo parecer retórico para alguns, visto que o instituto jurídico somente poderia ser considerado e compreendido sob uma perspectiva transindividual. Todavia, o princípio da função social, fixado pelo art. 421 do Código Civil de 2002, aparenta trazer consigo contornos outros ou mais extensos do que simplesmente a afirmativa do viés social das convenções. O que, por si só, já justificaria o presente texto.

Partimos da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas. Ao adotarmos esta concepção, restringindo a dimensão funcional a um aspecto singular, o fazemos com o objetivo de justificar a caracterização da função social como um princípio, um “novo princípio do contrato” [...]. Combinado com os demais princípios já examinados, o princípio da função social importa redefinir o alcance daqueles outros princípios da teoria clássica, constituindo-se em um condicionamento adicional imposto à liberdade contratual. (NEGREIROS: 2006, p. 208).

E é a partir dessa hipótese, que as reflexões aqui urdidas pretendem se dedicar ao desenvolvimento do tema da tutela externa do crédito, perguntando-se sobre a possibilidade de um terceiro ser responsabilizado, perante o credor, por violação de direito de crédito, ou, melhor dizendo, por interferir numa relação obrigacional da qual não fazia parte.

E diante deste questionamento pergunta-se também sobre o fundamento legal de eventual responsabilidade, passando pela investigação dos conceitos de contrato, parte, terceiro, relatividade e oponibilidade dos efeitos contratuais.

O tema da presente investigação deriva do reconhecimento de deveres específicos de não frustrar créditos alheios insinuando também o rompimento ou a transformação dos contornos voluntaristas dos contratos. A tutela externa do crédito parece tornar necessária a redefinição da abrangência da oponibilidade dos efeitos contratuais, possibilitando o esboço de um conteúdo mais palpável do que se pretende com a liberdade de contratar, a boa-fé, assim como a função social dos contratos, evitando que esta última se revele letra morta.

Justifica-se, desta forma, diante da tutela externa do crédito e da sua relação com os reflexos sociais dos pactos, outras propostas, que seriam de cunho essencialmente dialógico, sobre o que se compreende como parte e terceiro, insinuando a mudança das concepções modernas dos conceitos, dentro da sistemática contratual contemporânea. A investigação torna-se válida ao problematizar a repercussão dos efeitos do contrato fora da relação jurídica obrigacional primitiva.

O tema igualmente se legitima, pois interfere no campo da responsabilidade civil e de sua atuação reconstrutora do patrimônio lesado, tornando necessária a identificação da natureza da responsabilidade do terceiro que exerce essa espécie de interferência ilícita em crédito alheio, bem como a explicitação das conseqüências práticas do ressarcimento devido ao credor prejudicado.

Além disso, o terceiro que viola crédito alheio, seja induzindo o devedor ao rompimento injustificado da convenção como forma de prejudicar o credor, seja firmando um pacto que saiba ter conteúdo incompatível com outro contrato já existente, traça uma situação em que se impõe a reconsideração da liberdade de contratar e da autonomia privada, questionando os tradicionais “limites externos” que a configuram.

Muitos dos chamados limites à autonomia privada – tendo-se em conta um conceito de liberdade meramente negativo a partir de uma visão atomista do homem – consistem na verdade em limites internos que garantem, efetivamente, um grau maior, e não menor, de liberdade dentro do sistema. Isto porque a consideração de tais limites cerceadores da liberdade se deve à desconsideração do caráter intersubjetivo do processo de realização do agir autônomo. (SILVA: 2006, p.155).

O problema aqui então se coloca sob uma perspectiva prática, que traz o “cerne da vida econômica” (SANTOS JÚNIOR, 2003, p. 16) á discussão, pois faz confrontar dois princípios que “eles próprios são condição de viabilidade daquela, o princípio do respeito

pelos contratos celebrados e o princípio da liberdade contratual: no primeiro, estão em causa as expectativas razoáveis criadas pelo contrato, a confiança por ele criada, expectativas e confiança que são factores da vida dos agentes económicos [...]” (SANTOS JÚNIOR, 2003, p. 16), no segundo residem as noções de concorrência, iniciativa privada e mercado, todos também aspectos indissociáveis da realidade económica.

A análise do que já foi produzido sobre o tema, limitou-se, de início, a alguns artigos da doutrina pátria⁸⁰ e de autores franceses e portugueses⁸¹, visto que estes parecem ser expoentes cuidadosos do tema da tutela externa do crédito e de sua relação com a funcionalidade social dos contratos. A preocupação com o direito de crédito aqui se limita e concentra-se na realidade contratual, pois este representa realidade negocial articuladora de condutas obrigacionais recíprocas.

Quando se estuda o contrato como negócio jurídico bilateral compreende-se que eles se formam a partir da “composição de interesses opostos ou divergentes” (MELLO, 2003, p.199). Os contratos representam ajustes de condutas obrigacionais regulados pelo direito dos contratos. Aqui se retoma a obra de Enzo Roppo (2009) para afirmar que a noção de contrato passa por uma categoria jurídica que legitima uma operação essencialmente económica, regulada por princípios e regras. O contrato, além de representar um conceito ou uma realidade jurídica estrutural, traduz, em termos práticos, “[...] uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais [...]” (ROPPO, 2009, p. 7).

Diante desta clássica realidade contratual como negócio jurídico bilateral, sempre se afirmou que suas consequências, e obviamente aqui se fala em efeitos jurídicos que formalizam consequências económicas, somente poderiam atingir aqueles agentes que, na formação da estrutura contratual manifestaram sua vontade na articulação do conteúdo jurídico-económico do ajuste. Ou seja, só poderiam ser prejudicados e beneficiados pelos

⁸⁰ Sobre a tutela externa do crédito: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, abr. 1998, p. 113-120; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 775, maio 2000, p. 11-17; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *Venire contra Factum Proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas. Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do programa contratual estabelecido. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n.351, jul./set. 2000, p. 275-283.

⁸¹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 2000; COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2005; GHESTIN, Jacques; JAMIN, Christophe. Le juste et l'utile des effets du contract. In MONTEIRO, Antônio Pinto. (coord.) *Contratos: actualidade e evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 123-165; BACACHE-GIBEILI, Mireille. *La*

efeitos do contrato dos atores que participaram da composição da rede de direitos e deveres que o caracteriza. A esta realidade convencionou-se chamar de relatividade dos efeitos contratuais, confirmando natureza relativa do direito de crédito, neste caso, oriundo de uma relação contratual.

É exatamente neste contexto que surge o estudo da tutela externa do crédito, pois em determinadas situações jurídicas subjetivas como aquelas mencionadas no início deste trabalho, ocorre a responsabilização de agente econômico que não era parte no contrato realizado entre outros sujeitos. Afirma-se que em alguns casos existiria a proteção do “crédito” em circulação no contrato também em relação a estranhos ao vínculo que poderiam prejudicar a transação econômica ali verificada. A tutela externa do crédito foi um dos nomes cunhados para se tentar sistematizar essa idéia. Afirma-se que os efeitos do contrato não poderiam vincular apenas as partes, mas que o contrato apresentaria consequências externas ao seu núcleo mercedoras de tutela.

Delimitado esse marco, o levantamento bibliográfico neste trabalho orientou-se pelo destaque conferido aos efeitos externos dos contratos⁸², em especial à distinção das noções de oponibilidade e da relatividade dos efeitos contratuais. A tentativa de diferenciar os conceitos toma a concepção voluntarista da matéria e a retoma sob a ótica dos novos paradigmas dos contratos na sistemática pátria.

A relatividade do crédito parece compor-se, estruturalmente, pelas noções de responsabilidade e eficácia. Especialmente no que tange a eficácia, o crédito desenha uma oponibilidade relativa entre as partes que o constituíram, mas também e sob o prisma da função social, pode lançar os efeitos do direito subjetivo considerado, alcançando terceiros.

Cabem aqui algumas reflexões acerca do princípio da relatividade dos efeitos do contrato e da oponibilidade destes, sendo certo que são conceitos diferentes. O dever dos terceiros se absterem de qualquer intervenção no contrato ou a invocação de um contrato por um terceiro é uma consequência da existência deste, o que remonta à oponibilidade. Já o princípio da relatividade preleciona que os direitos e deveres diretamente decorrentes da relação contratual vinculam apenas as partes contratantes, estando ligado ao princípio da obrigatoriedade das convenções. O princípio da oponibilidade decorre da projeção da eficácia de um direito subjetivo em relação a terceiros. O princípio da relatividade significa que num contrato apenas as partes contratantes são credoras e devedoras. (CARDOSO, 2004, p. 131).

Os efeitos contratuais, sob a ótica da sistemática clássica, eram reputados adstritos à relação entre credor e devedor, desconsiderando-se a possibilidade de um terceiro ser

relativité des conventions et les groupes de contrats. Paris: LGDJ, 1996; CALASTRENG, Simone. *La relativité des conventions: étude de l'article 1.165 du Code Civil*. Paris: Sirey, 1939.

responsabilizado por força de um contrato sobre o qual não tivesse manifestado sua vontade. Todavia, com os novos paradigmas contratuais sustenta-se outro contexto a ser levado em conta para a compreensão do conceito de parte e de terceiro, sugerindo uma efetiva articulação entre eles.

É verdade que a obrigação é relação que interessa ao devedor e ao credor, mas também é verdade que esta relação tem relevância externa. Mesmo o crédito é, de um certo ponto de vista, um bem, um interesse juridicamente relevante, e enquanto tal deve ser respeitado por todos. (PERLINGIERI, 2002, p.142)

A partir deste ponto, a revisão da literatura apoiou-se também em obras francesas e brasileiras dedicadas especificamente a redefinição das noções de parte e terceiros⁸³ no contexto pós-moderno do contrato, tudo em vista das contribuições trazidas pela funcionalidade social do instituto e de sua influência sobre a noção tradicional da relatividade dos efeitos contratuais.

A doutrina investigada passa a apontar a insuficiência e a desatualização de se deduzir os conceitos de parte e terceiro com referência na manifestação de vontade, quando a parte contratual seria aquela cuja vontade deu origem ao vínculo e o terceiro aquele cuja vontade representaria um pressuposto estranho à formação do pacto.

A investigação prospectiva deparou-se assim com a tentativa de se traçar novos contornos para a classificação da parte contratual e de terceiro, o que é especialmente significativo para que se explicita e se compreenda a relevância da tutela externa do crédito.

O esquadramento inicial revelou, inclusive, as preciosas reflexões firmadas por Pietro Perlingieri sobre as situações absolutas e relativas em que o autor italiano destaca ser “verdade que a obrigação é relação que interessa ao devedor e ao credor, mas também é verdade que esta relação tem relevância externa”. (PERLINGIERI, 2002, p. 142).

Ainda, dedicou-se à investigação da natureza da responsabilidade do terceiro que auxilia o devedor no descumprimento contratual, constatando divergência entre aqueles que já

⁸² THEODORO NETO, Humberto. *Efeitos externos dos contratos: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

⁸³ AUBERT, Jean-Luc. A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 2, abr./jun. 1993, p. 263-278; GHESTIN, Jacques. Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 4, out./dez. 1994, p. 777-799; GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine. De l'élargissement de la notion de partie au contrat à l'élargissement de la portée du principe de l'effect relatif. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 2, abr./jun. 1994, p. 275-285; SAINT-HILAIRE, Philippe Delmas. Le tiers à l'acte *juridique*. Paris: LGDJ, 2000; LIMA, Alvino. A interferência de terceiros na violação do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 315, 1962, p. 14-30.

dedicaram algumas linhas ao tema na doutrina brasileira, bem como nas obras francesas e portuguesas.

A dúvida reside entre considerar a responsabilidade como aquiliana e enquadrá-la na previsão do ilícito em sentido estrito e no abuso de direito pelo exercício excessivo da liberdade contratual, ou dizer que a responsabilidade é contratual visto que se trata de efeito externo do contrato diante de sua funcionalidade social.

Todo esse contexto revela que os arredores da tutela externa do crédito já vêm sendo debatidos, e que estes elementos têm especial relevância nas transformações da teoria contratual pós-moderna. Entretanto, o debate sugere ainda imprecisões e incompletudes, principalmente no que tange à recepção do instituto pelo ordenamento brasileiro.

Compreendida assim a noção funcional do contrato e a oponibilidade dos efeitos jurídicos e econômicos decorrente do seu conteúdo, convém discutir a natureza da responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor no descumprimento do contrato.

Veja-se que a interferência do terceiro, caracterizada como ilícita em decorrência da irradiação das consequências contratuais, tem essa natureza, pois viola ou abusa do direito de concorrência e da livre iniciativa contidos no exercício da autonomia contratual. O terceiro desvia da função originária o direito de contratar o exerce por meio da interferência prejudicial a um contrato existente, estimulando uma das partes a descumpri-lo e celebrando com ela vínculo incompatível com o anterior.

Na verdade, os chamados efeitos externos ao contrato não querem traduzir obrigação do terceiro de conhecimento do conteúdo de contrato do qual não participou da formação. As consequências externas do contrato representam dever geral de atuação no campo contratual, contribuindo para a melhor e mais frutífera circulação de riquezas promovida pelo contrato, já que destaca a boa-fé e as funcionalidades social, econômica, pedagógica, dentre outras, como elementos que conformam a autonomia contratual.

Verifica-se que a responsabilidade do terceiro cúmplice tem natureza verdadeiramente extracontratual, ou seja, caracteriza responsabilidade civil aquilina, que deriva da violação do dever de reconhecimento do contrato como fato social, que existe também em face de terceiros e produz consequências jurídicas, e principalmente sócio-econômicas, para todos.

6.3 A autonomia privada e os contratos de adesão

Ao longo das discussões travadas até aqui algumas vezes mencionou-se a realidade dos contratos de adesão e sua relação com a noção de autonomia privada. O que se impõe, em primeiro lugar, é tentar entender o que se denomina de contrato de adesão e de onde surgiu essa relação jurídica.

A nomenclatura sugere que se trata de vínculo obrigacional criado por meio da adesão ao conteúdo jurídico pouco, ou minimamente, negociado. No contrato de adesão as cláusulas obrigacionais são substancialmente estipuladas por uma das partes que as apresenta para a aceitação da outra.

A origem dos contratos de adesão parece ter sido o fenômeno da contratação em massa, situação criada por um tipo de economia, que trouxe a cultura de contratos padronizados e despersonalizados. “Foi a produção em massa que exigiu a comercialização em massa dos produtos, fazendo com que a contratação perdesse, sistematicamente, o caráter de livre e demorada negociação para ganhar caráter mais geral.” (FIUZA; ROBERTO, 2002, p.56) A contratação em massa sugere uma nova realidade do contrato imposta por um modelo econômico de globalização das relações de mercado, realizadas agora em amplíssima escala, e em número cada vez mais crescente. A realidade econômica que se vê após Revolução Industrial traz algumas características para a atividade empresária que deixa de ser promovida de maneira artesanal, ou por atos, e passa a ser desenvolvida por meio de situação jurídica complexa de uma grande rede de atos. Adota-se, assim, a noção de atividade para o “objeto” desenvolvido pelas sociedades e por meio da qual se pretende a circulação de bens e serviços.

Neste contexto, o exercício da autonomia privada encontra resistência nesta realidade heterônoma que é a vulnerabilidade negocial de uma das partes. A tutela da situação objetivamente verificada se impõe como necessidade na promoção da justiça comutativa. Possibilitar um equilíbrio na relação negocial do contrato de adesão é a missão intervencionista estatal. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 54, dispõe que o contrato de adesão é aquele cujas cláusulas foram aprovadas por autoridade competente ou estabelecidas de forma unilateral pelo fornecedor. O artigo destaca que o consumidor, nesta situação, vê sua autonomia influenciada pela impossibilidade de se discutir ou modificar o conteúdo jurídico de maneira substancial.

A necessidade de se considerar a autonomia contratual de maneira diversa da sua realidade tradicional se coloca quando se trata do contrato de adesão. Por tudo o que foi até agora discutido, pode-se afirmar que mesmo nas situações negociais de adesão presente se

encontra a autonomia como poder exercido entre as condutas permitidas, obrigatórias e proibidas. O que se verifica é uma atuação conduzida por uma organização de mercado em que a autonomia se articula por uma maneira em que a sua natureza heterônoma se impõe. Diante desse contexto a intervenção estatal surge por meio de conteúdo jurídico proibitivo e obrigatório. Exemplo recorrente disso encontra-se na extensa previsão das cláusulas abusivas do Código de Defesa do Consumidor. Lá se verifica a heteronomia também se impondo à autonomia privada, mas neste caso, como recurso para a proteção da parte que aderiu às condutas permitidas escolhidas unicamente pela outra parte. E outro aspecto dos contratos de adesão vai ser discutido em seguida, por meio da sua realidade relacional.

6.4 Contratos relacionais e a autonomia

Os chamados contratos relacionais caracterizam situações jurídicas opostas ao modelo tradicional que tem natureza, em geral descontinuada. São relações jurídicas que se prolongam no tempo e caracterizam vínculos complexos. “Numa acepção ampla, contudo, todos os contratos são mais ou menos relacionais e jamais completamente não-relacionais ou descontínuos.” (MACEDO JUNIOR, 2006, p.33).

Sob a doutrina dos contratos relacionais o que se releva como elemento fundamental é o tempo do vínculo. Pode também verificar-se nestas situações a vulnerabilidade negocial evidenciada nos contratos de adesão, mas isto não é regra. Nos chamados contratos cativos de longa duração constata-se relações jurídicas obrigacionais constituídas por meio da adesão e prolongadas no tempo. Têm-se realidades contratuais relacionais. Mas nada impede que se trate do contrato relacional diante de uma locação comercial que durabilidade projetada no tempo. Aí reside outra característica do contrato relacional que a impossibilidade de previsão de todo o conteúdo jurídico no presente.

Denominam-se elementos não-promissórios do contrato aqueles que ainda não podem ser antevistos, em oposição aqueles chamados de elementos promissórios do contrato. Relaciona-se à noção de individualização da promessa contida em cada prestação assumida nas obrigações contratuais. “A promessa, contudo, não é único projetor futuro. Comandos, status, papel social, parentesco, padrões burocráticos, obrigações religiosas, hábitos e outras internalizações podem produzir projeções.” (MACEDO JUNIOR, 2006, p.126). O contrato simboliza assim uma realidade jurídica de projeção de trocas. Os elementos não-promissórios

são aqueles que não podem ser comprometidos no presente ou cujas promessas sofrem influências intensas de heteronomias ao longo da existência do contrato.

A teoria dos contratos relacionais é relevante para as reflexões sobre autonomia contratual, pois acentua os seguintes aspectos: (i) todo contrato está indissolivelmente ligado à sociedade dentro da qual ele existe. “[...] não se concebe uma relação contratual sem instituições estabilizadoras, regras sociais, valores, economia e linguagem.” (MACEDO JUNIOR, 2006, p.125); (ii) outro aspecto determinante da realidade contratual moderna é a especialização ou divisão social do trabalho, já isto conduz a situações contratuais de circulação de bens e serviços variados, entre pessoas distintas; (iii) outro pressuposto do contrato é o grau mínimo de autonomia para que se possa transitar, em termos negociais, dentro os conteúdos jurídicos permitidos; (iv) aqui reside o elemento do tempo, pois nos contratos relacionais considera-se que as relações de circulação de riquezas, devem as partes considerar o passado, presente e o futuro.

Nos contratos relacionais o planejamento quanto à previsibilidade dos comportamentos negociais se dá em caráter processual e constitucional, na medida em que se prevê a possibilidade de revisão e redefinição do planejamento inicialmente feito. “O objeto do contrato relacional aproxima-se, assim, de uma “mini-constituição” ou estatuto de uma sociedade ou clube, que estabelece regras para a resolução de conflitos e reformulação do planejamento.” (MACEDO JUNIOR, 2006, p.133).

6.5 A percepção dinâmica do contrato e a reconstrução dos vínculos obrigacionais

O que se nota pelas realidades jurídicas discutidas, além de toda a transformação ocorrida com a concepção de autonomia contratual, é que o instituto do contrato modernamente se manifesta por múltiplas facetas. Teorizá-lo como outrora foi possível por meio de um modelo, não é mais possível. Na verdade uma moderna teoria do contrato deveria trazer a denominação de contratos. A sistematização da prática representada pela teoria de um instituto deve trazer em si a noção de modelos de contratos.

O texto da Constituição da República sugere valores e princípios que norteiam uma nova realidade jurídica em qualquer dos seus institutos. E se o contrato não pode mais traduzir um único modelo da relação jurídica, mas variadas possibilidades de relações negociais, em todas elas deve-se verificar se o que o texto constitucional está sendo realmente promovido.

A positivação de disposições gerais sobre o contrato deve ser pensada como um universo de regras sobre modelos variados de contratos. E aqui não está se referindo aos tipos contratuais, como compra e venda e locação, mas sim às várias formas de se realizar cada um deles. Na verdade estar-se-ia passando por uma renovação da forma tradicional de se pensar e de se praticar o exercício da autonomia contratual.

Os vínculos obrigacionais criados pelo contrato devem pressupor sua inerente natureza dinâmica, permitindo sua revisão, readequação, alteração superveniente, bem como sua eficácia após a sua extinção. Por mais que se considere o princípio da obrigatoriedade dos efeitos de um contrato não se pode negar sua ocorrência como um processo dinâmico. O clássico modelo de contrato pode até servir como recurso didático para se entender a formação do vínculo, mas prejudica de maneira evidente uma visão mais complexa de sua existência jurídica.

O estudo da obrigação e do contrato sempre foi feito de maneira estrutural e estática, como se olha para uma fotografia que captou um momento no tempo. Conhecer este momento é fundamental, porém ele deve ser conhecido e considerado como apenas uma cena de filme que se desenvolve em momentos sequenciais. Por mais que se considere um contrato de execução imediata, aquele fato traz em si inúmeros acontecimentos que se desenrolam em decorrência de decisões econômicas e existências reveladores de um agir autônomo e digno.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contrato como operação econômica amplia seu universo jurídico de aplicação, pois transcende a relação tradicional com a propriedade para encontrar-se também no universo negocial da atividade empresária. A transferência de riquezas feita entre os agentes que participam do contrato apresenta elementos ou natureza efetiva de um “jogo” econômico. Seja como troca nas relações contratuais onerosas como a compra e venda, a locação e a prestação de serviços, seja em relações contratuais em que não existe a troca, pois são gratuitas, opera-se a circulação de riquezas.

A concepção de riqueza na relação jurídica do contrato deve ser entendida em sentido amplo, pois a contabilização dos custos de transação percorre tanto elementos de natureza essencialmente patrimonial como aqueles de natureza extrapatrimonial. Por mais que se diga que determinadas decisões de natureza existencial sejam realizadas em nome do altruísmo, o exercício da autonomia negocial se dá, também, em cogitação ao que se perde e o que se ganha.

A racionalidade econômica é operada em situações em que tradicionalmente se verifica a noção da riqueza, mas também se desenvolve em contexto que a avaliação econômica direta, imediata ou precisa não pode ser feita. Porém, isso não retira a natureza econômica das condutas coordenadas entre os sujeitos de direito, já que toda uma racionalidade de pensamentos de perdas e ganhos é mobilizada em qualquer relação contratual.

A eficiência do contrato é então medida conforme a melhor ou pior adequação das condutas contratuais. A “funcionabilidade” (ROPPO, 2009, p. 221) seria verificada se todas aquelas fases previstas nos custos de transação se desenvolvesse mais ou menos próximas das antecipações das partes. Aquilo que é imprevisível e arriscado é nuclear na operação econômica e no conceito jurídico de contrato que a reveste, embora o cálculo de custos de benefícios seja efeito exatamente para minimizar o imponderável. Uma reconstrução crítica do contrato como fenômeno jurídico deve ser feita em atualização concomitante com a noção heterônoma da autonomia contratual, bem como pela percepção da natureza substancialmente econômica da operação.

A função social de um contrato se não for considerada e ponderada no contexto das relações econômicas que compõem o ajuste de condutas promovidas no mercado e para o mercado, representará um verdadeiro descompasso sistemático face à principiologia contratual. O exercício dialógico da autonomia privada, como poder negocial, é expressão da

concidadania. Uma visão crítica das relações contratuais considera que a função social somente se legitima no ordenamento brasileiro se articular essa autonomia privada que se realiza no mundo público.

A Análise Econômica do Direito possibilita a construção de um viés consistente para a função social do contrato de forma a preservar o desenvolvimento e o crescimento das trocas patrimoniais saudáveis. “Essa perspectiva permite enxergar a coletividade não na parte mais fraca do contrato, mas na totalidade das pessoas que efetivamente, ou potencialmente, integram um determinado mercado de bens e serviços.” (TIMM, 2008, p. 96).

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectiva estrutural e econômica. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 46, p. 7-26, out-dez. 1988.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ATIYAH, Patrick Selim. **The rise and fall of freedom of contract**. New York: Oxford Clarendon Press, 1979.

AUBERT, Jean-Luc. A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n. 2, p. 263-278, abr./jun. 1993.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito civil tende a desaparecer?. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 472, p. 15-21, fev. 1975.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Estudos em homenagem ao professor Silvío Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1989.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 87, p.79-90, 1992.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e a desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 775, p. 11-17, mai. 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *Venire contra Factum Proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (Tu Quoque). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do programa contratual estabelecido. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, n. 351, p. 275-283, jul./set. 2000.

BACACHE-GIBEILI, Mireille. **La relativité des conventions et les groupes de contrats**. Paris: LGDJ, 1996.

BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Red Livros, 1999.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALASTRENG, Simone. **La relativité des conventions, étude de l'article 1.165 du Code Civil**. Paris: Sirey, 1939.

CAPPELARI, Récio Eduardo. **Responsabilidade pré-contratual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação do pacto contratual. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, n. 20, p. 125-150, out./dez. 2004.

CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997.

COASE, Ronald H. **The new institutional economics**. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici=sici=002282%199805%2988%3A2%3C72%3ATNIE%3E2.0.CO%3B2-M>>. Acesso em: 28 jul. 2008.

COASE, Ronald H. **The firm, the market and the law**. Chicago: Chicago University, 1988 .

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, n. 1, p. 1-44, 1960.

CONVERTI, Luisa Rosa Leite de. Princípios gerais e direito dos contratos, um inventário de dicta e de questões. In: MONTEIRO, Antônio Pinto. (Coord.). **Contratos: actualidades e evolução**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p. 101-110.

COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Law and economics**. 5.ed. Califórnia: Addison-Wesley: Longman, 2008.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

SILVA, Clóvis v. do couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: FGV, 2006.

SILVA, Clóvis v. do couto. **A teoria da base do negócio jurídico no Direito Brasileiro**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.655, p. 7-11, mai. 1990.

DINIZ, Davi Monteiro. Aliciamento no contrato de prestação de serviços: responsabilidade de terceiro por interferência ilícita em direito pessoal. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 27, p. 82-92, jan./fev. 2004.

DUARTE, Maria de Fátima Abrantes. **O pacto de preferência e a problemática da eficácia externa das obrigações**. Lisboa: Coimbra Editora, 1989.

- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GHESTIN, Jacques; JAMIN, Christophe. Le juste et l'utile des effets du contrat. In: MONTEIRO, Antônio Pinto. (Coord.) **Contratos: actualidade e evolução**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p. 123-165.
- GHESTIN, Jacques. Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris, n. 4, p. 777-799, out./dez. 1994.
- GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. Tradução Maria Cristina de Cicco. **Revista dos Tribunais**. Rio de Janeiro, n. 747, p. 35-55, jan. 1998.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Contrato com pessoa a declarar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil em comentário ao código civil português**, vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1931.
- GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine. De l'élargissement de la notion de partie au contrat...à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n. 2, p. 275-285, abr./jun. 1994.
- LIMA, Alvino. A interferência de terceiros na violação do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 315, p. 14-30, 1962.
- LOBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- LORENZETTI, Ricardo. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. **Revista de Direito Consumidor**, São Paulo, n. 28, p. 23-58, out./dez, 1998.
- LUCAS, Javier de. **El concepto de solidaridad**. México: Fontamara, 1993.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 3, p. 127-154, set./dez. 1992.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

- MONCADA, Luís Cabral de. **Lições de direito civil**. Coimbra: Almedina, 1995.
- MONTEIRO, Antonio Pinto. (Coord.) **Contratos: actualidade e evolução**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.
- MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: Maria Celina Bodin de Moraes (coord.), **Princípios do direito civil contemporâneo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 255-280.
- NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quatier Latin, 2007.
- PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. Tradução de Vergínia Pupi. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PERELMAN, Chaim. **Retóricas**. Tradução de Maria Ermantina Galvão Pereira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECTHS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina Galvão Pereira. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PESSANHA, José Américo Motta. Razão dialógica. In: HUHNE, Leda Miranda (Coord.). **Razões**. Rio de Janeiro: Uapê, 1994. p.67-100.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e relações patrimoniais privadas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 43, n. 170, p.159-173, abr./jun. 2006.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. São Paulo: Elsevier Campus, 2005.
- POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Tradução de Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2007b.
- POSNER, Richard A. **Maximización de la riqueza y Tort Law: una investigación filosófica**. Disponível em: <<http://www.eumed.net/cursecon/textos/posner-tort.pdf>> Acesso em: 25 jul. 2011.

- PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato, as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual**. Coimbra: Almedina, 1999.
- REZZÓNICO, Juan Carlos. **Principios fundamentales de los contratos**. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. Milano: Giuffrè, 2001.
- SAINT-HILAIRE, Philippe Delmas. **Le tiers à l'acte juridique**. Paris: LGDJ, 2000.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 2, v.5, p. 5-58, mar. 2008.
- SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. **Da liberdade ao controle: os riscos do novo Direito Civil brasileiro**. 2007. 214f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.
- SANTOS JÚNIOR, E. **Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito crédito**. Coimbra: Almedina, 2003.
- SCHNEEWIND, J.B. **A invenção da autonomia**. São Leopoldo: Unisinos, 2001.
- SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: Maria Celina Bodin de Moraes (coord.), **Princípios do direito civil contemporâneo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 135-162.
- STZAJN, Rachel. Notas de Análise econômica: contratos e responsabilidade civil. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 111, p.9-29, 1998.
- STZAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**. São Paulo: Atlas, 2004.
- SZTAJN, Rachel. Externalidades e custo de transação: a redistribuição de direitos no novo código civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 24, p. 250-276, 2005.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e a sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- THEODORO NETO, Humberto. **Efeitos externos dos contratos: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63-96.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

WALD, Arnold. O interesse social no direito privado. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **O Direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 77-102