

Dos contratos civis ao contrato social: a importância e a natureza híbrida da cláusula *rebus sic stantibus*

Francisco de GUIMARAENS*

João Maurício Martins de ABREU**

Nossa formação jurídica, por força de uma longa tradição cultural, impõe-nos que pensemos o Direito através de conceitos, vendo-o constituído por fórmulas e regras, sem considerar que o direito existe nos fatos.¹

RESUMO: Este artigo aborda os aspectos político e jurídico dos contratos. O objetivo do trabalho é demonstrar que, isolado o aspecto jurídico, perdem-se de vista os fundamentos dos contratos. Como estudo de caso, propõe-se a análise da cláusula *rebus sic stantibus*, cuja importância põe a necessidade de a teoria contratual reexaminar sua natureza. A investigação inicia-se com uma apresentação do problema das circunstâncias e da cláusula *rebus sic stantibus* nos contratos civis. Em seguida, a investigação se orienta para as teorias do contrato social a fim de reavivar o paralelo existente entre as obrigações jurídicas, a obediência política e o contratualismo. Ao final, expõe-se a contribuição anômala de Spinoza para a reflexão proposta, na qual se encontram subsídios para identificar os elementos da cláusula *rebus sic stantibus* comuns ao direito e à política.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos; contratualismo; cláusula *rebus sic stantibus*; Hobbes; Spinoza.

TITLE: *From Civil Contracts to the Social Contract: the Importance and Hybrid Nature of the Rebus Sic Stantibus Clause*

ABSTRACT: *This paper investigates political and legal aspects of contracts and aims to demonstrate the impossibility of conceiving contracts' theoretical foundations exclusively in legal basis. As a case study, we analyze rebus sic stantibus clause and the necessity of contractual theory examine this clause's nature. This work has three parts. The first part involves the relation of circumstances with rebus sic stantibus clause. The second part contains an analysis of the parallelism between legal obligations, political obedience and contractualism. Finally, in the third part, the Spinoza's social contract anomalous theory is investigated in order to identify the legal, philosophical and political elements of rebus sic stantibus clause.*

KEYWORDS: *Contracts; contractualism; rebus sic stantibus clause; Hobbes; Spinoza.*

* Professor do Departamento de Direito da PUC-Rio. Doutor em Direito pela PUC-Rio.

** Doutor em Direito pela PUC-Rio. Mestre em Sociologia e Direito pela UFF. Advogado.

¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Direito material e processo. In.: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 165.

I

É notório o declínio da *doutrina* entre as fontes de direito no Brasil. Os doutos de hoje são outros: juízes. A palavra dos juízes, corporificada na reiteração que faz *jurisprudência*, vale para além dos casos julgados e orienta decisões futuras. A prática jurídica brasileira, e a própria lei que confere status quase-normativo a precedentes dos tribunais, têm feito prevalecer a consulta ao julgamento de casos concretos sobre a consulta de trabalhos doutrinários, deixados em segundo plano. Não há novidade nessas assertivas. O que importa é a forma de lidar com elas.

De nossa parte, não somos saudosistas. Vemos nesse declínio uma condição social favorável para a reflexão sobre os limites impostos à produção da teoria jurídica. Libertada da sedutora qualidade de fonte de direito, a doutrina pode deixar de ser doutrina – isto é, pode libertar-se de uma função professoral – para tornar-se verdadeira *teoria*, com amplos objetos e métodos de investigação. A doutrina é necessariamente doutrina do estabelecido. Só a teoria pode ser crítica. Quando faz o seu melhor trabalho, a doutrina investiga a história de um dado instituto, dentro e fora do país, bem como sua linhagem filosófica, sociológica, antropológica etc.; liga-o sistematicamente a outros institutos já existentes, ressaltando os princípios comuns; apresenta todas as interpretações e usos que vislumbra, bem como a abordagem em tese de outros doutrinadores e a prática dos tribunais, quando há; e pode, por fim, sugerir novos usos e interpretações para ajustar distorções do sistema. Mas nenhum trabalho doutrinário concebe o novo ou uma crítica profunda do que já existe, porque a função doutrinária é professoral, desde a etimologia: *docere* (ensinar) – mesma origem de *dócil*.

Teoria, por outro lado, não tem função predeterminada. Ao contrário do que ocorre com a *lei*, uma sentença e um precedente judicial, o trabalho da teoria jurídica não repercute diretamente sobre a realidade. Assim, se, por um lado, lei, sentença e precedentes devem ter parâmetros bem definidos para sua produção, nada, se não um puro hábito dogmático, justifica que se imponham os mesmos rígidos limites para a pesquisa teórica, que deve ser tão livre quanto o seu objeto permita, em franco diálogo e intercessão com outras ciências sociais e humanas, sem fronteiras rigidamente discerníveis.

O presente artigo, atento a essa realidade, propõe uma visão teórica que unifique os aspectos político, econômico e jurídico dos contratos, porque, como mostraremos, isolado o “jurídico”, perdem-se de vista os fundamentos desse instrumento da associação humana voltado para a realização de certos fins, que é o contrato. Como estudo de caso,

propomos a análise da cláusula *rebus sic stantibus* e afirmamos a importância de a teoria contratual revisitá-la.

A investigação inicia-se com uma apresentação do problema das circunstâncias e da cláusula *rebus sic stantibus* nos contratos civis, onde procuramos demonstrar a insuficiência da teoria tradicional acerca do conceito de contrato e dos fundamentos de sua obrigatoriedade, verificada justamente pela tendência bastante difundida de desconsiderar as *circunstâncias* contratuais. Tal tendência reflete uma outra, mais ampla, que é a de separar a teoria jurídica, da política e da econômica. Por isso, a fim de explorar caminhos para uma possível unificação da teoria contratual, em seguida ao tratamento dos contratos civis, trabalhamos sobre teorias do contrato social. Voltamos aos séculos XVII, XVIII e XIX, inicialmente, para reavivar o paralelo existente entre as obrigações jurídicas, a obediência política e o contratualismo, todos permeados pelo problema da instituição e da justificação do poder. E, enfim, apresentamos de modo específico, a partir de contraponto com Hobbes, a contribuição anômala de Spinoza para a reflexão aqui proposta, onde se encontram subsídios para pensar a importância das circunstâncias e da utilidade dos pactos, ou seja, os elementos da cláusula *rebus sic stantibus*, comuns ao direito e à política.

II

Um dos primeiros recortes da teoria geral do direito civil diz respeito à classificação dos fatos jurídicos. Fatos jurídicos *lato sensu* são todas as ocorrências ou fenômenos que gerem consequências de direito, isto é, efeitos juridicamente relevantes. Dessa classificação genérica decorre uma desclassificação implícita: há fatos com relevância jurídica e outros sem relevância jurídica, considerando-se a relevância a partir dos efeitos de cada fato. Em geral, o que confere juridicidade aos efeitos é uma *norma jurídica*, que deve ser observada pelos operadores de direito e pelas partes que convencionem, em exercício de sua autonomia privada. Além disso, concretamente, juízes e árbitros, quando definem um litígio, e ainda os contratantes, quando definem termos e condições de um acordo, podem atribuir juridicidade, isto é, relevância jurídica a fatos sem previsão genérica no ordenamento jurídico. Fora desse âmbito atributivo a cargo da lei, de juízes e árbitros e dos contratantes, prevaleceria a *indiferença jurídica*. Assim, p.ex., a livre declaração de vontade que, cumpridas certas formalidades, constitui um casamento é sem dúvida *fato jurídico*, porque o Código Civil lhe atribui efeitos sobre o estado de cada cônjuge, além de direitos e obrigações recíprocos. Mas, a princípio, para uma teoria tradicional que o direito de família já vem ultrapassando, seria juridicamente indiferente

o fato de o casal se amar ou não ou, melhor ainda, seriam indiferentes as circunstâncias afetivas ou sociais que constituem e mantêm o casamento. Entretanto, e aqui está o paradoxo, são essas circunstâncias, ou outras surgidas com o tempo, o que efetivamente conserva o casamento – ou impõe o divórcio. Não se devem objetivar coisas incompatíveis numa formulação teórica: por um lado, querer regravar um instituto com pretensão de estabilidade mas, por outro, decretar a irrelevância jurídica das causas mais comuns de conservação do mesmo instituto.²

Dos fatos jurídicos *lato sensu*, como continente, surgem subclassificações: a dos fatos jurídicos *stricto sensu* (onde não há intervenção da vontade humana), a dos atos jurídicos em sentido amplo (onde há intervenção da vontade) e outras distinções decorrentes.³ O que importa notar é que a naturalização dessa classificação faz partir todo o trabalho do jurista de um continente limitado, que mutila a realidade de antemão e supõe a irrelevância jurídica daquilo que, não raramente, é o que sustenta o “jurídico”: seja ele um casamento, um contrato, uma lei. Esse problema deve ser lido em conjunto com questões tão antigas quanto mal resolvidas: a questão sobre a relação entre *constituição jurídica e fatores reais de poder*; a questão sobre a adequação entre *norma jurídica e fato social*; e a questão sobre a relação entre *validade da norma jurídica e sua eficácia social (ou efetividade)*. A base problemática dessas questões é a mesma que liga, por exemplo, um contrato às suas circunstâncias. Tanto quanto uma constituição jurídica depende dos fatores reais de poder, assim também o contrato depende das circunstâncias para constituir-se e, sendo de *trato sucessivo* ou de *execução futura*, desenvolver-se como esperado.

Interessa-nos, de agora em diante, a questão da qualificação das *circunstâncias* como relevantes ou não juridicamente para os contratos. O problema remonta à seguinte fórmula de canonistas da Alta Idade Média: “*contractus qui habent tractum successivum*

² Uma importante dissidência entre os civilistas, com relação a essa desclassificação dos fatos jurídicos, encontra-se no trabalho de Pietro Perlingieri, que, sobre premissas diferentes das nossas, também nega o corte apriorístico entre o jurídico e o não-jurídico: “[f]ato juridicamente relevante não é somente aquele produtor de consequências jurídicas que podem ser bem individuadas, mas qualquer fato, enquanto expressão positiva ou negativa (fato ilícito) de valores ou de princípios presentes no ordenamento. Não existe fato que não tenha uma valoração expressa ou implícita no âmbito do ordenamento. A teoria do fato juridicamente indiferente, aqui rejeitada, entra naquela corrente ideológica disposta a considerar o ordenamento como garante das situações adquiridas. (...) Todo fato na realidade social, mesmo o mais simples e aparentemente insignificante, tem juridicidade.” PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 90-1.

³ A mais conhecida classificação decorrente dos *atos jurídicos em sentido amplo* é a dos *negócios jurídicos*, sendo *negócio* uma declaração de vontade que se destina à produção de determinados efeitos especificamente desejados pelo declarante, como é, para a tradição civilista, o caso dos *contratos*. Cf. BESSONE, Darcy. *Do contrato – teoria geral*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 1-5. E, para uma exposição crítica da visão voluntarista, cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 4-22.

et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur". Ou simplesmente *rebus sic stantibus*. Entendia-se implícita nos contratos de trato sucessivo ou de execução futura uma cláusula que condicionava o seu cumprimento, tal como originalmente convenionado, à permanência das circunstâncias contemporâneas à formação do vínculo. Utilizada por tribunais eclesiásticos a partir do século XIV, chegando a ser consagrada nas primeiras codificações germânicas do século XVIII, a fórmula é repelida pelo Código Napoleão de 1804 e silenciada pelos doutrinadores até o último quarto do século XIX.⁴ Sobre a força das circunstâncias contemporâneas à formação do contrato, que compõem as determinantes da *utilidade* de qualquer convenção para os contratantes, prevaleceram entre juristas e legisladores do século XIX o valor da palavra empenhada e a segurança a irretratabilidade das convenções; à fórmula *rebus sic stantibus* sobrepôs-se, como aparentemente vencedora, a clássica *pacta sunt servanda*; e a vontade, alçada a rainha dos contratos entre os juristas, parecia gerar a automática irrelevância das circunstâncias uma vez declarada.

Mas o que é o contrato? E qual é o fundamento da obrigatoriedade que dele decorre?

O contrato de *trato sucessivo* ou de *execução futura*, que é o que nos interessa, é um *processo* constituído por um acordo de vontades. Ele não é o acordo de vontades em si, mas o processo que dele se instaura; e afirmamos que é um *processo* justamente para opor tal contrato a um *ato jurídico perfeito*, cujos efeitos já estão consumados ou assegurados. A pretensão teórica de reduzir o contrato que ainda não exauriu seus efeitos a um acordo de vontades retira-o do tempo e do espaço, como se o jurídico fosse uma célula isolada do corpo e o teórico do Direito, um cientista de laboratório. Definir algo é explicar como a coisa definida é produzida; e uma coisa que se conserve no tempo e que almeje produzir efeitos para o futuro não pode ser definida, apenas, a partir de seu *ato* ou *negócio* inaugural e sim segundo o *processo* que a conserva. Apoiando-nos na intuição de Clóvis do Couto e Silva acerca da *obrigação* como um *processo* dirigido ao adimplemento⁵, pensamos que o *contrato*, que não seja um ato jurídico já perfeito e acabado, é necessariamente um *processo* destinado à realização das utilidades almejadas no acordo de vontades original, ou naquele que o substituir. Afirmar o *contrato como processo* e indagar sobre a realização das *utilidades* almejadas pelos contratantes, segundo o acordo de vontades original, repõe o jurídico no tempo e no espaço.

⁴ FONSECA, Antônio Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, 197-200; BESSONE, Darcy. *Op.cit.*, 213-4.

⁵ COUTO e SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

Os contratos em geral *obrigam* as partes. Se não obrigassem, perderiam sua *utilidade* social. Mas por que e em que condições os contratos obrigam? Em outras palavras, qual é o fundamento da força obrigatória dos contratos e como se prova que falta esse fundamento? Tradicionalmente, o fundamento da força obrigatória é atribuído ao reconhecimento social dado à autonomia da vontade: a obrigação constituída pelo contrato se justificaria pelo pressuposto reconhecimento social da liberdade que indivíduos e grupos têm entre contratá-la ou não.⁶ Daí que, ao tratar da obrigatoriedade dos contratos, tradicionalmente a doutrina se concentre em questionar o caráter espontâneo e idôneo (adequadamente informado) da declaração de vontade que caracteriza a *liberdade de contratar*. Porque o fundamento da obrigatoriedade dos contratos seria essa ideia pressuposta de que, podendo não se vincular, podendo não assumir uma obrigação, os contratantes decidiram, autonomamente, constituí-la, limitando a própria liberdade. Os casos de *vícios do consentimento*, como o *erro*, o *dolo* e a *coação*, são uma prova da importância da autonomia da vontade entre os pilares fundamentais dos contratos: quando a autonomia é enganada pelo *erro* ou pelo *dolo*, ou quando é dominada pela *coação*, o contrato celebrado é anulável, porque lhe falta o fundamento da obrigatoriedade.⁷

O que dizer, no entanto, de *vícios sociais* como a *simulação* e a *fraude contra credores*? Nada há nesses vícios – o primeiro acarretando a *nulidade* do ato, o segundo a sua anulabilidade – que contrarie a autonomia da vontade. Ao contrário: as partes podem, autonomamente, decidir simular um contrato em lugar de outro – para fugir de um tributo, p.ex.; as partes podem, autonomamente, pactuar visando fraudar o crédito alheio – para evitar o pagamento da dívida. E, ainda assim, apontando para uma disfunção do sistema e da teoria tradicional, os códigos contemporâneos negam validade a contratos constituídos desse modo. E a doutrina os denomina *vícios sociais*. Se são sociais e se atacam a própria *validade* do contrato é porque há algo de elementar que é exterior à *autonomia da vontade* e, mais do que isso, que é mesmo exterior ao “jurídico” entre os fundamentos do contrato.⁸ O mesmo ocorre com a *lesão*⁹, quando premente necessidade ou a própria inexperiência geram contratos nitidamente *prejudiciais* a quem se obriga: a autonomia não é enganada aqui, o contratante vincula-se porque deseja, sabe e aceita a princípio os efeitos deletérios do contrato, mas esse contrato também será anulável, porque, outra vez, há algo além da autonomia da vontade entre os fundamentos da obrigatoriedade contratual. O que é?

⁶ BESSONE, Darcy. Op.cit., 23.

⁷ Vejam-se os artigos 138 a 155 do Código Civil Brasileiro.

⁸ Vejam-se os artigos 158-165 e 167 do Código Civil Brasileiro.

⁹ Veja-se o artigo 157 do Código Civil Brasileiro.

Antes de ensaiar uma resposta, convém avançar nos exemplos da precariedade teórica do tradicional exclusivismo dado à autonomia da vontade. Há algumas ocorrências no processo contratual que podem determinar, legitimamente, o descumprimento do acordo de vontades tal como originalmente pactuado, e que, tanto quanto vícios originais do negócio, dizem respeito aos fundamentos que buscamos. Fiquemos com dois casos: o da *revisão judicial dos contratos* e da *resolução contratual por onerosidade excessiva*.

O triunfo absoluto da autonomia da vontade e do adágio *pacta sunt servanda* sobre a cláusula *rebus sic stantibus*, que parecia esquecida no século XIX, rui quando transformações sociais impõem aos juristas a consideração de fatores externos contra a sistemática conceitual prevalecente. A primeira guerra mundial, tendo impactado enormemente a execução dos contratos firmados anteriormente, gerou diversas situações de enriquecimento inesperado de uma das partes à custa da falência do devedor.¹⁰ A cláusula *rebus sic stantibus* volta então à cena e os juristas, pressionados pelas circunstâncias, precisam debater em que condições pode ser aceita a revisão ou a extinção dos contratos ante a alteração das circunstâncias. Nasce daí o que conhecemos no Brasil, ordinariamente, como *teoria da imprevisão*, segundo a qual, em casos excepcionais e inesperados, autorizam-se a revisão ou a resolução judicial dos contratos de execução futura que se tornem excessivamente onerosos para qualquer das partes.

No século XX, o longo movimento de relativização da obrigatoriedade dos contratos em fase de execução sem qualquer referência a vício congênito, resultou, atualmente, em dois artigos do nosso Código Civil: o art. 317, para a revisão judicial dos contratos, e o art. 478, para a extinção por onerosidade excessiva. Vale transcrevê-los para refletirmos sobre o que está em jogo aqui:

Art. 317.

Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real.

Art. 478.

Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor

¹⁰ FONSECA, Antônio Medeiros da. Op.cit., p. 200; BESSONE, Darcy. Op.cit., p. 216.

pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Não é a interpretação normativa o que nos interessa, mas o que justifica a existência de uma norma geral para esses casos ditos *extraordinários e imprevisíveis*. E o que justifica é a alteração das circunstâncias sob as quais os contratos foram celebrados. Ou seja, ainda que a chamada *teoria da imprevisão* imponha à cláusula *rebus sic stantibus* uma restrição contundente, aplicando-a apenas em situações excepcionais, como casos anômalos de um sistema, ninguém há de negar que é a alteração das circunstâncias, neste caso, o que afasta a obrigatoriedade do contrato tal como previsto no acordo de vontades. Já no século XVIII, as primeiras codificações germânicas estabeleciam os requisitos gerais que autorizavam a invocação da cláusula *rebus sic stantibus*: “a alteração das circunstâncias que não proviessem de mora, nem de fato ou culpa do devedor; de tal natureza que não fosse fácil prevê-la; e de tal monta que, segundo opinião desinteressada e honesta de uma pessoa inteligente, o devedor não teria consentido em obrigar-se, se suspeitasse da sua superveniência”¹¹.

A quem se preocupa com os fundamentos – primeira de todas as questões teóricas – pouco importa o casuismo legislativo, neste ou naquele tempo ou lugar; seja para tratar dos *vícios sociais* dos contratos ou da inclassificável lesão; seja para tratar da teoria da imprevisão (que também já foi chamada teoria do fato superveniente – os nomes tampouco são determinantes). O que se impõe à observação é que, variem o quanto variem, todos esses casos de anulação, nulidade, revisão ou inexecução contratual se justificam com referência às *circunstâncias* contratuais e à forma como essas circunstâncias determinam a utilidade do contrato. Na *fraude contra credores* a circunstância de reduzir o devedor à insolvência determina uma utilidade contratual que a sociedade repele: prejudicar o credor mais antigo em favor do mais novo. Na *simulação*, a circunstância do mascaramento, da dissimulação, de um outro contrato determina utilidades variáveis que a sociedade sempre repele quando houver prejuízo configurado. Na *lesão*, a circunstância de uma manifesta desproporção entre as prestações correspectivas de um contrato bilateral determina a utilidade de uma excessiva vantagem para uma das partes, em razão de prejuízo excessivo para outra – algo também repellido socialmente. Na *revisão* e na *resolução contratual* por fato superveniente ao acordo de vontades é, com ainda mais clareza, a imprevisível alteração das circunstâncias o que determina a quebra das expectativas originais do acordo de vontades, isto é, das utilidades inicialmente almejadas, passando o contrato a ser uma

¹¹ FONSECA, Antônio Medeiros da. Op. cit., p. 199.

dáviva, geradora de enriquecimento para uma parte e um instrumento de opressão contra a outra.

O contrato é o contrato e as circunstâncias que determinam sua utilidade. Não temos por que reexaminar a afirmação de que as circunstâncias integram os fundamentos da obrigatoriedade contratual. Enquanto o contrato é *útil* sua execução não corre riscos. O que podemos discutir, em termos de política legislativa ou de orientação para juízes e árbitros, é em que medida, em contratos de trato sucessivo e de execução futura, a alteração das circunstâncias pode afastar a obrigatoriedade contratual. Mas não deveríamos confundir *fundamentos* com arranjos doutrinários, que tendem para o artifício. *Fundamento* é aquilo que sustenta; e as circunstâncias que determinam as ideias de utilidade na mente de quem se associa contratualmente são parte elementar da sustentação de qualquer contrato.

Ora, todo aquele que resolva o problema do fundamento da obrigatoriedade contratual segundo a *autonomia da vontade* tenderá a tratar vícios congênitos aos contratos como *casos à parte da teoria contratual*, como se “defeitos dos negócios jurídicos” não fossem defeitos de uma teoria contratual que não os explique. Os *defeitos* só são assim nomeados porque lhes falta fundamento sem o qual a sociedade não confere obrigatoriedade aos contratos. A teoria contratual deve ser uma só, decorrendo de fundamentos reais e suficientes para dar conta de todas as suas seções. Os ditos “defeitos” não são exceções de uma teoria. O mesmo se diga em relação aos casos de *revisão e resolução contratual*: por mais extraordinário que seja este ou aquele tratamento legislativo ou judicial para a relativização da força obrigatória com base na *teoria da imprevisão*, a alteração das circunstâncias que explica esses casos nunca será uma seção anômala, um arremedo, da teoria contratual.

As teorias de origem alemã sobre a *base do negócio jurídico*, aqui lembradas apenas como um apontamento, enfrentam com mais suficiência o problema dos fundamentos do contrato e de sua obrigatoriedade do que uma capenga vinculação da mesma obrigatoriedade à autonomia da vontade. Há uma *base subjetiva* em todo contrato, que são as *representações conscientes*, subjetivas, que orientam os contratantes no momento em que se obrigam. Por exemplo: manter-se empregado, recebendo o mesmo salário. Há também uma *base objetiva*, que são pressupostos objetivos, a maioria deles sociais, que independem das representações conscientes do sujeito, como as circunstâncias de manutenção do valor da moeda, a conservação da paz e outras que só o caso concreto revela. É comum lembrarmos da *teoria da base* em casos de extinção anômala, ou de

revisão, das obrigações, mas não para tratar dos próprios fundamentos dos contratos.¹² O alcance, contudo, parece mais amplo. Talvez a reconstrução da teoria contratual sobre fundamentos mais realísticos tenha na ideia de *base do negócio jurídico* um ponto de partida seguro para investigações mais autorizadas que a nossa. E tal *base*, como veremos, pode ser melhor explorada se a teoria dos contratos civis considerar aspectos políticos e econômicos, que exploraremos nas seções III e IV.

Para encerrar este item, precisamos mencionar, por dever de justiça, clássico trabalho brasileiro da década de 1970 que, para o que nos ocupa, tem o grande mérito de chamar atenção para a condição fundamental das circunstâncias para a teoria dos contratos. Antonio Junqueira de Azevedo afirma que são as circunstâncias que cercam o contrato o que lhes confere o reconhecimento social necessário, sem o qual não geraria efeitos jurídicos. Para o autor não se trataria mais de conceber o negócio “como um ato de vontade do agente, mas sim um ato que *socialmente* é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos. *A perspectiva muda inteiramente, já que de psicológica passa a social.*”¹³

Com coragem e segurança, Azevedo reafirma o postulado de Ortega y Gasset segundo o qual “o negócio jurídico é o negócio jurídico e todas as suas circunstâncias” (Azevedo, 2002: 120) e atribui às *circunstâncias* papel constitutivo para os contratos:

Pois bem, se tivermos em mente que toda manifestação de vontade tem forma e conteúdo e que, para se constituir em declaração, é indispensável que seja socialmente reconhecida como tal, torna-se fácil, agora, dizer em que consiste esse *quid novi*, que vimos chamando ‘circunstâncias negociais’. Ele consiste exatamente naquele conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou *padrão cultural*, que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos (isto é, como ato produtivo de relações jurídicas).

As ‘circunstâncias negociais’ são, pois, um *modelo cultural de atitude*, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos.¹⁴

¹² COSTA, Judith Martins. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, tomo I, p. 239 e ss. (comentários ao art. 317 do Código Civil); PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, tomo XXV, p. 222 e ss. (no título: “outros modos de extinção das obrigações”).

¹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4^a ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 21.

¹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Op. cit.*, p. 122.

Note-se: embora afirmando a relevância das circunstâncias, aqui o autor está tratando exclusivamente daquelas que determinam o reconhecimento social da obrigatoriedade (o principal efeito de um contrato) segundo uma ideia não muito clara de *cultura* vigente. Trata-se de uma importante afirmação das circunstâncias entre os fundamentos da obrigatoriedade, mas segundo um critério que não está bem definido: o que é o *padrão cultural*; o que é o *modelo cultural de atitude* que atribui efeitos a um contrato? Podemos compreender essa ideia de cultura politicamente, como *aceitação social* de maiorias? De outro modo, *cultura* será o lugar de uma ideia vaga a nosso ver.

Não nos parece, em qualquer caso, que as circunstâncias – esse elemento social e sempre imprevisível – só tenham a importância teórica primordial de constituir o contrato, como uma certificação social de nascimento. Para Azevedo, feita a verificação social das circunstâncias reconhecidas como constitutivas do contrato, “o direito, depois, assume plenos poderes e será dele, exclusivamente, que dependerão a validade e a eficácia do negócio. Portanto, se, no plano da existência, é indispensável fazer referência aos padrões culturais que veem como jurídicos certos atos, o direito, nos planos subsequentes [validade e eficácia], age soberanamente sobre o dado que lhe foi fornecido, dando, ou negando, validade e eficácia”.

Essa argumentação, ciosa de algum campo exclusivamente jurídico na teoria contratual, embora não caia no problema de atribuir o fundamento dos contratos e de sua obrigatoriedade à autonomia da vontade, atribui às circunstâncias apenas a condição de uma espécie de *causa transitiva* dos contratos, isto é, de uma causa que gera o efeito (o contrato), mas que, uma vez gerado o efeito, desaparece – e a teoria contratual se desenvolveria, então, por regras próprias, independentes da causa que produz todos os contratos.

Propomos uma outra perspectiva. O que determina se uma obrigação será cumprida ou não muitas vezes são as circunstâncias. Se sobrevém uma guerra ou uma grave crise econômica, que causa surtos de desemprego ou inflação, muitos contratos serão descumpridos se não forem revistos para reajustá-los às novas circunstâncias. Quando não puderem ser revistos, serão extintos sem pagamento – alguns deles legalmente, por onerosidade excessiva. E tudo isso são provas, a nosso ver, de que as *circunstâncias* continuam relevantes: elas não são *causa transitiva* dos contratos, mas uma *causa imanente* dos contratos, isto é, uma causa que não se dissolve uma vez produzido o efeito

(vínculo obrigacional): permanece em relação inseparável com a validade, eficácia e execução do contrato, produzindo efeitos.

Vale notar, além disso, que o reconhecimento social dessas circunstâncias permanece relevante, para o jurista, depois de constituído o contrato justamente porque existem situações sociais que revelam o fracasso de certos modelos jurídicos ante o *padrão cultural* – para usar a expressão de Azevedo. Assim como não deveriam ser indiferentes para os *processualistas*, em dado tempo e lugar, os tipos de litigância culturalmente prevalecentes, os índices de eficiência/ineficiência do sistema e pesquisas de satisfação do cidadão com o serviço jurisdicional, tampouco devem ser indiferentes para os *civilistas* dedicados à teoria dos contratos, em dado tempo e lugar, os tipos de contratos mais comuns, os índices de cumprimento ou descumprimento e as causas sociais mais comuns para a inadimplência.

Segundo Pesquisa Nacional de Endividamento e Inadimplência (PEIC) feita no início de 2019 pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, nada menos do que 61,5% das famílias brasileiras estavam endividadas. Dessas, 9,2% não terão como pagar suas dívidas.¹⁵ É dizer: mais da metade dos contratos não chegam ao fim para o qual foram constituídos – o seu cumprimento; e um em cada dez contratos não terão, em nenhuma circunstância, meios de cumprimento – o que torna o contrato particular, teoricamente um vínculo transitório, uma limitação permanente da liberdade, quase uma *morte civil* dos endividados. O caso é mais grave para as famílias com renda inferior a 10 salários mínimos, das quais 62,4% estão endividadas e 10,8% não têm condições de pagar o que devem (casos de superendividamento). O contrato que mais gera dívidas é o de cartão de crédito, segundo a pesquisa, apontado por 78,5% das famílias como causa de seu endividamento.

Nesse contexto, o que dizer do *padrão cultural*, do *modelo cultural de atitude*, ou, na nossa leitura, do padrão de aceitação social vigente no país acerca dos contratos? Se não for uma ideia abstrata, o reconhecimento social está ligado a uma percepção majoritária sobre a realidade. E o dado que temos é que 6 em cada 10 famílias brasileiras estão endividadas no início de 2019, fazendo supor que há uma verdadeira disfunção nos modelos jurídicos e econômicos de contrato – já que não atingem sua finalidade normal, que é a satisfação das utilidades almeçadas pelas partes. Os contratos não estão sendo

¹⁵ A série é mensal. A evolução pode ser consultada a qualquer tempo pelo leitor. Disponível em: <http://cnc.org.br/central-do-conhecimento/pesquisas/economia/pesquisa-nacional-de-endividamento-e-inadimplencia-do--37>. Último acesso: 26.03.2019.

úteis, provavelmente porque modelos e práticas contratuais que juristas e economistas fixaram e reafirmam dia a dia não estão adequados às circunstâncias.

A teoria contratual, a nosso ver, não pode virar as costas para esses fatos, que põem em relevo a importância permanente das circunstâncias para a realização da utilidade dos contratos. Por que insistir que o jurídico dominará a análise, uma vez instituído o contrato? Qual é o medo que temos de declarar teoricamente que o direito não depende só dele, mas de algo que lhe é exterior? É o legislador, o juiz, o árbitro, não o teórico do direito, quem tem de afastar a relevância desta ou daquela circunstância. Ao teórico do direito cabe apontar os reais fundamentos do contrato. E isso, a nosso ver, conduz a um retorno à cláusula *rebus sic stantibus* e, com ela, a uma compreensão mais ampla e complexa da teoria contratual, com aportes de outros campos do conhecimento.

III

A impossibilidade de divisão rígida entre política e direito contida nas reflexões desenvolvidas no século XVII e no século XVIII não significou uma identidade entre política e direito e, tampouco, uma equivalência entre ambos. No século XVII, desenvolveu-se uma reflexão sobre o poder político e, dessa reflexão, surgiu uma teoria sobre o direito, sobre a eficácia das leis e dos contratos. Para o contratualismo, a adequada compreensão sobre os direitos, as leis e os contratos requer uma teoria do poder, na medida em que o pacto de sujeição ao soberano é a condição de possibilidade de todos os demais contratos¹⁶. Eis a grande lição das reflexões contratualistas: é inadequado separar as condições de efetividade concreta – política e social – das obrigações da análise da validade jurídica das mesmas. Enfrentar o tema da validade sem se debruçar sobre os processos que conferem um certo grau de realidade a uma norma é uma operação abstrata, uma consequência sem premissa, um efeito sem causa.

Thomas Paine, um século após os primeiros passos do contratualismo, em carta dirigida a Thomas Jefferson, expôs uma concepção de propriedade peculiar. Paine não dissociava o direito de propriedade de suas condições de exercício real e efetivo e, conseqüentemente, da obrigação dos demais respeitarem os direitos do proprietário sobre a coisa de que se apropriou¹⁷. Segundo Paine, os direitos civis, e a propriedade é o exemplo concreto de direito civil, ao contrário dos direitos naturais, dependem de uma

¹⁶ STRAUSS, Leo. *Natural right and history*. Chicago: The University of Chicago Press, 1965, p. 188.

¹⁷ PAINE, Thomas. "Letter to Thomas Jefferson, February 1788". In *Thomas Paine: Collected writings*. Nova Iorque: The Library of America, 1995. p. 368 – 369.

potência comum que os institua, conserve-os e assegure as condições de seu exercício. Aos direitos civis e, conseqüentemente, à propriedade não basta a validade, ou seja, a adequação entre sua aquisição, seu exercício e as normas jurídicas. Toda validade se sustenta na organização política, na formação do Estado. Não há direito nem obrigação que não seja política e historicamente determinado.

O esforço de separação purificadora entre a política e o direito não se sustenta historicamente. Em sua alvorada, o Direito Constitucional chegou a chamar-se também de Direito Político. Essa era posição de um dos fundadores do pensamento jurídico brasileiro, Paulino José Soares de Sousa, o Visconde do Uruguai: “O direito constitucional e político regula as grandes feições da organização política, isto é, as atribuições dos poderes políticos e as garantias do cidadão”¹⁸. Ou seja, no século XIX, considerava-se que o pensamento constitucional e o pensamento político possuíam as mesmas raízes e as reflexões constitucionais já eram objeto de investigação da filosofia política há muito.

No mesmo sentido, Quentin Skinner¹⁹ considera que o constitucionalismo surgiu, no século XVII, de um movimento de síntese dos princípios políticos enunciados nos debates sobre a reforma protestante ocorrida no século XVI. Jonathan Israel²⁰, por sua vez, se dedicou a investigar, dentre outros temas, a influência dos debates políticos acerca das distintas vertentes do iluminismo no período revolucionário e de constitucionalização dos EUA, momento em que Thomas Paine, John Adams, Thomas Jefferson, James Madison, John Jay e Alexander Hamilton interpretaram os princípios político-jurídicos construídos desde o século XVI até o século XVIII. Parte dessas reflexões e discussões foram impressas na Declaração de Independência, na Declaração de Direitos de Virgínia e na Constituição aprovada pela Convenção da Filadélfia.

Além da absorção de noções de filosofia política pelos debates jurídicos e pela regulação jurídica, um outro fenômeno ocorreu, sistematicamente, ao longo do tempo. É possível identificar a existência de um certo modo de pensar, de uma certa maneira de construir o raciocínio comum ao pensamento político e ao pensamento jurídico. A demonstração da natureza híbrida de certas maneiras de pensar, que rasgam as linhas imaginárias dos diversos campos do pensamento, se constitui em movimento necessário de exposição da

¹⁸ DE SOUSA, Paulino José Soares. “Ensaio sobre o Direito Administrativo”. In *Visconde do Uruguai*. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 90.

¹⁹ SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Cia. das Letras, 1996. p. 393 – p. 450.

²⁰ ISRAEL, Jonathan. *Democratic enlightenment*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011. p. 443 – p. 479.

inadequação de certas posições consagradas que desejavam, e ainda desejam, fundar uma pureza epistêmica do direito ao defender que o direito pertence à lógica da imputação enquanto a política pertence à lógica da causalidade, ainda que ambos possuam raízes históricas comuns.

O contratualismo fundou uma nova forma de compreensão da legitimidade do poder político. As diversas teorias do contrato social, que surgiram no século XVII e também marcaram o pensamento político-jurídico no século XVIII, não consistiam em discursos sobre a origem do poder. A natureza a-histórica das teorias do contrato social²¹ impede a associação entre o contratualismo e a formação de discursos sobre o processo de instituição do poder. Desde Hobbes, o problema central das teorias do contrato social era estabelecer novas bases para a justificação da obediência e a construção de uma nova filosofia do poder²². No lugar da preocupação com o estudo do melhor regime e com as virtudes morais dos governantes, o contratualismo pôs em marcha um esforço de fundação da legitimidade de uma nova forma de organização do poder, um poder dotado de uma soberania absoluta capaz de se impor a ponto de evitar a formação de um império dentro de um império²³.

A inovação proposta pelo contratualismo envolve aspectos jurídicos e políticos e permite repensar algumas noções jurídicas fundamentais. Um dos elementos constitutivos do contratualismo é a relação íntima entre o fundamento das obrigações jurídicas e as razões da obediência política. Na medida em que existe um paralelismo entre a origem das obrigações jurídicas e da obediência política, o debate sobre a obediência política remete à reflexão sobre a legitimidade do poder. Conforme expôs Norberto Bobbio, a distinção entre o poder paterno, o poder despótico e o poder civil concerne às formas de legitimação do poder e da promoção da obediência²⁴. Distintas razões justificam o poder que o pai exerce sobre os filhos, o senhor sobre os servos e os governantes sobre os governados. O poder de comandar os filhos decorre da própria natureza, na medida em

²¹ JASMIN, Marcelo Gantus. *Racionalidade e história na teoria política*. Belo Horizonte: UFMG, 1998. p. 35 – p. 59.

²² STRAUSS, Leo. Op. cit., p. 194.

²³ A expressão “império dentro de um império” no século XVII possuía função metafísica, antropológica e política. Nos três casos, a ideia de um império dentro de um império representava uma relação de transcendência entre duas coisas: no plano metafísico, entre Deus e o mundo; no plano antropológico, entre o homem e a natureza; no plano político, entre os governantes e os governados. No caso específico da política, o esforço do pensamento político do século XVII se orientou para a afirmação de uma relação entre governantes e governados que recusasse a transcendência. A ideia de contrato social exerceu um papel importante na recusa da transcendência, na medida em que o poder dos governantes decorria de um acordo firmado entre os governados, e não de uma relação transcendente de representação existente entre Deus e os governantes.

²⁴ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: Para uma teoria geral da política*. 10^a ed.. São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 78.

que os pais geram os filhos e, por esse motivo, possuem o poder de comandá-los. Já o poder despótico supõe um delito cometido por aquele que se torna servo. Portanto, o poder de punir atribuído ao senhor repousaria na retribuição de um mal causado pelo servo. A escravidão por dívida existente na Grécia Antiga representaria um exemplo desse tipo de relação político-jurídica. O poder civil, por sua vez, demanda a formação do acordo de vontades para seu exercício, que se sustentaria em um processo de transferência pactuada de poder para o soberano. Essas três modalidades de justificação do poder, presentes na obra de três célebres autores do século XVII – Hobbes, Spinoza e Locke – que se engajaram nos debates sobre o contrato social, expressam as mesmas linhas de raciocínio do fundamento das obrigações jurídicas: *ex natura*, *ex delicto* e *ex contractu*²⁵.

A identidade entre a justificação do poder e o fundamento das obrigações abre um campo de investigação capaz de pôr em xeque a divisão entre política e direito. A esse respeito, o modo de pensar do século XVII possui uma grande utilidade, na medida em que, naquele período histórico, a divisão entre direito e política não era nítida. As fronteiras incertas entre direito e política não decorriam de um problema de método. Ao contrário, era comum, entre os pensadores do século XVII, associar direito e política, pois a maneira de conceber a atividade política e a instituição das normas era uma só e a mesma. O debate sobre a legitimidade do poder envolvia os mesmos termos da discussão sobre os fundamentos das obrigações jurídicas, na medida em que se considerava a obediência política, simultaneamente, fruto da sujeição política ao soberano e da obrigação jurídica de cumprir a lei e os contratos.

O contratualismo exprime um modo de pensar que recolheu influências de diversos campos do conhecimento. Ainda que a distinção entre estado de natureza e estado civil seja uma mera hipótese que permite o desenvolvimento do raciocínio, as diversas teorias do contrato social se baseiam na separação entre natureza e sociedade ao formular as categorias acima mencionadas. Ou seja, as diversas teorias do contrato social absorveram certas noções e conceitos ontológicos. Por outro lado, não há teoria do contrato social que não se baseie em uma certa concepção da natureza humana. Portanto, há influência da antropologia no contratualismo. A mais evidente das influências, no entanto, é jurídica. O cerne do raciocínio contratualista diz respeito a uma noção jurídica tão antiga quanto o direito: a troca de bens realizada por meio de um acordo de vontades.

Os contratualistas enfrentaram a questão da validade do pacto e associaram essa questão à legitimidade do poder e das obrigações políticas. A norma – validade – e o fato – a

²⁵ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 79.

legitimidade – são elementos do modo de pensar conhecido como contratualismo. Nesse ponto, a maneira de pensar a política e o direito a partir dos pactos dos governados entre si e dos governados com os governantes abre um caminho de questionamento da rígida separação entre política e direito e da consagrada, e muito criticada, *suma divisio*, a separação entre direito público e direito privado. Se as bases do direito público moderno se encontram nas reflexões políticas sobre o contrato social e se a ideia de contrato constitui uma das noções jurídicas centrais do direito privado, é possível que um certo modo comum de pensar explique essa hibridização epistemológica da ideia de contrato. O contrato é, simultaneamente, um ato político, a fonte de legitimidade do poder, a condição de validade dos pactos e das demais normas jurídicas, um conceito de direito privado e a origem da instituição da noção de soberania popular. Trata-se de uma noção que representou um modo de pensar comum à política e ao direito, em uma certa quadra da história das ideias.

IV

O contratualismo inaugurou um modo de pensar construído em torno de três eixos: o direito, a política e a economia. Essa percepção sobre a perspectiva contratualista se expressa com nitidez em um texto de Michel Foucault: “no caso da teoria jurídica clássica do poder, o poder é considerado um direito do qual se seria possuidor como de um bem, e que poderia, em consequência, transferir ou alienar, de uma forma total ou parcial, mediante um ato fundador de direito – pouco importa, por ora – que seria da ordem da cessão ou do contrato. (...) A constituição do poder político se faz, portanto, nessa série, nesse conjunto teórico a que me refiro, com base no modelo de uma operação jurídica que seria da ordem da troca contratual. Analogia, por conseguinte, manifesta, e que corre ao longo de todas essas teorias, entre o poder e os bens, o poder e a riqueza”²⁶.

Foucault expõe, na passagem acima, os fundamentos do raciocínio contratualista. Trata-se de um modo de pensar que se vale de uma teoria jurídica sobre o poder a fim de enfrentar o problema da instituição e da justificação do poder. Tal teoria jurídica se baseia na ideia de que a fundação do Estado supõe uma troca decorrente de um acordo. Fecha-se, portanto, o ciclo entre direito, política e economia. A compreensão dessa tríplice origem do Estado – jurídica (contrato), política (poder), econômica (troca ou cessão de bens) – lança luz sobre a precariedade de divisões rígidas entre o pensamento político, jurídico e econômico moderno e, conseqüentemente, entre o direito público e o direito privado, na medida em que o direito público se situaria no âmbito da regulação

²⁶ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 19 – p. 20.

do poder político e o direito privado no campo da regulação das trocas de bens entre indivíduos, da circulação de riqueza. Um caso específico em que a intercessão entre direito, política e economia se manifesta concerne ao problema da validade e da própria execução dos pactos, debate que ocupou as atenções de Hobbes e de Spinoza no século XVII e que permite enfrentar, simultaneamente, questões de filosofia política, de direito público e de direito privado.²⁷

Duas hipóteses serão investigadas de agora em diante: a) o problema da validade dos pactos analisado por Hobbes revela que o modo de pensar contratualista possui desdobramentos em diversos campos do saber; b) Spinoza, ao enfrentar a discussão, rompeu com o contratualismo e tal ruptura expôs novas intercessões entre direito e política. Nesse debate, uma vez mais Spinoza se valeu de uma estratégia largamente usada em sua filosofia: refutar as teses de seus adversários ao levá-las às últimas consequências e ao instituir um aparato conceitual imune às neutralizações da radicalidade dos movimentos que fundaram a modernidade. Spinoza, o mais moderno dos modernos, ergueu sua filosofia com escavações tão profundas que permitiram brotar as sementes mais soterradas do pensamento moderno.

Começemos pelas posições de Hobbes sobre validade dos pactos em duas situações: pactos constituídos sob o domínio do medo e pactos dos quais decorre uma lesão física causada pela outra parte. Em suas duas obras mais difundidas^{28 29}, Hobbes reconhece validade ao pacto firmado sob o domínio do medo e a invalidade do pacto que envolve a renúncia ao direito de evitar a morte ou uma lesão física.

No primeiro caso, Hobbes enfrenta um tema central para o reconhecimento da legitimidade do poder político: a validade dos pactos estabelecidos por medo da morte que, em estado de natureza, na opinião de Hobbes, são válidos. Para reforçar sua posição, Hobbes defende que, mesmo quando firmados com um ladrão, deve-se reconhecer a validade de tais pactos. A razão de existência do Estado encontra-se na transferência, para o Estado, dos direitos dos indivíduos temerosos da “carnificina recíproca”, transferência essa que não é passível de questionamento, na medida em que qualquer transferência é melhor do que sua ausência, pois a ausência de pacto é a causa da

²⁷ Salvo quando houver diferenciação expressa, daqui em diante, fiéis ao vocabulário de Hobbes e Spinoza, sempre que nos referirmos a *validade* ou *invalidade* dos pactos, e a expressões congêneres, nesses termos estarão compreendidas a *eficácia* e a *efetividade* dos pactos – ou os seus antônimos, quando se tratar de invalidade, nulidade etc.. Ou seja, questões concernentes à execução dos pactos estão compreendidas nos gêneros *validade* e *invalidade*.

²⁸ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Parte I, Capítulo II, 16 e 18.

²⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1983, Capítulo XIV.

“carnificina recíproca”³⁰. Ou seja, para Hobbes, a rejeição jurídico-política dos pactos firmados sob o constrangimento do medo da morte arruinaria o fundamento do poder, pois o poder político nasce do medo da morte.

O segundo caso possui uma estreita relação com o primeiro, embora a resposta de Hobbes seja oposta. Segundo Hobbes, não é válido o pacto que envolva a renúncia do direito de defesa da própria integridade física. “Por um contrato de não resistir somos obrigados a escolher, entre dois males, o que parece ser o maior – pois a morte certa é mal maior que a luta. Ora, dentre dois males é impossível não escolhermos o menor. Portanto, um pacto daquela espécie nos prenderia ao que é impossível – o que vai contra a natureza dos pactos”³¹. Qualquer pessoa que se obrigue a não resistir a uma agressão alheia pode romper o compromisso no momento em que a agressão ocorrer. Hobbes reconhece, nesse caso, a possibilidade do exercício do direito de resistência. Essa posição poderia parecer contraditória com a negação ao exercício do mesmo direito no caso anterior. No entanto, ambas as posições convergem. Se o pacto estabelecido sob o domínio do medo possui a finalidade de preservar a integridade física e a vida dos indivíduos e de evitar a carnificina recíproca, qualquer pacto que atente contra a integridade física ou a vida deve ser considerado nulo.

As posições de Hobbes sobre a validade dos pactos iluminam problemas tanto políticos quanto jurídicos: a) a instituição do direito, do poder político e de sua legitimidade, questão essencial ao conceito de poder constituinte; b) o direito de resistência; c) as condições de validade dos pactos.

O debate sobre a validade dos pactos envolve uma questão política e jurídica, qual seja, a instituição do poder político e da legitimidade de seu exercício pelo Estado. A fundação do poder e a constituição jurídica se referem, portanto, a esse debate. Há um outro aspecto que pertence, simultaneamente, ao direito e à política: os fundamentos do direito de resistência. Trata-se, por definição, de uma questão relativa ao direito público, já registrada em declarações de direitos desde a revolução francesa, e de uma questão de filosofia política clássica e moderna. Outro elemento do raciocínio hobbesiano sobre a validade dos pactos trata de suas condições de validade. A invalidade dos pactos de transferência do direito de resistir à agressão física se sustenta na impossibilidade de seu cumprimento, em um objeto juridicamente impossível, segundo o jargão forense.

³⁰ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Parte I, Capítulo II, 16.

³¹ HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Parte I, Capítulo II, 18.

Spinoza, no capítulo XVI de seu *Tratado Teológico-Político*, analisa as mesmas questões enfrentadas por Hobbes no *De Cive* e no *Leviatã* e chega a conclusões opostas. Na visão de Spinoza, qualquer um pode romper um contrato celebrado com um ladrão e um contrato que causar prejuízo de natureza física é válido enquanto o prejuízo parecer utilidade para aquele que sofrer o prejuízo. A questão a investigar, no entanto, são as razões que conduziram o raciocínio de Spinoza em um e em outro caso.

Retomemos o primeiro caso, o pacto com um ladrão. Segundo Spinoza, aquele que faz um pacto com um ladrão para evitar a morte pode lançar mão do chamado dolo bom (*dolus bonus*) para ludibriá-lo e, ao se distanciar suficientemente da ameaça, descumprir o pacto. Não se trata, nesse caso, de má-fé, mas de uso do dolo bom para fins de resistência à ameaça da própria vida. Essa posição se choca com a opinião de Hobbes, para quem mesmo as promessas oriundas do medo devem ser observadas. Para Spinoza, a observação das promessas decorrentes do medo só deve ocorrer enquanto presentes as causas do medo. Uma vez livre da ameaça, quem celebrou um acordo com um ladrão não está obrigado a cumprir a promessa.

Quanto ao segundo caso, Spinoza apresenta uma variação interna da hipótese apresentada por Hobbes. Em vez de tratar da validade de um pacto de não resistir a um agressor, Spinoza enfrenta o problema do pacto cuja obrigação de uma das partes é jejuar por vinte dias. Esse caso específico é mais problemático do que o caso apresentado por Hobbes, ainda que decorra do caso dos pactos de renúncia do direito à autodefesa da integridade física. O jejum, porque pode levar à morte, é uma espécie de renúncia a esse direito. O grande problema, nesse caso, é que, enquanto o jejuador está convencido da utilidade do jejum, as aparências indicam que sua decisão é livre, que o jejum é voluntário. A hipótese específica retirada por Spinoza da hipótese geral hobbesiana torna a questão da validade um problema mais complexo do que poderia imaginar Hobbes. Diante dessa situação, Spinoza entende que o pacto é válido enquanto o jejum parecer útil para o jejuador, enquanto o jejuador estiver convencido de uma opinião oriunda de sua imaginação. No momento em que deixar de parecer útil, o jejuador pode romper o pacto e, só então, ele se torna inválido. Ou seja, há duas situações distintas: enquanto a opinião do jejuador se orientar pela utilidade do jejum, o pacto é válido; tão logo ele mude de opinião, o pacto se torna inválido.

O que podemos concluir a partir das posições de Spinoza sobre a discussão jurídico-política sobre a validade dos contratos? A primeira conclusão aponta para a ruptura de Spinoza com o contratualismo, uma espécie de ruptura anômala, na medida em que

Spinoza atravessa o contratualismo por dentro para instituir um pensamento anticontratualista. Nos dois casos analisados por Spinoza, há uma nítida posição maquiaveliana sobre a formação do consenso. A legitimidade do poder requer uma contínua instituição, o que equivale dizer que as razões da obediência dos pactos devem ser objeto de permanente atualização. Em linguagem forense, poderíamos dizer que o contrato social é de trato sucessivo, prolonga-se no tempo.

Da formação continuada do consenso e da obediência política decorre uma segunda conclusão: a necessária relação entre os pactos e as circunstâncias de sua celebração. Segundo Spinoza, “será insensatez uma pessoa pedir a outra que jure para todo o sempre, sem tentar, ao mesmo tempo, fazer com que a ruptura desse pacto traga ao que romper mais desvantagens do que vantagens. Ora, isso é de importância capital na fundação de um Estado”³². Spinoza, portanto, associa a validade dos pactos às suas condições de execução, ou seja, às circunstâncias que cercam os acordos político-jurídicos. Um pacto não se sustenta apenas na palavra dada, mas, sobretudo, nas circunstâncias em que as palavras foram proferidas. Um refém que se livrar de um ladrão ao ludibriá-lo conseguiu mudar as circunstâncias em que sua palavra foi dada. Mudadas as circunstâncias e extintas as razões para temer o ladrão, dissolve-se o pacto.

O caso do jejum possui um elemento fundamental para compreender o que Spinoza entende por circunstância de formação de um pacto. No texto do *Tratado Teológico-Político*, encontra-se a seguinte afirmação: a ruptura do pacto de jejuar pode ocorrer seja por uma percepção oriunda da razão ou por uma mudança de opinião. Na medida em que a natureza humana põe a necessidade da experiência das paixões e da imaginação, campo no qual se situam as opiniões, o mais frequente é a formação de pactos fundados em opiniões e em paixões do que na razão. Portanto, a conservação da legitimidade do Estado depende da conservação do regime passional e imaginativo que deu causa à instituição do poder do Estado. A alteração profunda das circunstâncias políticas, históricas, sociais ou econômicas promove, por necessidade, uma reviravolta afetiva e redefine as opiniões, abrindo o caminho para a ruptura do pacto e, conseqüentemente, do exercício do direito de resistência. De certo modo, essa abertura ao exercício do direito de resistência responde as indagações de Etiènne de La Boétie em seu *Discurso da servidão voluntária*. Aquele que acredita que o jejum de vinte dias é um bem pode ser comparado àquele que serve voluntariamente a seu opressor. Resistir à servidão voluntária, portanto, requer a alteração das circunstâncias e do regime de opinião e de

³² SPINOZA, Baruch. *Tratado Teológico-Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 238.

paixões em que a servidão se organizou. A mudança da vontade passa pelas paixões e pelas opiniões constitutivas da própria vontade.

A ruptura de Spinoza com o formalismo contratualista possui um valor inestimável para as reflexões sobre as intercessões entre a política e o direito e entre o direito público e o direito privado. Três aspectos da investigação de Spinoza sobre o problema da validade dos pactos demonstram a importância de sua filosofia para desmontar tais divisões estanques, que ainda ecoam no pensamento contemporâneo.

O primeiro deles envolve a questão da legitimidade do poder político. Tal questão, que atravessa tanto a teoria política quanto o direito constitucional, requer uma análise que não dissocie as questões factuais das questões normativas. A validade e a eficácia são dois aspectos do mesmo problema: a instituição permanente de uma potência comum capaz de manter as circunstâncias necessárias à sua conservação e de criar as condições necessárias à conservação dos direitos dos que são parte do Estado. Conservar uma constituição, por exemplo, requer um esforço de atualização permanente das forças políticas e sociais que a instituíram. Consequentemente, é impossível pensar o direito sem compreender as relações políticas, da mesma forma que a política deve considerar que os homens admitem a validade dos pactos quando sua opinião se orienta neste sentido. Ou seja, a validade não é uma mera formalidade jurídica decorrente da lógica formal, mas possui realidade, na medida em que produz efeitos reais.

O segundo aspecto concerne à gênese afetiva e imaginativa dos pactos. A filosofia de Spinoza abre caminho para a compreensão da gênese dos pactos. Assim, é possível conceber o processo de instituição dos pactos e romper o cerco formalista, que se concentra apenas em seus fundamentos lógicos. A gênese dos pactos inscreve os atos jurídicos no real, nas circunstâncias, nas razões de sua celebração. Acordos, pactos e contratos se formam, sobretudo, por motivos de ordem passional, decorrem de imagens que os contratantes percebem sobre a realidade e projetam, para o futuro, expectativas e desejos também vinculados a um regime de imagens sobre esse mesmo futuro. Os pactos dizem respeito à situação atual e também ao futuro, razão pela qual todo pacto se insere em um circuito afetivo do qual a esperança e o medo fazem parte. A utilidade de um pacto, em regra, reside em uma aparência, em uma percepção fragmentada do real. Portanto, qualquer debate sobre sua validade deve considerar as circunstâncias que produziram um certo modo de imaginar dos contratantes. Dessa conclusão se deduz o terceiro aspecto do pensamento de Spinoza sobre os pactos.

O terceiro aspecto assinala a formação de um raciocínio usado tanto para alterar a percepção sobre o exercício do direito de resistência quanto para justificar o que, atualmente, chamaríamos de *teoria da imprevisão* nos contratos civis. A rigor, a hibridização epistemológica empreendida por Spinoza é tão profunda que a questão do direito de resistência, que pertence, tradicionalmente, à filosofia política e ao direito público, e a questão da ruptura de contratos em situações de grave desequilíbrio contratual provocado por mudanças circunstanciais não previstas e alheias à vontade dos contratantes, que pertence ao direito privado, podem ser pensadas a partir dos mesmos argumentos.

Retornemos ao debate sobre o direito de resistência do século XVII para entender a inovação de Spinoza. Duas posições sobre o direito de resistência se popularizaram: a de Hobbes e a de Locke. De acordo com Hobbes, o direito de resistência pode exercer-se se o soberano puser em risco o que não pode ser pactuado, ou seja, a vida e o bem-estar dos súditos. Trata-se de uma impossibilidade lógica, na medida em que o pacto é firmado para preservação da vida e do bem-estar. Ou seja, do ponto de vista da realidade, é possível um pacto dessa natureza, no entanto, em termos lógicos, é admissível seu descumprimento em razão de sua nulidade. O indivíduo é o sujeito da resistência hobbesiana, pois a vida é um bem individual. Já para Locke, o exercício do direito de resistência está autorizado quando o soberano viola o pacto e agride os bens – vida, liberdade e propriedade – que levaram os indivíduos a realizar o pacto. O direito de resistência se justifica, portanto, quando uma das partes não cumpriu o contrato. Tal resistência pode ser exercida coletivamente quando a violação atinge escala expressiva. Ao invés de simplesmente fugir, a única alternativa permitida, segundo Hobbes, a um indivíduo ameaçado de morte pelo Estado, os súditos podem destituir os governantes usurpadores, segundo Locke³³.

A filosofia de Spinoza põe um outro problema: a ruptura do contrato social e o exercício do direito de resistência não se referem apenas a questões lógicas ou a questões internas ao contrato. Todo pacto diz respeito aos contratantes e às circunstâncias que os cercam. Há um “fora” do contrato que desempenha papel decisivo na formação de um acordo de vontades. Esse “fora” envolve paixões e imagens que afetam os indivíduos contratantes, consequentemente, a duração e a utilidade de um contrato dependem de fatores em constante transformação e a alteração expressiva do regime de paixões e de signos externo ao contrato pode abrir uma brecha para sua ruptura. Em oposição a Hobbes e a

³³ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Livro II, Capítulos XVIII e XIX.

Locke, Spinoza admite o exercício do direito de resistência por motivos externos aos pactos firmados. A posição de Spinoza sobre a legitimidade do direito de resistência se sustenta no mesmo raciocínio da teoria da imprevisão contemporânea, consagrada pelo direito civil, quando esta teoria valida a ruptura de contratos nos casos em que há vontade conscientemente declarada, objeto contratual lícito e possível e cumprimento das obrigações contratuais pela parte a quem a ruptura prejudica. Trata-se de um caso exemplar de raciocínio que põe em xeque os limites das áreas do conhecimento porque se exprime na filosofia política, no direito público e no direito privado, demonstrando a inadequação das rígidas fronteiras epistemológicas entre filosofia política e direito e entre direito público e direito privado cunhadas nos últimos dois séculos.

Referências bibliográficas

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4^a ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Direito material e processo. In.: *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 165-192.

BESSONE, Darcy. *Do contrato – teoria geral*. 4^a ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: Para uma teoria geral da política*. 10^a ed.. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.

CNC – CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO. *Pesquisa de endividamento e inadimplência do consumidor – fevereiro de 2019 (PEIC)*. Disponível em: <http://cnc.org.br/central-do-conhecimento/pesquisas/economia/pesquisa-nacional-de-endividamento-e-inadimplencia-do--37>. Último acesso: 26.03.2019.

COSTA, Judith Martins. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, tomo I.

COUTO e SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

DE SOUSA, Paulino José Soares. “Ensaio sobre o Direito Administrativo”. In *Visconde do Uruguai*. São Paulo: Editora 34, 2002.

FONSECA, Antônio Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

ISRAEL, Jonathan. *Democratic enlightenment*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.

JASMIN, Marcelo Gantus. *Racionalidade e história na teoria política*. Belo Horizonte: UFMG, 1998.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PAINÉ, Thomas. "Letter to Thomas Jefferson, February 1788". In *Thomas Paine: Collected writings*. Nova Iorque: The Library of America, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, tomo XXV.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Cia. das Letras, 1996.

SPINOZA, Baruch. *Tratado Teológico-Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

STRAUSS, Leo. *Natural right and history*. Chicago: The University of Chicago Press, 1965.

civilistica.com

Recebido em: 11.7.2019

Publicação a convite.

Como citar: GUIMARAENS, Francisco de; ABREU, João Maurício Martins de. Dos contratos civis ao contrato social: a importância e a natureza híbrida da cláusula *rebus sic stantibus*. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 3, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/dos-contratos-civis-ao-contrato/>>. Data de acesso.