O CONTRATO, DE ENZO A VINCENZO

Rafael Vanzella

RESENHA

ROPPO, Enzo. *Il contratto*. Bolonha: Il Mulino, 1977. Tradução portuguesa de Ana Coimbra e Manuel Januário Costa Gomes. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. Cit. *O contrato*.

ROPPO, Vincenzo. Il contratto. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo. *Tratatto di diritto privato*. Milão: Giuffrè, 2001. Cit. *Il contratto*.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto del duemila*. Turim: Giappichelli, 2002. Cit. *Il contratto del duemila*.

O que os reduz à unidade? O fato de que todos os três contribuem, cada qual de um específico ponto de vista, para traçar o quadro dos fatores de "crise" da tradicional figura e disciplina do contrato e (de modo todo embrionário) as linhas de um novo paradigma contratual, as quais emergem sobretudo da legislação setorial dos anos 90 do século XX: aqueles "dez anos que subverteram o contrato" e que nos consignam, nos albores do séc. XXI, um instituto em larga medida remodelado a respeito dos esquemas da tradição (da tradição mais longínqua, mas também daquela relativamente vizinha). Eis então o título: "O contrato do séc. XXI" *[Il contratto del duemila, IX]*.

No crepúsculo dos anos 70 do século XX, Roppo firma-se como um autor fundamental (cf. Orlando Gomes. A função do contrato. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 101-109) para se compreender as transformações

do direito dos contratos. Este, segundo o próprio autor, consiste em um conjunto historicamente mutável de regras e princípios, os quais exercem um duplo papel: de um lado, conformam o contrato, funcionalizando-o às operações econômicas efetivamente praticadas [*O contrato*, 9, 11]; de outro lado, moldam essas mesmas operações econômicas, submetendo-as a um certo arranjo e aos interesses que, no âmbito de tais operações, busca-se tutelar e prosseguir. Chegava Roppo, assim, à sua definição de contrato: é, por um lado, a formalização jurídica da operação econômica, a qual, se constitui seu substrato imprescindível, pode e deve ser regulada pelo direito (dos contratos); por outro, a construção da categoria científica idônea para tal fim, ou seja, o conceito (jurídico) elaborado para dotar a linguagem de um termo capaz de resumir uma disciplina jurídica complexa [*O contrato*, 7, 11].

Nesse emaranhado das noções de direito (positivo), economia e instituto jurídico (contrato), não se poderia manifestar senão a demonstração de que o direito (dos contratos) consiste menos em normas ditadas pela razão e mais na intervenção positiva e deliberada das forças políticas que exprimem o (os três poderes do) Estado, satisfazendo certos interesses e sacrificando outros que lhes sejam conflitantes [*O contrato*, 22]. Em poucas palavras, o direito dos contratos é produto de uma decisão política, a qual lhe imputa objetivos políticos; inevitavelmente, as mudanças daquela decisão determinam as transformações do direito dos contratos [*O contrato*, 23, 24]. É, enfim, a passagem de um direito dos contratos que persegue (é posto por um Estado que tem) objetivos (políticos) liberais para um direito dos contratos que persegue (é posto por um Estado que tem) objetivos (políticos) sociais que constituíam o cerne das preocupações do jovem Roppo: o Roppo da década de 70 do século XX, quando então se apresentava à comunidade acadêmico-jurídica como "Enzo".

Passados mais de vinte anos – e, neste intervalo, atento a outras tantas mudanças dos objetivos políticos do Estado e, por conseqüência, do direito dos contratos –, Roppo, já não tão jovem, desloca o centro de suas atenções para o que denomina "novo paradigma contratual": por trás dele, a transferência de funções do Estado para o mercado [*Il contratto del duemila*, 5] e o correspondente ordenamento jurídico cada vez mais informado pela lógica de privatização e liberalização [*Il contrato del duemila*, 38]. O Roppo da década de 70 do século XX vai sendo, dessarte, superado pelo Roppo do século XXI, o que se deflagra alegoricamente pela mudança de seu prenome, ao menos no seio de suas obras, para "Vincenzo". Com isso, seu livro *Il contratto* daqueles anos 70 é substituído por outro homônimo, mas muitíssimo alterado tanto no plano de exposição e na extensão do texto quanto nos temas abordados. Feito tomo do *Trattato di diritto privato* cuidado por G. Iudica–P. Zatti, o novo *Il contratto* é acrescido pelo pequeníssimo volume *Il contratto del duemila*, publicado pouco depois, cujos três ensaios servem como sua introdução. O que fica de Enzo é a

mesma preocupação com o substrato socioeconômico em relação às normas jurídicas postas, seus mútuos influxos, o mesmo modelo de compreensão do instituto jurídico contratual lastreado no devir histórico, com sérias reservas à linha da continuidade acrítica, tão comum a alguns civilistas. Mas o enfoque das transformações dos objetivos políticos do direito dos contratos deixa de ocupar o primeiro plano de sua análise para ceder lugar ao estudo imediato de questões dogmáticas advindas de um modo diferente de regulação jurídica, que redefine o direito dos contratos e o próprio instituto contratual. Que esta regulação pressupõe certos objetivos políticos, isso Roppo não descarta. A ênfase agora se dá, entretanto, nas conseqüências que o desarranjo do Estado-nação provoca nas técnicas contratuais tradicionais, tanto as forjadas no contexto do Estado liberal quanto no do Estado social.

Bastaria lembrar, nesse sentido, da crescente influência que as diretivas da Comunidade Européia exercem tanto no ordenamento jurídico interno quanto na cultura jurídica italiana. Com efeito, ao passo em que as leis especiais dos anos 70 e 80 do século XX – material empírico dos trabalhos de Enzo – embasavam as reflexões sobre descodificação e microssistema, o último decênio deste século assiste a um salto de qualidade da legislação: as "leis especiais de última geração" têm origem no ambiente supranacional e comunitário e se referem, outrossim, à disciplina de determinados setores do mercado, predispondo regras sobre a relação entre seus protagonistas institucionais, quais sejam empresários e consumidores. São exemplos as leis sobre cessão de créditos da empresa, contratos celebrados fora dos estabelecimentos comerciais, contratos bancários e de crédito ao consumo, contrato de venda e compra de pacotes turísticos, contratos de seguro de vida e de danos, contratos relativos à prestação de serviços financeiros, contratos para venda de multipropriedade, contratos de subfornecimento, contratos a distância, entre outros [*Il contratto del duemila*, 9-11]. Além disso – e por isso –, os modelos normativos, frutos do labor científico alienígena, passam a ser internamente adotados de modo acelerado e violento, sem assimilação cultural, na medida em que deixam de experimentar o trabalho intelectual para serem impostos pela decisão política incorporada nas diretivas [*Il contratto del duemila*, 12].

Mas, na verdade, para tratar do "contrato do século XXI" sob a efeméride do desarranjo do Estado-nação, Vincenzo vai muito além. Traça, como de rigor e sem olvidar das novidades, a relação entre contrato e fonte do direito: se por um lado reforçam-se, no início do século XXI, as evidências empíricas do contrato como norma jurídica – tendência já apontada por Enzo nos fenômenos da estandardização e dos contratos normativos [*O contrato*, 331-326] – configurando, com nítidas diferenças para com a anterior, uma nova *lex mercatoria* [*Il contratto del duemila*, 6-7], por outro a sociedade e a economia globalizadas exigem um contrato cuja

flexibilidade superponha-se aos valores de certeza e estabilidade [*Il contratto del duemila*, 7]. Reaparece, revigorada pela análise econômica do direito, a teoria da *efficient breach*: o contrato não mais constitui obrigação de adimplir, senão um poder (formativo) de escolha entre adimplir e não-adimplir/ressarcir; respeitar ou violar os deveres (relativos) contratuais torna-se indiferente do ponto de vista axiológico, mas relevante se se aprecia sua conveniência econômica, pois neste caso é privilegiada a opção que garanta a melhor alocação de recursos [*Il contratto del duemila*, 7].

Seria o fim do corolário do direito dos contratos *pacta sunt servanda*, em que o aspecto moral se sobressai? Enzo não chegou a enveredar sua análise nessa direção; deteve-se no significado ideológico – e nas alterações – dos temas da liberdade de contratar, da igualdade jurídica dos contratantes, da autonomia da vontade, da teoria da vontade. Não deixou de afirmar, porém, que a descoberta do sentido oculto em tais dogmas do direito contratual liberal levava à admissão de que o contrato (e os dogmas do direito dos contratos) não passava de mecanismo objetivamente essencial ao funcionamento de todo o sistema econômico [*O contrato*, 25]. A própria noção de autonomia privada, sucedânea à noção de autonomia da vontade, já indicava que a supremacia da vontade individual cedera lugar à legitimação da liberdade econômica, da liberdade de prosseguir no lucro ou de atuar segundo as conveniências de mercado. As transformações no direito dos contratos caminhavam, pois, menos na linha de uma adaptação ética do que naquela da necessidade de torná-lo mais funcional às novas condições do capitalismo [*O contrato*, 310-311]. Todavia o corolário *pacta sunt servanda* não era relativizado, senão reforçado, porquanto revelava que o respeito aos compromissos assumidos seria pressuposto para que as operações econômicas se desenvolvessem conforme uma lógica própria, de modo a viabilizar e não frustrar os cálculos dos agentes econômicos [*O contrato* 24-25].

Para Vincenzo, porém, não precisamente o fim, mas sim a relativização do *pacta sunt servanda* é o cerne do "novo paradigma contratual". Como Enzo, também em tema de proteção do contratante mais fraco, assume esta como um dado normativo imposto não somente por questões de eqüidade e justiça, mas sobretudo pela tutela do próprio funcionamento do mercado: empresários eficientes devem prevalecer não pelo abuso de posição dominante, e sim pelo melhoramento da qualidade e diminuição do preço dos produtos, pela inovação tecnológica, pela redução dos custos internos e pela racionalização dos processos produtivos e distributivos [*Il contratto*, 904]. Entretanto, a noção de proteção do contratante débil, por ter origem na força expansiva do regime dos contratos do consumidor, implica um modelo ao qual um número cada vez maior de situações fáticas pode ser reconduzido. Da proteção à posição (institucional) de consumidor passa-se à proteção à posição (institucional) de contratante débil, independentemente

do papel que o agente econômico desempenha no mercado [*Il contratto del duemila*, 27, 52-53]. Não é mais a qualidade socioeconômica do contratante, mas sim a circunstância concreta na qual ele se encontra que determina a incidência de regras protetivas. No suporte fático destas, não as qualidades subjetivas, não uma debilidade definida legalmente *ex ante*, e sim a *assimetria de poder contratual*. E esse modelo, que tem por base os poderes (formativos) de denúncia da relação contratual pelo simples arrependimento e de decretação da nulidade do contrato por requisitos de validade que extrapolam o rol do direito comum, apresenta uma certa unidade das conseqüências de sua aplicação, qual seja o enfraquecimento do vínculo contratual e também do princípio da intangibilidade do equilíbrio contratual [*Il contratto del duemila*, 27, 34]; vale dizer, do corolário *pacta sunt servanda*.

O que isso significa exatamente? Em primeiro lugar, que o regime dos contratos do consumidor derroga a disciplina do direito comum dos contratos [*Il contratto del duemila*, 34]. Em segundo lugar, que esse regime apresentou, na prática, uma força expansiva, a ponto de mesmo os princípios Unidroit consagrarem a proteção do contratante débil [*Il contratto del duemila*, 55]. Em terceiro lugar – e é aqui que se delineia o novo paradigma contratual –, a contemplação do modelo de assimetria de poder contratual, caracterizado pela circunstância de um dos contratantes estar em situação de desequilíbrio por não poder exercer seu poder (formativo) de estabelecer o clausulado contratual, o qual é fixado unilateralmente pela outra parte contratante [*Il contratto del duemila*, 56].

Neste ponto se identifica o novo Roppo. Enzo, conquanto conteste a fórmula "do contrato ao *status*" [*O contrato*, 26-27] – inversa portanto àquela de H. S. Maine –, não deixa de se referir às posições de superioridade ou inferioridade econômica e social das partes contratantes [*O contrato*, 327], o que é muito próximo da idéia de classe e de *status*. Roppo não havia, então, se livrado das amarras de um modelo que considera as características subjetivas dos contratantes, tanto que privilegia um controle da liberdade contratual *ex ante*, por meio de ações neutralizadoras do legislador [*O contrato*, 327-334]. Vincenzo rompe com esse vacilo e, na verdade, reajusta a dogmática do direito contratual à fórmula de H. S. Maine, desprezando por completo a idéia de posição socioeconômica dos contratantes. O fundamental, no modelo de Vincenzo, é a assimetria de poder contratual verificada em concreto, apreciável com maior ou menor discricionariedade caso por caso pelo juiz [*Il contratto del duemila*, 44].

Uma última questão permaneceria, contudo, a tirar o sono dos leitores de Roppo. Como diz Vincenzo, a noção de vínculo contratual – que, reitere-se, se lastreia no corolário *pacta sunt servanda* – cumpre uma função que acaba por determinar o caráter institucional do contrato: se o contrato não estabelecesse vínculo, ninguém poderia contar com a certeza e a efetividade das próprias posições jurídicas subjetivas ativas contratuais, ligadas à

estabilidade dos efeitos contratuais, pois todos os contratantes estariam sujeitos ao arbítrio da contraparte [*Il contratto*, 533]. Assim, a nada serviria o contrato. Estar-se-ia, então, com o enfraquecimento do *pacta sunt servanda*, diante do definitivo declínio da figura do contrato, idéia repelida por Enzo nos anos 70 do século XX [*O contrato*, 335-348]?

Não, certamente. Às previsões apocalípticas, Roppo – ambos aliás – objeta sempre com tendências outras do próprio sistema, aparentemente contraditórias, mas que, em verdade, acabam por redefinir o contrato, de modo não a sucumbi-lo, e sim a revalorizá-lo. Em primeiro lugar, caberia afirmar que não é em todos os contratos que se apresenta assimetria de poder contratual. Em segundo lugar, aponta Vincenzo que as próprias nulidades com que se sancionam contratos econômica ou normativamente desequilibrados ou que, ainda, violem deveres secundários são, em sentido atécnico, "relativas": tanto subjetivamente, pois só o contratante débil pode invocá-las, quanto objetivamente – quando "contamina" somente uma parte do contrato, apenas das cláusulas nulas é que se decreta a invalidade, cabendo a suplementação *ex lege* da lacuna com base em parâmetros normativos pró-contratante débil [*Il contratto del duemila*, 32-33]. Ocorre, destarte, uma contenção das conseqüências da invalidade, em função da preservação do vínculo contratual. E, em terceiro e último lugar, conforme já no século passado sustentou Enzo – quem não é, absolutamente, desprezado por Vincenzo –, verifica-se, cada vez mais constantemente, a "recuperação da contratualidade": em diversos fenômenos assume o contrato a função de instrumento de mediação social, retomando para sua lógica situações que nela ingressariam só de forma distorcida se não fossem as modificações do próprio direito dos contratos, e, outrossim, conquistando espaços novos [*O contrato*, 337]. Reaparece o problema da relação entre contrato e fonte do direito. E quanto a isso chama a atenção Vincenzo para um fato que passa constantemente despercebido no contexto da *market regulation*, baseado nas autoridades administrativas independentes: ditar normas para a regulação de um determinado setor do mercado implica não raro a edição de normas para regular – e assim também eleger como instrumento mediador da regulação – os próprios contratos celebrados no âmbito daquele setor [*Il contratto del duemila*, 20; *Il contratto*, 903-904]. Leis e regulamentos cedem lugar, pois, ao contrato, até mesmo no sentido de que, segundo Enzo, são cada vez mais "contratados": as ações legislativas e administrativas não são mais do que formalizações de "acordos" ou "entendimentos" de partes políticas interessadas às quais subjazem *lobbys* extremamente poderosos [*O contrato*, 338]. Volta à baila a tormentosa relação entre política e direito dos contratos, conquanto esse ponto já não seja tão crucial a Vincenzo. Seria por que o novo Roppo destaca com mais facilidade o contrato dos domínios da política e da economia, vendo agora com uma certa autonomia o direito dos contratos?

Em última análise, a leitura dos dois Roppo por meio de suas obras *Il contratto* de Enzo, *Il contratto* e *Il contratto del duemila*, ambas de Vincenzo, revela seu assento comum: uma sofisticada dogmática do direito contratual feita compatível com a compreensão do instituto mediante um método interdisciplinar e que privilegia o devir histórico. No século XXI, a advertência de Enzo sobre este ponto se mantém inalterada e, mais do que isso, é – e precisa ser – reforçada [*O contrato*, 347-348]:

> Sabemos que qualquer instituto jurídico, longe de ser governado por leis absolutas, está sujeito a um princípio de relatividade histórica: postular uma "essência" do contrato (e encontrá-la, em concreto, no exercício incondicionadamente livre da vontade individual e dos impulsos subjetivos das partes) significa destacar, de modo arbitrário, uma fase historicamente condicionada e circunscrita da evolução do instituto contratual (admitindo – o que é duvidoso – que também aquela fase tenha correspondido perfeitamente à pureza do modelo). Mas isto é ideologia: a verdade é que não existe uma "essência" histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade de suas formas históricas e das suas concretas transformações.

Rafael Vanzella
Pesquisador da Direito GV