

# O CONTRATO E SUA FUNÇÃO INSTITUCIONAL

FRANCISCO AMARAL

## 1. Introdução. O tema e sua razão de ser

Escolhi como tema desta singela conferência a figura do contrato, categoria jurídica que, pela sua compreensão e extensão, permanece envolvida na crise de desenvolvimento do mundo contemporâneo, o que justifica o seu renovado interesse.

Aspectos marcantes dessa crise são os fenômenos da *fragmentação* dos sistemas unitários de pensamento e de poder, e do *pluralismo* das fontes políticas e jurídicas. No campo dos valores, a segurança cede espaço à incerteza na realização do direito e os tradicionais institutos jurídicos perdem a nitidez e a clareza própria do que estava consolidado. Agrava-se a crise com os problemas decorrentes do grande desenvolvimento da ciência e da tecnologia e, principalmente, da globalização da economia e da comunicação<sup>1</sup>, e da incapacidade do Estado Social de prover aos novos desafios, entre os quais o papel da vontade na nomogênese jurídica e na produção e circulação de bens e serviços.

O contrato é um dos institutos fundamentais do direito privado. Juntamente com a personalidade, a família, a propriedade, a sucessão e a responsabilidade civil, forma o conteúdo do direito civil, matéria hoje em processo de mudança.

Esse processo manifesta-se na interpenetração crescente do direito civil com o constitucional, o que significa, para alguns, a constitucionalização do direito civil<sup>2</sup>, e para outros<sup>3</sup> a civilização do direito constitucional, assim como na *personalização* do direito civil, no sentido da crescente importância da vida e da dignidade da pessoa humana. Além disso, com a desagregação do Código

Civil substituiu-se o seu sistema unitário por um polissistema de leis especiais e autônomas no campo civil.

Acerca da importância do tema permito-me aqui reproduzir a expressiva síntese do Prof. Doutor Pinto Monteiro que, abrindo os trabalhos do Congresso Internacional sobre os contratos, em novembro de 1991, na Universidade Católica Portuguesa do Porto, assim dizia: “O contrato é uma daquelas figuras que convoca ao debate temas sempre presentes nas preocupações da ciência jurídica. Ele espelha, de modo exemplar, na sua regulamentação jurídica, as tendências econômicas, o modelo social, os postulados filosóficos, culturais e políticos de cada época. Analisá-lo, do apogeu da época liberal ao presente, é percorrer muitos dos caminhos trilhados pelo pensamento jurídico; discuti-lo é debater o próprio sentido do direito”.<sup>4</sup>

Qual é, hoje, o sentido do direito, aqui entendido como a razão de ser, o fundamento axiológico do direito? Acreditamos ser ele, hoje, cada vez mais a pessoa humana, não o indivíduo atomizado, ou o sujeito abstrato de direito do racionalismo moderno, mas a pessoa como centro e destinatário do direito<sup>5</sup> como expressão da filosofia do personalismo ético<sup>6</sup>, segundo o qual todo o ser humano é pessoa, individual e concreta e, eticamente, um valor em si mesmo. No campo do direito civil, um dos valores fundamentais é a liberdade, que se traduz em uma esfera de autonomia concedida à pessoa, de que são principais manifestações o direito de propriedade e a autonomia privada, que se exprime, principalmente, no contrato.

Depois da Segunda Guerra Mundial tornou-se opinião comum que o contrato estava em crise, tendo perdido o papel central que lhe fora reconhecido.<sup>7</sup> Era, porém, uma visão pessimista, logo superada pelo desenvolvimento do direito contratual, do que é flagrante exemplo não só a utilização do contrato tanto na metodologia geral do direito privado ou econômico, quanto na estruturação das relações econômicas internacionais, criando uma nova ordem jurídica, a *lex mercatoria*, como também a constituição de blocos e convenções internacionais (União Européia, Mercosul, Nafta etc.), decorrentes da crescente globalização dos mercados, todos eles constituídos e institucionalizados por meio de contratos. Ainda quanto à existência de uma crise no direito, essa expressão é ambígua, parecendo-me traduzir o conflito entre o que se poderia denominar de paradigmas da modernidade, fundados no princípio que Hegel<sup>8</sup> chamara de *subjetividade jurídica*, expresso no individualismo, na autonomia da ação e na responsabilidade individual, e os novos paradigmas da pós-modernidade, que procuram superar a abstração e a universalidade da razão sistêmica e lógico-dedutiva do século XIX.

Típicas da pós-modernidade são as idéias de *pluralismo*, de *complexidade*, de *concretude*, de *fragmentação*. E ainda a perspectiva crítica e social do direito, a sua consideração como ciência global e multidisciplinar.

Como afirma o Prof. Doutor Castanheira Neves, “o pensamento jurídico está em crise porque ruuiu o sistematismo dogmático-conceitual próprio do normativismo moderno e continuado no positivismo legista do séc. XIX. E porque está em crise, estamos hoje também num momento histórico-cultural de investigação metodológico-jurídica”<sup>9</sup>. É, precisamente para essa investigação que pretendo contribuir com este modesto trabalho, deixando claro ser indispensável uma perspectiva multidisciplinar que se valha dos diversos saberes jurídicos, a *ciência jurídica*, no que tange à estrutura contratual, a *sociologia*, no que diz respeito à sua função e eficácia, a *filosofia*, no que pertence ao fundamento axiológico e, finalmente, mas de igual importância, a *história*, que nos revela o processo evolutivo do instituto.

O título escolhido, “*O contrato e sua função institucional*”, não significa, porém, uma perspectiva única, meramente instrumental, própria de uma concepção formalista e funcionalista do direito, mas ao contrário, uma hipótese de ter o contrato uma nova faceta a estudar, com base nas idéias do *plural*, do *negociado*, do *complexo*, e com a estrutura e o conteúdo típicos de um contrato de institucionalização de um novo direito e de uma nova ordem jurídica, a caracterizar o que se poderia chamar de contrato institucional ou de organização.

## **2. O contrato. Conceito. Natureza jurídica. Importância**

O contrato é um acordo de duas ou mais partes destinado a criar, regular, modificar ou extinguir uma relação jurídica, que pode conter obrigações e outros deveres, mesmo para uma só das partes. Adota-se aqui a definição contida no art. 1º do anteprojeto do Código Europeu dos Contratos<sup>10</sup>, que deve representar, *em princípio*, o último estágio do processo histórico-doutrinário dessa figura.

Diga-se, também, que este conceito representa um duplo esquema de base, constituído, de uma parte, pelo disposto no Código Civil italiano (art. 1.321), que, por si só, já traduz uma posição intermediária entre os dois principais filões jurídicos do continente (o direito francês e o alemão), e de outra parte, o disposto no *Contract code*, redigido pelo Prof. Harvey Mc Gregor para a *English Law Commission*.<sup>11</sup>

O contrato é, também, um instituto, pelo conjunto de princípios e normas que estabelece, em torno de uma relação jurídica típica, aquela em que uma parte promete à outra, que aceita uma determinada prestação. É assim o ins-

trumento típico para a constituição de obrigações. O mesmo termo usa-se, ainda, no sentido de documento, de relação ou de situação jurídica, pelo que revela uma natureza polissêmica e multidisciplinar, interessando a vários campos do saber, como supramencionado.

Quanto à sua natureza, é espécie do gênero negócio jurídico. Como tal, é uma declaração de vontade particular dirigida à produção de um resultado que o declarante pretende e o direito reconhece. É exercício de autonomia privada. Quanto à sua função, o contrato é instrumento de composição de vontades opostas ou convergentes, que se usa para promover a circulação de bens, a prestação de serviços, a conservação de direitos, a prevenção de riscos e danos, e a solução de controvérsias. Pode-se dizer que é a expressão típica da economia liberal, como fonte, por excelência, das obrigações.

Esta referência prévia ao conceito e à natureza jurídica do contrato atende à necessidade que os juristas têm de uma linguagem fixa e comum<sup>12</sup>, e também ao espírito de cultura jurídica moderna, positivista, segundo a qual os fenômenos jurídicos podem estudar-se e classificar-se por meio de instrumentos análogos àqueles com que se estudam e classificam os fenômenos naturais. Não constitui um ponto de chegada nem traduz uma concepção dogmática-conceitual do tema. É apenas um ponto de partida para uma reflexão crítico-jurídica, no sentido antidogmática do termo, com a finalidade de compreender o papel e a importância atual desse instituto no jogo concreto dos mecanismos jurídicos, influenciado pelo dinamismo econômico e social, marcado pela crise dos paradigmas da modernidade e orientado pela convicção de que o direito não é um objeto previamente dado e construído, mas um processo em permanente construção.

Considerando-se também que a noção e a disciplina atual do contrato resultam de um longo processo evolutivo e que as definições técnico-jurídicas estão ligadas às concepções filosófico-culturais que se sucedem no tempo, creio ser oportuna breve notícia histórica do contrato, nos seus aspectos formal e material, desde os primórdios, do direito romano, até à época do direito moderno e à crise dos seus paradigmas.

Essa visão retrospectiva demonstrará um processo de gradativa evolução, no direito romano, da *objetividade à subjetividade contratual*, e no direito moderno (séc. XIX), da *subjetividade à abstração*.

### 3. O contrato. Escorço histórico

A ciência jurídica começou a edificar-se quando os jurisconsultos romanos, com sabedoria empírica, quase intuitiva, vislumbraram na sociedade "ti-

pos de conduta” e criaram, com visão antecipada dos comportamentos prováveis, os estupendos modelos jurídicos do direito romanos<sup>13</sup>, entre os quais o contrato, primeiro um fato concreto, depois uma categoria geral dos atos bilaterais que produziam efeitos obrigatórios.

O contrato configura-se inicialmente como uma estrutura jurídica de resposta a um problema empírico: prometida uma coisa ou um serviço por alguém, em troca de outra coisa ou serviço, ou até em troca de nada, e sendo aceita essa promessa, o que é preciso para que esse ato se revista da juridicidade necessária que permita distingui-lo das simples relações sociais ou morais, e o dote de eficácia obrigatória?<sup>14</sup>

No direito romano clássico, o termo *contractus* tinha um significado diverso do atual. Indicava o vínculo obrigatório, nascido de ato lícito, sendo estranho ao conceito o elemento subjetivo, o acordo de vontades. No direito justiniano, o contrato é uma fonte de obrigações, sob o nome de *pactum* ou *conventio*, não mais prevalecendo o elemento objetivo, mas sim o subjetivo *consensus*. Era um acordo de vontades que fazia nascer um vínculo obrigacional. Não constituía, porém, ainda, uma noção geral e abstrata, podendo afirmar-se que a sistemática romana desconhecia a categoria geral do *contractus*, mas tipos individualizados pela forma ou pela causa.<sup>15</sup>

No direito intermédio, o contrato evolui no sentido moderno do termo, partindo da concepção subjetiva que, incerta no direito justiniano, se acentua no direito bizantino<sup>16</sup>. Essa evolução sofre várias influências, nomeadamente do direito canônico (*fides, pacta sunt servanda*), da prática comercial, que dispensava as formas solenes e enaltecia o princípio do consensualismo (*solus consensus obligat*), da doutrina do direito natural, que proclamava a liberdade do indivíduo e a autonomia da sua vontade como princípio fundamental do contrato. Desses fatores nasce o contrato moderno, baseado no *consenso*. O Código francês (art. 1.101) chamá-lo-á de *convention*, e o Código Civil italiano de 1865 (art.1.098) e o vigente (art. 1.321) de *accordo*.

Na época moderna, com o Estado de direito, liberal, burguês, dá-se a passagem dos contratos em concreto à figura do contrato como categoria geral. Resultou isso do processo de *racionalização e abstração* que marcou o direito da modernidade, tendo como referência a obra da pandectística alemã e como figura emblemática o negócio jurídico, no qual o contrato se insere como *species* logicamente subordinada.

De modo geral pode concluir-se que o contrato moderno é o resultado de um secular desenvolvimento histórico, caracterizado pela crescente importância jurídica da vontade individual e autônoma dos contraentes, como elemento essencial. Ponto de partida é o antigo direito romano, composto de uma série

limitada de figuras típicas (contratos *re, verbis, litteris, consensu*) e ponto de chegada à moderna teoria geral do negócio jurídico.<sup>17</sup> Contrato e negócio jurídico são assim pontos terminais de dois processos de abstração e construção.

O estudo dessa evolução revela também que os conceitos jurídicos são *históricos* e *relativos*, e que as definições técnicas dependem dos grandes sistemas gerais da filosofia.

#### 4. Autonomia privada. Negócio jurídico. Contrato

O contrato é espécie do negócio jurídico, é manifestação de autonomia privada, poder que a pessoa tem de regular juridicamente seus interesses.

Expressão da *subjetividade jurídica* que, segundo Hegel, é o princípio dos tempos modernos, expresso no individualismo, na autonomia do agir e na responsabilidade do indivíduo pelo exercício de suas pretensões,<sup>18</sup> a autonomia privada sofre grande limitação com o Estado Social, intervencionista. Com o Estado Pós-industrial, particularmente nas relações surgidas com a globalização ou mundialização da economia, retoma novas dimensões<sup>19</sup>.

Sob o ponto de vista estrutural, a autonomia constitui-se em um dos princípios fundamentais do direito privado<sup>20</sup> num reconhecimento da existência de um âmbito particular de atuação com eficácia normativa. Trata-se da projeção, no direito, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada,<sup>21</sup> sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade.<sup>22</sup> Deixa, assim, de ser um conceito técnico para ser um conceito de valor.<sup>23</sup>

Sob o ponto de vista técnico, a autonomia privada é um poder jurídico particular de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem. É, também, um princípio informador do sistema jurídico, um princípio aberto, no sentido de que não se apresenta como norma de direito, mas como idéia diretriz ou justificadora da configuração e funcionamento do próprio sistema jurídico.<sup>24</sup> E é também critério interpretativo, já que aponta o caminho a seguir na pesquisa do sentido e alcance da norma jurídica.

Sua esfera de aplicação é, basicamente, o direito patrimonial. Não se aplica, assim, a autonomia, ou aplica-se de modo restritíssimo, em matéria de estado e capacidade das pessoas e família. Seu campo de realização é o direito das obrigações por excelência, onde o contrato é a lei, nas suas diversas espécies de liberdade contratual, nas promessas de contratar, nas cláusulas gerais, nas garantias etc. No direito sucessório, realiza-se no testamento.

Os limites da autonomia privada são a ordem pública e os bons costumes. Ordem pública como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica. E bons costumes como o conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual, da proibição de lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo etc.

A perspectiva histórica ajuda-nos a compreender o significado e a importância da autonomia privada, como expressão de uma experiência que se desenvolve ao longo do tempo e dá-nos os elementos necessários à percepção da gênese, e desenvolvimento do conceito, para depois chegarmos a uma perspectiva *lógica*, em que se considere a hipótese de um ordenamento jurídico que privilegie ou se baseie na vontade particular. Isso diz respeito à chamada autonomia negocial, que pressupõe o negócio jurídico como ato e como instrumento da autonomia privada.

A autonomia resulta do individualismo que reúne tendências anteriores já verificadas no direito romano, no direito canônico, na teoria do contrato social e no liberalismo econômico, e que se manifesta no jusnaturalismo e, filosoficamente, na doutrina de Kant, cujo pensamento é uma das expressões mais rigorosas do estado liberal.<sup>25</sup> Liga-se também ao direito de propriedade, como se demonstra. Na Idade Média, a fonte principal da riqueza e produção era a terra, e o direito principal, a propriedade. A evolução política e econômica torna, porém, distinto o domínio da terra do dos demais bens de produção, estes a base do comércio e da indústria, de que eram titulares os construtores da economia capitalista, os burgueses, interessados no desenvolvimento do intercâmbio comercial. Esse processo leva à jurisdicização das relações de troca, isto é, a um direito que permitisse a livre circulação dos bens e dos sujeitos, na dinâmica do próprio sistema. A generalização das trocas configura uma nova força, que se destaca do direito de propriedade, e que é, precisamente, o poder da vontade que se realiza na liberdade de atuação no mercado, o que hoje chamamos de liberdade de iniciativa econômica.

A autonomia da vontade traduz, portanto, um poder de disposição diretamente ligado ao direito de propriedade, dentro do sistema de mercado da circulação dos bens por meio de troca, e de que o instrumento jurídico próprio é o negócio jurídico. Essa autonomia significa, conseqüentemente, que o sujeito é livre para contratar, escolher com quem contratar e estabelecer o conteúdo do contrato. A autonomia privada teria, assim, como fundamento prático, a propriedade particular e, como função, a livre circulação dos bens,<sup>26</sup> o que

pressupõe, também, a igualdade formal dos sujeitos, isto é, a igualdade de todos perante a lei.

A autonomia privada revela-se, portanto, como produto e como instrumento de um processo político e econômico baseado na liberdade e na igualdade formal, com positividade jurídica nos direitos subjetivos de propriedade e de liberdade de iniciativa econômica. Seu fundamento ideológico é, portanto, o liberalismo, como doutrina que, entre outras formulações, faz da liberdade o princípio orientador da criação jurídica no âmbito do direito privado, pelo menos no seu campo maior, que é o do direito das obrigações. Com a intervenção posterior do Estado, e a respectiva legislação especial, limita-se a autonomia da vontade e visa-se estabelecer outro tipo de igualdade, a *material*, esta referente à possibilidade de acesso a todos os bens e às oportunidades da vida econômico-social. O princípio da autonomia perde seu absolutismo, mas persiste ainda como princípio básico da ordem jurídica privada<sup>27</sup> agora com novas funções.

Consequências imediatas do reconhecimento da autonomia privada são, em matéria constitucional, a garantia da liberdade de iniciativa econômica, e, no direito civil, que é o seu campo por excelência, os princípios do direito contratual, da natureza supletiva ou dispositiva da maioria das normas estatais do direito das obrigações, e ainda a teoria dos vícios do consentimento. No campo sucessório, a liberdade de testar e de estabelecer o conteúdo do testamento. E para os que aceitam a vontade como poder jurídico, a concepção normativa do negócio jurídico, matéria que diz respeito às fontes do direito, portanto, da filosofia e da teoria geral do direito.

Quanto à sua importância, a autonomia privada constitui-se em categoria lógica e princípio fundamental do direito civil e do direito constitucional (na versão da liberdade de iniciativa econômica), e também em categoria histórica e dogmática, consagrada que foi como expressão da liberdade individual, especialmente em matéria de contratos. E, se por um lado, a crise do direito a afeta, devido à crescente intervenção do Estado no domínio privado, por outro lado reafirma-se a sua importância e função no “recrudescimento da mística contratual”<sup>28</sup>.

Fundamento ou pressuposto da autonomia privada é, em termos imediatos, a liberdade como valor, e, mediatemente, a concepção de que a pessoa é causa do sistema social e jurídico e de que a sua vontade, livremente manifestada, pode ser instrumento de realização de justiça.

A liberdade, como valor jurídico, permite ao indivíduo a atuação com eficácia normativa, que se concretiza em duas manifestações fundamentais,

uma *subjetiva*, que é o estabelecimento, modificação ou extinção de relações jurídicas, e outra, *objetiva*, que é a normatização ou regulação jurídica dessas mesmas relações. Configuram-se, desse modo, duas facetas da liberdade jurídica: uma, a liberdade de criar, modificar ou extinguir relações; outra, a de estabelecer as normas jurídicas disciplinadoras dessa atividade, no exercício do seu poder jurídico de criar, nos limites legalmente estabelecidos, normas de direito.

A autonomia privada é, assim, o espaço livre que o ordenamento estatal deixa ao poder jurídico dos particulares, reconhecendo que, tratando-se de relações de direito privado, são eles os melhores a saber de seus interesses e da melhor forma de regulá-los.

Devemos considerar também uma perspectiva *funcional*, na qual o direito surge como produto de uma experiência jurídica livre, inovadora, e, acima de tudo, pluralística, na eleição e na concretização normativa de seus valores. Ora, num sistema aberto assim, têm cada vez mais importância as fontes extralegislativas,<sup>29</sup> o que vai contra um dos mais caros dogmas do positivismo, o da lei como única fonte do direito. E abrem-se as portas para os pluralismos sociais, políticos e jurídicos expressos em correlatos subsistemas, todos inter-relacionados.<sup>30</sup> É nesse aspecto de vinculações que consideramos a autonomia privada um princípio normativo-jurídico e organizacional do direito civil contemporâneo.

## 5. A funcionalização dos institutos de direito civil

A referência à função social ou econômico-social de um princípio, um instituto, uma categoria jurídica, neste caso a autonomia privada e o contrato, significa a aproximação do direito com as demais ciências sociais, a sociologia, a economia, a ciência política, antropologia, em um processo interdisciplinar de resposta às questões que a sociedade contemporânea põe ao jurista, considerado não mais como a “figura tradicional de cultor do direito privado, ancorado aos dogmas das tradicionais características civilísticas”, mas atento à realidade do seu tempo, a exigir-lhe uma postura crítica em prol de uma ordem mais justa na sociedade.<sup>31</sup>

A funcionalização dos institutos jurídicos significa, então, que o direito e a sociedade começam a interessar-se pela eficácia das normas, não só no tocante aos conflitos, mas também no que diz respeito à organização da sociedade, abandonando-se a função repressiva tradicionalmente atribuída ao direito, em favor de novas funções, de natureza distributiva, promocional e inovadora, principalmente na relação do direito com a economia. Surge o conceito

de função do direito, ou melhor, dos institutos jurídicos,<sup>32</sup> inicialmente em matéria de propriedade e, depois, de contrato. Significa isso que o reconhecimento e o exercício da autonomia privada na promoção da livre circulação de bens e de prestação de serviços e na auto-regulamentação das relações disso decorrentes, condicionam-se à utilidade social que tal circulação possa representar, com vistas ao bem comum e à igualdade material para todos. A idéia de função social deve entender-se, portanto, em relação ao quadro ideológico e sistemático em que se desenvolve, abrindo a discussão em torno da possibilidade de se realizarem os interesses sociais, sem desconsiderar ou eliminar os do indivíduo. Sistemáticamente, atua no âmbito dos fins básicos da propriedade, da garantia de liberdade e, conseqüentemente, da afirmação da pessoa. E ainda, historicamente, demonstra a consciência político-jurídica de se realizarem os interesses públicos de modo diverso do até então proposto pela ciência tradicional do direito privado, liberal e capitalista.

Consagrada assim a função econômico-social dos institutos jurídicos e, implicitamente, da autonomia privada, temos que o exercício deste poder deve orientar-se não só pelo interesse individual mas também pela utilidade que possa ter na consecução dos interesses gerais da comunidade.

É precisamente com esse entendimento que o contrato pode e deve direcionar-se. A idéia de justiça que se realiza na dimensão comutativa, entre particulares, iguais nos seus direitos, e distributiva, entre esses e o Estado, aparece agora com nova dimensão, a justiça social que se insere em uma outra categoria, a justiça geral, que diz respeito aos deveres das pessoas em relação à sociedade,<sup>33</sup> superando-se o individualismo jurídico em favor dos interesses comunitários, do que é exemplo a proteção ao contratante mais fraco nos contratos de massa ou de adesão. Surge então um novo limite à autonomia privada e ao contrato, que é a solidariedade social.<sup>34</sup>

É nesse conspecto que o contrato pode constituir-se, sob o ponto de vista político, num âmbito de atuação com eficácia jurídica e social, principalmente no campo de constituição de estruturas associativas.<sup>35</sup>

É particularmente neste último aspecto que procuro justificar a tese de que o contrato, como expressão do poder jurídico dos particulares, pode ter importante função institucionalizadora, não só como expressão de uma autonomia privada mas também de uma autonomia coletiva, assim entendida a autonomia de alguns grupos sociais (sindicatos, partidos políticos etc.) para a tutela dos interesses próprios, que é superior aos dos indivíduos integrantes do grupo. É a autonomia dos grupos intermédios, entre indivíduos e a sociedade geral.<sup>36</sup>

## 6. O contrato e sua função institucional

Além das tradicionais e conhecidas funções do contrato<sup>37</sup> permito-me aduzir uma hipotética função institucionalizadora, não só no plano da economia (empresas, sindicatos, planos econômicos, blocos internacionais, etc.), mas também no campo político. Neste caso, o problema deslocar-se-ia para o campo multidisciplinar do direito, da sociologia política, até como forma de resgate do papel social do jurista.

Como sabido, a sistematização jurídica que resultou nos códigos e nas constituições do séc. XIX levou à “tecnicização da ciência jurídica e das atividades profissionais dos juristas”<sup>38</sup>. Esse processo fundado na ideologia liberal burguesa levou à configuração da atividade jurídica como uma atividade técnica-cognoscitiva e não prática-valorativa. O jurista passou a ser mais técnico do que político, ou jurisprudente, na concepção romano-medieval do termo. Agilizando-se a tecnicização da profissão jurídica, contribuiu-se para a desresponsabilização política do jurista, no sentido da sua desvinculação com a *polis*.

A preocupação e o interesse pela técnica jurídica ligavam-se diretamente ao conceitualismo e ao formalismo, ao pensamento sistemático e ao raciocínio lógico-dedutivo. Ligavam-se também à concepção jurídica do Estado moderno ou de Direito, que advogava o império da lei e o monismo jurídico; a separação estrita e respeitosa dos poderes legislativo, judiciário e executivo, a que correspondiam os três momentos do processo jurídico, a criação, a aplicação e a execução das leis; a generalidade e a abstração das normas jurídicas; a distinção nítida entre o público e o privado; a crença na completude e na neutralidade do direito e a concepção do homem como um abstrato sujeito de direito. Tudo isso se conjugava para configurar o chamado paradigma jurídico da modernidade que, como é óbvio, acentuou o pretense caráter do direito como simples técnica de solução de conflitos.

Agindo como técnico, o jurista vem a preocupar-se mais com a segurança do que com a justiça; mais com a igualdade formal do que com a material; mais com o sistema do que com o problema real, concreto, da vida. Ora, esse quadro deve mudar, com uma repolitização do jurista, no sentido de sua preocupação com a justiça e a solidariedade social.

Ocorre que os novos desafios da sociedade contemporânea, uma sociedade complexa, massificada, dominada pelo conhecimento, pela informação e pelo surgimento crescente de grupos profissionais e corporativistas, provocam uma crise no paradigma da modernidade, que se manifesta na perda de nitidez de principais institutos, como também na insuficiência dos modelos vigentes.

Renasce o pluralismo jurídico e rompe-se a lógica positivista do direito. Desconstroem-se categorias tradicionais do conhecimento, contesta-se a razão jurídica única e até então não contraditória e renova-se a metodologia não mais de aplicação mas de criação do direito. No campo científico e acadêmico, propõe-se um processo multidisciplinar que reúna as diversas perspectivas de estudo do fenômeno jurídico, de modo a poder oferecer-se à comunidade uma alternativa a um direito que não mais lhe convém, reconstruindo-se uma ciência total do direito que tenha por base uma investigação interdisciplinar.

Nesse processo de reconstrução do direito, o sujeito deve assumir uma posição de membro<sup>39</sup> que lhe permita cooperar<sup>40</sup>. Desse modo, uma Constituição seria estabelecida por meio de um contrato, que fixaria as condições “sob as quais uma ordem legítima pode ter validade”. O contrato é chamado, assim, a exercer uma função institucional, para criar e legitimar uma situação jurídica de comunhão de interesses, segundo os princípios da justiça e da solidariedade social. É o caso dos contratos de organização, por meio das quais se constituem estruturas associativas.<sup>41</sup> São atos ou contratos constitutivos, ou institucionais, que dão origem a novos entes dotados de uma estrutura corporativa, com a qual uma pluralidade de pessoas se associa para realizar uma atividade em comum, tornando-se, assim, uma unidade funcional autônoma em relação aos membros individuais da entidade. A perenidade que geralmente pretendem, e muitas vezes realizam, dá-lhes o traço da institucionalidade. Esse novo tipo de contrato serviria para institucionalizar uma nova ordem jurídica na qual os direitos fundamentais garantissem uma nova autonomia, privada ou coletiva, na medida em que seus respectivos titulares se reconhecessem como *destinatários* das leis e também como *autores* da nova ordem jurídica, por meio de direitos fundamentais de participação no processo de formação da vontade, exercitando uma autonomia política e criando um direito legítimo<sup>42</sup>. O poder da vontade individual transformar-se-ia em um poder de vontade social e participativa, e o contrato assumiria uma nova função, a de institucionalizar uma nova ordem para uma nova sociedade, igualitária, democrática e participativa.<sup>43</sup>

## NOTAS

1. Manuel Castells, *End of millenium*, The Johns Hopkins University Press, 1996, trad. de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer, São Paulo, Paz e Terra, 1999, p. 386.

2. Joaquim de Sousa Ribeiro, *Constitucionalização do direito civil*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXIV, p. 730 e segs.
3. Christian Atias, *La civilisation du droit constitutionnel*, Paris, RTDC, 7, 1991, p. 435. Cfr. Maria João Estorninho, *A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado na administração Pública*, Coimbra, Almedina, 1999.
4. *Contratos: Actualidade e Evolução*, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Porto, 1977, p. 21.
5. Orlando de Carvalho, *A Teoria Geral da Relação Jurídica. Seu sentido e limites*, Coimbra, Centelha, 1981, p. 91.
6. Karl Larenz / Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8 Auflage, Munchen, Beck, 1997, p. 22.
7. Henri Battifol, *La crise du contrat et sa portée*, in *Archives de philosophie du droit*, XIII, Paris, Sirey, p. 13.
8. Hegel, apud Jürgen Habermas, *O discurso filosófico da modernidade*, Lisboa, Don Quixote, 1990, p. 27.
9. Antonio Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 25.
10. *Codice Europeo dei Contratti*, Milano, Giuffrè, 1999. Cfr. Orlando Gomes, *Contratos*, 12ª edição, Rio de Janeiro, forense, 1998.
11. Giuseppe Gandolfi, *Codice Europeo dei Contratti*, p. 15. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, III, 10ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2000. Cfr. *Contrato*, in *Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, 5ª edição, organizado e redigido por J. M. Othon Sidou, Rio de Janeiro, Forense, 2000.
12. Michel Villey, *Preface historique à l'étude des notions de contrat*, in *Archives de philosophie du droit*, XIII, Paris Sirey, 1968, p. 1.
13. Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, São Paulo, Saraiva. 24ª ed., 1998, p.185.
14. A.M. López López in *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, 3ª edición, Valencia, Tirant lo blanch, 1998, p. 328.
15. Giuseppe Grosso, *Contratto (dir. rom.)*, *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 756.
16. Francesco Messineo, *Contrato (dir. priv.)*, idem, p. 784.
17. Messineo, op. cit., p. 760.
18. Hegel, apud Habermas, op. cit., p. 27.
19. Cfr. Joaquim de Souza Ribeiro, *O problema do contrato / As cláusulas contratuais, gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra, Almedina, 1999, p. 99 e segs.
20. Werner Flume. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft*, p. 1. Antonio Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1º volume, 2ª edição, Lisboa, AAFD, 1992, p. 343 e segs.
21. Larenz. *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, p. 29.

22. José Antonio Doral e Miguel Angel del Arco. *El Negocio Jurídico*, p. 11.
23. Joaquim de Souza Ribeiro, op. cit., p. 32.
24. Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª edição, tradução de José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 579.
25. Norberto Bobbio. *Diritto e stato nel pensiero di Emanuel Kant*, Torino, Giapichelli Editore, 1969, p. 1.
26. Pietro Barcellona. *Diritto privato e processo economico*, 2ª ed. Napoli, Jovene, 1980, p. 201, e ainda, *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*, Napoli, Jovene, 1987, p. 274.
27. Jacques Ghestin. *Obligations. Le contrat*, p. 119.
28. Rosario Nicoló *Diritto civile*, in Enciclopedia del diritto, vol. XII, p. 909. Cesare Grassetti e Ugo Carnevalli, *Diritto Civile*, in Novissimo digesto italiano, appendice II, p. 1.160 e segs. Maria João Estorninho, op. cit. p. 354.
29. Castanheira Neves, "*Fontes do direito*", in Polis-Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, vol. 2, p. 1.566; Norberto Bobbio. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977, p. 51.
30. Paul Orianne, *Introduction au système juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 145 e segs.
31. Castanheira Neves, *O direito como alternativa humana*, in Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nº 7, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 34. Para uma visão crítica do direito civil, e visando a construir uma ciência jurídica própria do capitalismo contemporâneo, cf. Orlando Gomes. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, 2ª edição aumentada, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980, e *Novos Temas de Direito Civil*; Pietro Barcellona. *Diritto privato e società moderna*, Napoli, Casa Editrice Jovene, 1996; Francesco Lucarelli, *Diritto civile e istituti privatistici*, Padova, Cedam, 1984; Karl Renner. *Gli istituti del diritto privato*, Bologna, Il Mulino, 1981.
32. Karl Renner. *Gli istituti del diritto privato*, p. 46.
33. Bigotte Chorão, *Justiça*, in Polis-Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, III, Lisboa, Verbo, 1984, p. 914.
34. C. Massimo Bianca, *Diritto Civile. Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 34.
35. Ludwig Raiser, *Die Aufgabe des Privatrechts*, (Il compito del diritto privato) trad. de Marta Graziadei, Milano, Giuffrè, 1990, p. 81.
36. Francesco Santoro-Passarelli, *Autonomia coletiva*, Enciclopedia del diritto, IV, Milano, Giuffrè, 1999, p. 369.
37. Ludwig Raiser, op. cit. p. 77
38. Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 18.
39. Raiser, apud Habermas, *Diritto e Democracia entre facticidade e validade*, I, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 120.
40. Michelmann, apud Habermas, op. cit., p. 121.

41. Raiser, *Die Aufgabe des Privatrechts*, p. 81.

42. Habermas, op. cit., p. 159.

43. Joaquim de Souza Ribeiro, op. cit., p. 19, nota 18, transcreve uma passagem de Kessler, o qual observa que “em amplas esferas da nossa vida econômica e social o contrato já não é um assunto privado, mas uma *instituição social*, que não diz respeito apenas aos interesses de ambas as partes...” in *Festschrift Wolff*, 78.