

CONTRATO, DEMOCRACIA E DIREITO*

Rui de Alarcão

1. Tema

O tema do presente estudo constitui assunto de grande vastidão e complexidade, inabarcável no tempo e no espaço de que ora dispomos. Logo se vê o objectivo, que confessadamente temos, de uma breve reflexão, expressa num mero bosquejo doutrinário. Ainda assim, perfeitamente cabido nesta viragem de século e de milénio, em que está patente a “aceleração da história” e uma natural interrogação sobre o porvir do contrato, do direito e da sociedade democrática.

2. Dinamismo contratual.

2.1. “*Crise do contrato*”. *Contratos clássicos e novos contratos.*

Abundantemente se falou, num passado próximo ou não muito remoto, da “*crise do contrato*”, querendo com isso significar-se o “declínio do contrato” e o “decréscimo do poder contratual” — houve mesmo quem apontasse

* Texto redigido a partir da intervenção oral no “Congresso Jurídico — Brasil 500 anos” — “Marcos teóricos para o Direito do século XXI”, ocorrida no Rio de Janeiro, em 13.09.2000.

para a “morte do contrato” —, na sequência, especialmente, das progressivas limitações à liberdade contratual, tanto à liberdade de constituição ou celebração do contrato como à liberdade de conformação do seu conteúdo, limitações essas impostas ou acentuadas, em nome da justiça social, pelo intervencionismo estatal e pelo movimento de “socialização e publicização do direito privado”.

Essas restrições à liberdade contratual e, mais genericamente, ao princípio da autonomia privada, ampla e variamente configuradas no Estado Social, foram muitas vezes entendidas num registo exagerado.

Na verdade, tal pessimismo foi claramente desmentido. Por um lado, *as figuras contratuais típicas e clássicas* mantiveram, em geral, a sua pujança e souberam adaptar-se às novas exigências económico-sociais, nomeadamente através de inovadoras regulamentações. Assim sucedeu com a compra e venda, o arrendamento, o mandato, a empreitada, o contrato de sociedade, etc.

A compra e venda, por exemplo, revitalizou-se através de novos regimes ou novos esquemas para o contrato-promessa, a venda a prestações, a venda com reserva de propriedade, a venda ao domicílio ou por correspondência, a venda em cadeia, outras modalidades ainda. Aqui, como em muitos outros casos, e de modo especial no que se reporta aos contratos a que aludiremos imediatamente a seguir, têm um papel de grande relevância os progressos científicos e tecnológicos da sociedade da informação, inclusivamente na esfera do que se chama o “Direito da Internet”.

Mais elucidativo ainda que o rejuvenescimento ou actualismo dos contratos clássicos é o surgimento e rápido desenvolvimento de *novas figuras contratuais*, mormente nas áreas do consumo, distribuição, colaboração entre empresas, banca e financiamento. O contrato de *time-sharing*, as viagens organizadas, o contrato de agência, os contra-

tos de patrocínio publicitário, de utilização de espaços em centros comerciais, de empresa comum (*joint venture*), de franquia ou *franchising*, de transferência de tecnologia (*know how*, “saber fazer”), relacionados com o contrato de assistência técnica e o contrato de licenciamento, a locação financeira (*leasing*), a cessão financeira ou facturização (*factoring*), a garantia autónoma, os cartões de crédito e de débito e, em geral, os contratos bancários e os contratos especiais de crédito, constituem, *inter alia*, frisantes exemplos de activismo contratual, de uma verdadeira “floração contratual”, de um inegável desenvolvimento dos tipos e mecanismos contratuais.

2.2. *Direito privado. Alusão ao domínio publicístico.*

Temos em vista na presente intervenção, fundamentalmente, o contrato enquanto figura ou instituto do direito privado. Mas a expansão da fenomenologia contratual passa também pelo direito público, *maxime* pelo direito administrativo.

E é cabido chamar a atenção para o crescente recurso a técnicas contratuais, de procedência e recorte privatístico, em ordem a levar a efeito, em variados sectores, as tarefas da administração pública. Tem-se falado aqui de “*fuga para o direito privado*”, fenómeno que se tem expandido e levanta sérios problemas jurídicos e sócio-políticos, e não apenas na esfera contratual.

Como quer que seja, também por aqui se patenteia a virtualidade e a força do contrato.

3. Democratização

3.1. *Contrato, desenvolvimento sócio-político e massificação.*

O contrato assume-se como uma das instituições fundamentais do Direito, especialmente pelo seu papel no desenvolvimento individual e social. Constitui uma área pri-

mordial de liberdade e de autonomia, por um lado, e, por outro, de desenvolvimento económico-social e sócio-político. Não se esgota, assim, no clássico esquema do “consenso”, mas tem de olhar-se numa perspectiva bem mais ampla e complexiva, onde se destaca o seu desempenho funcional, a sua função institucional [Francisco Amaral; J. Sousa Ribeiro].

Esta dimensão funcional do contrato, particularmente como factor de desenvolvimento sócio-político, aponta directamente para a *democratização do contrato*, não só no aspecto quantitativo, que as estatísticas comprovam, como qualitativo, conforme se dirá a seguir. Aquela dimensão, ademais, é essencial para se compreender a *massificação do contrato*, com toda a sorte de implicações jurídico-políticas que se conhecem. Neste ambiente, redobra de sentido a importância das “cláusulas contratuais gerais” e a franca expansão, nomeadamente nesse âmbito, do princípio da boa-fé.

Igualmente melhor se compreende o relevantíssimo fenómeno do “direito do consumo”, como expressão do “princípio da protecção do consumidor”.

3.2. *Direito do Consumo.*

A protecção do consumidor é, na verdade, um dos grandes problemas do Direito na transição do milénio. “Proteger o consumidor de uma forma global, integrada e coerente” [J. Calvão da Silva; A. Pinto Monteiro] constitui uma exigência jurídica e sócio-política da contemporaneidade, um verdadeiro ditame do pensamento jurídico dos nossos dias, que convoca o direito privado e o direito público, numa perspectiva inter e pluridisciplinar, e até com assento ou cobertura constitucional (Constituição, art. 60º).

Daí o surgimento e o veloz desenvolvimento de um novo ramo jurídico — o “Direito do Consumo” —, que, no âmbito interno, comunitário e internacional, busca adequar o direito a novos paradigmas de justiça e de solidariedade

social, através de diversos modelos e esquemas de protecção. Direito do consumo, esse, que se reveste de grande importância, nomeadamente na área dos contratos.

A protecção do consumidor — e portanto o direito do consumo — é de grande relevância para o exercício de uma cidadania activa [Sónia Vieira de Melo] e para a construção de uma sociedade mais justa e solidária, de uma “sociedade de bem-estar”, que deve, porém, estar atenta ao “mal-estar” inerente aos excessos do consumismo, o que passa, clara e necessariamente, por uma sociedade (*mais democrática*). Não é assim abusivo ou desproporcionado falar de uma ligação estreita entre consumo e democracia ou, mais amplamente, entre Direito e Democracia.

4. Globalização.

A compreensão do contrato e do poder contratual nos dias de hoje passa também pelo fenómeno da globalização.

Numa interessante definição [Jacques Attali], pode caracterizar-se a *globalização* como a “reunião da conexidade com a mundialização”, essencialmente ligadas, a primeira, à tecnologia, a segunda, ao mercado (*lato sensu*), aquela constituindo um factor de aproximação no tempo, esta, no espaço. Os mais diversos e importantes problemas — energia, informação, geopolítica, emprego, genética, clima, poluição, distração, taxas de juro, droga, etc., etc. — tendem assim a tornar-se internacionais e interdependentes, só podendo verdadeiramente ser tratados à escala planetária.

Esta tendência globalizadora ou globalizante, inelutável em si mesma, mas não quanto ao seu objectivo e conteúdo — e que não abrange apenas a vertente tecnico-económica, mas também a sócio-política e igualmente a cultural —, implica, sem embargo das suas bondades, vários e complexos problemas e armadilhas para o Estado Social e para a própria Democracia. E tem, naturalmente,

importantes repercussões no direito em geral, e no direito contratual em particular.

Neste último contexto, cabe pôr em relevo, por interessar especialmente aos objectivos da presente conferência, a *harmonização legislativa* do direito dos contratos, não tanto numa perspectiva de mundialização *proprio sensu*, mas de uma globalização sectorial ou sectorizada, nomeadamente em relação a grandes espaços regionais ou geoestratégicos.

É o caso, destacadamente, da União Europeia.

Na verdade, não se desconhece o caminho já trilhado em ordem a uma europeização do direito privado, mormente através de directivas, como em relação aos contratos à distância, às acções inibitórias em matéria de direito do consumo, à venda de bens de consumo e garantias respectivas, ao correio electrónico, etc.

Particularmente interessante é o anteprojecto de *Código Europeu dos Contratos (Parte Geral)*, a cargo da “Academia dos jusprivatistas europeus” e sob a coordenação de Giuseppe Gandolfi, apresentado em 1999. Um projecto de formulação excessivamente doutrinária, que, sem embargo do grande interesse científico de que se reveste, é duvidoso que venha a triunfar no seu desígnio legislativo.

Mais realista parece ser a posição do UNIDROIT (“Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado”), que congrega juristas dos cinco continentes e de variadas famílias de direitos e que apresentou, em 2000, a última formulação dos “*Princípios relativos aos contratos comerciais internacionais*”. Apesar de mais universalista, este projecto é menos ambicioso que aqueloutro, na medida em que optou por “meios não legislativos de unificação ou harmonização do direito”.

Além do mencionado projecto de Código Europeu dos Contratos, há outros projectos europeus na matéria, especialmente na área contratual — destaque-se o projecto da

Comissão Lando —, mas mesmo para além dela, sobretudo em vista da elaboração faseada de um *Código Civil Europeu*. Iniciativas de saudar, mas com prudência e reserva. A diferenciação europeia, mesmo jurídica, no amplo quadro de um multiculturalismo ou interculturalismo, existe e deve ser salvaguardada, embora naturalmente se aplauda a contribuição para o reforço de uma cultura jurídica europeia comum.

5. Renovação no direito dos contratos.

As situações que descrevemos ou a que aludimos, e a fenomenologia que envolvem, apontam para uma renovação do direito dos contratos e da teoria contratual.

Uma tal renovação é hoje patente e manifesta-se na vertente legislativa, como também nos planos doutrinário e jurisprudencial.

A renovação legislativa traduz-se, como já assinalámos, tanto na actualização ou contemporização (*hoc sensu*) dos contratos clássicos, como também, e sobretudo, no surgimento de legislação relativa a novos contratos, e ainda na emergência de regulamentação em domínios correlacionados, de que é exemplo paradigmático o das cláusulas contratuais gerais.

Numa relação interactiva com o renovamento legislativo encontra-se naturalmente a renovação doutrinária e jurisprudencial.

Em especial no que toca à doutrina, é inegável o grande contributo que ela tem dado para a elaboração legislativa nesta matéria e para a interpretação, aplicação e construção do respectivo regime jurídico. A necessidade de novas soluções e de novos entendimentos doutrinários, como se depreende do que dissemos atrás, acentua o distanciamento em relação à clássica teoria das obrigações e dos contratos, mormente em referência às suas bases ou fundamentos romanísticos. Mas cumpre, também aqui, não perder a justeza e o sentido das proporções e não ver, nos

novos rumos ou nas novas perspectivas do direito contractual, as rupturas que alguns exageradamente asseveram ou prevêm.

6. Paradigmas contratuais na Política e no Direito.

6.1. *Contratualização sócio-política.*

O exposto — e muito mais se poderia dizer, tanto na área do direito patrimonial, como fora dela —, configura relevantes aspectos do relacionamento entre contrato e democracia. Mas não apenas na linha da democratização do contrato, no sentido quantitativo e qualitativo de que falámos atrás. Também noutro sentido e noutra direcção, embora não deixando de ter um fundo comum: o de uma certa *contratualização* do Direito, como também da Política.

O desenvolvimento económico-social e político-social das sociedades contemporâneas — processo a que o contrato e os seus mecanismos contratuais dão uma significativa contribuição — acompanha e estimula, em geral, o desenvolvimento ou aprofundamento da própria democracia política. E é sabido que, nas últimas décadas, o *sistema democrático* passou claramente, a nível mundial, de minoritário a maioritário e nele se acentuou, para além do elemento básico de eleições livres e justas, o valor da componente dos direitos fundamentais e da cidadania activa, configurando-se assim o enriquecimento da democracia representativa através da democracia *participativa* ou em combinação com ela.

A democracia, que é obviamente valor e cultura, é também, e decisivamente, método e processo. Enquanto metodologia e processo político, o modelo democrático — melhor se dirá, no plural: os modelos democráticos — assenta(m) numa postura dialogante, que reclama e incentiva a “contratualidade ou contratualização social” e, conseqüentemente, o papel da *consensualização* e

contratualização na formação e partilha das decisões políticas, e outras, tendo em vista construir progressivamente uma sociedade mais consensual ou contratualizada do que autoritária ou impositiva. Busca-se, assim, “*democratizar a democracia*” [J. J. Gomes Canotilho], apontando para uma sociedade geradora de novas formas de contratualidade social e, ao fim e ao cabo, de um novo contrato social [Boaventura de Sousa Santos].

6. 2. *Novos modelos de realização do Direito.*

Este novo contrato social nesta nova sociedade emergente, não pode alcançar-se sem um *novo* ou *renovado* Direito.

Desse Direito, e da correspondente ciência jurídica, não curamos agora, relegando o tema para outro ensejo. Mas não deixaremos de salientar a sua ligação à evolução democrática há instantes a florada, numa interacção que o torna, a um tempo, expressão e factor dessa mesma evolução. Nessa linha, não pode esquecer-se que a lógica jurídica, ela mesma, como “lógica argumentativa” e “lógica do razoável” que é, “desempenha uma função democrática” [H. Ferreira Torres]. E bem se percebe a crescente valorização da aplicação do direito, no entendimento de que o “Direito só o é verdadeiramente em concreto” [A. Castanheira Neves], afastando-se assim um abstraccionismo redutor da justiça e da equidade [André-Jean Arnaud], em proveito de uma efectiva e necessária flexibilização legal ou jurídica. Melhor se compreendem também diversos aspectos da “crise da justiça” e alguns caminhos da sua superação, dentro e fora do sistema judiciário. E se antevê o sentido de um “direito negociado” [A-J. Arnaud] e o alcance de um recuo do “direito estadual” ou “estatal”, sendo que aquela negociação e este recuo comportam perigos, relativamente aos quais importa estar prevenido e encontrar respostas, não avulsas, mas institucionais.

Uma coisa, porém, parece certa: a necessidade de *novos modelos de realização do direito* [Castanheira Neves. Boaventura S. Santos]. E afigura-se que neles haverá certamente lugar destacado para *paradigmas contratuais* — que têm, de resto, tradição jurídico-política, precursora das dimensões pós-modernas —, cumprindo, porém, definir os seus valores e os seus limites. O que tudo passa, dir-se-á um tanto enfaticamente, por uma “*reinvenção*” do Direito e, obviamente, também da Política.

Como quer que seja, esses paradigmas já estão aí, no pensamento e na *praxis*, por vezes só de maneira informal ou fáctica, mas nem por isso menos efectiva e significante.

Se esses novos ou renovados modelos correspondem ou não a uma utopia realista [J. Rawls. Boaventura S. Santos; P. Ferreira da Cunha], só o futuro, que está sempre em aberto, o dirá.