



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

ÍCARO ARÊBA PINTO

TEORIA DO DIREITO DE KANT E SUA APLICAÇÃO AO DIREITO CONTRATUAL
TENDO EM VISTA AS MUDANÇAS PROVOCADAS PELO DESENVOLVIMENTO
DOS PRINCÍPIOS SOCIAIS MODERNOS.

BRASÍLIA

Outubro/2012

ÍCARO ARÊBA PINTO

ÍCARO ARÊBA PINTO

TEORIA DO DIREITO DE KANT E SUA APLICAÇÃO AO DIREITO CONTRATUAL
TENDO EM VISTA AS MUDANÇAS PROVOCADAS PELO DESENVOLVIMENTO
DOS PRINCÍPIOS SOCIAIS MODERNOS.

Projeto de monografia apresentado para
conclusão do curso de direito do centro
universitário de Brasília.

Orientador: José Rossini Campos do
Couto Corrêa

BRASÍLIA

Outubro/2012

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo investigar a possibilidade da Teoria do Direito de Kant ser aplicada ao moderno Direito Contratual. Indaga-se sobre esta possibilidade em função da modificação trazida à estrutura contratual pela criação dos princípios sociais dos contratos. O trabalho apresenta o contexto histórico do surgimento do Estado Liberal e desenvolve a Teoria do Direito de Immanuel Kant. No segundo capítulo é analisada a evolução dos contratos a partir do estudo de Durkheim sobre o tema. Faz uma pontuação das principais formas contratuais que antecederam o contrato consensual e equitativo, modelos finais do instituto dos contratos. No terceiro capítulo são apresentados os conceitos dos princípios clássicos do direito contratual e posteriormente é feita uma comparação com a nova ideologia trazida ao sistema jurídico pelos princípios sociais; como o princípio da função social dos contratos, da boa fé objetiva e da equivalência material. Por fim, após o esclarecimento sob o aspecto filosófico do pensamento de Kant e o desenvolvimento dos princípios objeto deste trabalho, é feita uma vinculação entre a teoria do direito de Immanuel Kant e os novos pensamentos da esfera do direito contratual. Busca responder desta forma a indagação sobre a possibilidade ou não de esta vinculação ser feita assim como aconteceu em relação à época dos princípios clássicos.

Palavras-chave: Immanuel Kant. Contratos. Autonomia da Vontade. Princípio da Função Social dos Contratos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
CAPÍTULO 1.....	7
1.1 Contexto histórico do surgimento do Estado Liberal.....	7
1.1.1 Teorias do Jusnaturalismo.....	9
1.1.2 Teorias da Separação dos Poderes.....	10
1.1.3 Teorias da Soberania Popular.....	10
1.2 Do pensamento de Kant. A Metafísica dos Costumes.....	11
1.2.1 O que é liberdade para Kant.....	12
1.2.2 Razão prática derivada da liberdade positiva.....	13
1.2.3 Do imperativo Categórico.....	14
1.3Do Direito e da Doutrina do Direito.....	17
1.3.1 A justiça para Kant.....	18
1.3.2A necessidade da coerção	19
1.3.3 A posse.....	20
1.3.4 O contrato.....	21
CAPÍTULO 2. CONTRATOS.....	23
2.0 Estudo sociológico de Durkheim acerca da Evolução histórica dos contratos...23	
2.1 Uma definição simples do contrato.....	23
2.2 A origem da vinculação das vontades.....	25
2.3 O Contrato consensual.....	28
2.4 As obrigações bilaterais no contrato consensual.....	31
2.5 Questão do contrato de boa fé.....	33
2.6 O Consentimento nos contratos.....	34
2.7 O contrato equitativo.....	37
CAPÍTULO 3.....	38
3.0 Negócios Jurídicos.....	38
3.1 Contratos.....	39
3.2 Princípios dos contratos.....	41
3.2.1 Autonomia da Vontade.....	41
3.2.2 Princípio da força obrigatória dos contratos.....	43
3.2.3 Princípio da relatividade subjetiva dos efeitos do contrato.....	44
3.3 Dos princípios sociais dos Contratos.....	45
3.3.4 Princípio da função social do contrato. Sua convergência à teoria de Kant....	46
3.3.5 Boa fé objetiva.....	48
3.3.6 A boa fé em relação ao pensamento de Kant.....	50
3.3.7 Princípio da equivalência Material.....	51
Conclusão.....	53

INTRODUÇÃO

O tema da monografia é sobre a possibilidade ou não da aplicação da Teoria do Direito de Kant na teoria contratual moderna. Sabe-se que Kant foi um filósofo jusnaturalista que enfatizou enormemente a importância da liberdade para o homem, chegando a considerar essa idéia a própria base de justiça que deve regular o Estado. O que deve ser buscado e protegido para garantir a paz social, fim último do Direito.

Kant pensa no direito considerando profundamente a idéia de justiça e para isso estabelece toda uma linha de pensamento em que mostra como e porque a liberdade deve ser vista como o mais alto ideal a ser conservado pelo direito.

Para que seja satisfatoriamente desenvolvido o tema, o capítulo 1 irá tratar principalmente sobre a metafísica dos costumes desenvolvida por Kant, pois assim procedendo será possível desenvolver mais facilmente sua Teoria do Direito para depois analisar sua aplicação ou não aos princípios contratuais como hoje estão dispostos.

A discussão que envolve a teoria contratual por si mesma apresenta um amplo campo de debates, já que, como disse Caio Mário, o mundo atual é o mundo dos contratos. Grande importância tem estes negócios jurídicos na vida em sociedade, pois é um dos meios mais eficazes de circulação de riquezas e conseqüentemente de evolução social e jurídica também.

Foi escolhido tratar antes dos princípios do que das espécies contratuais em si porque os princípios são regras gerais, abstratas, que estão desvinculados, de certa forma, de situações concretas.

Apesar dessa independência dos princípios frente às particularidades, eles influenciam situações específicas na medida em que determinam o que se deve buscar em cada caso diário que se apresenta ao jurista. Por essa razão, ao tratar dos princípios será possível abranger todas as espécies contratuais sob um ponto de vista teórico, à semelhança das idéias do filósofo a ser estudado neste trabalho, que preferiu criar uma teoria abstrata do Direito porque somente assim seria possível analisá-lo livre das referências de tempo ou local.

O capítulo 2 irá trazer uma análise da evolução contratual feita do ponto de vista sociológico, mostrando como o instituto se desenvolveu no passar dos anos para atingir a forma que hoje lhe é peculiar.

No capítulo 3 será feita a análise dos princípios clássicos essenciais à teoria contratual e a mudança que provocou a incorporação dos chamados princípios sociais em nosso ordenamento jurídico. No decorrer desta análise será estudada ou não a possibilidade da Teoria do Direito de Kant continuar a ser aplicada aos contratos ou se as mudanças foram demasiadas significativas a ponto de se tornar incongruente sua análise sob o ponto de vista do pensador que forneceu uma considerável base filosófica ao instituto contratual clássico.

Será usado para a realização deste trabalho o método de pesquisa bibliográfico, com a leitura dos livros de Immanuel Kant, dos ensinamentos de Emile Durkheim, doutrinadores cívicos e textos da lei para chegar ao resultado pretendido.

Capítulo 1

1.1 *Contexto histórico do surgimento do Estado Liberal*

Kant é um jusnaturalista cujo pensamento fornece as bases teóricas jurídicas para o fundamento do próprio Estado Liberal, uma vez que ele teoriza a idéia da justiça como liberdade. Portanto, antes de apresentar o pensamento de Kant, será necessário situar, mesmo que de forma pontual, o contexto histórico no qual surgiu o Estado Liberal e o modelo contratual clássico para depois relacionar com o modelo do filósofo.

O Estado Liberal, moderno, surgiu como uma reação ao modelo do Estado Absolutista, sendo como que uma antítese deste. O que caracteriza o Estado Absoluto é justamente a sua soberania frente a todos os outros poderes, inclusive àqueles originários da própria sociedade, como as fontes do direito.

A natureza do Estado Absoluto, do ponto de vista do direito, é o não reconhecimento de nenhum outro ordenamento jurídico que não seja o estatal, seu poder é absoluto já que é o único capaz de produzir o direito. Esta situação começa a surgir na passagem da Idade Média para a Idade Moderna.

Na Idade Média existia uma pluralidade de ordenamentos jurídicos, cada um com sua autonomia, e justamente por essa característica, pela falta de um poder unitário, um critério único de avaliação jurídica, os limites dos poderes de cada um destes ordenamentos estavam encerrados em sua própria estrutura. Um ordenamento encontra os limites de seu poder em outro ordenamento que era igualmente originário e autônomo.

Na passagem para a Idade Moderna, no entanto, quando surgem as grandes monarquias absolutistas, um processo de unificação passa a ocorrer. Todas as fontes de produção jurídicas e todos os ordenamentos superiores e inferiores ao Estado, passam a se reunir em um ordenamento único, o *estatal*, cuja expressão é a própria vontade do príncipe. Não existe, portanto, um poder superior à vontade do príncipe, já que ela cria o próprio direito.

Nem mesmo o poder da igreja, com o desenvolvimento do absolutismo, poderia ser comparado com o poder do príncipe. Pois, de fato, juridicamente sua vontade não encontrava limites, mas até mesmo os limites religiosos e morais deixaram de oferecer obstáculos, algo que o pensamento de Maquiavel justificou muito bem. Este filósofo considerava a política como uma categoria autônoma, independente da moral e da religião. Afirma ele que o soberano deve agir de acordo com os interesses do Estado, para a sua conservação.

“O maquiavelismo assim entendido chega a fazer parte da teoria da *razão do Estado*, que acompanhou a consolidação do Estado absoluto. Com a expressão ‘razão de Estado’ deve ser entendido que o Estado tem suas próprias razões, que o indivíduo desconhece”¹

Ou seja, aquele que detêm o poder soberano não está ligado nem às leis jurídicas nem morais, pois suas ações buscam apenas a preservação do Estado.

Essa é a moral que o príncipe segue; a virtude para ele são as ações que tendem à conservação do Estado, e aquelas que levam à sua destruição são vícios. Dessa forma foi justificado o Estado Absoluto, tanto jurídico como moralmente.

É neste contexto que surgem as teorias liberais, como uma resposta ao absolutismo.

O nascimento do Estado Liberal tem como fases culminantes as duas revoluções inglesas do século XVII e a Revolução Francesa. Foi acompanhado por teorias políticas cujo propósito fundamental era o de encontrar um remédio contra o absolutismo do poder do príncipe.²

As teorias políticas modernas voltaram-se, portanto, à problemática da imposição de limites ao poder do príncipe a fim de que ele não possa abusar do poder em suas mãos.

Podem-se dividir as teorias em três grandes grupos que buscam de diferentes maneiras uma forma de limitar os poderes do príncipe. A teoria do

¹ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 2ª ed; tradução: Alfredo Fait. –São Paulo: Mandarim, 2000..Pág .22

² BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 2ª ed; tradução: Alfredo Fait. –São Paulo: Mandarim, 2000., pág. 24

jusnaturalismo, a teoria da separação dos poderes e a teoria da soberania popular, ou democracia.

1.1.1 Teorias dos Jusnaturalismo

De acordo com o jusnaturalismo o Estado encontra um limite *externo* aos seus poderes; este limite é a própria natureza do homem. O indivíduo tem um direito independente daquele emanado da vontade do príncipe, pois pertence à sua própria natureza, é preexistente ao Estado e dele não depende. Esses direitos naturais são os próprios limites do poder do Estado, pois ele não pode violá-los, bem ao contrário, deve preservá-los e garantir seu exercício.

Tratando-se de jusnaturalismo é imprescindível abordar de forma mais específica o pensamento de John Locke, já que ele pode ser considerado como o primeiro a apresentar uma obra mais completa sobre a formulação do Estado Liberal.

Para Locke a sociedade civil se constitui de uma maneira que confirme o estado de natureza. Algo muito diferente do que ocorre em Hobbes, segundo o qual o estado de natureza deve ser evitado e transcendido a fim de que o homem possa viver de uma forma satisfatória sem ser vítima da maldade dos outros homens.

De acordo com o liberalista, o estado originário é sim um estado ideal que por si só deveria ser suficiente *não fosse* o fato de alguns seres humanos terem a possibilidade de transgredir as leis da natureza, deixando de agir racionalmente e assim ferindo os direitos naturais dos seus semelhantes. E já que nesta situação inexistente uma autoridade superior capaz de garantir os direitos de cada um de uma forma impessoal, a justiça em causa própria iria muito provavelmente provocar excessos quebrando assim o estado de paz que deveria estar presente naquele estado original

Ante esta situação, o homem institui o estado civil meramente para conservar os seus direitos naturais. Portanto, o Estado deveria ter uma interferência mínima na vida dos cidadãos.

Um ponto que torna o modelo do pensamento de Locke bem característico é o patamar em que coloca o direito da propriedade. Segundo ele este é um *direito natural*, anterior, pois, e *independente* do Estado, já que dele não deriva. Este direito surge por meio de uma atividade pessoal do indivíduo, que é o trabalho. Este é o limite que os bens que um indivíduo encontram perante si, o seu trabalho. E este é o direito que junto à vida, o homem mais busca preservar com a passagem para a vida civil.

Fica claro que para Locke—assim como também para Kant— o homem não renuncia aos seus direitos naturais, como pensava Hobbes defensor do Estado Absolutista, ao contrário: na passagem para o estado civil o homem considera conservadas e protegidas todas as melhores possibilidades existentes no estado de natureza. O que acontece em verdade é a conservação mais plena e eficaz do estado originário a fim de garantir no estado civil a paz. O poder do Estado é, portanto, *essencialmente limitado*, pois visa somente a garantia dos direitos naturais.

1.1.2 Teorias da Separação dos Poderes

As teorias da separação dos poderes impõem limites *internos* ao Estado. Assim, o fato de o poder Estatal ter de se deter diante de um direito preexistente a ele, é indiferente, pois de acordo com essas teorias a maneira mais eficaz de controlar o poder do Estado é dividi-lo, *uebra-lo*.

Pode-se fazer uma analogia com o que ocorria em relação às diferentes fontes do direito na época da Idade Média. Cada ordenamento distinto era o próprio controle limitante do poder do outro. Analogamente, evitando que as diferentes funções estatais residam em um só poder, atribuindo elas a órgãos distintos, será possível fazer com que cada órgão possa controlar o outro de forma recíproca. O poder Estatal não será, pois, depositado inteiramente as mãos de uma pessoa, mas será dividido em várias, impossibilitando o abuso do poder.

1.1.3 Teorias da Soberania Popular

As Teorias da soberania popular opõem-se ao Estado Absoluto, mas não buscando impor limites aos seus poderes; ao invés disso, mudam totalmente o foco de quem irá possuir esse poder. A democracia visa mudar incondicionalmente o

titular do poder passando do Estado à própria sociedade, essa seria a única forma de garantir que o poder não sofreria abuso. A participação de todos os cidadãos tornaria impossível o poder ser mal utilizado, já que na verdade o povo não poderia exercê-lo contra si mesmo; além disso, sendo o poder de toda a população não será na verdade de ninguém de forma individual, tornando assim sem vida a possibilidade de abusos.

Esses três grupos de pensamento são importantes para o estudo de Kant, pois em sua filosofia encontram-se afirmações que em sua totalidade abarcam todos esses grupos, tanto os direitos naturais como o princípio da democracia e também a separação de poderes em legislativo, judiciário e executivo.

O surgimento do Estado Liberal e os pensamentos que lhe servem de base foram contextualizados e apresentados em certa medida, pelo menos de uma forma que seja possível analisar o modelo de Kant e comparar com os princípios contratuais.

1.2 Do pensamento de Kant. A metafísica dos costumes.

O homem pode ser visto sobre duas óticas; em uma ele está submetido às leis da natureza, e sobre esse ponto de vista ele é submisso a ela da mesma forma que qualquer outro ser natural. A grande diferença, porém, reside na característica racional do ser humano.

Considerando a racionalidade do homem, ser pertencente ao mundo inteligível, ele é livre, pois pode adaptar suas ações não de uma forma necessária em relação às leis existentes, mas de uma forma livre. O ser humano pode seguir as leis que ele mesmo cria de acordo com sua razão, dando origem assim ao mundo dos costumes, regido pela legislação moral, contraposto ao mundo da natureza. Assim, o mundo dos costumes surge em função da capacidade criativa do homem.

Em relação à expressão abordada por Kant, “metafísica dos costumes”, o termo “metafísica” refere-se àquela parte do conhecimento que é puramente racional, não empírico. Ou seja, quando Kant trata de metafísica dos costumes, objetiva estudar as leis que regulam a conduta humana sob um ponto de vista meramente racional, *totalmente livre* de tudo aquilo que é empírico.

“Este é um saber a priori, derivado do intelecto puro e da razão pura; nesse caso, não se diferenciaria em nada da matemática pura, chamá-lo-ei, portanto, saber filosófico puro”³

E assim como a matemática, por mais abstrata que possa ser, fornece bases seguras para compreensão da própria natureza empírica, objeto dos sentidos, revelando, na verdade, suas leis, a filosofia moral pura é o verdadeiro fundamento do estudo empírico. De como as ações dos homens devem ser dirigidas da forma mais sábia possível.

Kant chama as leis morais também de leis da liberdade justamente pela característica da autonomia da vontade que o homem tem em relação às leis da natureza, onde não existe escolha ou possibilidade, apenas a mera necessidade. A ciência que se ocupa das leis morais é reconhecida como ética. Por essa razão, assim com interpretado por Bobbio, quando Kant se refere aos costumes, quer dizer à própria filosofia moral.

1.2.1 O que é a liberdade para Kant

A liberdade, idéia fundamental no mundo dos costumes, pode ser considerada sob um aspecto negativo e sob um aspecto positivo.

“O arbítrio humano (...) é uma escolha que, embora possa ser afetada por impulsos, não pode ser determinada por estes, sendo, portanto, de *per se* não pura, podendo, não obstante isso, ser determinada às ações pela vontade pura. A liberdade da escolha é essa independência do ser determinado por impulsos sensíveis. Este é o conceito negativo de liberdade”⁴

Porém no conceito positivo de liberdade é que se encontra um dos pontos de maior profundidade, pois está ligada ao conhecido imperativo categórico. A definição de liberdade positiva:

“O conceito positivo de liberdade é aquele da capacidade da razão pura de ser, por si mesma, prática. Mas isto não é possível, salvo pela sujeição da máxima de toda ação à condição de sua qualificação como lei universal, uma vez que, como razão pura aplicada à escolha independentemente de seus objetos, não contém em si a matéria da lei; assim, como uma faculdade de princípios (aqui princípios práticos, daí uma faculdade legisladora), nada mais

³BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 2ª ed; tradução: Alfredo Fait. –São Paulo: Mandarim, 2000., pág. 83

⁴Kant, Immanuel. **Introdução ao Estudo do Direito, Doutrina do Direito**. 2ª ed. Edson Bini. Pág 33

pode fazer, exceto erigir em lei suprema e em fundamento determinante da escolha, a forma da aptidão das máximas de cada escolha como sendo lei universal”⁵

Ou seja, a liberdade positiva é justamente a capacidade da razão do homem (um princípio independente da esfera sensorial) determinar suas escolhas e ações, tornando-se assim uma razão prática. Pois como demonstrado no conceito de liberdade negativa, o indivíduo pode ser afetado por impulsos, mas tem a possibilidade de guiar-se unicamente pelo seu interior – a razão. No entanto, para além desse fato, no momento em que o indivíduo se torna capaz de direcionar suas ações e também suas escolhas tendo como base uma lei universal e suprema que ele mesmo determinou pela sua razão pura ele será um indivíduo livre na mais ampla acepção do termo.

1.2.2.A Razão Prática derivada da liberdade positiva

Deve-se considerar o motivo da expressão “lei universal”. Como uma faculdade de princípios, a razão prática pode apenas exprimir-se como uma fonte legisladora. E as leis resultantes de tal aptidão humana, deverão ser assim, um fundamento que determina a escolha dos homens de forma incondicional e universal, pois não parte de um caso concreto, mas sim de uma base *a priori*, não circunscrita a particularidades.

Na razão prática as leis (que são como princípios) são a causa de uma razão que determina uma escolha de forma independente de condições empíricas (livre assim de qualquer sensibilidade). Esses princípios práticos revelam uma fonte pura em nós de onde emanam conceitos e leis morais⁶.

Nessa idéia desenvolvida por Kant acerca da liberdade é que se encontram as leis práticas incondicionais, também chamadas leis morais, que ao serem comparadas com as leis da natureza são verdadeiramente leis da liberdade. É na definição de liberdade positiva com a razão prática é que está presente a idéia do imperativo categórico.

⁵Kant, Immanuel. **Introdução ao Estudo do Direito, Doutrina do Direito**. 2ª ed. Edson Bini. Pág 33

⁶Kant, Immanuel. **Introdução ao Estudo do Direito, Doutrina do Direito**. 2ª ed. Edson Bini. Pág 34

1.2.3 Do Imperativo Categórico

Sabe-se, portanto, da existência de uma fonte no ser humano de onde se derivam os conceitos e as próprias leis da liberdade. Porém é notável que não somos totalmente livres dos impulsos sensoriais, razão pela qual algumas vezes a escolha que tomamos vai contra a vontade pura. Nesses casos as leis morais são vistas como verdadeiros imperativos categóricos, ou seja, comandos ou proibições incondicionais.

“Através dos imperativos categóricos certas ações são permitidas ou proibidas, isto é, moralmente possíveis ou impossíveis, enquanto algumas delas ou seus opostos são moralmente necessários, ou seja, obrigatórios. Para essas ações então surge o conceito de dever...”⁷

Há, portanto, uma grande distinção entre uma lei prática e o que é conhecido como um imperativo. A lei prática mostra uma ação como necessária, mas sem considerar o mundo subjetivo do indivíduo, já o imperativo ocorre quando uma ação é subjetivamente constringente, ou seja, quando o sujeito deve ser *compelido* a conformar-se à regra. Um ser santo, por exemplo, segue o que é determinado pela lei não porque é compelido para isso, mas porque subjetivamente já é uma necessidade que ele haja de tal modo, nesse caso não se pode considerar a existência de um imperativo, pois não se trata de um ato forçoso para o ser, mas uma naturalidade.

“ Visto que entes racionais necessitados como os homens não agem por si sós e necessariamente de modo moral, a moralidade assume para eles o caráter de um dever-ser, não de um ser. Sem detrimento da possibilidade de, secundariamente, consolidar-se em modos de caráter e um mundo de vida normativo, a moralidade tem primariamente um caráter normativo”⁸

Assim é estabelecido o imperativo categórico: “Age com base em uma máxima que também possa ter validade como uma lei universal”⁹.

Dessa forma foi fornecida a base com que é possível os indivíduos terem consciência se a ação que praticam é contrária ou não à moral. Qualquer máxima estabelecida para uma ação deve ser colocada à prova com a consideração de tal

⁷ Kant, Immanuel. **Introdução ao Estudo do Direito, Doutrina do Direito**. 2ª ed. Edson Bini. Pág 34

⁸Hoffe, Otfried. **Immanuel Kant / OtfriedHoffe**; Tradução Christian Viktor Hamm, Valerio Rohden. – São Paulo: Martins Fontes, 2005

⁹ Kant, Immanuel. **Introdução ao Estudo do Direito, Doutrina do Direito**. 2ª ed. Edson Bini. Pág 37

ação ser também executável como uma lei universal. Não sendo assim, a máxima se mostra contrária à moral.

Por conseguinte, considerando-se a lei prática e o imperativo categórico, podem ser identificados em toda legislação, dois elementos. O primeiro uma lei que representa uma ação que precisa ser realizada como *objetivamente* necessária, isto é, que faz da ação um dever; o segundo elemento é que a lei torne dever o próprio motivo da ação.¹⁰ Neste ponto se mostra clara a necessidade de um estudo da metafísica dos costumes antes de se adentrar na teoria do Direito de Kant.

Conforme dito anteriormente, as leis práticas tratam apenas das ações externas do homem enquanto o imperativo é relativo também à esfera interior. Portanto, distinguindo a legislação com respeito ao motivo têm-se duas esferas: Ética, refere-se à legislação que inclui não somente o movimento externo do homem, mas também seu mundo subjetivo. Legislação jurídica, que prescreve somente um ato conforme a lei, sem indagações quanto ao que levou o homem a agir.

Resumidamente, todas as leis da liberdade, contrapostas às leis da natureza, são objeto de estudo da filosofia *moral*. Leis da liberdade são um sinônimo de leis morais. E é dentro deste universo das leis morais que se apresenta a divisão mencionada, as leis éticas – ou morais propriamente ditas, e jurídicas.

De acordo com Kant uma ação só pode ser considerada moral (ética) quando é praticada não somente porque a lei impõe, não basta o cumprimento de acordo com o dever, mas há também a necessidade da intenção pela qual foi cumprida determinada ação. A intenção deve ser pura, ou seja, o que é praticado assim o deve ser pelo respeito ao dever e unicamente isto. Se for praticada uma ação que esteja de acordo com o dever, porém com uma intenção secundária em vista, essa ação deixa de ser moral e se torna apenas jurídica. Para uma ação se tornar jurídica basta a conformidade desta com a lei.

Torna-se mais claro este pensamento de Kant se analisada sua proposta, que é a de desenvolver uma *metafísica* dos costumes. Ora, o saber puramente racional não tem relação de dependência alguma com a realidade empírica, logo, uma ação

¹⁰Kant, Immanuel. **Introdução ao Estudo do Direito, Doutrina do Direito**. 2ª ed. Edson Bini. Pág 41

que poderia ser compreendida como puramente moral também não deveria ter em si nenhum elemento motivador que não fosse do próprio mundo inteligível. Não se poderia imaginar uma conduta realmente moral com uma motivação vinculada ao que é empírico; cumprir uma obrigação não porque deve, mas porque ao cumpri-la espera-se receber alguma vantagem em troca. Este pensamento macularia a intenção.

Kant considera as leis morais como leis da liberdade justamente porque elas representam uma libertação do indivíduo em relação a impedimentos como interesses, paixões e inclinações. É a pura autonomia da sua vontade o que determina sua conduta. Se o homem é um ente no mundo inteligível capaz de criar e elaborar leis de acordo com sua pura razão, a maior satisfação e liberdade que ele poderá ter será seguir essas leis por elas mesmas, não em relação a qualquer outro objeto. Eis a verdadeira ação moral.

“ Os deveres de acordo com a legislação jurídica podem ser somente deveres externos, visto que essa legislação não requer que a idéia desse dever, que é interna, seja ela mesma o fundamento determinante da escolha do agente”¹¹

Cabe aqui ressaltar outro critério de distinção entre moralidade e legalidade, pois terá um reflexo importante quando do estudo do Direito propriamente dito e a relação que o Estado deverá ter com o indivíduo.

Considerando os dois elementos presentes em todo o tipo de legislação, a obrigação interna e externa, pode-se estabelecer respectivamente dois tipos de liberdade, a interna e a externa, o que não interfere no conceito mencionado a cima de liberdade positiva e negativa. Pode-se dizer que liberdade moral é a interna, inacessível pelo Estado e suas leis, já que se refere à motivação e intenção do indivíduo. “É a faculdade de adequação às leis que a nossa razão dá a nós mesmos”¹². Já a liberdade externa é a jurídica, é a capacidade do homem agir no mundo externo sem ser tolhido pela mesma liberdade que possuem os demais seres humanos.

¹¹ Kant, Immanuel. **Introdução ao Estudo do Direito, Doutrina do Direito**. 2ª ed. Edson Bini. Pág 43

¹² BOBBIO, NORBERTO. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 2ª ed; tradução: Alfredo Fait. –São Paulo: Mandarim, 2000. pág. 96

Analisando a distinção entre a lei jurídica e a moral conclui-se que a liberdade interna esgota-se na consciência do indivíduo, ou seja, se ele teve uma conduta puramente moral ou não, não chega a ter grandes diferenças em relação ao mundo exterior. Agora, em relação à liberdade externa, âmbito das leis jurídicas, as ações que o indivíduo tem interferem e influenciam na vida de outros, devendo por isso ser adequadas ao local em que se encontram, a fim de que não representem um limite à liberdade de outros.

Justamente porque as ações referentes à liberdade externa repercutem na vida e na igual liberdade de outros homens, essas ações pressupõem um dever de um indivíduo frente aos outros. Dever este que corresponde por sua vez à possibilidade de terceiros exigirem o seu cumprimento. E é neste ponto que está presente a definição de Direito em Kant.

1.3 Do Direito e a Doutrina do Direito

Seguindo o modelo da metafísica dos costumes Kant desenvolve a idéia do direito de uma forma racional pura, possibilitando estudar não somente o que é válido em determinado ordenamento, mas também se aquela lei específica se coaduna com a própria idéia de justiça ou não. Pois permaneceria oculto a todo jurista as respostas sobre a justiça ou adequação de uma lei

“...a menos que se abandone os princípios empíricos por enquanto e busque a fonte do juízo exclusivamente na razão, visando a estabelecer a base para qualquer produção possível de leis positivas (ainda que leis positivas possam servir de excelentes diretrizes para isso). Como a cabeça de madeira da fábula de Fedro, uma doutrina do direito meramente empírica é uma cabeça possivelmente bela, mas infelizmente falta-lhe cérebro”¹³

Assim é a definição de direito para Kant: “O direito é um conjunto de condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de um outro segundo uma lei universal da liberdade” .Três pontos são importantes nesta definição.

O direito diz respeito somente a uma condição externa, ou seja, de uma pessoa em relação à outra, não interfere no mundo interior do indivíduo.

¹³ Kant, Immanuel. **Introdução ao Estudo do Direito, Doutrina do Direito**. 2ª ed. Edson Bini. Pág 47

Não se refere a uma relação intersubjetiva qualquer, mas uma relação entre dois arbítrios. É necessária a reciprocidade, que o arbítrio de um corresponda ao arbítrio de outro. Esta palavra para Kant adquire um significado específico, é usada quando o indivíduo tem a consciência e a possibilidade de atingir aquilo que é objeto de seu desejo. O filósofo apresenta um exemplo de um ato de benevolência, onde não é possível à parte que receberá o benefício dizer que possui arbítrio de receber uma doação, por exemplo, pois não pode controlar a vontade de terceiros. Neste caso possui apenas o desejo.

O terceiro ponto no conceito de Kant que é importante ser desenvolvido é a questão da forma da relação dos arbítrios. O Estado deve regular nos contratos, por exemplo, somente a forma que deverá ser estabelecida determinada obrigação, não deve interferir nos interesses dos indivíduos, no que eles buscam ao realizar determinado contrato, apenas fornecer as condições para tal. O direito deve se limitar a prescrever como tal ato deve ser realizado, e não o que.

O direito é o que possibilita a livre coexistência dos homens porque somente onde ela é limitada, a liberdade de um não se transforma numa não-liberdade para os outros.

1.3.1 A justiça para Kant

Kant estabeleceu assim o que o direito deve ser de acordo com sua visão. Ele visa o ideal do direito. Aquele segundo o qual todo ordenamento deveria se basear. Isto, como dito antes, com o fim de atingir a verdadeira justiça. Ele apresenta em sua obra, então, também um ideal de justiça, entendida como liberdade.

O ideal da justiça é a liberdade, esse é o fim último que provocou a mudança do estado de natureza para o estado civil. Não porque a liberdade não existia anteriormente, pois já que é um direito natural ela é inerente ao homem, porém era necessária a sua garantia.

O Estado foi constituído para que garantisse a máxima expressão da personalidade de cada um, isto logicamente, com ordem e paz. E é por esta razão que são necessárias leis e medidas coercitivas que limitem a ação dos indivíduos no momento em que eles possam violar a liberdade dos outros.

Nestas condições, um ordenamento só poderá ser considerado justo na medida em que permita que cada cidadão consiga usufruir ao máximo sua liberdade e assim ir desenvolvendo sua personalidade de acordo com sua individualidade. Não basta assim o ordenamento estabelecer a ordem e nem conseguir a igualdade entre os indivíduos; é imperioso que haja também a mais ampla liberdade possível. Por isso o direito para Kant é visto como um conjunto de limites que possam fornecer aos homens a maneira mais adequada de realizarem suas individualidades sem comprometer com isso seus semelhantes. Por este motivo pode-se dizer que o modelo de Kant é um dos fundamentos teóricos do Estado Liberal, ele deve interferir o mínimo possível.

Voltando ainda aquela distinção entre liberdade interna e externa percebe-se que, assim como as leis morais correspondem à liberdade da vontade do homem em relação às formas inferiores de paixões e interesses – correspondentes ao mundo empírico –, as leis externas buscam como que um reflexo dessa liberdade na esfera civil, ou seja, liberdade para agir sem os obstáculos da força externa de terceiros mas sem provocar obstáculos à liberdade dos outros, o que seria uma injustiça.

1.3.2 A necessidade da coação no Direito.

Nota-se assim que Kant considera o direito como profundamente ligado à idéia da coação. E aqui ele fecha magistralmente seu raciocínio. Como visto, a justiça consiste em agir de forma que os atos não causem obstáculos à liberdade dos outros, caso isso aconteça, estará caracterizada uma injustiça. Um ato como este pode perfeitamente ser repellido por uma coação, o que não viola a idéia de direito desenvolvida por Kant.

A liberdade moral não pode ser influenciada por nada externo ao indivíduo, ou dessa forma a ação já não pode ser considerada moral. Mas o dever jurídico trata somente da exterioridade, e para ele importa somente a ação de acordo com a lei, por este motivo uma influência exterior ao indivíduo não é vista como algo negativo. Além disso, a ação externa do indivíduo, uma vez que atinge outros, deve ser adequada ao meio. Surge assim o direito dos outros cidadãos de obrigar o indivíduo que agiu de forma injusta a redimensionar seus atos a fim de que não tolham a liberdade de outros (obviamente por meio do Estado, para não incorrer no problema mencionado por Locke sobre a auto-tutela no estado de natureza.)

Não há de se imaginar, portanto, que a coação seja uma medida que soe contra a liberdade tão preconizada por Kant, pois somente é usado tal recurso no caso de uma injustiça, no sentido de repelir o ato de não-liberdade de alguém que agiu de forma injusta para que o equilíbrio seja novamente estabelecido. Dessa forma, a idéia de liberdade contraposta à coação pode revelar uma contradição somente aparente, pois as leis visam a liberdade de um indivíduo nos limites da liberdade de outro.

1.3.3 A Posse

O contrato é um instituto do direito privado, está no âmbito dos direitos pessoais, e por esta razão é importante mostrar a sistemática do direito privado para Kant. Como se disse antes, foi preocupação do filósofo estabelecer uma teoria do direito livre da realidade empírica e assim o aspecto do direito privado deveria ter também esta característica

Para desenvolver uma sistematização da área privada do direito Immanuel Kant elaborou um conceito fundamental para o entendimento dos contratos. Este conceito é a posse, que é justamente a idéia de considerar algo fora do mundo interior do indivíduo como sendo dele, e mostrou que:

Só pode haver três objetos externos de minha escolha: 1) uma coisa (corpórea) externa a mim; 2) a escolha de outrem de realizar um ato específico (praestatio); 3) o estado de outrem em relação a mim. Estes são objetos de minha escolha em termos das categorias de *substância, causalidade e comunidade* entre eu mesmo e objetos externos de acordo com leis da liberdade.¹⁴

A posse de uma coisa corpórea está relacionada a um objeto e por isso é vista na esfera dos direitos reais. A posse da escolha de outra pessoa para realizar algum ato frente a um objeto determinado é o direito pessoal e a posse sobre o estado de um terceiro em relação ao sujeito refere-se ao direito de família.

A posse para Kant é de importância elementar na esfera jurídica e é discutida pelo filósofo quando trata do “Meu e o teu Externos” na parte de direito privado de sua doutrina do direito.

¹⁴ Kant, Immanuel. **Introdução ao Estudo do Direito, Doutrina do Direito**. 2ª ed. Edson Bini. Pág 64

A idéia de posse de algum objeto externo para Kant pode ser expressa nesta frase: “alguma coisa externa é minha se eu fosse lesado ao ser perturbado no meu uso dela (sem me apoderar do objeto)”¹⁵ Pode-se inferir desta afirmação que a posse de um objeto ocorre quando é possível o sujeito utiliza-lo sem ofender a liberdade de outros e por sua vez, quando outros o utilizam, a própria liberdade do possuidor é ofendida.

Deve-se ressaltar que tratando de uma metafísica do direito a posse jurídica mencionada por Kant não é coincidente com a posse material, mas trata-se de algo inteligível.

1.3.4 O contrato

É no contexto do direito privado, sobre a discussão da posse, que o contrato se faz presente. O filósofo considera o contrato como um tema central na filosofia do direito, pois é a única forma que um indivíduo tem de adquirir um direito pessoal.

Por direito pessoal deve-se entender a *posse de um arbítrio de outrem*, assim como foi analisado anteriormente. Ocorre que o homem é essencialmente um ser livre e, conseqüentemente, um indivíduo só poderia adquirir a *posse* do arbítrio de outrem caso houvesse consentimento, ou seja, um acordo.

Kant dá o nome de transferência o ato pelo qual uma pessoa adquire um direito pessoal, a posse sob o arbítrio de outrem. O filósofo caracteriza da seguinte maneira essa transmissão:

“Esta derivação só pode ocorrer pela transferência (translatio), o que é possível somente através de uma vontade comum, por meio da qual o objeto está sempre sob o controle de um ou outro, visto que quando alguém renuncia à sua parcela nessa comunhão, o objeto se torna do outro através de sua aceitação dele (e assim mediante um ato positivo de escolha).(…) O ato da escolha unida de duas pessoas, pelo qual qualquer coisa que pertença a uma passa para a outra, é um *contrato*.”¹⁶

De acordo com a citação à cima, da definição do filósofo sobre o contrato, é possível ver a importância que tem a vontade comum, pois em ela nenhum transferência de direitos e propriedades acontece. As vontades devem estar convergidas para um fim, que é a transferência de um direito pessoal. “O ato dessa

¹⁵ Kant, Immanuel. **Introdução ao Estudo do Direito, Doutrina do Direito**. 2ª ed. Edson Bini. Pág 65

¹⁶ Kant, Immanuel. **Introdução ao Estudo do Direito, Doutrina do Direito**. 2ª ed. Edson Bini. Pág 86

vontade comum de duas pessoas, 'por meio do qual geralmente o *seu* passa de um para o outro', é o *contrato*".¹⁷

Foi analisado até este ponto a Metafísica dos Costumes, a Teoria do Direito de Kant e o que ele entende por Contrato, qual a importância que o instituto possui para o mundo jurídico.

¹⁷ BOBBIO, NORBERTO. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 2ª ed; tradução: Alfredo Fait. –São Paulo: Mandarim, 2000. pág. 175

Capítulo 2. Contratos

2.0 Estudo sociológico de Durkheim acerca da Evolução histórica Dos Contratos

A ideia do contrato está profundamente ligada ao pensamento jurídico e constitui uma base importante da vida em sociedade, já que é uma figura elementar na circulação de riquezas, o que dinamiza o mercado e interfere consideravelmente na economia.

Tamanha a importância e simplicidade do conceito do contrato e tão presente nas sociedades de uma forma geral que foi considerado como um “fato elementar do qual todos os outros fatos sociais seriam derivados. É nessa ideia que se assenta a chamada teoria do contrato social.”¹⁸ Ou seja, de acordo com pensamentos de Thomas Hobbes, John Locke, Rousseau e inclusive Kant, o próprio ato gerador do Estado que reuniu os indivíduos em uma comunidade foi um contrato.

“Assim, devido à simplicidade da ideia etão luminosa, em si mesma, que a causa geradora de todas as obrigações parecia, ela própria, nada mais ter de obscuro desde assimilada ao contrato propriamente dito, e arvorada em uma espécie de contrato”.¹⁹

Este entendimento constitui, porém, apenas uma ilusão. Isto porque a “instituição do contrato não aparece e, sobretudo, não se desenvolve senão em época muito tardia. Bem longe de ser simples, é de extrema complexidade; e não é fácil ver como veio a formar-se.”²⁰ Uma série de fatores e um longo processo de criação e modificação de costumes resultou no que hoje é entendido como Contrato. Por esta razão é fundamental compreender de maneira bem clara no que consiste o laço contratual, como ele surge, como é capaz de criar obrigações, qual sua real natureza... Para que se tenha uma ideia clara e acertada deste instituto.

2.1 Uma definição simples do contrato

De acordo com o que se entende deste instituto pode-se dizer, de forma geral e simplificada, que laços contratuais são criados por estados de vontade que produzem obrigações e conseqüentemente, direitos. É oportuno esclarecer e desenvolver as ideias por trás desta afirmativa.

¹⁸ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 159

¹⁹ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 160

²⁰ Ibidem

Antes de tudo é claro o aspecto obrigacional de um laço contratual. De onde se presume que tais obrigações são legitimamente cobráveis, ou seja, são sancionadas pela consciência pública.

Outro aspecto de grande importância, mas normalmente não muito estudado, é o fato de “não poder se primitivo o laço contratual” como diz Durkheim em seu livro *Lições de Sociologia*.

Com efeito, vontades não se podem entender, para contrair obrigações, a menos que essas obrigações não resultem do estado jurídico, desde esse momento adquirido, seja das coisas, seja das pessoas; não pode tratar-se senão de modificar a condição, de acrescentar, às relações existentes, relações novas. O contrato é, pois, fonte de variações, a supor um primeiro fundo jurídico, de outra origem.

“O contrato é, por excelência, o instrumento das mutações, implica que duas personalidades jurídicas, ao menos, já sejam constituídas e organizadas, entrem em relações, e essas relações lhes alterem a constituição; que algo da alçada de uma passe à outra, e reciprocamente.”²¹

O exemplo dado no livro do pensador é sobre um casamento. Quando duas pessoas contraem matrimônio passam a fazer parte, reciprocamente, da família de uma e outra. O homem passa a ser um membro da família de sua noiva assim como esta dele. Houve uma mutação no estado das coisas, que foi sob o aspecto do direito civil, realizada por meio de um contrato. Mas é interessante constar que para esta mutação ocorrer um estado prévio há de se fazer presente, que seja, membros de famílias distintas com a vontade de realizar uma ação específica na esfera civil. Caso nos dias de hoje, duas pessoas de uma mesma família queiram se casar, encontrariam um óbice no ordenamento jurídico; por exemplo, o art. 1.521 do Código Civil em seu inciso quarto, proíbe o casamento entre irmão. Nesta circunstância o Contrato Matrimonial não teria nascido, e assim nenhuma mudança iria ocorrer.

Na visão de Kant a idéia do direito é intrinsecamente ligada à coerção e sendo os contratos fontes de obrigações por meio deles é possível exigir o cumprimento do que foi acordado pela parte. Mas foi demonstrado que existem condições anteriores à esse instituto e tudo que ele faz é alterar uma dada condição dos fatos. Também afirma Durkheim que este negócio jurídico, o contrato, só em

²¹Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 163

época muito tardia é desenvolvida. Por isto resta ainda a questão sobre como se davam os estados e as obrigações deles advindas.

2.2 A origem da vinculação das vontades

Prendiam-se as obrigações anteriormente, e em alguma medida hoje também em relação aos deveres morais, ao caráter sagrado delas mesmas e ao prestígio moral de determinado dever. Os direitos provindos das coisas relacionavam-se à natureza religiosa dessas últimas²². Por isto “todas as relações morais e jurídicas derivadas da condição pessoal, ou real, devem a existência a alguma virtude *sui generis*, inerente quer aos sujeitos, quer aos objetos, e que impõe respeito”.²³ Destaque-se que “a idéia de a concordância de duas vontades, quanto ao mesmo fim, poder ter caráter obrigatório para cada uma delas, havia grande novidade jurídica, a supor desenvolvimento histórico já muito avançado”. Lentamente foi desenvolvendo-se o direito contratual a partir do direito do estatuto pessoal de determinado²⁴ grupo.

No desenvolvimento histórico mencionando no parágrafo anterior cabe mencionar uma operação conhecida como *Blood-Covenant*, estudada por R. Smith. Ocorria quando indivíduos pertencentes a grupos distintos desejavam realizar alguma obra em comum, e para firmar suas vontades misturavam seu sangue. Mergulhavam, por exemplo, as mãos em um vaso onde faziam correr um pouco de seu sangue, e dele absorviam algumas gotas.²⁵ Este procedimento era fonte de obrigações que resultavam da vontade dos envolvidos e lembra algo de um contrato.

É a partir do exemplo a cima que se torna claro como foram se delineando os laços jurídicos até o momento atual. Costumes específicos, estatutos de um grupo ou mesmo de uma família serviram de base e modelo para os vínculos e procedimentos que seriam fontes de obrigações. Um desses costumes pode ser identificado como a origem de um contrato real, consiste na entrega de uma coisa à parte, que por sua vez adquire desta forma a obrigação de restituir o valor

²² Na primeira parte do livro *Lições de sociologia* Durkheim faz um amplo trabalho sobre a importância do caráter sagrado nos atos civis para a aquisição de obrigações. Também assim afirma Alexandre Corrêa no livro “Manual de Direito Romano” à parte relativa aos contratos.

²³ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 165

²⁴ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 163

²⁵ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 164

equivalente, com pecúnia ou outra coisa. O contrato, o vínculo, somente se forma com a tradição de um objeto.

Considerando o *blood-covenant* e o contrato real, ou ao menos o que seria a origem deste, nota-se que a obrigação somente se constituía com uma mudança das coisas, seja das pessoas ou de objetos. Estes são meios para se chegar a um resultado que atualmente se faz com uma mera declaração de vontade, como seria o caso de um contrato unilateral. O momento em que a declaração de vontade passa a ser suficiente em si mesma para vincular o homem que a fez chegou apenas depois de algumas mudanças ocorridas no tempo, rápidas para serem analisadas, mas prolongadas e laboriosas para ocorrerem.

Além da comunhão do sangue e a tradição de objetos para fixarem-se obrigações, grande destaque teve o juramento. Era pronunciado de acordo com fórmulas religiosas, e ao dar ao contrato uma condição religiosa, invocava-se um ente divino para interferir na relação de forma a garantir o cumprimento do que foi acordado. A pena de um eventual descumprimento seriam assim maldições divinas de sabida gravidade.

“ Eis aí a origem dos contratos formalistas e solenes. Seu característico está em não enlaçarem se as partes não se houverem comprometido segundo fórmula determinada, solene, da qual ninguém pode apartar-se. É a fórmula que enlaça...A fórmula jurídica não passa de sucedâneo do formalismo religioso”²⁶

O *sacramentum*, algo presente nos costumes romanos, é uma prova que podemos ter hoje em dia do nível de religiosidade que os contratos possuíam na época antiga. Constituía o *sacramentum* numa quantia depositada em um templo pelas partes envolvidas no acordo caso não estivessem claros os direitos e deveres de cada um. O perdedor do processo era perdedor da soma depositada.

Para firmar a afirmação acerca do caráter sacramental e formalista dos pactos feitos antigamente leia-se trecho do livro de Alexandre Corrêa:

“Como todos os atos jurídicos do período quiritário, também os contratos do período arcaico apresentam caráter rigoroso e sacramental. Esta é uma peculiaridade de todos os institutos

²⁶ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 166

primitivos ,que não concebem atos jurídicos senão baseados em ritos solenes, capazes de atestar-lhes publicamente a realização.”²⁷

Ocorre que frequentemente apenas as fórmulas verbais e o juramento não eram suficientes para tornar as palavras do homem que as proferiu irrevogáveis. Além do juramento verbal outros costumes manuais eram também empregados; como a entrega de uma moeda especial de uma parte à outra para representar a conclusão eficaz do acordo, ou um gesto de mãos onde o devedor punha as mãos sobre as do credor representando assim o selo das vontades.

É possível então perceber dois elementos em contratos assim: ritos verbais e procedimentos materiais. Estes elementos têm a função unicamente de conferir efeitos jurídicos ao que foi combinado no contrato, uma forma de as partes terem uma garantia do adimplemento da outra.

Esses elementos eram práticas intermediárias, ou seja, estavam presentes com o objetivo de garantir o fim do contrato, porém...

“É fácil compreender que esse rito excepcionalmente complicado não possa servir se não para as grandes ocasiões e, não, para o cotidiano. Não pode ser empregado para assegurar as compras e as vendas de todo dia. Quase só é utilizado quando se trate de criar associação duradoura”²⁸

Como o casamento em nosso atual sistema jurídico, processo extremamente formal, onde se verificado algum vício no procedimento feito torna-se passível de nulidade, a exemplo das portas que devem permanecer abertas durante a cerimônia representando assim a publicidade dos atos.

Como é de fácil conclusão, os ritos materiais, difíceis de serem cumpridos no dia a dia, foram se desagregando cada vez mais dos contratos solenes - com os chamados em função do procedimento a ser seguido para provocar os efeitos desejados.

A Igreja tendeu, mais e mais, a fazer, do juramento, a condição necessária e suficiente da validade do contrato, sem outras formalidades (...) Já não restavam como condições exteriores ao próprio consentimento, senão o caráter determinado da fórmula na

²⁷ Corrêa, Alexandre, 1890-1984. **Manual de direito romano**. – 6 ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1988

²⁸ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 174

qual esse consentimento devia exprimir-se, e as virtudes especiais e os caracteres particulares ligados a essa fórmula.²⁹

Deve-se ressaltar a importância dos ritos naquela espécie de acordo. Pois são justamente os ritos que atribuem à declaração de vontade um caráter irrevogável, não fossem estes poderia a pessoa mudar de idéia após ter feito uma promessa e simplesmente deixar de cumprir a sua parte no acordo, já que não se via obrigada a agir da forma que anteriormente havia mencionado. Foi, portanto, bem vagarosa a evolução do contrato solene para o consensual.

2.3 O Contrato Consensual

Com o passar do tempo e o desenvolvimento tanto da sociedade quanto do comércio, contratos de compra e venda, trocas e muitas outras ações necessárias ao desenrolar dos fatos do dia a dia, foi-se criando uma necessidade grande de abandono dos formalismos consagrados pelos costumes e tradição. “Quando compra e venda são coisa de toda hora, quando o comércio (...) não conhece folga, não se pode estar a pedir a cada comprador e cada vendedor, que prestem juramento, recorram a tal, ou qual, fórmula definida.”³⁰

Toda a solenidade foi excluída, por questão de necessidade, dos contratos mais simples realizados cotidianamente. Foi necessário encontrar uma forma mais prática e rápida de impedir que a vontade do homem voltasse atrás depois de ser proferida, fazendo assim a sua declaração criar direitos e obrigações sem o excesso de ritualismo comum em épocas em que o mercado não era tão presente e vivo nas sociedades.

Analisando-se o contrato solene e os dois elementos que ele possui, as fórmulas verbais e ritos materiais, torna-se claro o laço formal que prende os dois contratantes. Eles ligam-se, por assim dizer, aos deuses, por meio dos juramentos prestados e igualmente ligam-se também ao indivíduo com quem fez o acordo. E este é um ponto importante.

A solenidade do contrato, como foi dito, é o que garante às partes o cumprimento do que foi acordado, e como nessas circunstâncias os dois indivíduos envolvidos acreditam, esperam e pretendem cumprir tudo o que foi acordado pode-

²⁹ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 174

³⁰ *Ibidem*

se dizer que agem em conformidade com o que foi decidido. Em outras palavras, após a realização do contrato ambas partes esperam *legitimamente* receberem o que lhes é devido e em função disso podem até realizar outros contratos, ou deixar de realizar, esperando a sua prestação devida.

Se em uma situação desta natureza o indivíduo, subitamente, vê descumprido o que para ele era certo ser adimplido pode-se falar em dano. Como se em um contrato real uma parte entregasse um bem à outra e momentos depois a retirasse, “altero-vos as bases do pensamento, torno vãs as operações nas quais vos podeis haver empenhado na confiança da palavra dada.”³¹

Durkheim comenta como a obrigação adquirida pelo contrato solene tinha força suficiente para vincular a vontade dos homens a ponto de provocar uma expectativa moral e jurídica de seu adimplemento.

“Assim, no contrato solene, o laço formal a prender os contratantes é duplo: estou ligado aos deuses por meu juramento; tenho, para com eles, obrigação de cumprir o prometido; mas também estou ligado a outrem, pois meu juramento, alienando-me a palavra, exteriorizando-a, permite a outrem assenhorar-se dela, definitivamente, como de uma coisa”³²

Pois o bem material não é o único objeto que pode ser alvo da posse dos indivíduos, a palavra pronunciada também pode. E no caso da citação o que dava legitimidade à posse da intenção do indivíduo dera justamente a solenidade pela qual era afirmada e principalmente, como afirmado antes, o caráter religioso que ainda era presente nos atos cívicos.

Anote-se neste ponto a Teoria do Direito de Kant, segundo a qual o direito pessoal é justamente a posse do arbítrio de outrem, posse essa que só pode ser adquirida por meio da concordância do outro indivíduo, mediante um contrato ou pacto.

É precisamente o segundo elemento do contrato solene que sobreviveu às mudanças temporais e abriu espaço ao contrato consensual, o caráter religioso foi pouco a pouco perdendo a importância que tinha, e somente restou o laço do indivíduo para o indivíduo. Toda a obrigatoriedade atribuída à vontade por meio de

³¹ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 176

³² Ibidem

fórmulas religiosas passou a estar presente no contrato consensual, mas com a ausência das solenidades.

O que passou então a fixar o arbítrio dos indivíduos não foi a fé comum aos tempos antigos, mas a Lei. As obrigações passaram a ser fixadas por ela, que tornava irrevogável toda declaração de vontade apresentada, vinculando assim os indivíduos. Ela dotava a palavra do homem com força obrigatória, dispensando assim as solenidades.

Mas além desta mudança significativamente importante o contrato consensual representou um ponto chave na configuração do instituto para a forma hoje conhecida.

Na época dos contratos anteriores ao consensual certamente o credor possuía seu direito de ver adimplida a obrigação que lhe deveria favorecer, porém os direitos individuais não possuíam um apoio significativo e muitas vezes as partes do acordo não tinham meios de forçar os devedores a cumprirem sua dívida. Eram previstas penas que se relacionavam exclusivamente à pessoa do devedor, como prisão, pancada ou multa.

“A regra, porém, segundo a qual a verdadeira sanção consiste em obrigar os contratantes, seja a manter a palavra, seja a reparar o dano porventura causado, por eles, à outra parte, por não haverem cumprido o compromisso, essa regra é, então, desconhecida.”³³

É interessante salientar neste momento uma prática utilizada pelos credores, comum na Índia e Irlanda, para forçar seus devedores a cumprirem as dívidas que possuíam. É ilustrativo para mostrar tanto como a religiosidade era presente nos tratados comuns do dia a dia quanto para deixar clara a não regulamentação do Estado em relação aos assuntos particulares dos cidadãos.

O credor, percebendo pelo desenrolar das circunstâncias, que não haveria de ser pago e vendo-se desamparado quanto à forma de conseguir o adimplemento de sua dívida, praticava atos com o fim de forçar a outra parte a realizar o que comprometeu. É o caso do que é conhecido como *dhârna*. O credor instalava-se à porta de sua “vítima” e lá ameaçava permanecer até morrer de fome em função de um rígido jejum.

³³ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 180

Talvez se analisando este costume às lentes da época atual considerar-se-á inócuo e um tanto extremado, mas elementos históricos devem ser estudados com um contexto diferente em mente, com outros pressupostos de entendimento para que a correta apreensão da idéia possa acontecer:

“a eficácia dessa prática estranha vem das crenças e dos sentimentos dos quais os mortos são objeto. É sabido como os mortos são temidos. São poderes aos quais os vivos não podem escapar. Por isso, ocorre, muita vez, nas sociedades inferiores o suicídio por vendeta. A gente acredita vingar-se bem mais seguramente do inimigo ao matar-se que ao mata-lo”³⁴

Este exemplo ilustra de forma ideal a importância do contrato consensual, pois foi nesta nova forma de pacto que o aspecto religioso se distanciou e as sanções passaram ser destinadas à garantia da quitação do débito, “não em vingar a autoridade pública da desobediência, como no caso do devedor recalcitrante, mas em assegurar, às duas partes, a plena e direta realização dos direitos adquiridos”³⁵. Isto porque anteriormente as sanções eram impostas somente caso o desrespeito do contrato fosse considerado um ato contra a autoridade pública. Em outras palavras, somente com o contrato consensual o credor passou a ter um apoio real em suas pretensões.

Além do aspecto da pena frente ao descumprimento obrigacional outras mudanças ocorreram na estrutura interior do contrato que resultaram em uma completa transformação das formas.

2.4 As obrigações bilaterais no contrato consensual

Hoje em dia os contratos são vistos como um “acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”³⁶. É perfeitamente admissível os efeitos jurídicos estarem vinculados a obrigações de ambas as partes, em verdade a criação de um laço bilateral é a regra hoje em dia, mas existem contratos unilaterais também, como a doação pura, depósito ou comodato.

De início, porém, a regra era o contrato unilateral, era haver somente um credor e somente um devedor na relação. Isto ocorria tanto nos contratos reais

³⁴ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 181

³⁵ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 182

³⁶ Pereira, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Rio de Janeiro** : Forense, 2012. Pag. 07

quanto nos contratos solenes. Nos primeiros, a obrigação restava acertada quando uma das partes entregava à outra um objeto, seja pecúnia ou outro qualquer, e em razão do objeto recebido, a outra parte ficava encarregada de uma prestação equivalente. No contrato em si havia somente a obrigação, pois que o indivíduo credor da obrigação já havia realizado por assim dizer, sua parte.

No contrato solene ocorria a promessa de um sujeito em benefício de outro, seguindo-se as necessárias fórmulas e ritos materiais para fixar a obrigação. Para que uma situação equivalente ao laço bilateral fosse criada em relação a duas pessoas, era necessária a realização de dois contratos diferentes e livres um do outro, com a distribuição de funções invertidas. Tão notável era a independência desses dois contratos que era possível um deles ser válido enquanto o outro não. Durkheim mostra um exemplo desta situação:

“Suponhamos, por exemplo, que me comprometi, solenemente, a pagar, a Primius, certa soma, como preço de um assassinio que ele se comprometeu, de sua parte, a cometer; essa obrigação recíproca se formará, sob o regime de contrato solene, graças a dois contratos unilaterais sucessivos... Começarei por prometer uma soma a Primius... Depois, por outro contrato, ele prometerá perpetrar esse assassinio, a meu pedido.”³⁷

O Direito Romano considerava o primeiro contrato, a promessa de pagar uma quantia certa a Primius, completamente válido e eficaz. Porém o segundo contrato, em função de sua ilicitude, não teria validade e não poderia, conseqüentemente, ser cobrado.

Foi somente com o contrato consensual que essa situação se modificou, tornando-se possível realizar um pacto mediante o qual, de uma só vez, dois laços jurídicos com obrigações distintas pudessem ser criados. A ausência de ritualismos e solenidades especiais permitiu os indivíduos participarem de um contrato desempenhando, por assim dizer, um papel de duplo personagem – credor e devedor igualmente. “Como a gente já não está obrigada a conformar-se rigorosamente a uma fórmula determinada, as obrigações recíprocas podem ser contraídas simultaneamente”³⁸

³⁷ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 183

³⁸ Ibidem

2.5 Questão do contrato de boa fé

Como se pode depreender das análises dos contratos que precederam o consensual, as obrigações resultantes dos pactos eram decorrência de uma causa exterior às partes. Não era a simples declaração de vontade o que as vinculava, mas sim uma tradição entre o credor e o devedor aceitante ou então o pronunciamento de palavras específicas em conjunto com um rito material, se houvesse falha em algum desses procedimentos não haveria acordo e não haveria deveres.

Por esta razão a questão da boa fé não estava presente, não era necessária a indagação sobre a real intenção das partes, pois a forma de adquirir deveres e obrigações em um acordo eram bem claras. As palavras tinham valor em si mesmas no contrato solene, e o objeto entregue no contrato real falava por si mesmo: o devedor estava obrigado a restituir uma coisa de valor equivalente à que recebeu.

Mas com o advento do contrato consensual esta situação já não era mais a mesma, pois não haviam trocas originárias da obrigação e também as fórmulas pronunciadas já não possuíam mais o ritualismo, que foi se desfazendo com a evolução do mercado, e nem aquele caráter religioso capaz de vincular a vontade do indivíduo.

As palavras continuavam presentes mas aí já não possuíam mais valor “senão como expressão das vontades por elas manifestas e pois, é, finalmente, o estado dessas vontades que determinam as obrigações contraídas.”³⁹

Se não há mais um modo objetivo de determinar precisamente os deveres contraídos pelos indivíduos, a real intenção presente em suas mentes passa a se tornar algo fundamental para estabelecer os limites de cada papel no acordo. Neste ponto é interessante notar que por força de lei o que foi fixado pelas partes tornava-se já obrigatório no contrato consensual. O que agora se discute é a forma como a declaração é feita para permitir ou não a rigidez que a lei lhe impõe.

“Cumpre, antes de tudo, a fim de haver contrato, esteja esta na intenção das partes. Falte a intenção, de um lado, ou de outro, e já não pode haver contrato. Pois o que damos é nossa intenção de agir de tal maneira, de transferir a propriedade de tal, ou qual, objeto, e o que o outro afirma é sua intenção de aceitar aquilo que assim lhe

³⁹ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 185

é transferido. Se a intenção está ausente, já não resta senão a forma do contrato, forma vazia de todo conteúdo positivo”⁴⁰

A boa fé neste âmbito consiste justamente em dar crédito às palavras do indivíduo como se fossem um reflexo de sua real intenção. Se o indivíduo B afirma que irá cumprir a obrigação que lhe foi confiada pressupõe-se prontamente o adimplemento do débito. É importante ter em mente que a vontade é o elemento principal da criação do contrato e se houver algum vício em sua declaração, que é a forma por meio do qual ela se expressa, o contrato estará também maculado.

Na estrutura do contrato consensual, portanto, passou a estar presente como uma parte integrante a idéia da boa fé. Não somente isso, este contrato “instituição singularizada das antigas formas do contrato, das quais descende, por todo um conjunto de caracteres nítidos. Pelo simples fato de ser consensual...é sancionado, bilateral, é de boa fé”⁴¹

Entende-se que o indivíduo irá cumprir sua palavra da forma como foi dita a cima porque a boa fé tem alguns pontos como premissa.

2.6 O consentimento nos Contratos

Como se tem afirmado no decorrer deste capítulo foi uma evolução lenta que modificou a estrutura contratual para o que hoje ela é. Pode-se dizer, pela análise do texto de Durkheim, que o contrato consensual representou um momento chave no desenvolvimento do instituto, “Estamos a ver a que ponto o contrato consensual constitui revolução jurídica”⁴²

Não somente em função de sua maior praticidade, que dispensou o ritualismo e também permitiu a criação de obrigações bilaterais em um único ato. A boa fé, ao tornar-se parte essencial dessa modalidade, abriu espaço para outros tipos de evoluções com o passar do tempo.

Papel fundamental tomou o consentimento, que pode ser considerado base do contrato. Já que o efetivo estabelecimento de uma obrigação ocorre com uma disposição de vontade, é por meio do consentimento das partes que o pacto se realiza. O contrato consensual possibilitou justamente o estabelecimento de uma

⁴⁰ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 185

⁴¹ Ibidem

⁴² Ibidem

condição de liberdade na declaração de vontade; a ponto de ser lícito afirmar que se houver algo limitante à escolha do indivíduo para realizar um acordo que implique uma obrigação à ele mesmo, o pacto não terá poder vinculante.

Tão natural é esse fato, atualmente, que pode parecer lógico o que foi mencionado no parágrafo anterior, mas lembra Alexandre Corrêa que a intenção das partes era materializada na pronuncia das palavras de acordo com a solenidade dos ritos. A questão da concordância entre a intenção real dos sujeitos e o que foi expresso por meio das formas contratuais não era considerada, pois o estado de consciência do indivíduo ao adquirir para si uma obrigação simplesmente não tinha valor.

“Essa idéia não veio à tona senão mui lentamente (...) dado que, durante séculos, a virtude obrigatória do contrato era tida como situada fora das partes (...) não se podia fazer depender o valor do laço contraído daquilo que teria podido passar-se nas profundezas da consciência dos contratantes”⁴³

O ato inaugural de tal entendimento ocorreu em Roma no ano de 674 onde foi instituída uma ação que permitisse àqueles coagidos por ameaça, quando na ditadura de Sila, a terem reparados seus danos. Foi a forma embrionária do que podemos ver hoje no Código Civil dos arts. 151 ao 155, que tratam da Coação nos defeitos do Negócio Jurídico.⁴⁴

Quando surgiu a possibilidade de reparação de danos em função de ameaça provocada por terceiros, esta deveria ter natureza extremamente aguda, a ponto de fazer dobrar a vontade do homem. Hoje em dia uma ameaça aos bens do indivíduo é suficiente para viciar sua declaração de vontade.⁴⁵

Os fundamentos de tão radical mudança, quando comparada à tradição antiga onde somente era considerada a vontade emanada do sujeito e não sua real intenção, podem ser encontrados, de acordo com Durkheim em seu livro de Lições de Sociologia, nos princípios clássicos e básicos do direito consistentes em: “Viver honestamente, não ofender ninguém e dar a cada um o que lhe pertence”⁴⁶ Nesta linha de raciocínio, um contrato que possa gerar algum dano imerecido ao indivíduo

⁴³ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 186

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Art. 151. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em :

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm acesso em 05 de outubro. 2012

⁴⁶ Preceitos de direito ditados pelo conhecido jurista EneoDomitiusUlpianus.

será considerado injusto e portanto não deverá produzir efeitos. Uma situação em que um indivíduo pactua algo notoriamente prejudicial a si mesmo configura-se quando sua vontade e liberdade são coagidos a agir como não deveriam

“Se o contratante não deu os passos que o ligaram senão sob pressão exterior, se o consentimento lhe foi arrancado, é que esse consentimento era contrário a seus interesses e às justas exigências que podia ter, por força dos princípios gerais de equidade.⁴⁷ (...) Nosso sentimento de simpatia pelo homem em geral é melindrado quando uma dor é infligida a outrem, sem que esse outrem nada tenha feito para merecer essa dor (...). Dizemos que é injusto. Ora, ato injusto não poderia, sem contradição, ser sancionado pelo direito.”⁴⁸

A partir deste momento passou-se a considerar a real condição das partes que contratam, não sendo os ritos e solenidades do contrato os únicos elementos a serem analisados para atribuir ao pacto um efeito vinculante sancionado pela sociedade.

E é por este motivo que o consentimento tornou-se uma condição essencial do contrato, sendo considerado justo e, portanto válido, somente se as partes realizarem o pacto de forma livre, e principalmente se o que foi estipulado nas obrigações for reflexo de suas vontades.

Durkheim faz uma ressalva neste momento em relação ao motivo da condenação dos contratos obtidos por violência, pois o simples fato de ter o livre-arbítrio tolhido por uma ameaça não pode ser um fundamento adequado para justificar a invalidade de um contrato, haja vista que essa explicação tem o defeito “de subordinar o funcionamento de uma instituição jurídica à solução de um problema metafísico. É livre o homem? Não é livre o homem? É questão que de fato jamais influenciou nas legislações”⁴⁹. O que é realmente importante e digno de nota são as consequências que advêm de um contrato formulado com base em uma ameaça. É a lesão, o sofrimento imerecido que é evitado pela lei, e este é um fato perceptível objetivamente, sem a necessidade de teorias.

⁴⁷ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 188

⁴⁸ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 189

⁴⁹ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 187

2.7 O Contrato equitativo

A partir do momento que o contrato passou a ter como condição necessária a justiça, ou seja, o consentimento dado de forma plenamente livre e consciente, houve uma modificação considerável em sua estrutura. E assim como “do contrato solene, e do contrato real, nasceu o contrato consensual, deste, por sua vez, tende a destacar-se nova forma de contrato. É contrato justo, objetivamente equitativo.”⁵⁰

Nos contratos equitativos a idéia da justiça não está unicamente vinculada a uma liberdade para pactuar, mas refere-se também a uma troca onde as coisas e serviços são trocados por um valor verdadeiro⁵¹. Por valor verdadeiro deve se entender o preço usual no mercado para determinado produto. O atual código civil previu um defeito nos negócio jurídicos bastante ilustrativo para demonstrar como os contratos tem no fundo essa idéia de equidade, que apesar de não ser objetivamente definida está presente em muitas ordenação do nosso sistema jurídico: “ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.”⁵²

Apesar de exposta em poucas páginas, a evolução contratual aqui demonstrada ocorreu vagarosamente com o passar do tempo. Muito lentamente foram as estruturas se modificando para responder da melhor forma às necessidades apresentadas pela sociedade. Foi um estudo sociológico de um instituto jurídico e apesar de não mostrar especificamente as datas e o momento exato em que cada mudança ocorreu é útil para ilustrar quais foram os pontos principais da evolução contratual até os dias de hoje e porque este ato jurídico possui as formas presentes.

⁵⁰ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 191

⁵¹ Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983. Pág 192

⁵² Art. 157. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em :

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm acesso em 05 de outubro. 2012

Capítulo 3

3.0 *Negócios Jurídicos*

Antes de iniciar o estudo dos princípios contratuais e antes de definir propriamente o contrato é extremamente necessário situar em que localidade do conhecimento jurídico se encontra este instituto para que uma verdadeira compreensão possa ser formada.

Contratos são um tipo de Negócio Jurídico e “embora nossos Códigos possuam normas gerais de contratos, as verdadeiras regras do direito contratual (...) estão situadas na parte geral que ordena a real teoria dos Negócios jurídicos”⁵³

Por esta razão é imprescindível tratar brevemente do que são Negócios Jurídicos antes de se entrar realmente na teoria contratual.

São conhecidas duas linhas de pensamento que procuram identificar a natureza do Negócio Jurídico: A corrente da teoria da vontade e a corrente da teoria da declaração. Para aquela a vontade do agente é o elemento fonte de produção dos efeitos jurídicos. Para esta, é a declaração do agente a causa originária dos efeitos jurídicos, não meramente a vontade do indivíduo.

Pelo sistema jurídico brasileiro a vontade é mais importante, como está expresso no art. 112 do atual Código Civil,⁵⁴ demonstrando assim desde o Código de 1916, a evolução mencionada por Durkheim no instituto do Contrato quando passou-se a considerar o grau de liberdade de um homem ao estabelecer para si obrigações por meio de um acordo.⁵⁵

O Negócio jurídico, consideradas as teorias mencionadas sob um critério estrutural – que de certa forma abrange as duas– pode ser definido como a “declaração de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de

⁵³Venosa, Sílvio de Salvo. **Direito civil : teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. Ed. –São Paulo : Atlas, 2003. – (Coleção direito civil; vol.2) pág. 361.

⁵⁴ “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

⁵⁵ Por liberdade deve-se entender a ausência de coação ou ameaça na realização de determinado negócio jurídico. Se o indivíduo concretizou uma promessa apenas como resultado de uma força cogente à sua vontade, não era sua real intenção celebrar aquele ato, devendo por isso ser considerado nulo, sem efeitos obrigacionais.

existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico pretendidos pelo agente”.⁵⁶

Ou seja, “quando existe por parte da pessoa a intenção específica de gerar efeitos jurídicos ao adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, estamos diante do negócio jurídico.”⁵⁷

É digno de nota a visão que a corrente da declaração tem sobre o Negócio Jurídico “como um poder privado de criar um ordenamento jurídico próprio”⁵⁸ pois essa idéia corresponde abertamente com o que foi afirmado por Kant sobre o indivíduo seguir somente Leis que sua própria consciência lhe impõe.

3.1 Contratos

Como foi mencionado antes, numa parte específica dos Negócios Jurídicos está a Teoria Geral dos Contratos, que são aqueles negócios advindos da vontade do homem no sentido de imantar os seus atos com efeitos jurídicos.

Extremamente importante para a sociedade de hoje, o instituto em comento é a fonte mais importante de obrigações mais importante e mais comum em nosso ordenamento. E como foi demonstrado no capítulo 2 deste trabalho, sempre foi compreendido como tendo uma definição bastante clara e neste sentido conceitua Roberto Gonçalves:

“Desde Beviláqua o contrato é comumente conceituado de forma sucinta, como o ‘acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos’. Sempre, pois, que o negócio jurídico resultar de um mútuo consenso, de um encontro de duas vontades, estaremos diante de um contrato.”⁵⁹

Depreende-se pelo conceito de Roberto Gonçalves, além da confirmação do Contrato ser essencialmente um Negócio Jurídico, a importância que têm a vontade no âmbito contratual e o caráter bilateral de sua realização. Pois ensina o citado

⁵⁶ Gagliano, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume I: parte geral**. 13.ed – São Paulo : Saraiva 2011. Pág. 353

⁵⁷ Venosa, Sílvio de Salvo. **Direito civil : parte geral**. 8. Ed.–2.reimpr. –São Paulo : Atlas, 2008. – (Coleção direito civil; vol.1) pág. 321

⁵⁸ Gagliano, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume I: parte geral**. 13.ed – São Paulo : Saraiva 2011. Pág. 352

⁵⁹ Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3 – contratos e atos unilaterais**. 8.ed.– São Paulo : Saraiva, 2011. Pág. 22

doutrinador que na teoria dos Negócios Jurídicos é feita uma distinção entre os unilaterais e os bilaterais, e somente estes são classificados como Contratos.

Também outro conhecido doutrinador comenta em seu livro “Instituições de Direito Civil” sobre as características desta importante fonte de obrigações.

Nas palavras de Caio Mário:

“Seu fundamento ético é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu *habitat* é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e de obrigações. O direito atribui, pois, à vontade este efeito... Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.”⁶⁰

Tal é a liberdade concedida aos indivíduos pela ordem jurídica que eles podem, a partir de um negócio jurídico, estipular regras capazes de produzir efeitos obrigacionais inclusive com o apoio do Estado, no sentido de recorrer a este objetivando a coerção da parte contraente caso ela não cumpra o acordado. Por esta razão a afirmação de que seu *habitat* é a ordem legal.

De acordo com o que foi afirmado diversas vezes neste trabalho, o próprio fundamento ético do instituto é a vontade humana. Perfeitamente relacionável à teoria de Kant esta afirmação de Caio Mário, pois o próprio mundo jurídico é visto por Kant dentro de uma filosofia moral.

Caio Mário ressalta a variação que o conceito do Contrato sofreu com o passar do tempo e confirma assim o que foi dito por Durkheim sobre a evolução contratual, mostra que primitivamente não era possível pactuar sem a presença de um elemento material para firmar as obrigações. Estas se constituíam ou pela entrega de objetos ou pela pronuncia de palavras sacramentais – como mostrado no estudo do segundo capítulo deste texto sobre os contratos reais e solenes. “Somente mais tarde, com atribuição de ação a quatro pactos de utilização frequente (venda, locação, mandato e sociedade), surgiu a categoria dos contratos que se celebravam *solo consenso*, isto é, pelo acordo das vontades”.⁶¹

⁶⁰ Pereira, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Rio de Janeiro** : Forense, 2012. Pag. 07

⁶¹ Pereira, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Rio de Janeiro** : Forense, 2012. Pag. 08

Além do mais a Teoria Geral dos Contratos foi bastante modificada com o advento do atual Código Civil em razão dos seus artigos. 421 e 422. Estão dispostos nestes artigos os chamados *princípios sociais dos contratos*, que alteram consideravelmente a base de pensamento e atividade contratual, conforme será visto um pouco a diante.

3.2 Princípios clássicos dos Contratos

3.2.1 Autonomia da Vontade

O princípio que deve ser estudado em primeiro lugar é seguramente o princípio da Autonomia da Vontade, também conhecido como Consensualismo. Ele é fundamental para o exercício do contrato, é a própria liberdade negocial. “Não se pode falar em contrato sem autonomia da vontade”⁶²

Extremamente importante para Kant é a vontade autônoma, manifestação pura do direito natural, é a própria criadora das leis da liberdade, como visto antes. Pode-se dizer que este princípio é a versão jurídica da individualidade da pessoa.

O princípio da autonomia da vontade se divide em quatro momentos distintos segundo Caio Mário.⁶³

Antes de tudo refere-se à liberdade de contratar ou não. Já que o contrato nasce da vontade *livre*, ausente este requisito não se pode dizer que houve de fato um acordo contratual. Essa é a liberdade que o indivíduo tem realizar ou não um determinado contrato.

Em segundo lugar, a liberdade é também relativa à pessoa com quem se contrata. O terceiro ponto diz respeito à possibilidade de os indivíduos fixarem o conteúdo do contrato, redigindo as cláusulas de acordo com a conveniência de cada um. Essa liberdade específica é também conhecida como liberdade contratual por Rodolfo Pamplona.

O momento final é a criação da obrigação decorrente do livre acordo de vontades. O contrato passa a ser considerado uma fonte formal de direitos e

⁶²Gagliano, PabloStolze. **Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo I : teoria geral**.5.ed – São Paulo : Saraiva 2009. Pág. 33

⁶³MÁRIO, CAIO DA SILVA PEREIRA. **Instituições de Direito Civil**. 15ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 2011.

obrigações. Antigamente este princípio era a máxima para determinar o que iria vigorar ou não no contrato.

Este princípio já foi considerado como o predominante no âmbito contratual no século XIX e início do XX, e representou o ápice do princípio da liberdade frente à não interferência estatal no âmbito privado. Venosa menciona a influência que teve o Código Francês em relação à este princípio:

“Todas as codificações que se seguiram no século XIX navegaram em águas do modelo francês (...). O contrato, no sistema francês, é posto como o ponto máximo do individualismo. O contrato vale e é obrigatório, porque assim foi desejado pelas partes. Nesse sentido, diz o art. 1.134 do Código Francês: ‘As convenções feitas nos contratos formam para as partes uma regra à qual devem se submeter como própria lei’ (...). Trata-se do contratualismo levado ao extremo...”⁶⁴

Percebe-se por esta citação a força com que era dotado o princípio da autonomia da vontade e também a força obrigatória que possuía o contrato, foram características essenciais para a época em que vigoraram de forma plena assim.

Deve-se considerar o que representou a Revolução Francesa com respeito aos ideais de liberdade “e preponderância do individualismo”⁶⁵, pois foi nesse contexto que o princípio em discussão teve o seu apogeu. É importante mencionar também, neste momento, o grande defensor da liberdade individual que foi Kant, razão pela qual se nota a importância que o princípio do consensualismo têm para a filosofia do pensador prussiano.

Hoje em dia a interpretação deste princípio é bem diferenciada, pois sofreu uma mitigação em função dos movimentos sociais e o crescente intervencionismo Estatal, mas ainda assim, “nem mesmo os mais exacerbados regimes socialistas, como o soviético, conseguiram abolir o contrato’. Isso porque, se nós prescindirmos

⁶⁴ Venosa, Sílvio de Salvo. **Direito civil : teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** 3. Ed. – São Paulo : Atlas, 2003. – (Coleção direito civil; vol.2) pág. 362

⁶⁵ Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3 – contratos e atos unilaterais.** 8.ed.– São Paulo : Saraiva, 2011. Pág. 41

da noção de vontade, conseqüentemente estaremos negando a própria existência real do contrato”⁶⁶.

3.2.2 Princípio da Força Obrigatória do Contrato

Outro princípio clássico da teoria geral dos contratos é o da força vinculante das convenções, chamado por Cario Mário de princípio da obrigatoriedade e normalmente referido como *pacta sunt servanda*.

O contrato é fruto da liberdade das partes, mas no momento em que for constituído ele ganha força obrigacional que só se desfaz, a princípio, no instante em que a obrigação é cumprida. Essa é a própria essência do *pacta sunt servanda*. Assim é entendido porque quando o contrato é realizado de forma lícita, em conformidade com a ordem jurídica vigente, decorrente da vontade autônoma das partes, ele cria um elo obrigacional entre os dois polos da relação. “A avença estipulada regularmente tem força obrigatória para os que a celebram.”⁶⁷ O contrato assemelha-se à lei como força criadora de direitos, porém em um âmbito mais restrito, que é aquele das partes.

O princípio da força obrigatória do contrato significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada. A ordem jurídica oferece a cada um a possibilidade de contratar, e dá-lhe a liberdade de escolher os termos da avença, segundo suas preferências. Concluída a convenção, recebe esta da ordem jurídica o condão de sujeitar, em definitivo, os agentes.⁶⁸

O pensamento de Kant tem plena ressonância com este princípio. Justifica a obrigatoriedade dessas normas individuais tendo em vista o próprio princípio analisado anteriormente: o contrato tem essa natureza obrigacional justamente porque as partes o aceitaram de forma livre.

Portanto, analisando do ponto de vista de Kant, mesmo essa obrigação vinculadora da vontade das partes, é decorrente do maior dos princípios a ser

⁶⁶Gagliano, PabloStolze. **Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo I : teoria geral**.5.ed – São Paulo : Saraiva 2009. Pág. 35

⁶⁷MÁRIO, Caio da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**. 15ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 2011..Pág 15

⁶⁸MÁRIO, Caio da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**. 15ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 2011.Pág13

defendido pelo ordenamento jurídico, a liberdade, pois o contrato é apenas um meio a disposição dos cidadãos para que eles, determinando seu próprio destino, estabeleçam projetos e criem algumas obrigações de âmbito individual para que alcancem sua realização. Pode-se dizer que em realidade esta natureza obrigacional do contrato é a própria materialização das *leis da liberdade* de Kant, que é a faculdade de adequação àquelas leis que a própria razão do homem dá a ele mesmo. O que muito claramente acontece com este último princípio estudado.

Assim como a autonomia da vontade, passou a ter “um matiz mais discreto, temperado por mecanismos jurídicos de regulação do equilíbrio contratual, a exemplo da teoria da imprevisão”⁶⁹

3.2.3 Princípio da Relatividade Subjetiva dos Efeitos dos Contrato

Da mesma forma que o *pacta sunt servanda*, é possível afirmar que decorre da autonomia da vontade, de acordo com o seguinte raciocínio. O contrato, negócio jurídico bilateral por meio da qual as partes adquirem ou modificam direitos, somente poderá ser considerado válido, e assim tutelado pelo ordenamento jurídico, se os indivíduos participantes fizeram o acordo de forma livre e consciente.

O contrato, conforme dito repetidas vezes neste trabalho, é fruto da liberdade das partes envolvidas nele, e se for lícito⁷⁰ será também obrigatório de acordo com o princípio do *pacta sunt servanda*. É justamente nesta afirmação que repousa a definição do princípio da relatividade subjetiva dos efeitos. “Regra geral, os contratos só geram efeitos entre as próprias partes contratantes, razão por que se pode afirmar que a sua oponibilidade não é absoluta ou *erga omnes*, mas, tão-somente, *relativa*”.⁷¹

Fato que é esperado pelo entendimento da Teoria Geral dos Contratos. Não há que se considerar, salvo algumas exceções⁷², que sujeitos que não declararam

⁶⁹ Gagliano, PabloStolze. **Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo I : teoria geral**.5.ed – São Paulo : Saraiva 2009. Pág. 39

⁷⁰ Lícito, haja vista que o contrato é uma forma específica de negócio jurídico, portanto, todas as regras aplicáveis ao negócio jurídico deverão ser também aplicadas ao contrato, como a capacidade do agente, a forma e o objeto. Exigências essas dispostas do art. 104 a 114 do Código Civil.

⁷¹ Gagliano, PabloStolze. **Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo I : teoria geral**.5.ed – São Paulo : Saraiva 2009. Pág. 40

⁷² Por exemplo: Estipulação em favor de terceiro (art. 436 a 438 do Código Civil) e contrato com pessoa a declarar (art.467 a 471 do Código Civil).

suas vontades e não consentiram com o objeto e termos de um contrato qualquer, sejam vinculados ou venham a sofrer efeitos jurídicos pela ação de outros.

“Como negócio jurídico, em que há a manifestação espontânea da vontade para assumir livremente obrigações, as disposições do contrato, a *priori*, somente interessam às partes, não dizendo respeito a terceiros estranhos à relação jurídica”⁷³

3.3 Dos Princípios Sociais dos Contratos

A autonomia da vontade, a força obrigatória do contrato e o princípio da relatividade subjetiva dos efeitos dos contratos são considerados princípios clássicos do direito contratual e por clássicos pode-se também entender individuais.

Assim como foi mencionado anteriormente, houve uma grande modificação na Teoria Geral dos Contratos com o advento do Novo Código Civil e com a evolução das sociedades e da economia. Em nosso ordenamento jurídico essas mudanças, de acordo com o foco do presente trabalho, estão representadas basicamente pelos princípios sociais dispostos no Código de 2002 e que passarão a ser objeto de estudo a partir deste momento.

Os mencionados princípios são em verdade

“cláusulas gerais ou conceitos abertos (indeterminados) que, à luz do princípio da concretude, devem ser preenchidos pelo juiz, no caso concreto, visando a tornar a relação negocial economicamente útil e socialmente valiosa”⁷⁴

Trata-se de uma resposta jurídica frente ao desenvolvimento mostrado pelo mercado, pois os contratos, em sua maioria, tornaram-se “negócios de massa. O mesmo contrato, com idênticas cláusulas, é imposto a número indeterminado de pessoas que necessitam de certos bens ou serviços”.⁷⁵

Nos negócios de massa já é possível ver a relativização de um dos aspectos da autonomia da vontade; àquela que diz respeito à liberdade de deliberação das cláusulas constantes no acordo. Mas aprofundando-se mais a natureza dos

⁷³Gagliano, PabloStolze. **Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo I : teoria geral**.5.ed – São Paulo : Saraiva 2009. Pág. 40

⁷⁴Gagliano, PabloStolze. **Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo I : teoria geral**.5.ed – São Paulo : Saraiva 2009. Pág. 43

⁷⁵Venosa, Sílvio de Salvo. **Direito civil : teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. Ed. –São Paulo : Atlas, 2003. – (Coleção direito civil; vol.2) pág. 368

contratos é forçoso admitir que o princípio da relativização dos efeitos do pacto para as partes constantes também não é absoluto.

“Imagine-se, por exemplo, o contrato para a construção de uma obra de vulto, ou, até mesmo, a instalação de uma indústria. Tal negócio não pode ser avaliado apenas sob o prisma forma de seus pressupostos de validade – agente capaz, objeto lícito, forma prescrita em lei etc. E os seus reflexos ambientais? E os seus reflexos trabalhistas? E os seus reflexos sócias? O Contrato, portanto, para poder ser chancelado pelo Poder Judiciário deve respeitar regras formais de validade jurídica, mas, sobretudo, normas superiores de cunho moral e social, que, por serem valoradas pelo ordenamento como inestimáveis, são de inegável exigibilidade jurídica”⁷⁶

É neste contexto que está a importância dos princípios sociais, pois questões como as suscitadas por Gagliano na citação a cima não podem ser ignoradas. Percebe-se que hoje em dia a não intervenção do Estado na esfera privada não garante a justiça, ou seja, não é suficiente para promover a desejada pacificação social. Pois em verdade os efeitos que os contratos podem provocar são bem mais significativos que anteriormente. Aí está a importância dos princípios sociais.

3.3.4 Princípio da Função Social do Contrato, as modificações que acarreta e sua convergência à Teoria do Direito de Kant

Exposto no art. 421 do atual Código Civil nos seguintes termos:

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

Este princípio relativiza aquele clássico que é usualmente considerado causa fonte da criação de um contrato, desafiando assim a “concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade”⁷⁷. Os pressupostos de validade não são mais os únicos que devem ser observados para que o contrato tenha aquela força obrigacional que lhe é peculiar.

A nova regra prevista no artigo mencionado do Código Civil ao incutir mais pressupostos que devem ser seguidos causou um enfraquecimento da liberdade contratual ao relativizar o seu próprio princípio fonte, como bem observa Caio Mário:

⁷⁶Gagliano, PabloStolze. **Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo I : teoria geral**.5.ed – São Paulo : Saraiva 2009. Pág. 43

⁷⁷ MÁRIO, CAIO DA SILVA PEREIRA. **Instituições de Direito Civil**. 15ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 2011..Pág 12

“limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e esta deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório (...) dentro desta concepção, o Código consagra a rescisão do contrato lesivo, anula o celebrado em estado de perigo, combate o enriquecimento sem causa, admite a resolução por onerosidade excessiva, disciplina a redução de cláusula penal excessiva.”⁷⁸

Esta nova regra do Código Civil pressupõe a compreensão de que o Contrato não tem apenas o papel de servir aos interesses das partes envolvidas de forma exclusiva, “fora do mundo que o cerca”⁷⁹. Esse peculiar Negócio Jurídico é um instrumento de circulação de riquezas, interferindo diretamente na economia, sendo por esta razão um meio importante de desenvolvimento social. Pamplona faz essa afirmação no seu livro de curso de direito e Caio Mário afirma que

“(...) o mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo a consequência seria a estagnação da vida social”⁸⁰.

Por esta razão, com a evolução da sociedade, tornando-se clara a necessidade de uma intervenção estatal a fim de restabelecer e garantir a ordem e bem estar.

Mas essa relativização da liberdade contratual não deve ser vista como algo que chega a ameaçar a noção clássica deste negócio jurídico, como mostra entendimento da primeira jornada de direito civil em seu enunciado 23:

“23 – A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”⁸¹

Portanto, pensando a partir do pensamento de Kant, o princípio da função social não deve ser visto como uma mitigação prejudicial à autonomia da vontade e liberdade contratual. Pois o que deve ser prioritariamente defendido pelo Direito de

⁷⁸ MÁRIO, CAIO DA SILVA PEREIRA. **Instituições de Direito Civil**. 15ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 2011..Pág 12

⁷⁹ Ibidem

⁸⁰ MÁRIO, CAIO DA SILVA PEREIRA. **Instituições de Direito Civil**. 15ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 2011..Pág 10

⁸¹ I Jornada de Direito Civil. Disponível em:

http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf acessado às: 19h 5 min de 02 de outubro. 2012

acordo com Kant são os efeitos dos atos oriundos da liberdade de cada indivíduo para que esses atos não sejam um obstáculo na liberdade de outros cidadãos. “o que não se pode é, em uma sociedade pluralista e que se propõe a ser livre, justa e solidária desprezar as repercussões sociais de cada ato e negócio jurídico”.⁸²

Isto é, por mais que o indivíduo seja um ente em si mesmo, ele é também um homem social nos dizeres de Aristóteles. E mesmo considerando o que dizem as diversas linhas de pensamentos filosóficos a respeito da natureza humana, é forçoso admitir que suas ações repercutem no meio em que vivem e por esta razão faz-se necessária a presença do Direito a sancionar seus atos a fim de que possam coadunar-se com outros indivíduos de sua comunidade. Nas palavras de Miguel Reale:

“De ‘experiência jurídica’, em verdade, só podemos falar onde e quando se formam relações entre os homens, por isso denominamos relações intersubjetivas, por envolverem sempre dois ou mais sujeitos. Daí a sempre nova lição de um antigo brocardo: *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito). A recíproca também é verdadeira: *ubi jus, ibi societas*, não se podendo conceber qualquer atividade social desprovida de forma e garantia jurídicas, nem qualquer regra jurídica que não se refira à sociedade”.⁸³

O Direito é, por conseguinte, um *fato* ou *fenômeno social*...⁸⁴ Por esta razão o princípio da função social é plenamente concordante com a visão mais clássica, individualista do direito (ainda que a união das duas provoque uma modificação da última); haja vista seu objetivo ser realmente a pacificação social com vistas no controle dos efeitos de uma ação individual, de um homem que busca realizar-se na sociedade, perante a liberdade de outros sujeitos.

3.3.5 Boa Fé Objetiva

Antes de tudo, adverte Pamplona, é necessário fazer uma distinção entre a boa fé objetiva e a subjetiva, pois embora o Código de Civil de 1916 não tenha consagrado de forma expressa o princípio da boa fé⁸⁵, ele já estava presente, em

⁸²Rodolfo Pamplona Filho. Esboçando uma teoria geral dos contratos. Jus Navigandi disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/6726/esbocando-uma-teoria-geral-dos-contratos> Acessado às 19:10 de 02 de outubro .2012

⁸³Reale, Miguel, 1910. **Lições preliminares de direito** / Miguel Reale. – 17.ed. ver. E atual. – São Paulo : Saraiva, 1990. Pág. 02

⁸⁴Ibidem

⁸⁵O que provocou severas críticas de Caio Mário considerando que códigos ainda anteriores a ele já o tinham feito, como o Código Francês e o Alemão.

alguma medida, em alguns dos seus artigos como um estado subjetivo do agente. Também Carlos Roberto Gonçalves diz:

“A boa fé subjetiva esteve presente no Código de 1916, com a natureza da regra de interpretação do negócio jurídico. Diz respeito ao conhecimento ou à ignorância da pessoa relativamente a certos fatos, sendo levada em consideração pelo direito, para os fins específicos da situação regulada.”⁸⁶

A boa fé subjetiva diz respeito à consciência do indivíduo, a “um estado de ânimo ou de espírito do agente que realiza determinado ato ou vivencia dada situação sem ter ciência do vício que a inquina”⁸⁷. É uma regra de interpretação quanto ao conhecimento do sujeito frente às obrigações que obteve para si por meio do contrato, esse estado de ignorância permite, inclusive, a anulação dos negócios jurídicos praticados caso se trate de erro substancial.⁸⁸

Mas grande mudança adveio à teoria clássica dos contratos com a adoção da boa fé objetiva no Código Civil de 2002. Ela se traduz em verdadeira regra de comportamento que as partes devem seguir, aparece como um “dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos”⁸⁹. É contraposta à boa fé subjetiva, porque não diz respeito ao estado mental do agente, mas ao seu comportamento objetivo frente a situações específicas na vida jurídica. “A boa fé serve como elemento interpretativo do contrato, como elemento de criação de deveres jurídicos (...) e até como elemento de limitação e ruptura de direitos”⁹⁰

Está expresso no art.422 do Código Civil com a seguinte redação: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

É por este princípio que não se pode mais “reconhecer legitimidade ou se dar espaço às denominadas ‘cláusulas abusivas’ (...) quer se trate de um contrato de

⁸⁶ Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3 – contratos e atos unilaterais**. 8.ed.– São Paulo : Saraiva, 2011. Pág. 55

⁸⁷ Gagliano, PabloStolze. **Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo I : teoria geral**.5.ed – São Paulo : Saraiva 2009. Pág. 65

⁸⁸ Art. 138 do Código Civil brasileiro

⁸⁹ Venosa, Sílvio de Salvo. **Direito civil : teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. Ed. –São Paulo : Atlas, 2003. – (Coleção direito civil; vol.2) pág. 379

⁹⁰ MÁRIO, CAIO DA SILVA PEREIRA. **Instituições de Direito Civil**. 15ª edição. Forense: Rio de Janeiro, 2011..Pág 19

consumo que se trate de um contrato civil em geral”⁹¹. E pelo não reconhecimento de determinadas cláusulas contratuais, o que em verdade ocorre é a limitação da liberdade de uma das partes do contrato em relação às cláusulas que desejou incluir no pacto. Trata-se dessa forma, de uma “função delimitadora do exercício de direitos subjetivos”⁹².

3.3.6 A boa fé em relação ao pensamento de Kant

Analisando-se o que este princípio significa, especialmente levando em conta o que foi dito no parágrafo anterior, nota-se a conformidade frente ao pensamento de Kant quanto a adoção da boa fé objetiva como um princípio jurídico consagrado pelo Código Civil.

É importante lembrar o que foi dito no primeiro capítulo do presente trabalho que as leis jurídicas são para Kant um universo dentro da filosofia moral, e o homem deve cumprir o dever pelo simples motivo de ser um dever, não visando nenhum tipo de benefício posterior, sob pena de sua ação não ser considerada ética, mas simplesmente jurídica. Não se discute aqui a possibilidade dos homens conseguirem ou não agir de maneira ética da forma proposta por Kant, mas apenas demonstrar a importância que o filósofo dá a um comportamento ético e moral nas ações do homem.

José Delgado, Ministro do Superior Tribunal de Justiça faz uma ligação entre o princípio sendo estudado neste momento e o pensamento de Kant, com respeito à importância da ética no âmbito jurídico, mostrando assim, pelo pensamento do filósofo prussiano, a total concordância com o que ele representa:

“(...) buscado pelo Novo Código Civil é o defendido pela corrente kantiana: é o comportamento que confia no homem como um ser composto por valores que o elevam ao patamar de respeito pelo semelhante e de reflexo de um estado de confiança nas relações desenvolvidas, quer negociais, quer não negociais. É, na expressão kantiana, a certeza do dever cumprido, a tranqüilidade da boa consciência”⁹³

⁹¹Gagliano, PabloStolze. **Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo I : teoria geral**.5.ed – São Paulo : Saraiva 2009. Pág. 76

⁹² Ibidem

⁹³Artigo de Flávio Tartuce, disponível

em:<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=3> acessado às 02 de outubro. 2012 .

A má fé no âmbito contratual relativiza as obrigações estipuladas no acordo, como pode ser visto no art. 147 do Código Civil: “Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.” Além do mais, diz o art. 145 do mesmo código que os negócios jurídicos serão anuláveis quando o dolo for sua causa.

3.3.7 Princípio da equivalência Material

O terceiro dos princípios sociais, é visto por Rodolfo Pamplona como um desdobramento da função social do contrato e da boa fé objetiva. Visa o “equilíbrio entre as prestações das partes pactuantes, evitando-se, assim, o abuso do poder econômico e a tirania – já anacrônica – vetusto *pacta sunt servanda*.”⁹⁴

Assim como mostrado por Kant em sua teoria, o direito deverá garantir para cada indivíduo a liberdade básica para buscar o que entende melhor na vida em sociedade, e por isso deverá apenas quando necessário e para dar formas às relações dos homens, interferir em seus acordos. A intervenção do Estado no âmbito contratual como foi estudado nestes princípios se faz necessária em função da atual condição econômica e social em que os homens se encontram e por esta razão

“o princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direito e deveres no contrato, antes, durante, e após a sua execução para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes (...) o que interessa não é mais a exigência cega do cumprimento do contrato (...) mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra”.⁹⁵

Grande importância reveste este princípio em especial ao se considerar as relações consumeristas, onde grandes empresas realizam contratos com partes notadamente vulneráveis, seja pela falta de conhecimento técnico do produto seja pelo desequilíbrio econômico. O fato é que o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, em seu inciso I, qualificou o consumidor como parte vulnerável no

⁹⁴Gagliano, PabloStolze. **Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo I : teoria geral.5.ed** – São Paulo : Saraiva 2009. Pág. 61

⁹⁵Gagliano, PabloStolze. **Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo I : teoria geral.5.ed** – São Paulo : Saraiva 2009. Pág. 60

mercado de consumo – ou seja, de contratos em âmbito específico. Justificando ainda mais a aplicação deste princípio.

Com o estudo dos princípios clássicos e suas forma de atuação no âmbito contratual e análise das mudanças que os princípios sociais trouxeram ao entendimento tradicional da Teoria Geral dos Contratos é forçoso chegar à conclusão de que a idéia de Kant sobre a Teoria do Direito é profundamente acertada e consciente.

Ao examinar os princípios citados é notável o quanto a teoria de Kant pode ser aplicada à eles, e conseqüentemente, ao instituto do contrato em si, apesar das constantes modificações que sobrevêm à ordem jurídica.

Confirma-se o fato de que uma teoria metafísica do Direito, como foi a desenvolvida por Kant, baseada não em fatos empíricos, mas na razão pura em si, pode ser aplicada a todos os casos particulares, pois não se trata de um caso específico, mas à universalidade das situações que podem vir com as constantes mudanças ao longo da evolução da sociedade.

CONCLUSÃO

No primeiro capítulo desta monografia foi apresentado, como uma introdução ao pensamento de Kant, o contexto histórico do surgimento do Estado Liberal. Quais as correntes teóricas que buscavam limitar os poderes do Estado Absolutista. Foi necessário fazer essa pequena introdução ao pensamento de Kant propriamente dito, pois sua filosofia foi base para a defesa do Estado Liberal, já que reconhece a liberdade como um direito natural fundamental ao homem.

Foi desenvolvida a Teoria do Direito de Kant, mostrando antes a *Metafísica dos Costumes* e que lugar ocupa o direito dentro desta filosofia.

Por meio de estudos do livro da *Metafísica dos Costumes* de Kant e bibliografia de Norberto Bobbio relativa ao filósofo foi demonstrado que o Direito para Kant se insere no universo da filosofia Moral e corresponde ao que pode ser conhecido como Leis da Liberdade, contrapostas às leis da natureza, que submetem o homem assim como qualquer outro ente natural.

Foi estabelecido que o maior momento de liberdade que o homem pode experimentar é a criação de leis morais. A ação do homem em consonância com seu intelecto, livre que é da esfera sensorial e fenomênica, é o que lhe traz felicidade. Pois estabelecer uma ação física de acordo com ditames da razão pura é a própria expressão da liberdade em seu mais amplo aspecto.

O direito está presente justamente para proporcionar aos homens a possibilidade de agir de forma livre, exigência de sua própria natureza, sem causar nenhum tipo de dano aos outros cidadãos.

O contrato é o instituto que torna possível ao homem agir no mundo jurídico provocando efeitos e gerando leis particulares que ele mesmo estabeleceu para ele. Tal instrumento é como um reflexo de sua liberdade inata representada pelo princípio da autonomia da vontade.

Posteriormente, já no segundo capítulo, foi apresentado o desenvolvimento dos contratos do ponto de vista sociológico como foi estudado por Durkheim. Mostrou-se que no início somente por meio de procedimentos profundamente solenes era possível duas partes estabelecerem obrigações tuteladas civilmente e ,

por conseguinte, irrevogáveis depois de assumidas. Além disso, era também muito presente o aspecto sacramental nas relações cíveis como forma de oficializar os pactos feitos.

Por meio de um lento processo foi-se modificando a forma de acordo entre os homens em decorrência da evolução social e econômica que a sociedade, no caso a romana de acordo com Alexandre Corrêa, passou. Os ritos solenes e o caráter religioso das fórmulas pronunciadas foram pouco a pouco deixando de existir dando ao contrato um caráter mais prático e vantajoso.

Grande mudança acontece com o contrato consensual, pois foi nessa forma de contrato que houve a possibilidade de contratar obrigações de forma bilateral, o que antes não era possível por meio de apenas um contrato. Mas o principal fato que ocorreu a esta altura da evolução contratual foi o aspecto sacramental dos ritos, que deu espaço à vinculação das vontades por determinação legal. As solenidades também decaíram para os contratos corriqueiros, restando apenas uma forma bem simples de adquirir as obrigações, que era a declaração de vontade dos homens.

Neste contexto surgiu a idéia da boa fé como um elemento importante na esfera contratual, pois passou a ser subentendida nas declarações, no sentido de que as partes que determinavam obrigações à elas mesmas estavam realmente dispostas a adimplirem o combinado.

Grande importância tomou então a maneira como a vontade era expressa, pois deveria ser livre de qualquer violência extracontratual para que fosse legítima e tivesse a possibilidade de vincular as ações do homem no sentido acordado. Foi neste momento que surgiu os contratos equitativos. Forma final do instituto que vemos hoje no sistema jurídico. Ele é bilateral, presumidamente de boa fé, e em tese, sem muitas formas especiais determinadas por lei para que possa gerar efeitos jurídicos.

No último capítulo foi estudada a noção de contrato de acordo com doutrinadores como Caio Mário, Roberto Gonçalves, Rodolfo Pamplona e Sílvio Venosa. Desenvolveu-se o conceito de Negócio Jurídico, pois os Contratos são uma forma específica destes negócios.

Após a conceituação foi delimitada a significação de três princípios contratuais clássicos, assim como entendidos à época de sua influência máxima. São os princípios da autonomia da vontade, da força obrigatória dos contratos e da relatividade subjetiva dos efeitos dos contratos.

Ao pesquisar o que cada um desses princípios significava em relação à esfera jurídica chegou-se à conclusão que à medida que as teorias intervencionistas, sociais, foram ganhando mais espaço os princípios clássicos foram tendo uma crescente relativização. Isso porque princípios como a autonomia da vontade e os outros que tiveram o seu apogeu na mesma época deste vigoraram em plena época do Estado Liberal, onde o individualismo mais se fez sentir.

Talvez por essa razão foi de conhecimento claro a facilidade para vincular a Teoria do Direito de Kant aos princípios clássicos dos contratos, dado o caráter eminentemente liberal do pensamento do filósofo.

O que se conclui ao estudar os princípios sociais, admitidos em nosso sistema no Código Civil de 2002, foi que em verdade embora as grandes mudanças consequentes da incorporação dos princípios da função social dos contratos, da boa fé e equivalência material dos contratos pareçam levar a teoria contratual a uma direção bem diferente da clássica, o pensamento de Kant continua atual.

A intervenção estatal é feita somente na medida em que a autonomia da vontade das partes possa causar alguma desordem no âmbito social, ainda que possua todos os elementos exigidos para um Negócio Jurídico produzir seus efeitos.

Deve-se considerar que de acordo com Kant o Estado tem a permissão de interferir nas relações privadas somente para regular as formas dos contratos ou outras relações a fim de impedir que a liberdade de um indivíduo não gere efeitos negativos na de outrem. E é justamente essa a idéia dos princípios novos do Código Civil de 2002.

Ao examinar esses princípios é notável o quanto a teoria de Kant pode ser aplicada à eles sem ressalvas apesar das constantes modificações que sobrevêm à ordem jurídica.

É interessante chegar à conclusão do que foi previsto pelo filósofo ao criar uma teoria do Direito que ele mesmo chamou de saber filosófico puro, já que derivado do intelecto puro. Uma teoria como esta é, em tese, plenamente aplicável a qualquer caso concreto; independente de tempo ou localidade; uma vez que se baseia em um conhecimento *a priori*, metafísico, desvinculado de aspectos individuais e específicos.

REFERÊNCIAS

Artigo de Flávio Tartuce, disponível em:

<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=3> acessado às 02 de outubro. 2012 .

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 2ª ed; tradução: Alfredo Fait. –São Paulo: Mandarim, 2000

Código Civil http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm acesso em 05 de outubro. 2012

Durkheim, Emile. **Lições de sociologia**. Edição São Paulo. T A Queiroz, 1983

Gagliano, Pablo2Stolze. **Novo curso de direito civil, volume I: parte geral**.13.ed – São Paulo : Saraiva 2011.

Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3 – contratos e atos unilaterais**. 8.ed.– São Paulo : Saraiva, 2011

Hoffe, Otfried. **Immanuel Kant / OtfriedHoffe**; Tradução Christian Viktor Hamm, Valerio Rohden. – São Paulo:Martins Fontes

Kant, Immanuel. **Introdução ao Estudo do Direito, Doutrina do Direito**. 2ª ed. Edson Bini

Pereira, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Rio de Janeiro** : Forense, 2012

Pereira, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Rio de Janeiro** : Forense, 2012

Primeira jornada de Direito Civil. Disponível em:

http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf acessado às: 19h 5 min de 02 de outubro. 2012

Rodolfo Pamplona Filho. Esboçando uma teoria geral dos contratos. Jus Navigandidisponível em <http://jus.com.br/revista/texto/6726/esbocando-uma-teoria-geral-dos-contratos> Acessado às 19:10 de 02 de outubro .2012

Reale, Miguel, 1910. **Lições preliminares de direito** / Miguel Reale. – 17.ed. ver. E atual. – São Paulo : Saraiva, 1990

Venosa, Sílvio de Salvo. **Direito civil : teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. Ed. –São Paulo : Atlas, 2003. – (Coleção direito civil; vol.2)

Venosa, Sílvio de Salvo. **Direito civil : parte geral**. 8. Ed.–2.reimpr. –São Paulo : Atlas, 2008. – (Coleção direito civil; vol.1)