

# Doutrina

## BREVES ACENOS PARA UMA ANÁLISE ESTRUTURALISTA DO CONTRATO

CALIXTO SALOMÃO FILHO

*1. Introdução: da sociedade individualista à sociedade desorganizada. 2. O intimismo do direito privado. 3. A hierarquia substitui o direito. 4. O retorno do direito. 5. Medidas estruturais. 6. Organização de interesses e cooperação: a) Condições para a cooperação; b) Papel do direito no impulso à cooperação; c) Cooperação, organização e disciplina dos contratos. 7. A organização em torno do objetivo comum. 8. Os instrumentos de organização das relações intra-contratuais: causa, boa-fé e disciplina do conflito de interesses: a) Causa e comunhão de objetivos; b) Breves acenos históricos sobre a evolução da causa no direito privado; c) A causa no ordenamento civil brasileiro; d) Princípios da boa-fé e da vedação do conflito de interesses: a idéia da comunhão de esforços; e) Deveres positivos decorrentes do princípio da boa-fé; f) Vedação ao conflito de interesses: do direito comercial ao direito privado. 9. Conclusão: contratos, estruturas e organização social.*

### **1. Introdução: da sociedade individualista à sociedade desorganizada**

Um dos traços mais marcantes da sociedade moderna é a substituição das relações jurídicas pelas relações hierárquicas (e de poder) como instrumento de organização das relações sociais.

Segundo a idéia aqui defendida, as causas dessa transformação não se encontram somente no campo econômico e nas espécies de relações de poder ali gestadas. A postura do direito com respeito às relações sociais também influenciou e muito essa situação. Entre outros problemas, a postura intimista do direito privado, crente de que a regulamentação das relações entre particulares só influenciaria os particulares envolvidos naquela específica situação jurídica, e crente de que essas relações deve-

riam ser resolvidas a partir da consideração exclusiva de seus interesses individuais, muito contribuiu para isso.

Esse traço é particularmente evidente no campo da disciplina civil e comercial dos contratos.

### **2. O intimismo do direito privado**

Há um aspecto muito interessante e muito pouco cuidado da evolução do direito privado desde o Código Civil francês de 1804, marco liberal-individualista do século XIX, até os dias de hoje. Trata-se da perda de unidade do direito privado.

Como destaca F. Wieacker, o positivismo dogmático do século XIX havia se preocupado com a construção de uma teoria geral do direito privado com base no racionalismo jurídico, mas, sobretudo, com a expansão para a sociedade (e para outros

campos do direito) do modelo jurídico da sociedade burguesa. Assim, a teoria do direito privado, em especial a pandectística, serviu de modelo no século XIX para a elaboração da teoria geral do direito do Estado e do direito penal.<sup>1</sup>

No século XX desaparece essa prevalência do direito privado. Um primeiro e necessário movimento é a separação dos campos sensíveis do direito social do direito privado.<sup>2</sup> Assim, a autonomia do direito do trabalho e a idéia crescente de regulação dos mercados por meio do Estado, iniciada com a crise de 1929, é que leva à sistematização do direito econômico. Esse movimento, óbvio em função das necessidades de tutela específica – e publicística – de relações de interesse comum tem um efeito secundário relevante e poderosamente influente sobre a sorte do direito privado no século XX. Trata-se do intimismo crescente desse ramo do direito. Liberado das relações mais claramente de interesse comum, reforça-se a crença de que o direito privado pode ser visto como um ramo auto-integrado voltado a regulamentar relações entre particulares e no interesse específico destes.

Mais recentemente, essa crença vem a ser reforçada no campo econômico, em especial pela análise econômica do direito. Segundo essa teoria, cujos fundamentos ultraliberais são bem conhecidos, tentativas de incluir preocupações redistributivas no direito privado levam necessariamente a acréscimos dos custos econômicos das transações para as partes e, portanto,

desestímulo a elas próprias.<sup>3</sup> Reforça-se a crença de que o intimismo do direito privado não é apenas um produto da história mas sim uma necessidade lógica para o próprio funcionamento do direito privado.

Como se verá a seguir, ambas as crenças carecem de sustentação teórica e fática. Mais ainda, essa crença é um poderoso fator de desorganização das relações sociais, pois faz com que uma enorme série de relações (as privadas) sejam consideradas neutras em relação à disciplina das relações sociais. Sua influência sobre estas passa então a ser determinada não por regras jurídicas (e seus imanentes valores), mas sim por relações hierárquicas, em especial, relações de poder.

### 3. A hierarquia substitui o direito

Um dos movimentos mais importantes do século XX em matéria de organização (ou desorganização) das relações sociais decorre da substituição operada na sociedade moderna de relações jurídicas por relações de hierarquia.

Essa substituição se dá, de um lado, em decorrência do fortalecimento do poder econômico e privado na sociedade capitalista e, de outro, em função do encolhimento do direito a uma função meramente passiva e contemplativa. No campo do direito privado, esse encolhimento revela-se por meio de tendência intimista discutida acima (v. item 2). Há, então, a substituição do direito pela hierarquia. A razão é bastante simples e suas conseqüências têm sido muito pouco investigadas pela teoria jurídica.

Trata-se do fato, hoje bem reconhecido pela teoria econômica, de que a racionalidade de atuação dos agentes econômicos os leva naturalmente ao abuso. Esse fato,

3. Cf., entre outros, em especial no campo dos contratos, R. Crasswell, "Passing on the costs of legal rules: efficiency and distribution in buyer-seller relationships", in *Stanford Law Review* n. 43 (1991), pp. 361 e ss.

1. Cf. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, p. 543.

2. Evidentemente, essa passagem é muito mais complexa do que aqui descrito. Não há apenas o destaque de normas do corpo do direito civil. Há a verdadeira formação de novos sistemas normativos, tendo por vértice a Constituição, que lhes dá unidade. É o constitucionalismo do século XX que permite, portanto, dar unidade ao novo polissistema que vem substituir o monossistema novecentista – cf., a respeito, N. Irti, *L'Età della Decodificazione*, 3ª ed., Milão, Giuffrè, 1989, pp. 72 e ss.

reconhecido, repita-se, pela teoria microeconômica, justificou a introdução no direito antitruste de regras estruturais para conter o poder no mercado. A única e exclusiva justificativa da existência dessas regras é que em sua ausência as tradicionais normas de conduta não são capazes de disciplinar a atuação das empresas com poder econômico. Isso porque a naturalidade do abuso modifica o padrão de comportamento do agente que passa a ter como comportamento normal o abuso. Esse abuso deixa de ser exceção, transformando-se em regra. Nessa hipótese, a correção desse padrão por normas de conduta é bastante ineficaz pelo simples fato de que essas normas estão voltadas à sanção de atos isolados, sendo incapazes de disciplinar (e sancionar) uma atividade continuada ou um padrão de comportamento.

Essa constatação é capaz de produzir efeitos em todos os ramos do direito. É difícil imaginar que o sistema jurídico, baseado primordialmente em normas de conduta, possa bem funcionar dominado por agentes econômicos cuja racionalidade é o abuso. Esse é o ponto de interesse geral para o direito. Difundido em determinada sociedade o poder econômico privado, o padrão de comportamento passa a ser o abuso de direitos. Como o direito, baseado em norma de conduta, não é bem capaz de disciplinar essas relações,<sup>4</sup> a sociedade passa a ser organizada a partir das relações de dominação, em uma versão moderna da sociedade escravista. A hierarquia substitui o direito.

Se o direito deve, através da inclusão e reequilíbrio das relações de poder, passar a ter essa função procedimental econômica, em que se abre mão da predefinição de resultados econômicos e se propõe a existência de um processo de interação econômica equânime, equilibrado e não domi-

nado por relações de poder, muitas das questões formuladas na introdução a esse capítulo encontram resposta. Exatamente porque não há e não é possível buscar um resultado único nas relações interindividuais e intersociais, é possível imaginar que a aplicação singular das normas ao caso concreto possa se fazer sem criar problemas de coerência. Aquela preocupação expressada no início com a formulação de políticas públicas em decisões individuais de juízes ou intérpretes perde muito de seu sentido. Se essas decisões individuais forem endereçadas à conformação desse devido processo econômico, participativo e equilibrado, o resultado social e econômico necessariamente será aprimorado.

#### 4. O retorno do direito

Os objetivos acima expostos e o endereçamento das normas a eles ligados contrastam em absoluto com a marcha do direito privado e, em especial, com a perda de sua unidade no século XX. Essa perda de unidade decorre basicamente da incapacidade da sociedade liberal em lidar com os desafios sociais do século XX. Ora, se a sociedade liberal, baseada nos princípios individual-libertários do século XIX não podia subsistir, tampouco poderia fazê-lo a sua principal criação no campo jurídico: o direito privado unitário.<sup>5</sup>

Várias podem ser as interpretações da crise do capitalismo do início do século XX. Uma delas é sem dúvida excesso de poder (econômico) causado por seu funcionamento livre. Muitas das grandes crises sociais (e humanas) do século XX foram decorrência de concentração desmesurada e desregulamentada de poder (econômico). A concentração do poder econômico tem papel importante na queda da República de Weimar e ascensão do nazismo e na própria crise de 1929 no mercado de capitais norte-americano.

5. V. para as várias conseqüências dessa perda de unidade a análise ampla de F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., pp. 543 e ss.

4. Cf. sobre a relação entre o tipo de norma e sua função na sociedade, C. Salomão Filho, "Direito como instrumento de transformação social e econômica", in *Revista de Direito Público da Economia*, v. 1, 2003, pp. 15-44.

Não é de espantar, portanto, que a perda de unidade do direito privado tenha tido como foco exatamente lidar com os reflexos desse poder desmesurado e o conseqüente desequilíbrio causado nas relações sociais.

Essa perda de unidade foi fruto, na verdade, de dois movimentos. De um lado, o aparecimento de disciplinas orientadas a criar direitos sociais reequilibradores de relações que, reguladas pelo direito privado, criavam evidentes desequilíbrios. É o caso típico do direito do trabalho e da necessidade de dar tutela especial aos trabalhadores nos contratos individuais (e coletivos) de trabalho. Mais recentemente, essa tendência revela-se também em outros ramos, como o direito do consumidor.

De outro lado, há também uma tentativa de disciplinar e fiscalizar as estruturas de poder através de regulamentos e instituições para criá-los, aplicá-los e fiscalizar seu cumprimento. Trata-se da construção, sobretudo a partir dos anos 1930, do aparato regulamentar de fiscalização, que hoje constitui boa parte do chamado direito econômico.

Compreendidos dentro da lógica de um capitalismo cada vez mais dominado por estruturas de poder econômico, esses dois sentidos da fragmentação ganham em coerência. Correspondem, na verdade, ao mesmo tipo de movimento que, no direito constitucional, buscou combater o poder político.

Ali a limitação do poder político se deu, historicamente, através dos direitos individuais, de um lado, e das garantias institucionais, de outro. Na história constitucional, os direitos individuais serviram como cláusulas garantidoras de direitos mínimos na relação naturalmente desequilibrada indivíduo/Estado. As garantias institucionais, de outro lado, representaram instrumento de controle e fiscalização e limitação do exercício do poder.

A analogia quase perfeita de instrumentos não deve levar a enganos. Os resul-

tados são bastante diversos. Se no campo político, com todos os percalços e dificuldades, foi possível limitar o poder político, estruturando regimes democráticos, o mesmo não ocorreu no campo econômico. As estruturas de poder continuam dominantes e, aparentemente, cada vez mais capazes de levar adiante seus interesses. Uma das razões para isso está sem dúvida nos diferentes limites estruturais que enfrenta cada tipo de poder.

O poder político tem limite estrutural importante, e que consiste exatamente no voto popular. Periodicamente esse poder é desfeito ou refeito segundo o voto, atomizado e individual (ainda que, como sabido, influenciável por outros tipos de poder – inclusive o econômico) dos cidadãos.

O mesmo não ocorre com o poder econômico. Não há limite legal sério ao seu desenvolvimento. Ao contrário, como visto, a legislação só faz estimular o seu contínuo crescimento.

Dá a premência de se desenvolver um raciocínio estruturalista em torno do poder econômico, apto a elaborar soluções e contrapesos estruturais, aptos a diluir esse poder e incluir novos interesses, e não meramente soluções compensatórias (ou reequilibradoras) tópicas para as relações que envolvem o poder econômico.

## *5. Medidas estruturais*

No direito privado, isso significa que se deve reconhecer função de organização social às regras que disciplinam as relações entre particulares. Se a hierarquia substitui o direito como forma de organização social, em função da concentração de poder, o direito precisa reestruturar-se, abandonando o positivismo e retomando seu papel organizador. A retomada do papel do direito como força organizativa da sociedade em uma realidade de poder econômico concentrado exige, entre outras coisas, que se reconheça o impacto externo das relações entre particulares. É esse impacto ex-

terno que exige do direito privado potencial organizativo.

O reconhecimento dessa função é de rigor e urgente. Como visto acima, a concentração do poder econômico aliada a essa postura intimista do direito é que faz com que na sociedade moderna a hierarquia venha substituindo o direito na estruturação das relações sociais, com a conseqüente desorganização das sociedades.

Ocorre que para atribuir ao direito força organizativa é preciso aprofundar a própria função das normas jurídicas. Generalizando, é preciso criar uma tipologia de normas não a partir de sua fonte de emanção (como preconizam os positivistas), mas sim de seu objeto. É preciso reconhecer de um lado que existem normas por assim dizer protetivas de interesses. Na boa tradição da jurisprudência dos interesses, essas normas (e sua interpretação) devem ter sempre em conta os interesses dos vários grupos envolvidos pela norma, equilibrando-os ou reequilibrando-os quando for necessário. São normas, portanto, em que a proteção de interesses aparece como objetivo imediato. Exemplo claro são as regras de proteção ao consumidor.

Existe um outro tipo de normas, no entanto, que não exige e não envolve a proteção direta, imediata de interesses. Trata-se das chamadas normas organizativas ou organizativo-funcionais. O objetivo dessas normas não é a proteção imediata de interesses, mas sim a organização social com base em certos princípios e valores básicos. A idéia passa a ser não apenas o equilíbrio ou reequilíbrio de interesses no interior da relação jurídica, mas sim a persecução social de certos valores, instrumentais a um *devido processo econômico*. Assim, por exemplo, uma regra de concorrência que põe no valor isonomia econômica o centro de suas preocupações. Não se trata de uma norma que vise a proteger interesses particulares (de concorrentes e/ou consumidores), mesmo que alguns desses grupos sejam considerados mais frágeis. Esse efeito pode até ser obtido, mas é se-

cundário; o objetivo direto, aplicável a todo o processo econômico, é a criação de um ambiente de equilíbrio de poder. Muitas vezes (como, por exemplo, na disciplina dos preços predatórios), esse objetivo é inclusive contrário ao interesse imediato do consumidor. Esse tipo de norma tem efeito sobre as próprias estruturas econômicas. Bem elaborada e aplicada, permite intervir diretamente nas estruturas econômicas que criam ou reforçam situações de poder.

Ora, é do reconhecimento desse segundo tipo de norma que carece o direito dos contratos. É preciso admitir o efeito sobre a sociedade em geral que tem as normas contratuais. É inegável, do ponto de vista intuitivo, o efeito que um grande contrato de fornecimento entre duas empresas pode ter sobre a comunidade (consumidores, meio ambiente, etc.). Falta ao direito reconhecê-lo e tratar a disciplina desse contrato não apenas como uma disciplina de reequilíbrio (formal) de interesses entre as partes envolvidas, mas também como uma disciplina apta a influir nas estruturas econômicas e, portanto, em última instância, na organização social. É preciso reconhecer, portanto, que o direito civil não é formado apenas por normas sobre proteção de interesses, mas também por regras organizativas.

## 6. Organização de interesses e cooperação

Organizar interesse e fazê-los conviver exige, em sua forma mais simples, que se evite o confronto entre eles e se criem forma para compatibilizá-los.

A questão da decisão no interesse individual *vs.* decisão no interesse coletivo é algo que há séculos atormenta a reflexão humana. Como e em quais circunstâncias é possível fazer com que o indivíduo, naturalmente e de esponte própria, coopere com seu semelhante?

O que se procurará demonstrar a seguir é que a resposta a essa pergunta não depende da adoção de pressupostos otimis-

tas ou pessimistas em relação à natureza humana. Demonstra-se, com efeito, que o aparecimento ou não da cooperação é função direta da existência de condições (e instituições) que permitam o seu desenvolvimento. Não por acaso a resposta que tem sido mais recentemente fornecida, e que é particularmente interessante para o presente trabalho, é que o aparecimento da cooperação depende basicamente de um problema de informação.

#### a) Condições para a cooperação

A mais interessante e mais simples expressão do dilema individualismo vs. cooperativismo está no famoso dilema do prisioneiro.<sup>6</sup> Nele o que basicamente se contrapõe é a decisão individual e a decisão no interesse coletivo. A perplexidade que dele resulta refere-se exatamente à incapacidade das partes de cooperarem para

6. O dilema do prisioneiro é um dos primeiros modelos teóricos sobre o qual se estruturou a moderna teoria dos jogos. Sua estrutura é bastante simples. Imaginem-se dois prisioneiros a serem interrogados pela prática do mesmo crime e suponha-se que a cada um deles é dito que se confessar e delatar o outro será perdoado e o outro terá a pena máxima (por hipótese, 20 anos), enquanto que se ambos confessarem e delatarem, ambos terão a pena básica do crime (por hipótese, 10 anos). Por outro lado, se nenhum dos dois confessar, serão aplicadas penas de 5 anos para cada um, relativa ao crime mais simples (por hipótese, único que é possível demonstrar sem a confissão). O comportamento estratégico individual leva ambos os jogadores a confessarem. Essa é seguramente a melhor estratégia individual, pois qualquer que seja o comportamento do outro jogador (e imaginando-se sempre que o outro jogador adotará uma estratégia individual), o comportamento mais conveniente será sempre confessar (pois se o outro não confessar, o primeiro jogador estará livre e se o outro confessar, o primeiro jogador terá evitado a pena máxima). O que ocorre é que, nesse caso, as estratégias individuais representam para os prisioneiros uma opção pior que o comportamento que visa à maximização da utilidade coletiva (que ocorreria se nenhum dos dois confessasse); v. a respeito do dilema do prisioneiro D. Baird, C. Gertner, R. Pickner, *Game Theory and the Law*, Cambridge/Massachusetts/Londres, Harvard University Press, 1994, pp. 48-49.

obter a solução para o conjunto de jogadores considerados.

O interessante é então observar que a solução cooperativa só não é obtida por impossibilidade de informação sobre o comportamento esperado da outra parte e em função do conseqüente comportamento defensivo de um em relação ao outro agente.

O estudo cuidadoso do dilema do prisioneiro e os modernos estudos sobre a cooperação já permitem chegar a algumas conclusões básicas. Três são as condições mínimas para o sucesso de soluções cooperativas: pequeno número de participantes, existência de informação sobre o comportamento dos demais e existência de relação continuada entre os agentes.

Demonstra-se que, sempre raciocinando do ponto de vista estritamente individual, um determinado agente econômico terá tanto mais tendência a cooperar quanto maior for a importância das "rodadas seguintes" do jogo. Traduzindo essa afirmação para termos mais concretos e óbvios: tanto mais haverá tendência a cooperar quanto maior for a importância da relação futura com a contraparte.

Ocorre que todas essas condições são raramente e cada vez menos observáveis no mundo real. A realidade é crescentemente de grandes números e relações impessoais – que tendem a ocorrer uma vez e não se repetir. A tão falada e malfadada globalização só faz acentuar essa tendência e, conseqüentemente, a tendência ao individualismo nas relações sociais.

Conclusão é, portanto, pela necessidade de instituições e valores que induzam e permitam a cooperação.<sup>7</sup>

Muitos são os exemplos históricos a demonstrar a eficácia e até a simplicidade desse tipo de instituição. Talvez o mais eloqüente e mais importante deles seja o cres-

7. Cf. nesse sentido D. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Nova York, Cambridge University Press, 1990, pp 15 e 16.

cimento do comércio na Europa Medieval, que exigiu o restabelecimento de níveis de confiança recíproca em uma realidade de grandes distâncias e pouca informação. Esse renascimento pode ser em grande medida atribuída a regras jurídicas e éticas que aumentaram o nível de informação por meio da criação de critérios contábeis e códigos de conduta uniformes para os mercadores.<sup>8</sup>

Interessante é notar, e aqui está outra prova da relevância dos valores conhecimento e informação na sociedade, que as instituições requeridas pela cooperação são apenas aquelas necessárias para criar as condições de seu aparecimento. Criadas essas condições, o cumprimento das decisões econômicas por ela indicadas se faz no mais das vezes de forma natural e não coercitiva. A análise histórica demonstra que soluções adotadas por meio do método cooperativo trazem consigo um nível muito maior de cumprimento voluntário, sem intervenção de terceiros.<sup>9</sup> Assim, regras bem elaboradas, que criem um ambiente cooperativo, acabam sendo cumpridas e seu descumprimento é controlado e policiado pelos próprios participantes da relação. É exatamente em função desse autocumprimento de normas que é possível afirmar que, em presença de valores e instituições que permitam a cooperação, essa surge naturalmente. Essa conclusão é importantíssima para a fixação do papel do direito no incentivo à cooperação.

#### b) *Papel do direito no impulso à cooperação*

Resulta evidente das linhas acima que em matéria de cooperação a mais impor-

tante tarefa institucional está na criação do ambiente a ela propício.

Existem duas razões bastante claras que permitem chegar a tal conclusão com tanta peremptoriedade. Em primeiro lugar, como já se viu, a cooperação, diversamente do comportamento individual, não aparece naturalmente na sociedade. Não há nessa afirmação qualquer concepção hobbesiana da natureza humana, mas simplesmente o reconhecimento de que existem condicionantes sociais a dificultar seu comportamento. Esse condicionante é basicamente o receio do comportamento estratégico da contraparte. Se assim é, e essa parece ser uma presunção no mínimo razoável, então basta ao direito criar as condições para que desapareça esse receio a fim de que a cooperação encontre campo fértil.

Mas existe ainda uma outra razão para sublinhar o papel do direito na criação de condições para a cooperação. Não é objetivo do presente trabalho substituir o determinismo econômico por um determinismo jurídico que parta de valores predeterminados. O que se quer aqui é apenas permitir que esses valores se transformem a partir de contribuições de toda a sociedade. Daí a busca de valores que possam permitir o autoconhecimento social, como a redistribuição e a difusão do conhecimento econômico. Assim também para a cooperação. Pensar na forma de obtê-la é fundamental para o desenvolvimento econômico, na medida em que abre uma nova alternativa de comportamento social e econômico, eliminando as amarras que prendem o indivíduo ao comportamento egoístico.

Consequência disso é que para o direito a cooperação não deve ser, e não é, um valor absoluto. Naquelas situações em que a cooperação não serve como instrumento de conhecimento social, mas sim como forma de estratificação de decisões e concentração de conhecimento econômico, como ocorre nos cartéis, ela deve ser e é severamente reprimida.

De outro, permitir que a cooperação surja como alternativa ao comportamento

8. P. Milgrom, D. North e B. Weingast, "The role of institutions in the revival of trade: the Law Merchant, Private Judges and the Champagne Fairs", in *Economics and Politics*, n. 2 (1990) pp. 1-23.

9. Cf. nesse sentido D. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, cit., p. 38.

individual é tarefa indiscutível do direito. Trata-se de oferecer mais uma alternativa no campo econômico, ampliando as escolhas. Alternativa importante e necessária para a organização social, pois, como visto supra (item I.6), por meio dela surge a possibilidade de compor e, portanto, incluir mais interesses (ainda que só intra-contratuais) no resultado econômico final.

Em síntese, o que se quer dizer é que dadas as condicionantes sociais e supra-individuais do comportamento humano (receio do comportamento do outro, reciprocidade, etc.) a cooperação não é, atualmente, uma alternativa viável de interação social. E trata-se de uma alternativa muito importante para a organização social. Cumpre, portanto, ao direito criar condições para a sua realização.

Por outro lado, ao serem criados os instrumentos que permitam interações sociais baseadas na cooperação, é razoável acreditar, pelas razões supra expostas, que ela surgirá naturalmente.

### c) *Cooperação, organização e disciplina dos contratos*

Compreendido o valor e a utilidade da cooperação como princípio geral, é preciso entender como e por que é possível aplicá-lo à disciplina dos contratos.

Essa aplicação é bastante complexa, pois exige uma aparente reviravolta no paradigma contratual. A concepção clássica do contrato sempre viu nele representados interesses contrapostos. A disciplina passou então a ser interpretada em função dessa concepção, de contraposição de interesses.

O que se pretende demonstrar é exatamente o oposto, *i.e.*, de que o contrato só tem sentido lógico e teleológico enquanto disciplina criadora de convergência de interesses entre as partes, enquanto estrutura capaz de organizar os interesses das partes conflitantes. Como se verá, assim concebido o contrato terá muito maior e mais positivo efeito sobre a estrutura social.

Nesse sentido, essa análise distingue-se profundamente de outras teorias que procuram revisitar os paradigmas contratuais. Em sua maioria, essas teorias procuram generalizar concepções contratuais originárias de contratos específicos para toda a disciplina contratual. A mais conhecida delas, a teoria dos contratos relacionais, faz exatamente isso:<sup>10</sup> identifica princípios específicos a certos contratos de longa duração, que criam relações – de maior cooperação – entre as partes envolvidas. Procura então generalizar os princípios daí derivados para uma larga gama de contratos. Daí decorrem sensíveis e reconhecidos (pelos seus próprios defensores) problemas teóricos e práticos. O maior deles está sem dúvida na indefinição que se cria entre ideário individualista e comunitário. Inexistindo precisa delimitação dos tipos contratuais sujeitos à concepção relacional e seus princípios comunitários, a interpretação contratual flutua entre princípios comunitários e individualistas.<sup>11</sup>

Não é assim na visão organizativa. O que se procura demonstrar é que todos os contratos, independentemente de tipologia, devem ter na visão moderna como objetivo a organização dos interesses envolvidos. A tarefa passa a ser então identificar os pontos de convergência entre os interesses envolvidos. Com relação a eles, a cooperação pode se realizar.

10. Cf., a respeito, o trabalho clássico de I. Mac Neil, *The New Social Contract, an Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven/Londres, Yale University Press, 1980; na literatura brasileira v. o importante trabalho de R. Porto Macedo, *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, São Paulo, Max Limonad, 1998.

11. Cf. R. Porto Macedo, *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, cit., p. 244, relatando a tensão entre princípio cooperativo e princípio individualista. A saída do autor para essa tensão é sugerir o desenvolvimento de disciplina que permita estimular a cooperação quando necessário ou desestimulá-la quando o princípio individualista for necessário. Exatamente essa observação, precisa em seus termos, revela como até mesmo na disciplina a indefinição ou flutuação entre princípio cooperativo e individualista permanece.

## 7. A organização em torno do objetivo comum

Identificar na cooperação e na convergência de interesses um princípio contratual é ainda excessivamente genérico para ter eficácia aplicativa.

Isso porque, dependendo da amplitude que se der ao objeto da comunhão criada pelos contratos, pode-se passar de uma visão extremadamente liberal a perfis comunitários elevados. Não é por acaso, portanto, que o ideal contratual-comunitário é defendido, sobretudo na literatura americana, por linhas fortemente liberais de pensamento. O que ocorre é que, nessas hipóteses, o objeto da cooperação é reduzido a um mínimo subjetivista e identificado ao respeito à intenção da outra parte.<sup>12</sup> Esse tipo de visão é uma explicação alternativa com tendencialmente nenhuma influência (ao menos em nosso sistema) sobre a aplicação prática do instituto. Até porque conduz à reafirmação dos princípios individualistas que estão no cerne do princípio da força obrigatória dos contratos.

Não assim se se identificar o objeto da cooperação no objetivo comum das partes ao realizarem o negócio. Essa identificação tem sentido, antes de tudo, lógico. Se as partes firmaram acordo é porque comungavam do mesmo objetivo. Ocorre que se o objetivo é comum (permuta de mercadorias, compra e venda, etc.), é necessário que as partes colaborem antes, durante e após a conclusão do contrato para a sua consecução. Esse objetivo não pode e não deve se esgotar na conclusão do contrato.

Nessa perspectiva, o princípio da força obrigatória dos contratos adquire uma outra função. Passa a ser instrumental não para a garantia dos interesses das partes, mas, sim para a persecução de seu objetivo comum.

12. Cf. a respeito D. Markovits, "Contract and collaboration", in *Yale Law Journal*, mai. 2004, pp. 1.417 e ss., que introduz explicação simplista e com poucos resultados aplicativos de sua idéia subjetivista de colaboração.

Trata-se, no entanto, de princípio necessário, mas não suficiente para a obtenção do resultado cooperativo. É necessário fornecer mais estímulos da disciplina contratual para que a cooperação seja contínua no sentido do objetivo perseguido. Como se verá, esses estímulos podem ser encontrados nas disciplinas da causa, da boa-fé contratual e na vedação do conflito de interesses.

## 8. Os instrumentos de organização das relações intra-contratuais: causa, boa-fé e disciplina do conflito de interesses

Na verdade, vistos sob uma perspectiva organizativa, causa e boa-fé e vedação do conflito de interesses completam-se no sentido da criação de uma comunhão entre as partes. Daí a necessidade de tratá-las dentro de um mesmo capítulo, do estudo da aplicação das idéias de comunhão aos princípios contratuais.

### a) Causa e comunhão de objetivos

A primeira observação importante a ser feita a respeito da causa está na sua instrumentalidade para a supra destacada noção cooperativa do pacto contratual.<sup>13</sup>

Para tanto, é preciso de início introduzir uma diferença fundamental. Trata-se da distinção entre causa e motivo no contrato. Segundo essa distinção, tradicional na doutrina alemã,<sup>14</sup> o motivo consiste nas razões subjetivas para a conclusão do con-

13. Essa instrumentalidade é bastante evidente e já destacada por civilistas clássicos como E. Betti, que faz da reconstrução da noção um dos elementos fundamentais para a construção do negócio jurídico (cf. E. Betti, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, 2ª ed., Torino, Torinese, 1950). A amplitude atribuída por Betti à noção de causa (função econômico-social) dificulta sua aplicação concreta dentro de uma tentativa de reconstrução do contrato à luz das necessidades de organização social.

14. Cf., a seu respeito, K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7ª ed., München, Beck, 1989, pp. 328-329.

trato. Sua relevância é a mesma da intenção, *i. e.*, trata-se de elemento relevante para a identificação dos vícios de vontade.

A causa, por outro lado, consiste no objetivo do negócio, que permite identificar o objetivo econômico da operação. Assim, na compra e venda, o objetivo de transferir a propriedade de um bem contra o pagamento de uma quantia, etc.

Note-se que esse objetivo reveste-se de ainda maior detalhamento econômico. Basta notar que ao momento da definição da existência do contrato segue-se o questionamento tipológico. É na definição dos tipos contratuais e na construção das listas de tipos que se acaba por identificar os objetivos jurídicos específicos da cada transação.<sup>15</sup> Portanto, e esse ponto é muito importante, é da causa, objetivo ou função econômica que se deduz o objetivo jurídico e não vice-versa. Compreender esse fato evita uma contradição lógica, qual seja, confundir a causa com o sinalagma contratual (nos contratos de permuta).<sup>16</sup> Imaginar que a causa contratual esteja na prestação esperada da outra parte importa adotar uma visão formalista de causa que, na verdade, a torna inútil e a reduz à própria idéia de sinalagma contratual, que não está presente em todos os contratos. Trata-se de engano em que sequer os antigos incidiram.

Feitas essas considerações, parece agora bastante evidente a instrumentalidade do conceito de causa – função ou objetivo

econômico comum às partes – para a idéia de cooperação ou organização contratual.<sup>17</sup> A ligação é quase intuitiva. Só a construção de um objetivo comum pode construir a dependência recíproca, necessária para a cooperação contratual (em torno exatamente desse objetivo).

#### *b) Breves acenos históricos sobre a evolução da causa no direito privado*

Não por acaso, então, a evolução da causa e sua importância, seguem, com altos e baixos, idas e vindas, a evolução da idéia de organização social no capitalismo.

A própria idéia do acordo de vontade como elemento unificador e capaz de atribuir força obrigatória aos contratos, independentemente de qualquer fato jurídico (a *causa civilis* dos romanos), introduzida no século XV, traz consigo a noção de causa, ainda que naquele limitado sentido liberal, de respeito da vontade de outrem acima mencionado.<sup>18</sup> É a causa, o objetivo jurídico comum das partes, que permite a introdução do princípio genérico da obrigatoriedade dos pactos, pois apenas os pactos revestidos de força obrigatória contêm essa comunhão jurídica.

Evidentemente esse reconhecimento ainda que limitado da causa não poderia sobreviver intacto às ondas liberais que se seguiram, determinadas pela evolução histórica do capitalismo. A primeira delas ocorre já na baixa Idade Média, com o desenvolvimento das feiras medievais.

15. A elaboração da teoria sobre as lista de tipos é como sabido obra de K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., Berlim, Springer, 1991, pp. 460 e ss.

16. A causa também não deve ser confundida com a função econômica socialmente reconhecida. Essa idéia, introduzida por E. Betti (*Teoria Generale del Negozio Giuridico*, cit.), foi muito criticada por sua excessiva abstração e pela busca de uma noção comum e geral de causa. Ademais, a ligação à idéia de causa juridicamente reconhecida impede sua distinção do objeto propriamente dito. Nesse sentido, a tipologia econômica de K. Larenz é muito mais útil para a compreensão de causa, representando um verdadeiro passo adiante em relação à famosa teoria de E. Betti.

17. Contraprova interessante dessa instrumentalidade está no fato de que os negócios abstratos (sem causa) são via de regra negócios jurídicos unilaterais (uma só obrigação – títulos de crédito – ao menos os dotados de abstração).

18. Cf. nesse sentido, H. Coing, *Europäisches Privatrecht, Band I Älteres Gemeines Recht*, Munique, Beck, 1985, p. 402. Na verdade, a doutrina da causa substitui e generaliza o elemento unificador medieval para os contratos, o *sinalagma* (reciprocidade de prestações), que nada mais é que uma versão formal e específica para um tipo particular de contrato, da noção de causa.

O grande problema que então se coloca é como criar confiança entre partes ausentes, que não se conhecem e se encontram com baixíssima frequência. O problema jurídico das feiras é, portanto, um problema típico das situações que incentivam comportamentos individualísticos e não cooperativos (v. item II.1 supra). Nessas situações, a única solução apta a criar confiança é exatamente aquela que leva em conta a impessoalidade das relações. É o que procura fazer uma das mais magníficas criações medievais no campo jurídico: os títulos de crédito. O mais engenhoso é exatamente aliar, em certos casos (cheque, duplicata), a autonomia dos direitos de terceiros à causalidade das relações entre os participantes do negócio original.<sup>19</sup> Desse modo preserva-se a essência causal do negócio jurídico, estimulando a cooperação na busca do objetivo negocial. Ao mesmo tempo, cria-se poderoso instrumento capaz, por meio da mera cártula e dos dizeres ali contidos, de gerar certo grau de confiança entre as partes, em um ambiente de crescente impessoalidade.

Essa impessoalidade só tende a crescer com a evolução do capitalismo. Com a chegada do capitalismo industrial, tudo o que se pretende é criar e disciplinar uma sociedade de massas, capaz de consumir crescentes e diversificadas gamas de produtos. Não é de espantar, portanto, que a partir do século XIX, os negócios abstratos ganhem maior difusão.<sup>20</sup> A causa como critério geral de existência ou validade do negócio jurídico desaparece de muitos cô-

digos. É o que ocorre com o BGB alemão de 1900, que não faz referência à causa, e com o Código Civil brasileiro de 1916. No caso brasileiro, alguns entenderam ser o reconhecimento da causa oblíquo. Na ilicitude do objeto é que alguns doutrinadores tentavam incluí-la,<sup>21</sup> interpretação extensiva igualmente seguida por parte da jurisprudência.<sup>22</sup>

21. Nesse sentido, ver P. de Miranda, *Tratado de Direito Privado – Parte Geral*, t. 3, Rio de Janeiro, Borsóí, 1954, p. 100, em que afirma que “O Código Civil fala em objeto (art. 82) e não fala em causa. A extirpação é inoperante, porque todo o seu sistema é fundado na causa”; O. Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, 12ª ed., São Paulo, Forense, 1997, pp. 377-378, em que afirma que a causa é requisito de validade e eficácia do negócio jurídico, devendo o mesmo ser invalidado toda vez que estivermos diante de causa ilícita; C. M. da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. 1, 18ª ed., São Paulo, Forense, 1997, p. 319, em que afirma que a causa ilícita afeta o ato jurídico; W. de B. Monteiro, *Curso de Direito Civil – Parte Geral*, 1ª v., 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, p. 178, em que afirma que a causa se confunde com o próprio escopo do ato jurídico, sendo que sua ilicitude vicia esse ato; e P. B. de Campos Filho, *O Problema da Causa no Código Civil Brasileiro*, São Paulo, Max Limonad, s/d, p. 157, depois de reconhecer que nosso Código é anticausalista, afirma que “é através do ‘objeto’ que se há de preferir e afirmar esse mesmo juízo de mérito, como, aliás, se vem verificando em todas as legislações que da ‘causa’ prescindem como condição de validade dos atos. Daí a necessidade de se entender por ‘objeto’ tudo aquilo a que vise o agente, só se reputando lícitos aqueles atos que não visem à realização de interesses anti-sociais, tomada a expressão no seu mais amplo sentido”. Sobre o problema da causa, v. A. Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, pp. 119-128; V. Ráo, *Ato Jurídico*, 4ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1997, pp. 92-98; W. Bulgarelli, *Contratos Mercantis*, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, pp. 75-77; M. B. de Mello, *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 124, nota 156; S. de S. Venosa, *Direito Civil – Parte Geral*, São Paulo, Atlas, 2002, pp. 395-397; e N. Nery Júnior e R. M. de Andrade Nery, *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2003, pp. 198 e ss.

22. Nesse sentido, v. A. Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*, cit., p. 127, em que afirma “(...) a propósito da causa ilícita, especialmente da causa imoral, a legislação brasileira é restritiva e a doutrina e a ju-

19. Na verdade, como demonstram os estudos históricos, os próprios títulos de créditos nasceram como inteiramente causais. Foram das necessidades financeiras, sentidas especialmente pela necessidade de se realizarem complicadas feiras de trocas de títulos (*Wechselmessen*), que surgiram institutos como o endosso e conseqüentemente a autonomia cambial (v., a respeito, H. Coing, *Europäisches Privatrecht, Band I Älteres Gemeines Recht*, cit., p. 537).

20. Cf. H. Coing, *Europäisches Privatrecht, Band II 19. Jahrhundert*, Munique, Beck, 1989, pp. 437 e ss.

Essa tendência começa a se inverter com a crítica interna – e externa – que passa a sofrer o capitalismo, sobretudo a partir da terceira década do século XX. A crise do capitalismo e seus desastrosos efeitos sociais põem em xeque a filosofia individualista. Dúvida surge sobre todo o arcabouço jurídico liberal. Especificamente no direito comercial, os valores mobiliários substituem a idéia – liberal – dos títulos de crédito como principal instrumento de circulação financeira e de créditos. E com essa substituição, retorna-se à causa, ainda que com outra vestimenta. Em negócios padronizados e realizados em série, a causa (objetivo jurídico e econômico do negócio) é descrita antes de tudo na lei e na regulamentação. O *status* legal substitui a mera situação contratual como forma de dar proteção aos investidores. Causa e confiança são criadas pela lei e não mais pelo contrato.

Essa tendência à reintrodução regulamentar da causa, ainda que sensível em setores regulamentados, não se expande por todo o direito privado. Com efeito, como se verá, ali o reconhecimento da causa como elemento fundamental para o negócio jurídico ainda não é a regra.

Mas também a teoria dos contratos parece sinalizar no sentido de uma meia volta. A causa retorna, por via transversa, em alguns códigos modernos a ser elemento fundamental para os negócios jurídicos. É o que ocorre, segundo a interpretação aqui defendida, com o recente Código Civil brasileiro.

### c) A causa no ordenamento civil brasileiro

O destino da causa foi sempre bem diverso nas legislações comerciais e civis brasileiras. No direito comercial, sua importância sempre foi ressaltada e ganhou expresso reconhecimento em nosso Código Comercial de 1850. Incluía o art. 129, n. 3 (dispositivo hoje revogado pelo Código Civil), a causa entre os elementos essenciais para a validade dos contratos comerciais, dispondo serem nulos os contratos “que não designarem a causa certa de que deriva a obrigação”.

É fácil compreender porque a especialidade e confiança que deviam reinar entre comerciantes clamavam por idéias que reforçassem os laços comunitários entre eles. A existência de causa nos contratos era sem dúvida um desses elementos. Mais do que isso, como se verá abaixo, a causa aproxima sobremaneira a discussão contratual da idéia de função, elemento essencial para a organização social.

No direito civil, no entanto, a causa sempre foi rejeitada. Não se sabe se por um apego histórico e irracional à idéia formalista de causa que vigia no direito romano,<sup>23</sup> doutrina e legislação parecem repudiar a causa em sua concepção substantiva. Não apenas o Código Civil de 1916 não a reconheceu. O Código Civil de 2002 adota-a, ao menos de modo expresso, apenas nos justos limites necessários para esclarecer a confusão criada pela referência do Código anterior ao objeto ilícito. Agora, passa a ser razão de nulidade também o motivo ilícito (art. 166, inciso III). Deixando de lado a confusão conceitual – pois se

23. Cf. nesse sentido, crítico a esse fundamento para a rejeição da causa, P. de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., pp. 78 e ss. Com efeito, a noção de *causa civilis* no direito romano era sabidamente uma noção geral, aplicável a qualquer justificativa (forma, entrega, consenso) que pudesse transformar um nudo pacto em contrato obrigatório.

risprudência são ampliativas, ao se socorrerem do objeto ilícito”. Nesse sentido, v. RT 189/423 (“*Ato Jurídico – Nulidade – Causa ilícita, imoral e contrária aos bons costumes – Compromisso de pensão mensal e vitalícia à meretriz, assumido pelo receio de escândalo – Ação de cobrança improcedente – Aplicação dos arts. 82 e 145, II, do Código Civil, combinados com o art. 2º do Código de Processo Civil*”).

tratando do objetivo econômico jurídico do contrato a referência deveria ser a causa e não a motivo (confusão que por si só já revela o preconceito de seus elaboradores contra a causa) – é evidente a incoerência sistemática nesse ponto.

Na verdade, é possível demonstrar que o reconhecimento da causa é obrigatório e decorre de princípios e regras adotados pelo próprio Código Civil.

A causa deve ser elemento para a própria existência do negócio jurídico por duas razões fundamentais. Em primeiro lugar porque isso estimula a cooperação das partes em torno do objetivo econômico-jurídico comum e, como essa cooperação é (como já demonstrado) da essência do princípio jurídico da força obrigatória dos contratos, deve ser respeitada por um diploma legal que consagre esse princípio.

Essa razão, de força pragmática, não serve para defender a existência do ponto de vista positivo de reconhecimento da causa. A razão para tanto é bem outra. O que ocorre é que a existência de causa e sua declaração são elementos essenciais para a identificação da função econômica do contrato. A função econômica do contrato deve ser necessariamente conhecida para controlar sua compatibilidade com sua função social. Eventual disfunção só pode ser reconhecida se conhecida a função. Assim, a preocupação – moderníssima e fundamentada – do Código Civil brasileiro com a função social exige uma preocupação com a causa.

Aliás, a menção expressa do art. 421 do Código Civil à função social do contrato como limite para a liberdade de contratar ajuda a remover um óbice levantado pela doutrina à integração da causa ao próprio conceito de negócio. Argumentava-se que seria uma contradição em termos fazer da causa elemento de existência, pois a função de um ato logicamente não pode integrar seu plano de existência.<sup>24</sup>

24. V. nesse sentido A. Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia*,

Essa idéia é de pronto contestável em sua lógica interna. A diferença entre o simples fato e o ato jurídico está exatamente na existência de função. A idéia da voluntariedade, apta a transformar o fato em ato jurídico, desde que despregada de sua raiz subjetivista, aponta no sentido objetivo da função (v. item I.4 supra). Assim, poder-se-ia argumentar exatamente no sentido contrário, *i.e.*, que o que distingue o ato jurídico (e o negócio) do ponto de vista lógico é exatamente a presença da função como elemento constitutivo, de existência.

Modernamente essa hipótese encontra confirmação positiva por uma outra via. Na medida em que a função social do contrato torna-se limite da própria liberdade de contratar, essa liberdade, para que se exerça, exige a presença da função econômica e sua compatibilidade com a função social do contrato. Contrato sem função não é expressão de manifestação de vontade exatamente porque nessa hipótese é impossível garantir que a liberdade de contratar esteja respeitando seus limites (sociais).

Dai porque parece ser possível concluir que, ainda que não prevista expressamente a causa, a mesma deve existir por sua íntima ligação a dois elementos necessários para a própria existência do contrato: o acordo de vontades e função social. A causa, portanto (que deve existir, ainda que não seja declarada), é elemento natural para a existência do negócio jurídico. Negócios para serem abstratos devem ser expressamente reconhecidos como tais pela legislação.

Dai decorrem duas outras consequências importantes. Em primeiro lugar, colocada no plano da existência, a causa influencia a tipologia dos contratos. Conforme demonstram as famosas *Typenreihen*, de Larenz, o estudo da função econômica de um negócio jurídico (causa) permite desca-

cit., p. 174. Nessa pretensa contradição está a base da rejeição pelo autor da discussão da questão da causa no plano da existência do negócio e sua transposição ora para a validade ora para a eficácia do negócio jurídico.

racterizá-lo como um tipo para caracterizá-lo como outro.<sup>25</sup> A teoria dos negócios indiretos nada mais faz do que uma alteração tipológica a partir da função econômica do negócio jurídico.

Uma outra interessante consequência dessa forma de construção da causa é que, colocada no plano da existência, a mesma não exaure sua função no momento da constituição do contrato. Exatamente por definir a existência do contrato deve conduzir sua interpretação. Dessa forma, a causa passa a ser determinante para a vida e a aplicação do contrato.<sup>26</sup>

#### **d) Princípios da boa-fé e da vedação do conflito de interesses: a idéia da comunhão de esforços**

Se a idéia da causa serve para garantir a busca comum do objetivo contratual, as duas subseqüentes, boa-fé e vedação do conflito de interesses, servem para garantir que os esforços contratuais dirijam-se para esse fim.

No caso da boa-fé, os problemas aplicativos não advêm, como ocorre com a causa, da falta de reconhecimento, mas, ao contrário, de um muito amplo reconhecimento de sua aplicação no campo contratual.<sup>27</sup> É da amplitude interpretativa da ex-

25. Cf. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., pp. 460 e ss.

26. Não há, portanto, problema em defender que, colocada no plano da existência, a causa serve também para orientar a interpretação do contrato. Isso é diverso, no entanto, da tese de que a causa serve *exclusivamente* para a interpretação do contrato (v., no sentido dessa última tese, G. Alpa, "Causa e contratto: profili attuali", in L. Vacca, *Causa e Contratto nella Prospettiva Storico Comparatistica*, Turim, Giappichelli, 1997, pp. 270 e ss.).

27. A existência de reconhecimento do princípio da boa-fé objetiva no direito comercial já desde o Código de 1850 é bem fundamentada. V., nesse sentido, J. Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional*, São Paulo, Ed. RT, 1999, p. 445; J. Martins-Costa, "Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo", in J. Martins-Costa (coord.), *A Reconstrução do Direito Privado*,

pressão boa-fé que decorre sua dificuldade de aplicação.

Na verdade, como se procurará demonstrar, essa amplitude de interpretação decorre de uma má compreensão do sentido e da função do princípio da boa-fé. Também aqui o dogma subjetivista fez com que a boa-fé fosse por muito tempo entendida como um limite aos direitos subjetivos individuais. Como tal, era pouco mais que um qualificador genérico da figura de abuso de direito. Não por acaso, em muitos dos ordenamentos que adotam essa visão subjetivista, a boa-fé acabou reduzida a mero critério interpretativo, capaz de restringir a aplicação de direitos subjetivos das partes derivadas do contrato.<sup>28</sup>

A distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva é, no entanto, apenas a primeira e mais genérica distinção a ser feita. Distinções subseqüentes e mais profundas devem ser realizadas. É necessário dar precisão ao conceito da boa-fé objetiva. Tornar objetiva a noção de boa-fé simplesmente afirmando que assim é possível identificar existência de deveres objetivos no contrato é mui-

São Paulo, Ed. RT, 2002, p. 639, nota 98; R. R. de Aguiar Júnior, "A boa-fé na relação de consumo", in *Revista de Direito do Consumidor* 14, São Paulo, Ed. RT, abr.-jun. 1995; B. Lewick, "Panorama da boa-fé objetiva", in G. Tepedino (coord.), *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, São Paulo, Renovar, 2000, p. 63; E. P. Nobre Júnior, "O princípio da boa-fé e o novo Código Civil", in *Revista Forense* 367/69 a 84. Para os fins do presente trabalho importa pouco, no entanto, indagar da evolução histórica do princípio da boa-fé no direito privado brasileiro, mas sim constatar a existência do princípio no Código Civil de 2002 e verificar suas consequências.

28. É o que ocorre, marcadamente, no sistema alemão. A referência à boa-fé aparece em dois dispositivos do BGB, §§ 157 e 242. No primeiro, a boa-fé é caracterizada como princípio geral de interpretação contratual (*Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*) e no segundo como princípio orientador da forma de cumprimento da obrigação (*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*), o que na doutrina é interpretado como um dispositivo que estabelece limites aos direitos subjetivos contratuais.

to pouco. Também é insuficiente, ao menos para a doutrina, simplesmente indicar que a boa-fé, sendo cláusula geral, permite a ampla definição pela jurisprudência do sentido e forma de aplicação do instituto.<sup>29</sup> Exatamente por ser esse o caso, deve a doutrina auxiliar a construção jurisprudencial, tentando atribuir sentido e função à cláusula geral.

A função da idéia de boa-fé no direito contratual, especialmente se este é entendido como instrumento de organização social – e essa é sem dúvida uma premissa que precisa ser aceita para que o raciocínio a seguir tenha sustentação lógica – é permitir a cooperação contratual entre as partes no cumprimento dos objetivos econômicos do contrato. Na verdade, boa-fé nada mais é que um dos corolários da idéia cooperativa. A sua presença como princípio nos códigos civis (v. art. 421 do Código Civil) é prova da presença da idéia cooperativa nos contratos.

Como visto acima (item II.1), para que a cooperação ocorra, é necessária a presença de certas características relacionais básicas. Dentre elas, destacam-se a dependência recíproca, a informação sobre o comportamento dos demais e a relação continuada. As razões estão explicitadas para a definição dessas características são simples. A dependência recíproca aumenta os custos do comportamento individual ou estratégico, incentivando, portanto, também por razões egoísticas, a cooperação. Já a informação ampla (o mais possível completa) dificulta a defecção dessa estrutura cooperativa. Finalmente a relação continuada é, de um lado, necessária para criar a dependência recíproca e, de outro, requisito mínimo para a própria subsistência da relação, sem a qual nem cooperação nem conflito podem existir.

Essas idéias informam e muito a identificação dos deveres positivos que decor-

rem dessa visão organizativa do princípio da boa-fé contratual.

*e) Deveres positivos decorrentes do princípio da boa-fé*

A compreensão da dependência recíproca é na verdade a compreensão da própria idéia contratual na sua essência. Contratar socialmente nada mais significa que criar um instrumento jurídico de incentivo à dependência recíproca das partes quanto ao cumprimento do objetivo econômico do contrato.

Essa dependência recíproca manifesta-se durante a elaboração do contrato e protraí-se para o momento de seu cumprimento. No momento da elaboração contratual a dependência recíproca impõe uma cooperação das partes para que se chegue ao acordo. A cooperação exige amplo fornecimento de informações, incluindo, até mesmo, a busca conjunta de informações. Do ponto de vista jurídico, trata-se de garantir que o momento de conclusão contratual seja efetivamente cooperativo, não podendo qualquer das partes ser induzida a erro. Há o dever de colaborar para a correta elaboração do contrato. Daí porque uma consequência comum do princípio da boa-fé é o alargamento das hipóteses de erro como elemento caracterizador da invalidade do contrato.<sup>30</sup> Serve então o princípio da boa-fé, nessa perspectiva cooperativa, para robustecer o consenso contratual.

Mas a dependência recíproca não existe e não pode existir apenas no momento da contratação; após a contratação também é essencial. Ligar uma parte à outra e aos objetivos contratuais após a conclusão do contrato, *i.e.*, também no momento de cumprimento da obrigação, é essencial para criar

29. A discussão sobre esse ponto existente na teoria geral do direito é muito bem reportada e adaptada ao direito civil brasileiro por J. Martins-Costa (*A Boa-Fé no Direito Privado*, cit., pp. 296 e ss.).

30. Na doutrina alemã o princípio da boa-fé é aplicado por alguns autores para caracterizar como vício de vontade a hipótese de erro recíproco quanto às condições subjetivas do negócio, *i.e.*, condições cuja existência ou aparecimento ambas as partes esperavam (K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, cit., pp. 393 e ss.).

a dependência e a cooperação. Daí porque o art. 214 do Código Comercial de 1850, já revogado, estabelecia para o vendedor a obrigatoriedade de “fazer boa ao comprador a coisa vendida”. Esse dispositivo durante muito tempo serviu de instrumento de organização da vida social decorrente do cumprimento dos contratos, especialmente nos campos carentes de regulamentação. Havia nesse dispositivo, sem dúvida, uma visão do potencial organizador do contrato. É verdade que nem sempre os efeitos da visão cooperativa ali estabelecida eram benéficos para a organização social. Assim, por exemplo, naquelas situações em que a cooperação não deve ser estimulada para proteção do consumidor, o dispositivo gerava efeitos inconvenientes. É o caso da famosa obrigação de não restabelecimento, entendida como implícita nas vendas de empresa, exatamente pela necessidade de fazer boa a coisa vendida.<sup>31</sup> Hoje substituí-

da pela discussão concorrencial, de conteúdo publicístico, continua a ser uma demonstração viva, ainda que por antonomásia, do potencial organizativo – ou não – da disciplina contratual.

Outro dever positivo importante derivado do princípio da boa-fé contratual é o da prestação de informação. A introdução expressa desse dever por meio do princípio da boa-fé objetiva é de suma importância pelo fato de não ser comum, sobretudo nos contratos de permuta, a imposição legislativa de deveres expressos de prestação de informação para com a contraparte. A razão é, ainda aí, a tradicional visão liberal-individualista novecentista do contrato.

Essas idéias não mais podem subsistir em face do reconhecimento expresso no novo Código Civil do princípio da boa-fé contratual. Dele decorrem deveres de informação objetivos, em especial com respeito a informações instrumentais à boa persecução do objetivo econômico comum das partes. Note-se que, por definição, as informações relativas diretamente ao objeto do contrato serão não-confidenciais, pois se a parte se dispôs a perseguir esse objetivo (a compra e venda, a troca, etc.) juntamente com a outra então é porque a persecução desse objetivo econômico deve ser regida pela cooperação e não pela competição. Se assim é, informações sobre esse objetivo, ainda que prestadas da maneira mais ampla possível, não afetarão a posição competitiva das partes, não podendo ser confidenciais.

Não há, portanto, qualquer óbice à prestação ampla de informações quanto ao objeto econômico do contrato. Existe, ao contrário, o dever legal de prestá-las.

Finalmente, é preciso abordar a questão da duração da relação contratual. Evidentemente, não há princípio jurídico que possa coagir as partes à convivência, sobretudo quando o desinteresse na convivência contratual sugere que a cooperação não é mais possível. Por outro lado, a disciplina contratual, vista na perspectiva orga-

31. Foi essa, como sabido, a argumentação usada para defender a licitude do comportamento do Conde Penteado no famoso caso da Companhia de Juta (acórdão publicado na *Revista do Supremo Tribunal Federal*, III, n. 2 (1914) p. 187). O caso envolveu uma ação proposta pelos compradores da Cia. de Tecidos de Juta contra seu vendedor, Antônio Álvares Leite Penteado, e sua nova empresa, a Cia. Paulista de Aniagens. O pedido de indenização formulado apontava para o fato de que um ano após a venda da Companhia seu vendedor constituiu nova empresa, no mesmo ramo comercial, fato que, segundo a peticionante, retomava da empresa um de seus principais bens incorpóreos, a clientela – diminuindo-lhe, por conseguinte, o valor. Para fundamentar seu pedido, alegaram as requerentes que na compra da Cia. de Tecidos de Juta o valor pago pela empresa incluía não apenas seus ativos tangíveis, mas também a clientela da Companhia e seu prestígio, conquistado pelo dono anterior, Sr. Álvares Penteado. Os argumentos apresentados por Ruy Barbosa em defesa do vendedor – argumentos esses que permitiram decisão favorável ao vendedor em apelação de acórdão do Supremo Tribunal Federal – centravam-se em dois pontos: (i) a cessão de clientela não priva o cedente de se restabelecer com um estabelecimento semelhante; (ii) ainda que fossem permitidas em certos ordenamentos as cláusulas de restrição de restabelecimento, tais cláusulas não poderiam ser absolutas (em virtude do argumento anterior).

nizativa, deve zelar pela consecução do objetivo econômico dos contratos. É a agregação desses objetivos econômicos, e não das vontades individuais expressas no contrato, que contribuem para a organização social.

Como traçar os limites entre essas duas necessidades (*i.e.*, impossibilidade de convivência das partes e cumprimento dos objetivos do contrato) e compatibilizá-las é a grande questão que a disciplina do cumprimento das obrigações *vis a vis* da disciplina da resolução contratual deve procurar responder.

Uma primeira questão em que estes limites passam a ser testados é a da demora no cumprimento contratual. Trata-se de *fattispecie* tradicionalmente discutida na doutrina alemã que vê no retardo em exigir a obrigação um descumprimento à boa-fé contratual.<sup>32</sup> A aparente perplexidade que causa um tipo de entendimento como este, sobretudo quando analisada numa perspectiva subjetivista, *i.e.*, como legitimidade ou não para o exercício de direitos subjetivos é evidente. A primeira questão que se coloca refere-se à necessidade da disciplina, em vista da existência de disciplina específica da prescrição e decadência, *i.e.*, da perda de direitos em função do decurso do tempo.

Resposta a esta questão só pode ser convenientemente fornecida mudando a perspectiva de análise. Prescrição e decadência só fazem sentido como limites temporais a direitos subjetivos. O princípio da boa-fé objetiva é instrumento útil para a persecução do objetivo econômico comum das partes. Assim, ainda que os direitos subjetivos não tenham atingido seu limite temporal, é possível que seja necessário verificar se o seu não exercício não dificultaria ou torna impossível a consecução do

objetivo econômico comum das partes. Na última hipótese verificar-se-á sem dúvida descumprimento ao princípio da boa-fé objetiva.

O dilema liberdade da parte *vs.* persecução do objetivo econômico do contrato atinge seu ponto máximo na disciplina da resolução contratual. Evidentemente, quanto maior a liberdade dada à parte, maior será a possibilidade de resolução contratual. Por outro lado, a ampla liberdade de resolução contratual reduz a possibilidade de persecução do objetivo econômico do contrato.

A solução mais coerente para esse dilema não parece ser tentar definir hipóteses de abuso de direito de rescisão, qualificando-os como lesivos ao princípio da boa-fé.<sup>33</sup> Essa solução não enfrenta o dilema na medida em que mais uma vez o problema é colocado em termos subjetivos, de direito e seus limites. Visto sobre o prisma direitos subjetivos *vs.* objetivo econômico a questão se traduz em determinar em qual caso a cooperação para a obtenção dos resultados desejados é ainda possível ou não. A hipótese extrema, de rescisão consensual, é aquela em que evidentemente essa cooperação não é mais possível e, portanto, a rescisão deve ser admitida. No outro extremo, encontram-se as hipóteses, conhecidas como de cumprimento material do contrato (muito comum nas relações de consumo), em que tendo uma parte adimplido substancialmente toda a sua prestação, a outra pleiteia a rescisão do contrato por não adimplemento de parte ínfima. Evidentemente, aí a cooperação é ainda possível. Isso explica porque o princípio da boa-fé deva ser aplicado em todas as relações, mesmo aquelas não desequilibradas em que não há interesse da parte mais frágil a proteger. O objetivo da aplicação da regra é aí organizativo e reside no cumprimento do objetivo econômico contratual.

32. K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, cit., p. 235. Há que se notar que no sistema alemão o princípio da boa-fé é visto nessa hipótese como limite a direitos subjetivos, ficando sujeito, portanto, às perplexidades e críticas expostas no texto.

33. Nesse sentido, de interpretação subjetivista, é a tendência da maioria da jurisprudência (cf. J. Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, cit., pp. 457 e ss.).

Nessa perspectiva é que deve ser interpretado o art. 475 do Código Civil à luz do princípio firmado no art. 422 (princípio da boa-fé objetiva).

f) *Vedação ao conflito de interesses: do direito comercial ao direito privado*

Evidentemente, para garantir que os esforços se dirijam ao objetivo contratual comum não basta impor deveres objetivos. Por mais rigorosos que sejam esses deveres, é preciso em paralelo garantir que as partes não atuem visando interesses particulares externos ao contrato.

É legítimo que as partes, dentro dos parâmetros (cooperativos) estabelecidos pelo contrato busquem proteger seus próprios interesses. O que não se pode admitir é a desconsideração dos objetivos contratuais nessa persecução de interesses.

Essa diferenciação entre interesse particular contratual e interesse particular extracontratual é estranha ao direito civil. Trata-se de questão muito comum no direito comercial, em especial no direito societário, que formula a teoria geral do instituto.

Uma observação inicial deve ser feita sobre a aplicação da regra de conflito. Bem definida a função da regra de conflito, torna-se o centro da disciplina societária. É de sua aplicação que dependerá a coesão dos sócios ou dos contratantes em torno do objetivo social ou contratual. Não é de se estranhar, portanto, que os sistemas que adotam a concepção contratual de sociedade coloquem a regra de conflito ao centro da disciplina societária.<sup>34</sup>

34. Para a teoria contratualista, o interesse social é traduzido como o interesse comum dos sócios (v. F. Galgano, *Diritto Commerciale, Le Società*, cit., p. 155). No sistema italiano, embora a realização do interesse social possa ser identificada com o exercício de uma atividade econômica (interesse social preliminar), ou como a maximização da eficiência da empresa com vistas à maximização dos lucros (interesse social intermediário), estes não passam de interesses secundários à causa do contrato de sociedade. O fim maior que norteia a disciplina do inte-

Para bem definir uma regra de conflito assim elevada a primeira tarefa é identificar e definir as hipóteses que podem gerar riscos para os objetivos societários ou do contrato e qual o grau de risco gerado. No direito societário, para defini-las não foi necessário um retorno à espinhosa discussão do interesse social. A regra de conflito liga-se nessa hipótese muito mais ao cumprimento de um dever geral fiduciário em relação à gerência ou intervenção sobre qualquer forma de gestão do patrimônio de terceiros<sup>35</sup> do que o agir conforme o interesse social. Demonstração da inutilidade de uma discussão centrada no interesse social são as sempre fracassadas tentativas de identificação entre a disciplina do conflito de interesses e do ato *ultra-vires*.<sup>36</sup>

No direito contratual se dá o mesmo. Seria pouco eficaz tentar definir hipóteses de conflito a partir de uma definição geral dos objetivos contratuais. Esses objetivos consubstanciam-se tanto na causa contratual quanto nos deveres objetivos de boa-fé. É a partir deles (e daí o fato de eles serem logicamente precedentes ao estudo do conflito) que se devem buscar as hipóteses de conflito.

No direito societário, a análise empírica demonstra que paradoxalmente a regra de conflito tem papel muitíssimo pou-

resse nesse sistema é a satisfação do interesse dos sócios através da distribuição de dividendos (interesse social final). Nesse sentido, v. F. Galgano, *Diritto Commerciale, Le Società*, cit., p. 19.

35. V. L. Enriques, *Il Conflitto d'Interessi degli Amministratori di Società per Azioni*, Milão, Giuffrè, 2000, p. 187.

36. Na jurisprudência italiana, casos de conflito de interesses envolvendo administradores são frequentemente decididos com base na disciplina dos atos *ultra vires*. O perigo da equiparação das duas *fattispecie* é o de se chegar ao resultado paradoxal de considerar um ato alheio ao objeto social tão-somente pelo fato de configurar um conflito de interesses, ou mesmo de considerar um ato inerente ao objeto social tão-somente por não responder ao interesse do administrador ou de terceiro, mesmo se tratando do desenvolvimento de atividades incompatíveis com a persecução do objeto social. Nesse sentido, v. L. Enriques, cit., pp. 453 e ss.

co relevante no regulamento interno das sociedades. E a razão para essa incompatibilidade entre função e aplicação é simples. Consta-se que a aplicação de uma regra de conflito de interesses em linha com o princípio geral de conflito nos casos de gestão de patrimônio alheio (as regras de conflito no mandato e na comissão mercantil – v. como exemplo histórico os já revogados arts. 140 e 165 do Código Comercial brasileiro – são bom exemplo desse princípio) não pode ser feita indistintamente para quem efetivamente gere o patrimônio de terceiro (controlador e administrador)<sup>37</sup> e aquele que não tem esse poder (exemplo: acionista minoritário). Conseqüência disso é em geral o deslocamento da reflexão para os chamados deveres fiduciários de administradores e controladores. Se gestores e não gestores têm posições jurídicas distintas é preciso impor obrigações especiais ao controlador e administrador (gestores) – os chamados deveres fiduciários – exatamente por administrarem patrimônio alheio. Esses deveres não podem ou devem ser impostos aos demais sócios exatamente por não gerirem patrimônio alheio. Aqui não se está falando então propriamente de regra de conflito, mas de dever fiduciário.

O problema é que tal solução ainda que correta, representa verdadeira *capitis diminutio* da regra de conflito, que acaba se transformando em uma regra fraca, exatamente por entender-se que o problema será resolvido via imposição de deveres fiduciários.<sup>38</sup> E a realidade exige exatamente

37. É admissível para esses fins a identificação entre controlador e administrador, dada a estrutura societária brasileira, que submete internamente o segundo ao primeiro. Cabe ainda ressaltar que a identificação da função de gestão do patrimônio social nos dois casos levou a lei acionária brasileira em seu art. 117, § 3º, a impor os mesmos deveres e responsabilidades a controlador e administradores: “o acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo”.

38. Nesse sentido, a lei acionária brasileira, ao estabelecer regras orientadoras das relações entre administradores e companhia e administradores e acio-

te o contrário. A discrepância entre posição jurídica e fática dos vários integrantes da pessoa jurídica (controladores e administradores de um lado e acionistas minoritários de outro) impõe que a regra de conflito não adote um critério *de minimis* de incidência. O que se diz é nada mais que o óbvio.

Dessa conclusão óbvia, válida também para o direito dos contratos, decorrem conseqüências aplicativas importantes. A principal delas pode ser formulada da seguinte forma: se a regra de conflito tem valor em si é então a partir dela que deve ser controlado o comportamento dos contratantes. É preciso então indagar de seu sentido específico.

Nada verdade, a regra geral de conflito consiste na elaboração de critérios objetivos para a formulação de um critério de culpa. Por força da influência do direito societário, é interessante notar que o critério não é mais o de culpa *in concreto* do antigo administrador de negócios romano. O critério é aqui o de uma culpa *in abstracto*, parametrada por uma razoabilidade de mercado. Entende-se que as transações de mercado (desde que esse mercado seja competitivo e não monopolizado) fornecem critério muito mais seguro para apuração da razoabilidade da transação (até porque não é freqüente a hipótese em que há comportamentos anteriores do administrador obrando em seu próprio negócio).<sup>39</sup> Assim,

impõe aos gestores do patrimônio social deveres de diligência, lealdade e informação.

39. A evolução do conceito na doutrina privilegia a análise da culpa sob o ponto de vista abstrato. Enquanto no direito romano contrapunham-se os conceitos de culpa *in abstracto* e culpa *in concreto* (a culpa como fato dependente de uma situação individual e variável, em que se confronta a atuação do agente não a um modelo abstrato, mas à suas atitudes anteriores relativas às suas coisas ou interesses), a doutrina elevou o conceito de culpa a um princípio jurídico abstrato (v. R. von Jhering, *Études Complémentaires de l'Esprit du Droit Romain – De la Faute en Droit Privé*, Paris, Editor A. Marecq, Ainé, 1880, pp. 54 e 55). Nesse sentido, o conceito de culpa (*Verschuldung*) contrapõe-se ao de diligência, representativo da conduta esperada do *bonus pater*

como critérios de apuração são geralmente mencionadas operações anteriores da própria sociedade ou operações semelhantes no mercado<sup>40</sup> (critérios evidentes de apuração de culpa *in abstracto* segundo padrões de mercado – são estes de resto os critérios previstos no art. 156, § 1<sup>o</sup>, da lei societária brasileira).

Aplicado ao direito dos contratos, tal princípio sem dúvida parecerá paradoxal à luz da doutrina clássica. Sendo os interesses eminentemente individuais, não haveria conflito imaginável. Identificado no contrato um objetivo de cooperação, ele parece natural a qualquer contrato, associativo ou de permuta. Seu reconhecimento positivo pode ser encontrado no mesmo art. 421 do Código Civil. A referência expressa ao princípio da probidade, ao lado da boa-fé, é significativa.

Probidade só ganha sentido, como princípio independente da boa-fé, se referido a algum padrão de conduta. Ora o padrão de conduta correta nos contratos é exatamente ao cumprimento do objetivo econômico comum. Ausente esse objetivo e vigente o puro princípio individualista, não existiria critério de probidade possível.

Probidade na conclusão do contrato significa atuar no sentido do cumprimento de seu objetivo econômico. Os padrões de mercado são critérios relevantes para iden-

tificar preço e qualidade razoável da mercadoria em um contrato sinalagmático. Eventual discrepância desses padrões, despendida de justificativa econômica, caracteriza o conflito de interesses. O mesmo deve ser dito em relação ao momento da execução do contrato. Em um contrato de compra e venda, por exemplo, a entrega preferencial de mercadoria a uma pessoa ligada e não ao contratante, caracteriza o conflito de interesses (ou na nomenclatura do Código, a falta de probidade negocial). E os exemplos não param aí. A rica casuística societária de hipóteses de conflito de interesses material pode em muito ajudar a construir o instituto e tornar mais objetiva sua aplicação na esfera contratual.

Evidentemente, permanecem grandes as distinções entre o efeito dos institutos em ambos os planos, societário e contratual. Enquanto no plano societário a existência de interesse direto contrário ao da sociedade leva à proibição de voto (art. 115 da Lei 6.404/1976), na disciplina contratual a inexistência de probidade pode levar à ineficácia contratual e à não produção de seus efeitos.

Mas a identificação de um princípio geral de conflito de interesse nas relações negociais é importante pois demonstra que nessas relações não é admitida pelo direito a sobreposição dos interesses particulares ao objetivo do negócio (ou da sociedade, no caso societário). Mais importante ainda, demonstra que o relevante para determinar a existência do conflito e sua imputação é a posição jurídica<sup>41</sup> assumida pela

*familias* (v. B. Winscheid, *Diritto delle Pandette*, v. II, Turim, UTET, 1925, pp. 65 a 69). A mudança de paradigma representada pela adoção de modelos justifica-se pela necessária concretização da norma abstrata de conduta. A adaptação do modelo abstrato de conduta ao tempo e à natureza da atividade permite a correta adotação entre modelo e conduta do agente para fins de aplicação da norma específica (v. A. Azara e E. Eula, *Novissimo Digesto Italiano*, 3<sup>a</sup> ed., Turim, UTET, 1958, p. 598). Tal concepção foi claramente adotada pela lei acionária brasileira no seu art. 153 em relação ao dever de diligência dos administradores: "O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios".

40. Cf. R. Clark, *Corporate Law*, cit., p. 147.

41. A posição jurídica (*Rechtsposition*) pode derivar tanto de situações jurídicas estabelecidas quanto de situações de fato. Daí a particular adaptação desse conceito, p. ex., à descrição da natureza jurídica do controle (cf. a respeito F. K. Comparato, C. Salomão Filho, *Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 4<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, pp. 122 e ss.). Para a definição de posições jurídicas v. a clássica explicação de Larenz, segundo a qual a posição jurídica é oriunda de uma relação jurídica (*Rechtsverhältnis*, termo que abrange tanto a relação formalizada quanto a relação de fato reconhecida pelo direito) e constituída pelo conjunto de con-

parte na relação jurídica, quer na sociedade quer na relação contratual.

### 9. Conclusão: contratos, estruturas e organização social

Em conclusão, é possível inverter a lógica do trabalho exposta, procurando, a partir do estudo desenvolvido sobre os contratos, entender melhor o que significa a compreensão estrutural do direito.

O trabalho partiu da concepção inicial de que não se deve excluir da análise jurídica os vários interesses envolvidos por uma determinada disciplina. Não se deve tampouco restringir ou simplificar os interesses envolvidos em função de pressupostos econômicos ou ideológicos.

Assim, em se tratando de contratos, procurou-se partir da identificação das várias relações e dos vários interesses envolvidos pelos contratos. Nessa tarefa, foi necessário, desde o início, furta-se à aceitação irrefletida de dogmas. Assim, relações envolvidas pelos contratos foram revisitadas, mesmo aquelas sobre as quais já havia um tradicional e estabelecido consenso na doutrina.

Abordaram-se exatamente as relações internas ao contrato, procurando a natureza dos interesses que ali se expressam. A natureza cooperativa dos interesses revelou-se claramente como alternativa ao consenso contratualista, que tende a enquadrar e reduzir as relações contratuais à mera oposição de interesses.

Essa análise – ampla e não tolhida por preconceitos – dos interesses envolvidos, levou à identificação de diversas funções contratuais. O contrato aparece não apenas como anódino instrumento de disciplina individual de relações privadas, mas como meio apto a desempenhar outra função na organização da relação interna entre seus participantes: a cooperação entre agentes (função cooperativa).

Observar essa passagem da identificação de interesses para a identificação de função dos institutos ajuda a esclarecer o sentido do estruturalismo jurídico. Se o direito é capaz de identificar e sopesar interesses e transformar regras e interpretação jurídica em um todo funcional para a consideração desses interesses, ele mesmo ganha novo significado. Estruturas jurídicas não serão mais mera conseqüência de forças econômicas (na visão neoclássica) ou relações econômicas e de classe (na visão marxista) exogenamente determinadas. Ao reverso, o direito é capaz de determinar – e alterar – estruturas sociais. Destaca-se então seu potencial transformador.<sup>42</sup>

Identificar esse potencial transformador do direito e as pré-condições para que ele exista não é tarefa fácil. Na verdade, na história da humanidade, revoluções sempre foram necessárias para transformar o direito, paradigma de estabilidade. E sempre o fizeram. Basta tomar como exemplo três das grandes Revoluções Ocidentais: a Russa, a Francesa e a Americana.<sup>43</sup> Em todos esses casos e em muitos outros que poderiam ser narrados, a transformação social, econômica e política só foi possível através da tomada e radical transformação do Estado. A transformação, também radical do direito que ocorreu nesses períodos, foi

seqüências jurídicas, isto é, direitos subjetivos, expectativas de direitos, deveres e outras vinculações, obrigações e competências que se originam de uma relação jurídica para ambos os participantes (*die Gesamtheit der Rechtsfolgen, nämlich der subjektiven Rechte, Erwerbsaussichten, Pflichten, sonstige Gebundenheiten, Obliegenheiten, und Zuständigkeiten die sich aus dem Rechtsverhältnis für einen der an ihm Beteiligten ergeben, machen seine Rechtstellung in diesem Rechtsverhältnis aus*) – K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7ª ed., Munique, Beck, 1989, p. 207.

42. Cf. C. Salomão Filho, “Direito como instrumento de transformação social e econômica”, in *Revista de Direito Público da Economia*, v. 1, 2003, pp. 15-44.

43. Cf. a respeito o fundamental trabalho de H. Berman, *Law and Revolution – The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1997, p. 20.

conseqüência direta da transformação do Estado.

Face a essa constatação histórica simples, surge diretamente uma pergunta: o direito não seria capaz de modificar ou permitir a modificação radical de uma sociedade? Estaria sempre sujeito a um determinismo político ou econômico? Sua transformação seria sempre o produto de mudanças em outras esferas e jamais a causa? Ou seja, o direito estaria fadado a ser realmente apenas o repositório de tradições e instrumento de garantia de permanência de uma sociedade?

A história dá respostas conflitantes a essa pergunta. A lógica e o bom senso, desde que revestido de bons ideais, parecem indicar que essas características não são necessárias.

De um lado, não há muita dúvida que uma das grandes características da tradição jurídica ocidental é exatamente o fato de ter sido capaz de se sobrepor à esfera política.<sup>44</sup> A razão para tanto está em um fato histórico simples: o estabelecimento das liberdades individuais, proteções do indivíduo contra todos, inclusive e talvez especialmente, o Estado.

Esse fato histórico singelo foi de fundamental importância para o direito. A partir desse momento surgiu um grande motor para transformações na esfera política e das liberdades civis. A possibilidade de formar livremente a consciência e de escolher livremente. Trata-se de uma transformação jurídica fundamental que possibilitou outras transformações. A liberdade de consciência e escolha, imposta a todos, inclusive ao Estado, proporcionou transformações sociais profundas como o movimento dos direitos humanos dos anos 1950 e 1960 nos EUA, as transformações políticas, sociais e raciais da África do Sul nos anos 1990 e a reintrodução paulatina das democracias na América Latina nos anos 1970 e 1980.

Em qualquer delas dúvida não há que elemento central e inicial foi a atribuição ou restituição a todos os cidadãos de liberdades fundamentais de consciência e escolha, direitos fundamentais oponíveis inclusive ao Estado. Em todos os casos, essa transformação jurídica fundamental foi um dos elementos centrais propulsores de mudanças sociais e políticas radicais, verdadeiramente revolucionárias (ao menos na esfera política e das liberdades civis).

No campo econômico, ao contrário, isso jamais ocorreu. A influência transformadora do direito na esfera econômica é incomparavelmente menor do que na esfera política e das liberdades civis. O direito continua sujeito a determinismos econômicos. Os exemplos existentes de influência do direito na realidade econômica têm, via de regra, duração efêmera e mais cedo ou mais tarde a interpretação de textos legais movidos por intenção transformadora acaba por se render às determinantes econômicas. Bom exemplo disso é o *Sherman Act*, bastante transformador e até revolucionário em sua origem,<sup>45</sup> que no giro de um século foi reduzido e quase desaplicado para dar vazão às teorias econômicas predominantes.

A razão para esse descompasso entre efeitos do direito sobre a esfera política e a esfera econômica está no conteúdo das respectivas regras. Enquanto as primeiras são procedimentais, proporcionando a escolha a todos e conseqüentemente a transformação social, as últimas são deterministas, são via de regra mera definição de instrumentos de política econômica. Ao contrário do direito das liberdades civis, não há qualquer preocupação com a escolha econômica. O direito econômico jamais foi capaz de estabelecer a liberdade de formação de conhecimento e a liberdade de escolha em matéria econômica, únicas regras dotadas

44. Cf. H. Berman, *Law and Revolution – The Formation of The Western Legal Tradition*, cit.

45. Cf. a respeito da história política e social do *Sherman Act*, a obra de H. Thorelli, *The Federal Antitrust Policy*, Londres, George Allen and Unwin Ltd., 1955.

verdadeiramente de potencial transformador autônomo, pois só elas permitem que as mudanças sejam introduzidas pela própria sociedade e não pelo Estado.

O que se disse acima pode ser dito de outra forma: existe democracia política em muitas sociedades ocidentais, o que possibilita a transformação política da sociedade e para isso o direito muito contribuiu. Por outro lado, são raríssimas e historicamente efêmeras as experiências sociais em que se verificou a existência de democracia econômica. E para isso o direito deve ser chamado a dar sua contribuição. Note-se que essa observação ganha bastante força nos dias atuais, nos quais o Estado e a esfera política são cada vez menos capazes de influenciar a esfera econômica – ao contrário, são cada vez mais por ela influenciados e pressionados. Democracia política, portanto, cada vez menos é capaz de se traduzir em transformação econômica.

Urge, portanto, examinar os (poucos) exemplos históricos de transformação estrutural econômica através do direito e verificar em que sentido indicam. Alguns exemplos históricos podem ser colacionados. Por outro lado, é também verdade que o tradicional emaranhado produzido pela história entre causas e conseqüências permitirá, para cada exemplo, a crítica de que se trata de uma conseqüência e não causa das mudanças econômicas.

Ainda assim, o indiscutível impacto sobre a realidade econômica que tiveram serve para demonstrar que a relação entre forças sociais e economia é muito mais complexa e rica do que pretendem as explicações neoclássica e marxista. Tome-se como exemplo as leis de participação operária nas grandes empresas alemãs dos anos 1960 (*Mitbestimmungsgesetze*). Subproduto indiscutível da luta de classes na Alemanha dos anos 1960, a transformação do sistema econômico e produtivo alemão gerada foi profunda a ponto de distingui-lo como um novo modelo de capitalismo, mais ligado a investimentos industriais de longo

prazo e mais social.<sup>46</sup> O direito aí influenciado pela importância atribuída aos grupos de interesses foi capaz de alterar a esfera econômica, ainda que os influxos de poder dessa esfera indicassem inteiramente em outra direção.

Não houve aí, portanto, determinação direta da esfera jurídica a partir dos grupos dominantes na esfera econômica, mas, ao contrário, a luta de classes e a identificação de interesses que exigiam tutela a partir dela levou à transformação do sistema econômico.

O mesmo pode ser dito da própria lei *Sherman*, mais antiga, que, tanto em sua concepção como aplicação, levou em conta grupos de interesse adversamente afetados e foi capaz de transformar o sistema econômico. Trata-se da lei *Sherman* norte-americana de 1890. A espoliação de consumidores pelos grandes grupos econômicos e cartéis àquela época levou a verdadeiro movimento popular captado na lei em sua interpretação.<sup>47</sup> A desconstrução de estruturas econômicas dominantes que se seguiu foi marcante para o desenvolvimento econômico daquele país,<sup>48</sup> durante até meados dos anos 1970, período em que se iniciou sua revogação tácita pela Escola de Chicago.

Em ambos os casos, a mudança estrutural econômica por obra do direito parecer receita semelhante. É exatamente a pro-

46. M. Albert, *Capitalismo Versus Capitalismo*, São Paulo, Loyola, 1992, trad. do original *Capitalisme Contre Capitalisme*, Paris, Seuil, 1991.

47. Cf. H. Thorelli, *The Federal Antitrust Policy*, cit.

48. Conforme mencionado acima, o trabalho de W. Comanor e R. Smiley, "Monopoly and the distribution of wealth", in *The Quarterly Journal of Economics* 89, 2 (1975), pp. 177 e ss., demonstrou, dentre outras coisas, que entre 1890 e 1963, período de aplicação mais incisiva da legislação anti-monopólio, a concentração de riqueza tornou-se menos desigual nos Estados Unidos da América. Sobre o tema, v. tb., C. Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002, pp. 58-65.

cura, consideração e inclusão de interesses sociais relevantes para a aplicação da norma – e não a predefinição, jurídica ou econômica do sentido que deve ter a aplicação da norma – que torna o direito apto a garantir transformações estruturais na esfera econômica.

Em matéria contratual isso se verifica, como visto ao longo do trabalho, de forma particular. Identificar interesses e deduzir funções implica expurgar o contrato da idéia de proteção exclusiva ou mesmo primordial de direitos subjetivos indivi-

duais. A idéia estruturalista traz consigo a concepção de comunidade (ainda que uma micro-comunidade) que pode e deve ser criada por meio do contrato, através da consideração da coordenação dos vários interesses por ele afetados – consequentemente – das várias funções a serem por ele desempenhadas. Só assim pode a disciplina contratual representar verdadeira contribuição para que o direito retome seu papel organizador das relações sociais, função essa quase totalmente entregue nos dias de hoje às relações hierárquicas de poder.