

Assunto 1.2 Conceito e natureza jurídica.

Para se iniciar o estudo de qualquer assunto, é essencial saber de onde viemos, onde estamos e para onde queremos ir. Com os Contratos não é diferente. Para tanto, necessário se torna entendermos a evolução histórica do Direito Contratual para que possamos entender de onde o instituto vem e para, de posse desse entendimento, entendermos o que é na atualidade e, talvez o mais importante, para onde queremos que os contratos nos levem.

Traz-se aqui a visão do brilhante professor Flávio Tartuce:

CONCEITO DE CONTRATO. CONCEITO CLÁSSICO E CONCEITO CONTEMPORÂNEO

A doutrina é unânime em apontar que tão antigo como o próprio ser humano é o conceito de contrato, que nasceu a partir do momento em que as pessoas passaram a se relacionar e a viver em sociedade. A própria palavra *sociedade* traz a ideia de contrato.

[...]

O contrato é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial. *Os contratos são, em suma, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios.*

Dentro desse contexto, o contrato é um ato jurídico em sentido amplo, em que há o elemento norteador da vontade humana que pretende um objetivo de cunho patrimonial (*ato jurígeno*); constitui um negócio jurídico por excelência. Para existir o contrato, seu objeto ou conteúdo deve ser lícito, não podendo contrariar o ordenamento jurídico, a boa-fé, a sua função social e econômica e os bons costumes.

Em suma, e em uma visão clássica ou moderna, o contrato pode ser conceituado como sendo um *negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial.*

[...]

... o Código Civil de 2002 conceitua as figuras contratuais em espécie, mas não diz o que é contrato, o que é um contrassenso.

[...]

Vejamos, então, a excelência dos conceitos apresentados pelos nossos maiores civilistas de ontem, hoje e sempre.

Entre os clássicos, Clóvis Beviláqua afirma ser o contrato “o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos” (*Código...*, 1977, p. 194). Para Orlando Gomes o

contrato é “o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que a regularam” (*Contratos...*, 1996, p. 10). Washington de Barros Monteiro conceitua o contrato como sendo “o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito” (*Curso...*, 2003, p. 5).

Entre os contemporâneos, Álvaro Villaça Azevedo, seguindo o conceito italiano, conceitua o contrato como sendo “manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de caráter patrimonial” (*Teoria...*, 2002, p. 21). Na mesma linha, de acordo com os ensinamentos de Maria Helena Diniz “o contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial” (*Curso...*, 2003, p. 25).

Anote-se que esses são conceitos clássicos de contrato. Todavia, diante das profundas alterações pelas quais vem passando o instituto, alguns autores, como Paulo Nalin, propõem um conceito pós-moderno ou contemporâneo de contrato. Para o doutrinador paranaense, o contrato constitui “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros” (*Do contrato...*, 2005, p. 255). Olhando para o futuro, e porque não já para o presente, é de se concordar com esse conceito. Primeiro, porque o contrato está amparado em valores constitucionais. Segundo, porque envolve também situações existenciais das partes contratantes. Terceiro, porque o contrato pode gerar efeitos perante terceiros, sendo essa, justamente, a feição da *eficácia externa da função social dos contratos*, como será estudado adiante.

Na civilística nacional, porém, ainda prevalece o conceito tradicional ou clássico de contrato, anteriormente exposto. Buscando a estrutura contratual, Maria Helena Diniz aponta dois elementos essenciais para a formação do instituto: um *estrutural*, constituído pela *alteridade* presente no conceito de negócio jurídico; e outro *funcional*, formado pela *composição de interesses* contrapostos mas harmonizáveis (*Tratado...*, 2002, p. 8-12). Vale lembrar que a *alteridade* constitui-se pela presença de pelo menos duas pessoas quando da constituição do contrato.

Já, na visão de Stolze (2014):

Conceituar não é tarefa fácil.

Aliás, apresentar um conceito é missão das mais intrincadas na doutrina, uma vez que aquele que se arrisca a realizá-la poderá pecar por presunção, por imaginar que a sua definição criada é a mais perfeita de todas ou simplesmente uma verdade jurídica absoluta; ou por omissão, acreditando que a enunciação simples demais seja a mais didática, quando, em verdade, não passa de uma concepção simplória.

Sem pretender incorrer nesses erros, entendemos que o contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes,

limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades.

Não se poderá falar em contrato, de fato, sem que se tenha por sua pedra de toque a manifestação de vontade.

Sem “querer humano”, pois, não há negócio jurídico.

E, não havendo negócio, não há contrato.

Ocorre que toda essa manifestação de vontade deverá fazer-se acompanhar pela necessária responsabilidade na atuação do contratante, derivada do respeito a normas superiores de convivência, com assento na própria Constituição da República¹.

Ainda, Stolze apresenta uma perspectiva de re-conceituação do contrato:

A perspectiva civil-constitucional do contrato: uma (re)conceituação?

Em uma perspectiva civil-constitucional, devemos ter em conta que o contrato, espécie mais importante de negócio jurídico, apenas se afirma socialmente se entendido como um instrumento de conciliação de interesses contrapostos, manejado com vistas à pacificação social e ao desenvolvimento econômico.

Não podemos, dessa forma, considerá-lo como um instrumento de opressão, mas sim de realização.

Lamentavelmente, não é raro um dos contraentes pretender utilizá-lo como açoitado, visando a subjugar a parte economicamente mais fraca, em franco desrespeito à sua função social.

Isso mesmo: todo contrato deve observar a uma função social.

Ora, se nós já constatamos que este negócio jurídico serve como inegável veículo de manifestação do direito de propriedade, e este último fora, na Carta Magna de 1988, devidamente socializado, por consequência, o contrato também acabaria por sofrer o mesmo processo.

Nesse diapasão, com sabedoria, JOÃO HORA NETO preleciona:

“Em verdade, se é certo que a Carta Magna de 1988, de forma explícita, condiciona que a livre-iniciativa deve ser exercida em consonância com o princípio da função social da propriedade (art. 170, III), e, uma vez entendida que a propriedade representa o segmento estático da atividade econômica, não é desarrazoado entender que o contrato, enquanto segmento dinâmico, implicitamente também está afetado pela cláusula da função social da propriedade, pois o contrato é um instrumento poderoso da circulação da riqueza, ou melhor, da própria propriedade”².

Mas esse fenômeno – de socialização de institutos jurídicos de Direito Privado – não é novo.

O próprio CLOVIS BEVILÁQUA, ao tratar da matéria, ainda que sob um enfoque de cunho historicista, já ressaltava esse aspecto, em sua clássica obra *Direito das Obrigações*, consoante deflui da análise deste interessante trecho:

“Pode-se, portanto, considerar o contracto como um conciliador dos interesses collidentes, como um pacificador dos egoísmos em lucta. É certamente esta a primeira e mais elevada função social do contrato. E para avaliar-se de sua importância, basta dizer que, debaixo deste ponto de vista, o contracto corresponde ao direito, substitue a lei no campo restricto do negocio por elle regulado. Ninguém dirá que seja o contracto o único factor da pacificação dos interesses, sendo o direito mesmo o principal delles, o mais geral e o mais forte, mas impossivel será desconhecer que também lhe cabe essa nobre função

socializadora. Vêde uma creança em tenra idade. Apetece um objecto, com que outra se diverte; seu primeiro impulso é arrebatá-lo, num ímpeto de insofrido egoísmo, das mãos frágeis, que o detêm. A experiência, porém, pouco e pouco, lhe ensina que encontrará resistência, sempre que assim proceder. Seu proceder vae amoldando-se às circunstancias e, em vez de apoderar-se à força, pede, solicita, propõe trocas, seduz com promessas capitosas e, esgotados os meios brandos, passará, então, à violência, ou aos gritos, último recurso dos fracos. Assim foi o homem primitivo, assim seria o homem civilizado, se não o contivessem os freios do direito, da religião, da opinião pública, de todas as disciplinas sociaes empenhadas na tarefa de trazer bem enjaulada a fera, que cada homem traz dentro de si”³ (*sic*).

A dimensão da socialização do contrato, entretanto, tema que será ainda versado em capítulo específico⁴, não se limita à ideia de “harmonização de interesses contrapostos”.

Não só neste aspecto centra-se a denominada função social.

Em nosso sentir, na medida em que o processo de constitucionalização do Direito Civil conduziu-nos a um repensar da função social da propriedade, toda a ideologia assentada acerca do contrato passou a ser revista, segundo um panorama de respeito à dignidade da pessoa humana.

Em um Estado verdadeiramente democrático de direito, o contrato somente atenderá à sua função social no momento em que, sem prejuízo ao livre exercício da autonomia privada:

- 1) respeitar a dignidade da pessoa humana – traduzida sobretudo nos direitos e garantias fundamentais;
- 2) admitir a relativização do princípio da igualdade das partes contratantes – somente aplicável aos contratos verdadeiramente paritários, que atualmente são minoria;
- 3) consagrar uma cláusula implícita de boa-fé objetiva – ínsita em todo contrato bilateral, e impositiva dos deveres anexos de lealdade, confiança, assistência, confidencialidade e informação;
- 4) respeitar o meio ambiente;
- 5) respeitar o valor social do trabalho.

Enfim, todas essas circunstâncias, reunidas, moldam o princípio da função social do contrato, assentado no art. 421 do Código Civil, a ser estudado brevemente.

Mas há um importante aspecto que deve ser ressaltado: o reconhecimento deste princípio não significa negação da autonomia privada e da livre-iniciativa.

Pelo contrário.

Significa sua reeducação.

Nesse sentido, com maestria, escreve NELSON NERY JR.:

“A função social do contrato não se contrapõe à autonomia privada, mas com ela se coaduna e se compatibiliza. À conclusão semelhante se chegou na ‘Jornada de Direito Civil’, como se pode verificar: Jornada 23: ‘A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana’”⁵.

Portanto, à vista do exposto, poderíamos, sem prejuízo da definição supra apresentada, e já sob uma perspectiva mais estrutural, reconceituarmos o contrato, genericamente, como sendo um negócio jurídico bilateral, por meio do qual as partes, visando a atingir determinados interesses patrimoniais, convergem as suas vontades, criando um dever jurídico principal (de dar, fazer ou não fazer), e, bem assim, deveres jurídicos anexos, decorrentes da boa-fé objetiva e do superior princípio da função social.

Esse conceito será desenvolvido em outros pontos de nossa obra, embora o nosso caro leitor já possa perceber que não se poderá apresentar uma definição de contrato desatrelada de sua concepção ética e social.

Firmado, portanto, o nosso conceito, a natureza jurídica do contrato se mostra evidente.

NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO

O contrato, como já dito, é espécie de negócio jurídico⁶.

Segundo ORLANDO GOMES, para os adeptos da corrente voluntarista, “o negócio jurídico é a mencionada declaração de vontade dirigida à provocação de determinados efeitos jurídicos, ou, na definição do Código da Saxônia, a ação da vontade, que se dirige, de acordo com a lei, a constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica”⁷.

A corrente voluntarista, como se sabe, é dominante no Direito brasileiro, consoante se depreende da leitura do art. 85 do CC-16, refletindo-se no art. 112 do NCC, com pequena modificação terminológica decorrente da doutrina de EDUARDO ESPÍNOLA.

Comparem-se as normas:

CC-16: “Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

NCC: “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

É bom que se diga, todavia, que críticas contundentes são dirigidas à corrente voluntarista.

Afirma-se não ser verdadeira a premissa de que o declarante sempre manifesta a sua vontade dirigida a um determinado fim querido e previamente conhecido.

Na hipótese de conversão substancial (medida sanatória do ato nulo ou anulável⁸), por exemplo, as partes celebram um determinado negócio jurídico inválido, mas que, por força do princípio da conservação, poderá ser convertido em outra categoria de negócio, se contiver os pressupostos de validade deste último (um contrato de compra e venda de imóvel, nulo por inobservância da forma pública, por exemplo, pode-se converter em uma promessa de compra e venda, que admite instrumento particular). Note-se que, nesse caso, não se pode afirmar que o negócio resultante da conversão foi desejado e pretendido, e, ainda assim, não se nega a sua natureza negocial (JUNQUEIRA DE AZEVEDO)⁹.

BRINZ e THON foram os primeiros a tentar explicar a natureza do negócio jurídico sob o prisma objetivista, contrapondo-se aos voluntaristas.

Nessa perspectiva, o negócio jurídico “seria antes um meio concedido pelo ordenamento jurídico para a produção de efeitos jurídicos, que propriamente um ato de vontade”¹⁰. Em outras palavras: para os objetivistas, o negócio jurídico, expressão máxima da autonomia da vontade, teria conteúdo normativo, consistindo em “um poder privado de autocriar um ordenamento jurídico próprio”.

Nesse contexto, o duelo doutrinário agravou-se entre os partidários da teoria da vontade (Willenstheorie) e da teoria da declaração (Erklärungstheorie). Para os primeiros, o elemento produtor dos efeitos jurídicos é a vontade real, de forma que a sua

declaração seria simplesmente a causa imediata do efeito perseguido (se não houver correspondência entre a vontade real e a declaração emitida, prevalece a intenção) – SAVIGNY, WINDSCHEID, DERNBURG, UNGER, OERTMANN, ENNECCERUS. Os adeptos da segunda teoria – que, em essência, não se afasta tanto da corrente voluntarista tradicional – negam à intenção “o caráter de vontade propriamente dita, sustentando que o elemento produtor dos efeitos jurídicos é a declaração” – (ZITTELMAN).

Em verdade, a divergência doutrinária não é de raiz profunda.

Carece de significado prático a incessante tarefa de se responder se prevalece a vontade interna ou a vontade declarada.

Se o negócio jurídico, enquanto manifestação humana destinada a produzir fins tutelados por lei, é fruto de um processo cognitivo que se inicia com a solicitação do mundo exterior, passando pela fase de deliberação e formação da vontade, culminando, ao final, com a declaração da vontade, parece que não há negar-se o fato de que a vontade interna e a vontade declarada são faces da mesma moeda.

Aliás, adverte ROBERTO DE RUGGIERO que “a vontade deve ser manifestada, não tendo valor para o direito objetivo a que, posto que legitimamente formada, se não exteriorizou. Somente com a sua manifestação, o agente pode provocar a desejada reação jurídica e esta exteriorização, que torna visível a vontade e lhe dá existência objetiva, é o que nós chamamos declaração ou manifestação, sendo indiferente que se faça com palavras, gestos ou até com o simples silêncio”¹⁴.

Feitas essas observações, pode-se conceituar, finalmente, agora sob o critério estrutural, e à luz da lição do magistral Professor JUNQUEIRA DE AZEVEDO, o negócio jurídico como sendo “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”¹⁵.

Em linguagem mais simples, posto não menos jurídica, seria a manifestação de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico, pretendidos pelo agente.

A esse conceito, pois, perfeitamente se subsume a noção de contrato.

Entretanto, uma vez que o contrato é espécie do gênero “negócio”, é forçoso convir que algum aspecto o particulariza dos outros negócios jurídicos.

Esse aspecto, sem sombra de dúvidas, consiste na convergência das manifestações de vontades contrapostas, formadora do denominado consentimento.

Discorrendo a respeito do tema, ORLANDO GOMES pondera, com habitual maestria:

“Emprega-se em duas acepções a palavra consentimento, ora como acordo de vontades, para exprimir a formação bilateral do negócio jurídico contratual, ora como sinônimo da declaração de vontade de cada parte do contrato. Admitida nesta última acepção, fala-se em mútuo consentimento, expressão considerada redundante, porque em um dos termos – consentimento – está contida a ideia que o outro – mútuo – exprime.

No exame dos elementos constitutivos do contrato, o consentimento apresenta-se como requisito típico, conquanto exigido, igualmente, na formação dos outros negócios jurídicos bilaterais. No contrato, porém, singulariza-se pela circunstância de que as vontades que o formam correspondem a interesses contrapostos⁷⁴.

O consentimento ou consenso, portanto, é o núcleo do negócio jurídico contratual, formado a partir das vontades emitidas pelas partes declarantes.

Sem essa manifestação de vontade e, conseqüentemente, o consentimento, o negócio jurídico será considerado inexistente.

NOTA: Para maior aprofundamento no tema, sugiro a leitura do artigo científico [“A evolução histórica do conceito de contrato: em busca de um modelo democrático de contrato”](#), publicado na Revista Científica Âmbito Jurídico.

Entendimento do STJ:

[Natureza jurídica dos contratos e efeitos para o consumidor marcam conclusão do debate sobre atraso na entrega de imóveis](#)