

Autonomia de Vontade e Dirigismo Contratual

JOAQUIM PIMENTA

TAL como aparece nos códigos modernos de direito privado, o contrato tem a sua origem doutrinária e sistemática na jurisprudência romana, e, normativa, no Código Civil de NAPOLEÃO, de 1804, que assim o define no art. 1.101:

“O contrato é uma convenção pela qual uma ou várias pessoas se obrigam para com uma ou várias outras, a dar, a fazer ou a não fazer alguma coisa”.

Passa o Código a fixar as seguintes características do contrato:

a) *Sinalagmático ou bilateral*, quando há obrigação recíproca entre os contratantes;

b) *unilateral*, quando uma ou várias pessoas se obrigam para com uma ou várias outras, sem compromisso para estas;

c) *comutativo*, quando cada uma das partes se compromete a dar ou a fazer uma coisa considerada equivalente do que lhe foi dado ou do que para ela se fêz;

d) de *beneficência*, em que uma das partes proporciona à outra uma vantagem puramente gratuita;

e) a *título oneroso*, quando obriga uma das partes a dar ou a fazer alguma coisa.

Sujeitas, como previne o Código, no art. 1.134, a “regras gerais” de direito, uma vez “legalmente formadas, as convenções se tornam em lei para aquêles que as ajustaram”.

Êste dispositivo assenta no princípio, que se tornou clássico e universal, entre juristas e legisladores do século XIX, de que tôda obrigação ou nasce de uma lei ou de um contrato: de um ato de poder, do Estado, ou de um ato de vontade, do indivíduo, ou como esclarece RIPERT:

“O Código Civil decide que o contrato vale a lei (art. 1.134) porque admite a livre criação dos direitos subjetivos pela vontade do homem e reconhece a utilidade dessa criação” (G. RIPERT, *Le Régime Démocratique et le Droit Civil Moderne*, p. 269, 1936).

Ainda de acôrdo com o art. 1.134, uma vez concluído o contrato, só pode ser rescindido ou alterado, por consentimento mútuo das partes, ou por motivos que a lei autoriza.

Assim, a autonomia da vontade, elemento subjetivo, essencial, nas relações contratuais, representa o mesmo papel que, nas demais relações da vida social, representa a soberania do Estado. Esta, em direito público, aquela, em direito privado, passaram a ser dogmas indiscutíveis, a primeira, nas cartas constitucionais, a segunda, nos códigos civis.

Como nada é imutável, muito menos os dogmas, que são produtos artificiais do espírito humano, não puderam aquêles resistir à pressão de fatos da história contemporânea, sobretudo, nos domínios da economia, fatos que não podiam ser previstos no código francês, de 1804, nem foram, apesar de evidentes no processo de transformação das condições de existência da sociedade, levados em conta pelos demais códigos que tomaram aquêles por modelo ou fonte de inspiração, já no século XX, como o nosso código civil, de 1.º de janeiro de 1916.

Antes, porém, de esclarecer por que o dogma de *autonomia da vontade* entrou em declínio ou deixou de ser o elemento primordial das relações contratuais, convém fazer um pequeno histórico da origem dos contratos. Sem ir até o antigo direito dos Egípcios, dos Babilônios, êstes com o famoso código de Hamurabi, e de outros povos da Antiguidade, em que êles já existiam, sem falar no direito grego que foi, por assim dizer, a fonte cultural do direito romano, neste é que, definitivamente, aparecem os contratos estruturados na sua doutrina, na sua técnica, na sua forma, e assim transplantados para o terreno da codificação do direito privado dos povos modernos.

Entretanto, não saíram êles, já modelados no seu feitio clássico, do cérebro dos artesãos da Lei das Doze Tábuas, dos editos pretorianos, das “respostas” dos prudentes, da hermenêutica dos jurisconsultos. Como acontece na origem de todo instituto jurídico, surgiram envoltos no ritualismo que, nos povos arcaicos, regula os atos humanos, sem os distinguir, designados pelo mesmo termo com que era conhecido e direito de transferência da propriedade. Êsse termo era *nexum* (laço), ou “todo negócio feito com o cobre e a balança”; em latim — *omne quad geritur per aes et libram*, que “são, no dizer de SUMNER MAINE, os instrumentos bem conhecidos da mancipação, antiga solenidade pela qual a propriedade dos bens de primeira ordem, em Roma, era transferida de uma pessoa para outra”, de modo que, ainda é SUMNER MAINE que diz, linhas adiante: “precisamente as mesmas formas que serviam para a transferência dos bens, serviam também para a celebração de um contrato”. Êste começou a adquirir feitio próprio, quando a palavra *nexum* passou a ser usada especialmente para designá-lo e não mais a propriedade e sua transferência, tomando, a primeira, o nome de *mancipium*, a segunda, de *mancipatio*. O *nexum* era considerado um *pacto*, uma *convenção*, mas que só se tornava uma *obrigação*, se revestido das solenidades rituais, sempre rigorosas, prescritas para todos os atos jurídicos. Por outro lado, a palavra *obrigação* (*obligatio*), ainda não entrava em uso na tecnologia jurídica, para indicar o elemento subjetivo fundamental de responsabilidade pela execução dos pactos ou convenções, ou como juristas romanos, depois, a definiram: *juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei*; vínculo que irá transparecer na classificação dos contratos em quatro categorias: *verbais, por escritura, reais e consensuais*. (Cf. SUMNER MAINE, *L'Ancien Droit*, pp. 298, 301, 305 a 308, trad. de COURCELLE SENEUIL, 1874).

Embora êsses contratos devessem pressupor um ato de vontade individual, ainda não era êste, mas a forma solene de que se revestiam, que lhes comunicava o vínculo obrigacional que os encadeava ao direito.

Foram os contratos consensuais, o *mandatum*, a *societas*, a *emptio venditio* e a *locatio conductio*, os primeiros que se libertaram do formalismo, ou sôbre êste fizeram prevalecer o mútuo consentimento (*consensus*) das partes, consentimento que o pretor romano procurava descobrir até nas convenções ajustadas sem os requisitos formais a que teriam de obedecer, para que pudessem ser objeto da *actio legis*. Tornava-se êle um precursor dos juristas que erigiram a *autonomia da vontade* em pedra de toque na hermenêutica das relações contratuais, o que se justifica, por considerada, como passou a ser a vontade, fôrça criadora, por si mesma, de situações jurídicas, de valor igual ao daquelas que tinham na lei a sua origem.

Mas, observa o Professor MARCEL WALINE, da Faculdade de Direito de Paris, “o século XIX e, sobretudo, o comêço do século XX, foram marcados por uma série de recuos consideráveis da liberdade contratual e, a *fortiori*, da autonomia da vontade”, recuos que, segundo êle, “é preciso sejam atribuídos ao fato de que a liberdade contratual tinha sido concebida, no comêço do século XIX, no quadro de um certo estado político, econômico e social que rapidamente evoluiu; de sorte que, depois de algumas décadas, a liberdade contratual revelou-se inteiramente inadaptada às novas circunstâncias, ao que se poderia chamar a conjuntura política”. (M. WALINE, *L'Individualisme et le Droit*, p. 182, 1945).

Outro jurista, dos mais eminentes, GEORGES RIPERT, aliás, muito aferado à tradição civilista, assim se refere ao “dogma” da autonomia da vontade:

“O nosso século repele a teoria filosófica da autonomia da vontade que não aparece mais senão como a manifestação de um individualismo caduco. Indaga-se se a vontade pode criar direitos e uma concepção nova do contrato inspira soluções que o Código Civil não conhecia. Mas, na verdade, é, com o declínio da liberdade contratual, que o espírito se interroga sôbre o fundamento da fôrça obrigatória do contrato. . . Quando se procura sôbre que idéia se pode defender a fôrça da vontade, já é muito tarde, porque a crença nesta fôrça está perdida, e mesmo que se encontrem razões para que ressuscite, dessa discussão sai o contrato tão profundamente diminuído, que nada lhe poderá restituir sua fôrça de outrora. Todavia, sem admitir a autonomia da vontade como doutrina filosófica, resta que o contrato tira sua fôrça de submissão voluntária do devedor e que a fé jurada deve ser respeitada. Sôbre o fundamento da obrigação moral, a obrigação civil permanece inatacável”. (G. RIPERT, *op. cit.*, pp. 269-270).

Não se discute se a “obrigação civil” tem por fundamento a “obrigação moral” ou a “fé jurada”, mas, se o ato de vontade, que dá origem às duas obrigações, é sempre um *ato autônomo*, pois, não sendo assim, deixaria de ser elemento primordial, necessário à existência de todo e qualquer contrato.

Para citar casos concretos, onde há autonomia de vontade no operário que ajusta com o industrial um contrato de trabalho, sem poder, sequer,

discutir o salário que vai receber, muito menos as condições do serviço que vai prestar?

Onde a autonomia de vontade dos milhões de habitantes de um país, que se utilizam de serviços de gás, de eletricidade, de transportes, de outros mais, mediante contratos cujas cláusulas são aceitas, também sem discussão, ou por que são forçados a aceitá-las?

A tais contratos, por ausente o consentimento mútuo das partes, ou por prevalecer a *vontade* de uma só, deu-se o nome de *contratos de adesão*, têmos que se contradizem na tecnologia clássica dos contratos, ou como ela nos veio através da tradição romanista, mas que traduzem situações de fato que se tornam em situações de direito, ou criadoras de relações jurídicas, de natureza contratual, sem o sêlo dogmático da *autonomia da vontade*.

“O traço comum de todos êsses contratos (de adesão)”, observa HAURIOU, “é o aparecimento do que MOMMSEN chama a *lex*, isto é, a outra parte só terá que aderir, a menos que renuncie ao contrato”. É, por exemplo, o que ocorre com o operário que cede diante do regulamento da empresa ou à *vontade* do empregador, porque o exige uma situação de fato que êle não pode remover e que o obriga a aderir a condições de trabalho e de remuneração, discricionária ou arbitrariamente estipuladas. Tal situação resulta da necessidade de obter meios de subsistência, anulando-lhe, dêste modo, a faculdade de *querer livremente*. O mesmo pode acontecer com o empregador, sem *autonomia da vontade*, diante de uma crise de braços, para contratar trabalhadores, sobretudo, para os remunerar ao seu livre arbítrio.

A autonomia da vontade, em tais circunstâncias, ou conforme o caso, se se trata de empregados ou de empregadores, cede ao imperativo da lei de COBDEN, com a sua dupla face:

“Quando dois operários correm atrás de um empregador, o salário baixa; quando dois empregadores correm atrás de um operário, o salário sobe”.

A rigor, nunca se verificará uma perfeita igualdade de vontades em todo e qualquer contrato consensual, mas uma desigualdade de situações que variam conforme pesa no momento, para uma das partes, o interesse ou a necessidade, que é o principal motivo gerador da *relação jurídica*, que se torna em vínculo de obrigação entre os contratantes. MOMMSEN salienta essa desigualdade de situações como consequência natural da *lex*, tanto no direito privado, como no direito público; no primeiro, pelo *contrato*, no segundo, pela *lei*, ambos importando em uma proposta ou estipulação prévia, a que o indivíduo ou a coletividade *adere* ou se compromete a cumprir. E assim conclui o grande historiador do direito romano:

“A relação desigual das duas partes, que se apresenta em toda *lex*, aliás, não implica necessariamente a subordinação de uma à outra, mas a desigualdade inerente às relações daquele que faz uma proposta e daquele que a aceita” (Cf. M. HAURIOU, *Principes de Droit Public*, pp. 211-212, 1910 e JOAQUIM PIMENTA, *Sociologia Econômica e Jurídica do Trabalho*, pp. 205-206, 4.^a ed., 1954).

Duas expressões que certamente chocariam os autores e comentadores clássicos do Código de Napoleão, senão incompreensíveis para êles, são *diri-*

gismo contratual e *contratos dirigidos*, uma e outra para acentuarem a interferência direta do legislador na tecnologia dos contratos, de modo a substituir por dispositivos legais ou regulamentares a livre estipulação de cláusulas, por acôrdo das partes; ou como observa RIPERT:

“Todos os contratos conhecem na hora atual uma regulamentação que cada dia se torna mais estreita”. E’ o que se verifica nas transações de comércio, na locação de imóveis, na organização e utilização dos transportes, especialmente nas relações entre empregadores e empregados, em que o contrato individual de trabalho ou a antiga “locação de serviço”, dos códigos civis, quase que desaparece, para ceder lugar a um regime estatutário de proteção do trabalhador; pois, êste, mal põe os pés no local do serviço, é a lei e não o contrato, que lhe atribui um salário mínimo, o direito a descanso semanal, a férias, a aviso prévio e indenização, se dispensado sem justa causa, estabilidade na empresa, até quando cessa, por morte ou aposentadoria, a relação de emprêgo.

E é ainda RIPERT que conclui:

“O contrato moderno aparece, então, como a submissão das partes a um conjunto de regras legais obrigatórias. Êle é dirigido pelo legislador, como a economia mesma, e por via de consequência. As partes continuam livres de contratar ou não, mas nisto consiste tôda a sua liberdade, e esta liberdade não é senão uma aparência, porque é preciso bem contratar, para viver. Cada um de nós é obrigado a entrar em uma forma contratual; esta forma é uma forma rígida, imposta pelo Estado. O legislador fixou d’antemão o nome dos produtos vendidos, o preço e as condições da venda, como fixou o preço e as condições de transporte, do arrendamento, do contrato de trabalho. Cada dia essa regulamentação se precisa; é necessário submeter-se à lei ou desistir, contratar como o quer a lei, ou não contratar. . . O legislador substitui, assim, o livre contrato do Código Civil por uma forma que é meio contratual, meio legal, em que a declaração de vontade só é necessária para reconhecer a submissão de uma das partes à situação imposta pela lei”. (G. RIPERT, *ob. cit.* pp. 300 e 302-303).

A propósito das conclusões de RIPERT, resta considerar uma categoria de contratos, a princípio, classificados entre os demais de direito privado, mas ajustados nos domínios do direito público, com o nome de *contratos administrativos*, sobressaindo, entre êstes (senão o mais característico da categoria), o de *concessão de serviço público*, ora, tido por um contrato *sui-generis*, ou atribuindo-se à *concessão* o duplo aspecto de direito *público e privado*, ou como diria o jurista francês, “meio legal, meio contratual”; ora, sendo um contrato essencialmente de *direito público*; ainda, para outros juristas, deixando de ser um contrato, para ser um ato de poder público, um *ato administrativo*. (V. *Concessão de Serviço Público*, em o número de junho, 1957 — Vol. 73, n.º 3, desta Revista).