

## A ordem econômica e a liberdade contratual\*

Georges Ripert\*\*

**RESUMO:** Correspondendo ao Capítulo II do Título III (Le contrat) do livro *Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Géný: les sources générales des systèmes juridiques actuels* (Coletânea de estudos sobre as fontes do Direito, em homenagem a François Géný: as fontes gerais dos sistemas jurídicos atuais), publicado em 1934, este artigo assinado por Georges Ripert (1880-1958) aparece aqui, pela primeira vez, em tradução para o português. Considerado um clássico na literatura jurídica, o artigo possui interesse histórico e, ao mesmo tempo, surpreende por sua atualidade. Pois se, por um lado, alguns instrumentos citados não estão mais em vigor no ordenamento de origem, a lógica das diversas relações contratuais fornece subsídio interessante para reflexão e comparação com a atualidade hodierna do Brasil.

**Palavras-chave:** direito contratual; Código Civil francês; ordem econômica; liberdade contratual.

1. O artigo 6º do Código Civil francês enuncia um princípio cuja aplicação varia incessantemente. Ele estipula a nulidade de convenções contrárias às leis que interessam à ordem pública, mas não oferece nenhum modo de reconhecê-las. Em nenhum outro lugar do Código, encontramos uma definição do que seja ordem pública. A noção, sem dúvida, parecia clara. A lei é de ordem pública, dizia Portalis, quando “interessa mais diretamente à sociedade que aos particulares”. Forma de liberdade individual, a liberdade de contratar se interrompe quando coloca em perigo o agrupamento ao qual pertencem aqueles que pretendem servir-se dela. Todo contrato é uma união. Ele cria entre o credor e o devedor uma pequena sociedade temporariamente constituída para um fim determinado. Essa pequena sociedade só pode ser formada se não comprometer a vida e o funcionamento do corpo em que pretende viver. Pelo contrato, não podemos infringir leis que regulem o Estado, a família, a profissão. Trata-se da ordem pública no sentido político da palavra. As relações econômicas entre os homens cedem lugar à necessidade da vida em sociedade. Há uma primazia do político sobre o econômico.

O domínio do contrato permanece, fora isso, imenso. O Código Civil relega a ele todas as relações econômicas, uma vez que, em matéria econômica, não há outra

---

\*Título original: “L'ordre économique et la liberté contractuelle”, Artigo publicado originalmente em *Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de François Géný: les sources générales des systèmes juridiques actuels* (Librairie du Recueil Sirey, 1934, p. 317-353), disponível em <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5433888t.r=>. Tradução de Letícia Resende, revisão de Adauto Villela. Este artigo foi traduzido no âmbito do projeto de extensão *Traduções Acadêmicas* do Bacharelado em Tradução da FALE-UFJF, coordenado pela Profa. Dra. Mayra Barbosa Guedes e o Prof. Dr. Adauto Villela, com apoio da Pró-Reitoria de Extensão da Universidade Federal de Juiz de Fora. Agradecemos ao Prof. Dr. Daniel Amaral Carnaúba, professor do Departamento de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora / Campus Avançado Governador Valadares, pela seleção e proposição do artigo para tradução.

\*\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Paris, Professor da École des Sciences Politiques.

organização que aquela formada pela liberdade das convenções. O contrato é lei e, caso haja intervenção da lei, é apenas para interpretar a vontade provável dos contratantes, suprir sua vontade não expressa. Há ocasiões em que o legislador arrisca uma proibição – proibição da lesão na venda de imóvel, da usura no empréstimo. Ele jamais visa a algo que não seja o respeito pela moral. Ainda hoje os juristas da escola clássica não o compreendem muito bem. Estes aceitam a regra ditada pela experiência e mantida pela força da tradição; não deixam de destacar seu caráter excepcional. Há trocas de riqueza e de serviços que podem ser contrárias à moral; não concebemos de que forma elas podem ser contrárias à ordem pública se ao menos o objeto do contrato fizer parte do comércio.

2. Hoje conhecemos contratos que, como antigamente, nascem sob o signo da liberdade, embora não possam viver sob este mesmo signo. A vontade não apresenta outra força além da submissão ao regime legal. As partes determinam livremente a quantidade de objetos que querem entregar, a quantidade de dinheiro que querem pagar; são impotentes frente à regulação das condições de entrega e do pagamento. Na designação de seu desejo, elas esgotam seu poder de querer, o legislador se encarrega da realização.

Abstrata e permanente, a norma legal não pode oferecer mais que um tipo uniforme de contrato. É sempre pela mesma via que deverá ser atingido o objetivo a que visam os contratantes. O caminho é traçado e dele não podemos nos afastar. Uma ordem nasce dessa regulamentação, que bem é uma ordem pública, embora de natureza diferente. Não se trata mais de impedir o avanço das convenções privadas porque estas atentariam contra a coisa pública, mas, ao contrário, tratar-se-ia de desenvolvê-las sob a condição de se curvarem à ordem econômica. Um homem não tem mais o direito de se ligar a outro homem pelo jogo complexo das relações jurídicas imaginadas por seus interesses ou por seus caprichos. Ele deve obrigatoriamente se adequar aos termos de um desses contratos julgados como mais propícios a assegurarem à troca o melhor das riquezas e dos serviços. A cláusula ditada pela vontade individual é vista como perturbadora da ordem desejada.

Assim, o contrato perde sua força como criador de obrigações. Certos autores chegarão até a negar que a vontade humana possa criar a relação jurídica. A vontade não possui outra norma que não seja a submissão à norma legal. Temos instituições na vida econômica, assim como as temos na ordem social. Há uma nova parte do direito civil que não se encontra no Código: a regulamentação obrigatória das relações econômicas.

3. Em um primeiro momento, isso nos foi escondido. Ao que parecia, tratava-se apenas de desenvolver os princípios do Código Civil. O consentimento só obriga se dado de maneira livre e consciente. A lesão e a usura são causas de nulidade, pois revelam o abuso da fraqueza. O legislador cumpre seu papel quando socorre os fracos. A liberdade convém apenas aos fortes. O contrato supõe a igualdade na luta; a enfermidade física e intelectual é o vício do consentimento. Há apenas uma presunção de capacidade em benefício daqueles que a lei não declara incapazes. Aquele que se inclinou diante da resolução inflexível da outra parte e se submeteu à sua lei não consentiu em uma obrigação. O contrato de adesão apenas porta a vestimenta contratual.

Pareceu, contudo, impossível ao legislador e ao juiz apreciar as forças respectivas presentes no contrato e compensar o mais fraco através da revisão do documento. Mas, tomando como pretexto a fraqueza presumida de um dos combatentes, o legislador regulou minuciosamente as condições do contrato. Não há melhor exemplo que a regulamentação do contrato de trabalho feita com o objetivo de proteger o

trabalhador. O legislador elaborou lentamente um Código do Trabalho com disposições imperativas. Quando nos habituamos mais tarde à ideia, a lei de 13 de dezembro de 1926 que contém o Código do Trabalho Marítimo declara por uma fórmula geral que todas as disposições são de ordem pública (art. 133).

Sob o mesmo pretexto de proteger contra transportadores que gozavam de um monopólio de exploração os negociantes obrigados a expedir suas mercadorias, a lei de 17 de março de 1907 proibiu cláusulas de irresponsabilidade no contrato de transporte, sem se preocupar com as mudanças sofridas pelas tarifas especiais. Tornava-se, entretanto, mais difícil admitir que se pretendia proteger a fraqueza de um dos contratantes. Tratava-se antes de manter obrigatoriamente a responsabilidade pairando sobre a cabeça de quem guarda as mercadorias, uma vez que este é o meio mais eficaz de conferir segurança ao transporte. O direito marítimo anseia há muito tempo por uma solução semelhante; ele hesita em mudar as condições habituais de fretamento e busca em uma convenção internacional a reforma considerada indispensável ao progresso econômico.

Durante e após a guerra, o movimento se precipita. Não se trata mais de prorrogar, taxar e revisar. O contrato sucumbe aos remédios dos que pretendem salvá-lo adaptando-o às circunstâncias. O legislador vai ao auxílio dos locatários, fazendeiros, comerciantes, compradores. Ele taxa os víveres, fixa o preço dos aluguéis, prolonga os contratos em vigor. Suas intervenções não ousam mais se esconder sob uma fachada de justiça. Agora se trata apenas de interesses materiais. Qualquer contrato que perturbe a economia é condenado.

São considerados perturbadores da economia todos aqueles que desejam retomar os locais alugados, expulsar os comerciantes, aumentar os aluguéis; como aqueles que, não desejando servir-se da moeda nacional, impõem o uso de franco-ouro ou de moedas estrangeiras. O Estado tem seu próprio plano de restauração econômica, o qual as convenções privadas não podem derrubar.

Muitas dessas leis desapareceram ou desaparecerão eventualmente; algumas permanecem – e permanece, sobretudo, a ideia que inspirou essa legislação. A partir de agora, parecerá natural que qualquer lei estabelecendo as regras do contrato seja imperativa. Pela lei de 13 de julho de 1930, quando o contrato de seguro é regulamentado pelo legislador, este estipula em termos gerais que as disposições legais podem ser modificadas por convenção apenas nos casos determinados pelo artigo 2º. De uma só vez, esse contrato passa da liberdade absoluta à regulamentação estrita.

4. Essa regulamentação acarreta alguns encargos. O legislador passa a ser obrigado a buscar as regras do contrato não mais na vontade comum e provável dos interessados, mas nas necessidades gerais da sociedade que pretende dirigir. É necessário que ele conheça o preço médio dos víveres; que calcule as despesas dos proprietários e as exigências da habitação; que preveja diferentes modalidades de transporte e encontre para cada uma – terrestre, marítima ou aérea – o regime de responsabilidade compatível com as despesas da exploração; que estude o mercado de seguros e as imposições que podem ser feitas ao segurador sem que se aumente o valor do prêmio.

Proprietários, comerciantes, agricultores recorrem ao Estado para obter ajuda. Pedem que a venda de grãos e animais, trigo e vinho seja regulamentada; pedem que a propriedade comercial seja protegida e que a venda de títulos ao portador seja proibida. Reivindicam leis para depósitos em banco, contratos de edição, transporte marítimo e aéreo. Quando o comércio se torna muito próspero, os consumidores gritam por socorro; quando o comércio vai mal, os negociantes reivindicam proteção. A liberdade é agora considerada apenas como fonte de desordem. Todos nós reivindicamos ao Estado

a ordem econômica; para manter esta ordem, estamos prontos a oferecer em sacrifício a liberdade contratual.

5. Essa nova concepção da ordem pública não deixa o jurista mais tranquilo. Este não demora a constatar que essa ordem pública se torna uma noção singularmente propícia à mudança. Não se trata mais das necessidades permanentes do Estado, da ordem de uma sociedade estável. É preciso satisfazer às necessidades do momento. Para tanto, o Estado corre o mais rápido possível. A obra do legislador, em termos de contratos de locação, é um exemplo marcante da mobilidade de uma legislação que ameaça a estabilidade do contrato. A obra não pode parar. Uma vez terminada a revisão dos contratos de arrendamento rural e aumentado o valor do arrendamento, uma nova revisão é preparada a fim de diminuir os preços. O legislador não consegue acompanhar o estado do mercado. Aliás, como seria possível que, executando uma tarefa que lhe é totalmente nova, o legislador não cometesse erros? Uma lei, tão logo votada, é seguida pela discussão de outra que a corrigirá ou substituirá. A convenção privada não pode mais permitir as modalidades particulares. É preciso que o legislador tente prever tudo.

Outrora a ordem pública representava o elemento estável da sociedade; o contrato, por sua vez, se apresentava como a satisfação temporária dos interesses. Hoje o contrato é mais estável que a lei – esta destrói voluntariamente aquela estabilidade que lhe parece incompatível com o movimento econômico.

Ao mesmo tempo, essa lei toma emprestado ao contrato o caráter de realização concreta. A convenção privada ajustava por meio de suas modalidades os interesses particulares. Se ela não puder mais fazer esse ajuste, é preciso que o legislador tente prever tudo. Os publicistas haviam definido a lei no sentido material como a regra abstrata e permanente. A lei moderna se torna um regulamento detalhado e temporário. Ela adota medidas circunstanciais e, como consequência, fez com que o legislador, um dia, cometesse o deslize de qualificar como definitiva uma lei sobre os aluguéis. Na verdade, ela não é mais definitiva que as outras.

6. Aliás, no mais das vezes, é impossível conferir a essas leis, que frequentemente são implantadas com o objetivo de fazer vigorar certa ordem econômica, um alcance de aplicação geral. Embora o Estado possa muito bem tentar criar em seu interior um tipo de ordem, seus poderes são limitados por suas fronteiras; ele não pode viver em um regime de economia fechada. É por essa razão que ele tolera no comércio internacional aquilo que proíbe no comércio interno. Contratos similares regidos da mesma maneira pela lei francesa são válidos ou nulos segundo o âmbito – nacional ou internacional – em que se estabelece a troca de riquezas. A Corte de Cassação, ao anular cláusulas através das quais os contratantes buscam se proteger da depreciação monetária, foi obrigada a validá-las nas ocasiões em que o contrato participava das operações do comércio internacional. A lei de 17 de março de 1905 se aplica aos transportes ferroviários nacionais, mas não àqueles regidos pela Convenção de Berna. O transportador marítimo, até o momento, tinha conseguido escapar à regra severa que impõe completa responsabilidade ao transportador terrestre porque ele mantém relações comerciais com o exterior. O transportador aéreo obteve um regime de favor, já que sua exploração se dá em nível internacional.

O nacionalismo econômico provoca um nacionalismo jurídico. As leis modernas assimilavam o estrangeiro ao nacional no que concernia à proteção dos interesses privados. Vemos reaparecerem na legislação contemporânea diferenças injustificáveis; o proprietário francês e o locatário estrangeiro, o proprietário estrangeiro e o locatário francês não encontram os mesmos direitos no contrato de locação de imóveis. E, além disso, como temos acordos internacionais que garantem uma reciprocidade de tratamento, o juiz civil se debate contra dificuldades inextricáveis quando se torna

necessário que ele reconheça ou elimine um direito de acordo com a nacionalidade do contratante.

7. Melhor ainda, criam-se diferenças de tratamento entre os nacionais de acordo com sua classe; assim, o princípio de igualdade perante a lei desaparece frente à diversidade dos interesses a serem protegidos. Uma vez que a lei propõe a proteção dos interesses materiais, ela não é capaz de, ao mesmo tempo, proteger os interesses de todos. Os representantes do povo que votam a lei, quando convidados a fazer vigorar a ordem econômica, não podem se impedir de pensar nos benefícios que a maioria de seus eleitores espera da ordem que impõem. A lei não é feita para os franceses nem para os habitantes do território francês; ela é feita para o enólogo ou para o vendedor de vinhos, para o pequeno industrial ou para o operário que trabalha em casa, para o dono do imóvel ou para o locatário comerciante. Ainda assim, é preciso fazer uma distinção na totalidade. Existe o grande proprietário e o pequeno que não é obrigado a pagar imposto sobre a renda e cuja perda é indenizada pelo Estado; existem também os grandes e os pequenos locatários divididos em grupos; existem as pessoas idosas e os enfermos, o trabalhador, cujo salário é em parte impenhorável, e o marinheiro, que não precisa usar seus ganhos para pagar suas dívidas, o mutilado de guerra, que tem direito a empregos reservados, o veterano, que para alugar um imóvel não se submete às mesmas condições que os demais, a menos que o locador seja ele próprio um veterano de guerra, nesse caso, os favores legais se neutralizam!

Nessa busca de interesses diversos que não pode conhecer, o legislador se torna escravo das corporações reconstituídas, das associações que começam a se multiplicar. Cada um reivindica um favor para seus membros. A Federação dos Comerciantes impõe a lei sobre a propriedade comercial, a Federação dos Enólogos regulamenta o comércio dos vinhos; a União dos Proprietários protesta contra as leis sobre os aluguéis, embora a Federação dos Locatários imponha sua manutenção; os sindicatos de operários elaboram o Código do Trabalho e são bem-sucedidos ao estabelecer que a convenção coletiva se torne a lei da profissão.

8. Nos tratados clássicos de direito civil, encontramos, de maneira geral, uma curta enumeração das leis que interessam à ordem pública. Como poderíamos empreender atualmente uma tal revisão? As leis destinadas a impor o respeito à ordem econômica são numerosas. Mas a atual ordem pública tem o mesmo valor que a antiga? Esta é uma questão que deve ser examinada pelo jurista e cuja solução é incerta.

A convenção que infringe a ordem pública é nula; admite-se que essa nulidade seja absoluta porque deve estar à disposição de cada uma das partes e escapar a uma confirmação do ato. Podemos tratar com tanta severidade a convenção contrária à ordem econômica? Não se trata mais do erro de ter contratado, uma vez que o contrato era desejável em si; mas sim do erro de pretender modificar suas condições.

A partir desse momento, é inútil anular o contrato; basta apagar as cláusulas contrárias à lei. Talvez as partes não teriam contratado e se ateriam, acima de tudo, à estipulação proibida. Parece duvidoso, contudo, que a invalidação da cláusula leve à nulidade de todo o contrato.

De qualquer forma, parece difícil declarar igualmente nula a ação para as duas partes. Tal contrato só fere a ordem pública quando não está em conformidade com a ordem econômica. Mas, antes de tudo, trata-se de defender os interesses materiais. Se a parte mais propensa a reclamar está satisfeita com o contrato, por que a outra parte teria o direito de anulá-lo? A anulação corresponde aqui à anulação de proteção e também em matéria de incapacidade. Por exemplo, o segurado poderia requerer a anulação do contrato de seguro que viola as obrigações legais impostas ao segurador, embora este não possa se desassociar de tal contrato.

Podemos até nos perguntar se a expressão “anulação de contrato” é adequada aqui. Trata-se, na verdade, de uma aplicação das normas legais logo que o contrato é concluído. Quaisquer estipulações convencionais tornam-se inúteis na presença dessa aplicação. A lei não se contenta em indicar o que não deve ser feito; ela indica antes o que se deve fazer. As cláusulas do contrato são implícitas e o contrato é executado. Seria necessário pensar na regra do artigo 900. A ideia é, aliás, a mesma: desencorajar a infração à lei, tornando-a inútil.

9. Frequentemente, na contemporaneidade, fala-se de uma decadência do contrato; entretanto, nunca se concluíram tantos contratos a partir de interesses tão consideráveis. Não existe a decadência do contrato, pois o Estado moderno não ousa se colocar como produtor e distribuidor de riquezas; e os exemplos recentes, com efeito, nos desencorajam a desejar esse papel. Existe, contudo, uma substituição do legislador pelas partes para regular as obrigações contratuais. Passamos do tipo flexível ao tipo semirrígido.

Para limitar a força contratual, conhecemos apenas o modo brutal da anulação. O legislador se vê na situação de quebrar o contrato ou sofrer suas consequências. Ou a convenção é lei segundo o artigo 1134 ou não é nada segundo o artigo 6º. Esse tudo ou nada não é satisfatório para a ordem econômica. Seria preciso tornar o contrato pético, estreitar ou alargar o vínculo conforme as circunstâncias, adaptá-lo aos eventos imprevistos e fazê-lo servir à ordem econômica.

A parte mais difícil não envolve encontrar o meio técnico; com efeito, na teoria da imprevisão, imaginamos diversos meios. Mas, a fim de propô-los com absoluta segurança, seria preciso estar convencido de que a flexibilização do contrato não causará uma desordem pior que sua fixidez e, além disso, de que o Estado, sob a forma presente, pode estabelecer com absoluta certeza as leis de ordem econômica.

**RÉSUMÉ** : Etant le Chapitre II du Titre III (“Le contrat) du livre *Recueil d’études sur les sources du droit, en l’honneur de François Géný : les sources générales des systèmes juridiques actuels*, publié en 1934, cet article, signé par Georges Ripert (1880-1958), apparaît maintenant par la première fois en portugais brésilien. Réputé comme un classique de la littérature juridique, cet article possède de l’intérêt historique et, tout à la fois, est surprenant grâce à son actualité. Si, d’un côté, il remet à quelques instruments qui ne sont plus en vigueur chez l’ordonnement français, la logique des nombreuses relations contractuelles qu’il décrit fournit des bases pour refléter et comparer avec la réalité brésilienne d’aujourd’hui.

**Mots-clés**: droit des contrats; le code civil français; la liberté contractuelle économique.

Data de publicação inicial: 1934

Data de aprovação da tradução: 11-01-2017

Data de publicação: 17-03-2017