



Por uma teoria ética do contrato¹

Arturo Caumont

Universidade da República, Montevideu, Uruguai

<https://orcid.org/0000-0001-5447-3178>

Resumo: Ancorado metodologicamente em algumas das possíveis intersecções que põe em contato a semiótica com a filologia, o artigo propõe o repensar dos contornos semânticos do contrato, tendo por premissa a fusão da eticidade à juridicidade na significação normativa do retrocitado negócio jurídico.

Palavras-chave: Contrato; Deveres Negociais; Teoria Ética.

For an ethical contract theory

Abstract: Methodologically anchored in some of the intersections beyond semiotics and philology, this paper suggests to rethink the semantic and normative contours that are commonly used to draw contemporary contracts, based on the necessary between law and ethical.

Keywords: Contract; Contact Duties; Ethical Theory.

Salientam Maria Francisca Carneiro, Fabiana Severo e Karen Eler que ainda que a presença de elementos estéticos possa ser considerada uma constante nas formulações dos atos e negócios jurídicos em geral, sua configuração varia, influenciada por aspectos como:

(a) a percepção do Direito como subsistema do sistema geral da sociedade, (b) a simbologia das mudanças e das cargas negociais derivadas das relações jurídicas, (c) os conteúdos atribuídos à verdade e à certeza e, sobretudo, (d) a contextualidade e intercontextualidade da semiologia jurídica, como pano de fundo e [inafastável]² relevo analógico, que se busca agora delinear entre o discurso ético e o jurídico³.

¹ A tradução, autorizada pelo autor, foi realizada por Maria Eduarda Trevisan Kroeff, graduada em Direito pela Universidade do Rio dos Sinos. A revisão da tradução, a inserção de notas e as glosas são de autoria de Marcos Catalan – Doutor *summa cum laude* em Direito pela Faculdade do Largo do São Francisco, Universidade de São Paulo. Professor no PPG Direito e Sociedade da Universidade LaSalle e na Escola de Direito da Unisinos. O trabalho se insere no âmbito do projeto de investigação científica intitulado *Proteção do consumidor à deriva: uma tentativa de aferição do estado da arte, na tutela jusconsumerista, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça*, financiado pelo CNPq (407142/2018-5) e pela Universidade LaSalle.

² As palavras e expressões grafadas entre colchetes ao largo do texto são fruto da intervenção do revisor.

³ CARNEIRO, Maria Francisca; SEVERO, Fabiana; ELER, Karen. **Teoria e prática**

Com lastro em premissas análogas é possível formular perspectiva crítica sobre o contrato como uma relação marcada pela eticidade que não busca o confronto tão somente pelo confronto. Isso ocorre mesmo diante da abordagem tradicional que o tem como uma espécie emblemática do gênero negócio jurídico⁴ e, ao mesmo tempo, como o campo de disputa em cujo interior se instala o conflito de interesses entre partes que buscam, tal qual os adversários de uma contenda, a prevalência de sua posição individual em detrimento do outro.

O contrato, nesses termos, encerra em suas paredes a luta pela satisfação de posições jurídicas que o sistema tipológico [decimonônico] objetivamente sustenta ao posicionar direitos subjetivos, direitos formativos, ônus e tantas outras possibilidades de forma segmentada, tanto estrutural como funcionalmente.

É verdade que consoante a concepção tradicional e clássica do contrato os contratantes ocupam polos opostos na relação negocial e que, em função de seus interesses pontuais e necessidades específicas, buscam superar e dominar um ao outro, na tentativa concomitante e recíproca de atribuir para si a maior receita patrimonial individual sem que estejam preocupados com o fato de que isso poderá afetar o proveito esperado pela contraparte.

Tal contraposição começa, necessariamente, no período denominado *tratativas prévias*, embora não se esgote quando o contrato se aperfeiçoa. A oposição persiste, mesmo após a sua formação, tanto no âmbito objetivo que se encontra abarcado pela regulação legal do plexo tipológico, como na esfera da subjetividade imantada às condutas identificáveis no fazer obrigacional prometido.

Em tal perspectiva o Direito regula tecnicamente os contratos enquanto segmentos ocupados por sujeitos em conflito e constante luta pela prevalência da sua posição jurídica, ou seja, decompondo-os em frações que ganham [aparente] autonomia por pertencerem a um sistema que tem seu próprio significado⁵, além do significado que pode ser atribuído a cada um dos seus componentes constituintes⁶.

As consequências da referida abordagem acabam gravitando em torno de um eixo que pressupõe a divisão de contrato em dois segmentos que assumem tal grau de independência que acabam por dificultar a percepção sistêmica do negócio, desintegrando-o quando, curiosamente, a unidade linguística *convenção* remete a ações dentre as quais estão *unir* e *convergir*, propriedades predicativas, aparentemente, ignoradas pela dogmática tradicional.

O recurso às lentes [produzidas no âmbito da teoria ética do contrato] impele o interprete a compreender o contrato em sua totalidade resgatando importantes elementos lançados a sua margem [por uma hermenêutica simplificadora que ignora] outras dimensões igualmente relevantes para a análise de toda a complexidade contida no contrato e, a partir da qual, se pode alcançar melhor e mais apurado estado

da argumentação jurídica: lógica e retórica. Curitiba: Juruá, 1999. p. 35 e seguintes.

⁴ BARBERO, Doménico. **Sistema del derecho privado**. 6. ed. Buenos Aires: EJE, 1967. p. 34.

⁵ NT: Uma boa prova disso parece estar contida nos manuais que se propõem a discorrer acerca do direito das obrigações.

⁶ CAUMONT, Arturo. Interpretación de los contratos: de la semiosis del signo del discurso. **Revista Crítica de Derecho Privado**, Montevideo, n. 1, p. 59-71, 2004.

de compreensão e internalização de uma figura historicamente perfilada como a mais relevante dentro da Teoria do Negócio Jurídico⁷.

Por meio dessa vertente de pensamento crítico, o contrato somente será suscetível da mais precisa e rigorosa apreensão conceitual caso possa ser reconhecido como universo multidimensional que inclui não apenas a distância que separa as partes que o compõe e, evidentemente, as suas necessidades transformadas em cláusulas – dispostas em contradição apenas aparente –, mas, outras tantas arestas, outros perfis e outras importâncias que, sem paradoxo algum, também podem ser capturadas na intertextualidade daquilo que fora pactuado⁸.

Logo, o contrato não pode esgotar-se conceitualmente no estreito corredor da unidimensionalidade tal qual apregoado por olhares clássicos [que de modo míope] o percebem apenas como contraposição, disputa ou conflito, até porque, muito além do território no qual reinam interesses antagônicos, todo contrato possui, em seu desenho peculiar, características afetas ao extremo oposto ao atuar como indutor da superação de conflitos, até porque, por meio do contrato as partes revolvem o primeiro estágio da relação negocial, revivendo a superação da controvérsia inicialmente contida na oferta.

Ademais, a perspectiva que o percebe como contradição e disputa pode ser refutada tanto por meio da semântica⁹ como por conta das funções que ele se propõe a cumprir: o contrato é a estrutura técnico-instrumental a ser colorida com necessário e objetivo caráter ético tão somente por visar à autocomposição de interesses juridicamente protegidos.

Assim, as partes hão de se enfrentar no contrato tendo em vista tanto as necessidades por elas transformadas em clausulado como outras tantas pretensões por vezes esquecidas em rotas transversais. Ao mesmo tempo, elas deverão caminhar lado a lado, juntas, envoltas em um exercício volitivo convergente que há de transformar [utópica] realidade ideal em experiência fático-jurídica.

Daí que os contornos que lhe foram dados pela literatura jurídica ou mesmo pela codificação apontam para o fato de que o contrato é um modelo de gestão e de implementação da autocomposição de conflitos que é refratário a qualquer tentativa de internalização excludente que o limite à fragmentos de uma figura necessariamente dinâmica e complexa e que precisa ser compreendida a partir de sua totalidade.

Em tal perspectiva, o contrato comporta, como não poderia ser diferente, além de pretensões aparentemente contrapostas, indelével instância de superação dialética de controvérsias fundadas nos interesses dos parceiros contratuais distribuídos nas linhas e entrelinhas do pacto havido em concreto.

⁷ NT: Permita-nos o leitor sugerir a leitura de GERCHMANN, Suzana; CATALAN, Marcos. Duzentos anos de historicidade na ressignificação da ideia de contrato. In: EHRHARDT JR, Marcos (Org.). **Os 10 anos do código civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. O artigo toca em aspectos semelhantes aos enfrentados pelo talentosíssimo Catedrático uruguaio, ora traduzido.

⁸ NT: Tal percepção foi desenvolvida no Brasil ao largo dos últimos anos. Em especial, por conta da literatura utilizada, permita-nos o leitor remeter à leitura de CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 91-98.

⁹ CAUMONT, Arturo. Derecho civil y teoría del lenguaje. **La Ley**, Buenos Aires, n. 25, [s.p.], ene. 2008.

Tal qualidade predica ao contrato alcance bastante maior que aquele que lhe fora atribuído pelo enfoque clássico, ao redimensionar, consideravelmente, seus contornos conceituais e transformá-lo em uma estrutura de associação colaborativa convergente que impõe as partes que o integram inevitável atitude de cooperação recíproca apta a estimular a ultrapassagem do reducionismo clássico.

A imagem outrora delineada não se distancia do Direito em geral tampouco do Direito Civil em particular, até porque, paradoxos e contradições são parte da vida humana. Consentimento e causalidade unem, na instância paradoxal, pessoas que buscam superar e suportar suas diferenças, pessoas que, desse modo, reafirmam sua diversidade ao diluí-la sobre a base da recíproca necessidade. Por meio do contrato, portanto, as partes resolvem as contradições [porventura] existentes de maneira paradoxal, posto que devem, necessariamente, unir esforços e convergir, ou seja, concordar, atuar conjuntamente.

E assim como no início da obra *Provocaciones en torno al Derecho*, lembra Guibourg que *convencer e vencer com o outro e não o outro*¹⁰ – em requintada vinculação linguística com o histórico grito espanhol *venceréis pero no convenceréis* exclamado por Unamuno frente às forças do mal que enfrentou –, igualmente, se pode parafrasear, como enunciado, que no âmbito da contratação, *ir ao encontro não é ir de encontro ao outro*.

Eis a marca ética estampada de forma indelével no conteúdo conceitual e de significação de uma figura elevada à categoria de utensílio tecno-jurídico deveras valioso por canalizar a necessária colaboração e impor às partes – a partir do interior de seus muros – o dever de superar eventual estado de insatisfação ao pensar e agir em termos de dar, fazer ou não fazer alguma coisa em favor do outro.

O contrato é instância de acordo, é verbo que se conjuga.

Isso é demasiadamente significativo na compreensão de seu perfil ético.

A conjugação do verbo acordar faz ecoar desde as suas mais profundas entranhas toda a beleza que informa a palavra *cordis* – que remete ao coração – e suas conexões necessárias com valiosos sentimentos de entrega, solidariedade, lealdade, afeto, todos eles, ostensivos pilares da ética que o Direito, como sistema, tanto aprecia.

O acordo – componente ôntico do contrato como pacto nascido no mútuo consentimento – contém, em seus intramuros, os frutos de princípios e regras que informam e nutrem o Direito. A vertente ética reafirma o caráter transcendente e a possibilidade de ultrapassagem de um contexto no qual reinavam interesses contrapostos, reformatando uma ferramenta que não só permite a superação do conflito primário, como legitima a satisfação e a melhor realização do fim prático das partes.

Dessa maneira, igualmente, são visualizadas dimensões afetas à natureza complexa do contrato que raramente são encontradas nos estreitos corredores sobre os quais transitam oferta e aceitação e que apenas excepcionalmente encontra-se transcritas nos quadros que descrevem o contrato como mera operação econômica ou plexo regulador de direitos e obrigações.

¹⁰ GUIBOURG, Ricardo. **Provocaciones en torno al Derecho**. Buenos Aires: Eudeba, 2002.

Observa-se, também, nessa linha de pensamento e de articulação argumentativa na busca da construção de uma Teoria Ética do Contrato que a reiteração do prefixo “com” não deixa de ser um admirável sinal cujo rastro semiótico provoca um turbilhão de ideias sobre seu alcance conceitual.

O *con+trato*, *con+venção*, aponta para a existência de um trato conjunto de matérias que aparecem como de interesse comum aos *con+tratantes*. A notícia linguística aclara a comprovação de que a *con+venção con+tratual* emerge, de modo inexorável e infalível, do *con+sentimento*, desinência finamente entroncada com algo que ao tornar-se ato, tem no *cordis* inegável reservatório de sensibilidade.

Pode-se pensar ainda, consoante o artigo 1246 do CC uruguaio – regra destinada a regular as fontes das obrigações – que o contrato deriva do *con+curso* real de vontades, sendo ostensiva a alusão direta a maneira compartilhada de construir o senhorio volitivo ao qual, em princípio, estão sujeitas as partes que o criaram.

Nesse sentido se anuncia, acertadamente, que não poderá existir um contrato sem a coparticipação volitiva daqueles que o compõem enquanto necessário substrato subjetivo.

A participação conjunta, referida com clareza no emprego do termo *con+curso*, portanto, curso compartilhado, está impregnada com o espírito de comunidade que nutre o contrato, afirmação que precipita de imediato a reflexão crítica sobre a real natureza dos negócios nascidos da adesão às condições gerais de contratação, nos quais se erode, quase por completo, a referida coautoria volitiva.

O contrato torna-se, significativamente, *trato conjunto*, importante chave para internalizar o caráter de relação jurídica individual, tal qual disposto no direito positivo uruguaio, uma vez que a Lei Orgânica do Tribunal do Contencioso Administrativo fixa como matéria de sua incumbência e competência jurisdicional o conhecimento dos casos derivados da transgressão de regras jurídicas, incluindo-se, de modo geral e expresso, o contrato no rol de situações que configuram a referida categoria.

Assim, o próprio sistema jurídico positivo adota uma concepção normativa do contrato a partir da qual parece ser plausível deduzir tecnicamente o pano de fundo ético sobre o qual a figura em apreço se encontra representada. Sendo fonte individual de Direito, seus criadores são titulares do poder negocial e por isso têm a aptidão para criarem regras de conduta com força vinculante.

Da regra que estatui que “os contratos legalmente celebrados formam uma relação à qual as partes devem submeter-se como à própria lei”¹¹ também é possível extrair a dimensão ética que os impregna, pois, as pessoas que gestaram a relação jurídica contratual serão as primeiros às quais ela se imporá enquanto garantia recíproca de legalidade de um ato que transborda a obra por criada e ultrapassa a individualidade e subjetividade que em algum momento ajudou a trazer o contrato ao mundo.

A subordinação aos próprios atos é outra importante chave predicativa da Teoria Ética do Contrato. Quando as partes submetem seu comportamento às regras que elas próprias constituíram enquanto programa de conduta, em verdade, estão a expressar o fundo ético sobre o qual todo o sistema negocial repousa.

¹¹ Código Civil Uruguaio. Artigo 1291.

A fundamentação de tal situação radica no que se convencionou denominar, historicamente, *venire contra factum proprium non potest*, preceito criptografado em seu imperativo proibitivo sobre regra de cunho moral [transformada, evidentemente, em comando normativo pelo toque de Midas do Direito]¹².

A necessidade de respeito aos próprios atos é incontestemente manifestação exterior da ética que os informa e, ainda, comando que ratifica o fato de que o contrato é uma entidade que transcende a vontade de seus criadores.

A congruência ínsita – enquanto imperativo da exigência de coerência em relação às condutas desveladas ao longo do tempo contratual¹³ – igualmente encontra-se impregnada da mesma ética que haverá de imantar à conduta dos contraentes com referência imediata a sua própria criação.

De outra banda, as considerações realizadas sobre a eticidade fundida ao contrato [aqui percebido como fenômeno] encontram-se distantes das telas emolduradas pelos contornos teóricos dados pela racionalidade moderna tão cara à Doutrina Jusprivatista que em regra exclui a variável tempo de suas reflexões¹⁴.

Em sintonia fina com as reflexões anteriores a professora Kimel afirma que

A capacidade de cooperar com os outros permite conservar algum desapego em relação a eles (independentemente da existência de relações pessoais, tornando-as mais ou menos imunes frente aos efeitos das diversas metas instrumentais que podem ter pouco a ver com a relação jurídica). Também ocorre que (certas dimensões do) desapego pessoal que acompanham a relação jurídica (certos elementos dela, ou mesmo, a simples possibilidade de que ela se estabeleça), muitas vezes, se apresentem simultaneamente no marco de uma relação negocial, fazendo que essa relação, vista como um todo, seja mais valiosa ou, ao menos, salientando o valor que ela possui.

Os exemplos mais comuns da última proposição são pinçados de relações complexas, multidimensionais, pactuadas a largo prazo, de ordem empresarial ou vinculados ao âmbito laboral, casos típicos de contratos relacionais.

Usualmente se sustenta que uma das funções mais importantes do direito contratual consiste em favorecer o desapego, permitindo que as partes negociem sem recorrer a suas relações pessoais, em um marco de independência (se assim desejarem ou caso não haja alternativa). O que se deve enfatizar aqui é que o contexto particular dos contratos relacionais – logo, o seu caráter relacional – apesar dessa função, continua sendo fundamental.

Aquilo que, frequentemente, permite às partes estabelecerem relações de cooperação que ultrapassam as cláusulas gestadas no contrato – e mais, permite que um contrato potencialmente relacional se transforme em um contrato verdadeiramente relacional – é a existência de um núcleo de desapego: um limiar de certa estabilidade que

¹² NT: Na original o autor termina o período com a ideia de que a referida regra moral – na hipótese, o *venire contra factum proprium non potest* – fora pinçada junto ao senso comum. Como no Brasil a alusão ao senso comum costuma ser significada de modo pejorativo nos pareceu mais escorreito emoldurar a questão consoante o estado da arte no tratamento do tema. Mais em: ARNT RAMOS, André Luiz. **Segurança jurídica e enunciados deliberadamente indeterminados**: o caso da função social do contrato. 2019. 228 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná (Programa de Pós-Graduação em Direito). Curitiba, 2019.

¹³ NT: Sobre o tema nos parece imperiosa a leitura de OST, François. Tempo e contrato: crítica ao pacto fáustico. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 6, n. 1, 93-115, maio 2018.

¹⁴ KIMEL, Dori. **From promise to contract**: towards a liberal theory of contract. Oxford: Hart Publishing, 2003. O autor traduzido aponta em seu texto a existência de exceções, recordando a importância do tempo em contratos de execução diferida como é o caso do arrendamento de coisas.

compreende direitos e obrigações claramente articulados e que em sua maior parte são suscetíveis de exercício ou exigíveis, fornecendo, pelo menos, uma dose de tranquilidade, uma espécie de rede de segurança para as hipóteses nas quais ocorra imprevista ruptura da relação.

Um limiar que é relativamente imune ao desgaste graças a fatores como o desejo de cooperar em vez de percorrer caminhos opostos, atos de sub-rogação, mostras de flexibilidade ou gestos de boa vontade, em suma, todas as circunstâncias positivas que podem ser verificadas em torno do núcleo contratual e que, no decorrer da relação negocial, possam ocupar uma posição mais centralizada, mais importante e mais determinante para a conduta das partes que todos ou qualquer um dos termos expressos¹⁵.

No limite, consoante assevera Melvin Eisenberg, para além de “mero intercâmbio, identifica-se intensa relação entre contratantes”¹⁶ deveras mais propensos a gerarem mais regras de conduta, definirem ou informarem as expectativas das partes e facilitarem a cooperação.

Citando Gordon, continua expressando Kimel que

as partes em um contrato relacional tratam seu contrato mais como um casamento que como uma aventura passageira. As obrigações nascem do compromisso que assumiram reciprocamente e das convenções que a comunidade comercial estabelece para esses compromissos; não ficam cristalizadas nos termos delineados no momento inicial do ajuste, pois, mudam; o objetivo que se persegue ao contratar não é (...) atribuir riscos, mas sim, expressar um compromisso de cooperação¹⁷.

De maneira que nas instâncias particulares nas quais o tempo incide como variável qualitativa do contrato e se instala como fator durante o qual as prestações devidas atravessam inafastável processo de maturação – fenômeno que abarca a transformação do quadro obrigacional delineado na gênese do contrato por sucessivos contextos obrigacionais que somente podem ser finalizados quando o contrato é visto em movimento – igualmente existe imperioso fundo ético que torna imprescindível a cooperação esperada dos contratantes.

Nos contratos relacionais, tanto nos descontínuos como nos instantâneos, intensifica-se a necessidade de os contratantes poderem contar um com o outro em tom de reciprocidade e sinalagma substancial. Assim, o contrato, em todas as suas perspectivas, emerge como empreendimento comunitário, obra dinâmica que, como no construtivismo que informa a pintura de Torres García, arma-se progressivamente com a teimosa moral daqueles que confiaram nele para satisfazer seus interesses de maneira mútua.

O mesmo ocorre com os contratos conexos, redes contratuais e sistemas contratuais, até porque, a tipologia contratual codificada parece cada vez menos adequada a abarcar – desde a solidão e o isolamento de figuras singularmente concebidas – a complexidade cada vez maior das relações sociais e econômicas,

¹⁵ KIMEL, Dori. **From promise to contract: towards a liberal theory of contract**. Oxford: Hart Publishing, 2003. O autor traduzido aponta em seu texto a existência de exceções, recordando a importância do tempo em contratos de execução diferida como é o caso do arrendamento de coisas.

¹⁶ EISENBERG, Melvin. Why there is no law of relational contracts. **Northwestern University Law Review**. [s. l.], n. 94, p. 805-822, 2000.

¹⁷ GORDON, Robert. Macaulay, Macneil and the discovery of solidarity and power in contract law. **Wisconsin Law Review**, [s. l.], [s. a.] p. 565-, 1985.

colaborando para a concatenação de vários tipos negociais em um sistema conexões apto a viabilizar negócios que os tipos, individualmente considerados, certamente não conseguiriam alcançar.

A nova realidade sistêmica que nasce da pré-indicada concatenação contratual, difere da realidade de cada uma das relações da cadeia e constitui, também, um âmbito no qual a base ética está presente e se exterioriza com a expansão do princípio da conservação do contrato, ampliado de modo a tutelar as redes produzidas pela interconexão negocial.

De suas entrelinhas surge, com igual firmeza e solidez, o dever de cooperação imposto a todos os integrantes de cada um dos contratos que configuram a cadeia negocial, proibindo toda conduta que, direta ou indiretamente, contribua para a erosão do negócio visto em toda a sua complexidade.

Além de salvaguardar sua particular situação jurídica contratual, suas condutas devem, portanto, tender a proteção da situação jurídica geral constituída, precisamente, aquelas contidas no sistema contratual criado o que permite enxergar a erosão de algumas das arestas outrora identificáveis em telas emolduradas pelo princípio da relatividade dos efeitos dos contratos.

Assim, os defeitos jurídicos ocorridos em um dos negócios que integram a rede contratual a contaminará, razão pela qual a solidariedade devida se expande sobre o colapsado muro de relatividade, invadindo os territórios extramuros sobre os quais situam-se as diversas relações negociais que compõem a conexão.

O reservatório ético é, assim, marca que tipifica o contrato em qualquer de suas concepções. Independentemente de suas vicissitudes estruturais e funcionais e, até mesmo, da adoção de perspectivas conceituais distintas na percepção do contrato, alimentará as nascentes da lealdade, da solidariedade e da cooperação, orientando a conjunção dos fatores necessários a alcançar um propósito que insuscetível de ser alcançado se não for, precisamente, mediante o devido respeito aos imperativos de conduta ética fundidos o núcleo do pacto, configurando sua própria definição, constituindo sua própria concepção.

O contrato somente existe em favor de todas as partes que o constituíram por meio da externalização de suas manifestações de vontade. Ou, não é contrato.

É interessante observar as coincidências que o desenvolvimento da Teoria Ética do Contrato guarda, não apenas com as construções de Emilio Betti sobre o dever de cooperação erigido desde seu enunciado baseado em um pensamento atemporal, senão também com posturas contemporâneas que, a princípio, aparecem como distantes das dimensões metajurídicas nas quais habita o sentimento denominado de *affectio* contratual.

Em tal contexto, para a Análise Econômica do Direito, em geral, e do contrato, em particular, o dever de cooperação, o sentido associativo não societário de todo empreendimento contratual, enfim, a valoração do outro em igual alcance de hierarquia que a que fora promovida dentro do marco contratual elaborado em comum, são fatores inseparáveis de todo empenho negocial jurídico e econômico, lembrando a professora Noemí Nicolau que

para o professor de Harvard Richard Posner, a função fundamental do direito dos contratos é dissuadir os indivíduos de se comportarem de forma oportunista a fim de incentivar boa coordenação para a atividade e evitar medidas drásticas de autoproteção. Essa função se complementa com outra, consistente em completar o contrato mediante a interpolação de cláusulas faltantes.

O contrato é, portanto, para esta corrente de pensamento, um instrumento de coordenação eficiente da atividade que deve ser empregado pelas partes de maneira não oportunista, ou seja, com recíproca lealdade de conduta a fim de evitar medidas drásticas de autoproteção. O acordo poderá ser executado quando as partes agirem de boa-fé em sua criação.

Da perspectiva dessa teoria, em princípio, cada parte, ao contratar, tem em vista somente seu próprio benefício e não o benefício de todos; porém, dado que, quanto maior o benefício conjunto, provavelmente, maior será o benefício de cada parte e como ambos os contratantes têm interesse na diminuição dos custos do cumprimento, [parece possível reafirmar que] no marco da referida concepção econômica o objetivo do contrato é, em definitiva, limitar as possibilidades de eleição das partes, reduzindo a incerteza sobre o cumprimento dos acordos e distribuindo, de forma eficiente, os riscos da transação¹⁸.

Em detrimento das diferentes impressões que as referidas escolas possam ter legado ao fenômeno contratual e da respectiva significação conceitual construída em cada contexto específico, todas elas têm como denominador comum a nota de cooperação *interpartes* como élan vital de todo e qualquer pacto.

Nesta linha de pensamento, condutas orientadas por regras de lealdade, solidariedade e respeito são vertentes que não podem ser afastadas da contratualidade, aqui pensada como situação jurídica que abarca a fase pré-contratual, o aperfeiçoamento conclusivo do pacto, estão diluídas por todo o tempo necessário para o adimplemento e, finalmente, acompanham-na por ocasião da fase pós-contratual.

O contrato, portanto, é essencialmente um ambiente de eticidade, mesmo porque, a condição ontológica ética da contratualidade importa reconhecer na própria substância conceitual do acordo o “cinto de segurança” dos contratantes. A fusão da ética ao contrato produz um contexto insuscetível de insubordinação aos seus imperativos e, conseqüentemente, ao correlato plexo de deveres enraizados na dimensão jurídica do contrato.

Daí que quando alguém ingressa em um campo vincular, obriga-se a respeitar o feixe de direitos contidos na posição jurídica ocupada pelo *alter* e isso decorre do imperativo de eticidade afeto à consideração do outro ou, ainda, à dívida de lealdade perante o outro e a impossibilidade de invadir esfera jurídica alheia, em estrita adesão ao antiquíssimo *alterum non laedere*¹⁹ que, observado com ênfase crítica, possui como objeto o dano em si, tecnicamente, transformado em comportamento antijurídico.

Deve agregar-se, também, que a inexecução de deveres éticos propõe a inexecução dos imperativos jurídicos que orientam o comportamento devido dentro dos marcos normativos da lealdade, solidariedade e respeito que se encontram insertos em regras que encartam a obrigação de comportar-se consoante a boa-fé e nos conteúdos semânticos [que lhe são socialmente atribuídos].

¹⁸ NICOLAU, Noemí. **Fundamentos de direito contratual**. Buenos Aires: La Ley, 2009, t. I. p. 189 e 190.

¹⁹ NT: Reflexão bastante semelhante foi desenvolvida em ARONNE, Ricardo; CATALAN, Marcos. Quando se imagina que antílopes possam devorar leões: oito ligeiras notas acerca de uma tese passageira, **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 7, p. 01-13, 2018.

Em tal sentido, ela também indicativa da importância da ética, já que seu oposto [mais distante] – a má-fé – é chave de apreensão de condutas desleais e não-solidárias, depreciativas dos direitos alheios.

A transcendência da ética que prega a contratualidade – como um âmbito dentro do qual estão as searas pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais – impõe, desenhando-o com as cores da probidade, o dever de comportar-se com lealdade, solidariedade e consideração ao outro, sendo observada com maior ênfase nas maneiras negociais contemporâneas entremeio as quais se observa a prevalência dos contratos de execução continuada sobre os contratos de execução instantânea.

Aliás, parece não ser desconhecido o dado empírico de que as mudanças qualitativas registradas na realidade social e econômica contemporânea têm consequências manifestas no território das maneiras contratuais. A diferença do que ocorria ao tempo das codificações decimonônicas, com sua engenharia tipológica negocial adequada a operações econômicas lineares ensejadora da prevalência de pactos de efêmera execução, a atualidade informa a necessidade prevalente de manter as partes vinculadas duradouramente, durante o tempo necessário à aferir a maior receita econômica possível perante clientes cativos, também tratados como fiéis.

As formas contratuais de execução continuada explicitam maior visibilidade técnica da necessidade de exigir dos contraentes condutas que se projetam no tempo e que por terem sido forjadas nos fornos da ética que transportam o que foi objeto de especial consideração em novos modelos propostos teoricamente por leitores de Ian Macneil e, mais contemporaneamente, por Dori Kimel, para quem o contrato transcende o estreito corredor do mero intercâmbio de bens e serviços regulados substantivamente pelos critérios da eficiência e da utilidade e que são comumente orientados pela desagradável comparação de custos com lucros por eles propostos²⁰.

Afinal, a contratualidade constitui um âmbito vincular entre pessoas em cujos intramuros se desenvolvem direitos pessoais insuscetíveis de desconsideração mútua por qualquer um dos contratantes.

Referências

BARBERO, Doménico. **Sistema del derecho privado**. 6. ed. Buenos Aires: EJEJA, 1967.

CARNEIRO, Maria Francisca; SEVERO, Fabiana; ELER, Karen. **Teoria e prática da argumentação jurídica: lógica e retórica**. Curitiba: Juruá, 1999.

CAUMONT, Arturo. Derecho civil y teoría del lenguaje. **La Ley**, Buenos Aires, n. 25. Ene. 2008.

CAUMONT, Arturo. Interpretación de los contratos: de la semiosis del signo del discurso. **Revista Crítica de Derecho Privado**, Montevideo, n. 1, p. 59-71, 2004.

EISENBERG, Melvin. Why there is no law of relational contracts. **Northwestern University Law Review**. [s. l.], n. 94, p. 805-822, 2000.

GORDON, Robert. Macaulay, Macneil and the discovery of solidarity and power in contract law. **Wisconsin Law Review**, [s. l.], [s. a.] p. 565-, 1985.

²⁰ KIMEL, Dori. **From promise to contract: towards a liberal theory of contract**. Oxford: Hart Publishing, 2003.

GUIBOURG, Ricardo. **Provocaciones en torno al Derecho**. Buenos Aires: Eudeba, 2002.

KIMEL, Dori. **From promise to contract: towards a liberal theory of contract**. Oxford: Hart Publishing, 2003.

NICOLAU, Noemí. **Fundamentos de direito contratual**. Buenos Aires: La Ley, 2009, t. I.