

A TEORIA CONTRATUAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Luís Fernando Belém Peres

Sumário

1. Introdução. 2. O Estado Liberal de Direito e a teoria dos contratos. 2.1. A teoria do negócio jurídico. 2.2. O contrato. 3. O Estado Social e os contratos. 4. A transição ao Estado Democrático de Direito. 4.1. Os contratos e as teorias dialógicas sobre a autonomia. 5. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da autonomia da vontade, uma espécie de pilar filosófico sobre o qual se construiu o direito civil moderno, tem suas origens diretamente ligadas à filosofia liberal dos séculos XVIII e XIX. Sendo assim, pode-se considerar como teoria paradigmática na matéria contratual a filosofia prática de Kant, liberal por excelência, fundada na liberdade e na autonomia da vontade, que influenciou decisivamente toda a teoria jurídica da época. Tais princípios estão presentes na dogmática e no cerne de toda a teoria contratual. Sobrevém o dirigismo contratual para amenizar os impactos negativos do sistema, não com uma nova proposta, mas sim como um “remendo” da teoria antiga. Isso ocorre porque, mesmo com a moderna intenção do pós-guerra de diminuir as desigual-

dades materiais, o próprio conceito de autonomia da vontade nunca foi revisto, ficando o dirigismo contratual baseado em conceitos liberais de esfera pública e de esfera privada. Com limitações desse gênero, fica impedida a autonomia de atingir bons resultados, podendo mesmo cair em frustração.

Esses problemas se tornam mais graves no mundo atual. Na nova ordem social, que se esboça a partir do século XX, tendo em vista,

“a concepção de um progresso gradual de autonomização do ser humano, faz-se indispensável o repensamento das relações tradicionais das esferas jurídica e política. Antes, porém, deve-se entender o significado da referência a uma nova ordem social. Sabe-se que, no nível internacional, com reflexos sobre o País, os aumentos constantes de produtividade, determinados pelos avanços da microeletrônica, têm ocasionado mudanças radicais na vida em sociedade. O que se assiste hoje nos países mais desenvolvidos é a crescente liberação da mão-de-obra, decorrente da perda da capacidade cada vez maior das economias de absorver a força de trabalho disponível. No mundo menos desenvolvido o mesmo ocorre por motivos diversos, quase sempre relacionados com sua incapacidade de combinar desenvolvimento econômico com desenvolvimento social” (Gustin, 1999: 218).

Nesse estágio, as teorias contratuais baseadas em um pano de fundo liberal ficam paradoxalmente condenadas ao fracasso social, além de contradizerem a própria função econômico-social dos contratos, baseada em preceitos constitucionais. As deficiências ficam evidentes em várias situações que vêm se tornando corriqueiras. É o caso de alguns contratos de trabalho, que estatisticamente apresentam taxas de desemprego por volta de 18%, o que leva inevitavelmente à exploração excessiva dos trabalhadores em geral, principalmente daqueles com pequena qualificação profissional. Tão grande é a reserva de mão-de-obra que os salários oferecidos no mercado são inevitavelmente reduzidos. Isto conduz não só à miséria do trabalhador, mas também a uma concentração

de renda com precedentes apenas no século XIX, época em que as teorias ligadas ao liberalismo clássico estavam no auge de sua vigência.

A perplexidade atual com essas novas situações traz à tona vários debates, como o que está acontecendo em torno da desregulamentação ou não das relações de trabalho. Nessa nova ordem social várias outras perplexidades relacionadas a situações que envolvem contratos podem ser deduzidas. Como enfatiza Caio Mário da Silva Pereira, “o mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização do nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social.” (1990: 18).

2 O ESTADO LIBERAL DE DIREITO E A TEORIA DOS CONTRATOS

J. Silva caracteriza o Estado Liberal de Direito da seguinte forma:

“Na origem, como é sabido, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: **a)** submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do poder legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo cidadão; **b)** divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; **c)** enunciado e garantia dos direitos individuais” (1998: 116-117).

O Estado Liberal consagrou-se por ter como objetivo primordial a realização de um ser que não fosse constrangido por qualquer fronteira social. Os seus fins seriam seu único critério de ação. Nesse contexto, o Estado se retira de

qualquer intervenção direta e passa a somente garantir, dentre outros direitos fundamentais, a liberdade individual para que os homens ficassem o mais à vontade possível para desenvolver suas vocações e qualidades. Sendo assim, além de se realizar com mais eficácia o princípio de justiça de dar a cada um o que é seu, os homens de “grande potencial” ficariam livres para desenvolver suas qualidades e se diferenciar dos demais.

O foco das políticas públicas, como a de não-intervenção no domínio econômico, estava sempre no indivíduo, na possibilidade de que ele se desenvolvesse como tal. O principal resultado econômico e social do implemento dessas idéias foi a concentração de renda como jamais vista, com a massa da população dos grandes centros industriais da época vivendo condições deploráveis. O contexto dessa época caracterizou-se como o maior período já visto de exploração do homem pelo homem (os exemplos trazidos da aplicação dos princípios liberais na economia, por serem mais concretos, são bastante eficientes para se retratar a época). Isso ocorreu porque, ao se deslocarem todos os olhares apenas para o indivíduo, todos os questionamentos se conduziram na direção de como realizar as suas diferenças.

Quadros de Magalhães caracteriza essa situação de forma clara:

“Um segundo marco importante para a afirmação do Estado constitucional serão as revoluções burguesas do século XVIII, na América do Norte, em 1776, e na França, em 1789. Na França revolucionária onde foram declarados os direitos dos homens e dos cidadãos, marcando a passagem para um modelo de Estado liberal constitucional, em que o poder é limitado e os direitos individuais e políticos são declarados nas Constituições e respeitados por todos, o que não ocorreu nesse tipo de Estado em nenhum momento. Na prática esses direitos fundamentais constitucionais não são direitos humanos, mas sim direitos de privilégio ou de superioridade. Os que têm capacidade para conquistá-los terão esses direitos garantidos pelo Estado e contra o Estado. Os que não tiverem a capacidade de conquistá-los serão abandonados à sua própria sorte. Essa realidade

espelha o darwinismo social que, numa adaptação da teoria de Darwin, afirma que os melhores serão selecionados por esse modelo socioeconômico livre que permitirá que os mais capacitados continuem a construir naturalmente uma sociedade melhor.” (1998: 32)

O contexto dos séculos XVIII e XIX foi, no entanto, paradoxalmente, marcado pelas primeiras tentativas de estabelecimento dos direitos fundamentais do homem. Esses direitos, tal como colocados nas primeiras Constituições, eram apenas formais. Tome-se como exemplo o direito à liberdade. Os trabalhadores das fábricas européias do século XIX trabalhavam até dezesseis horas por dia e recebiam salários bastante reduzidos. Além disso, o Estado não garantia sequer educação a essas pessoas. Entretanto elas eram, pelas Constituições, formalmente e abstratamente livres. Mas, materialmente, não eram detentoras de liberdade alguma. Obviamente, a sociedade ganhou um dinamismo, uma mobilidade interna jamais vista até então, já que agora os indivíduos estavam “soltos no mundo”, prontos para desenvolver suas qualidades sem respeito, ao menos em teoria, a qualquer tipo de fronteira imposta pela sua história pessoal ou de seu grupo social, que antes o vinculariam à tradição da tribo ou à profissão do pai.

Segundo Carvalho Neto, o que ocorre é

“um processo de redução, em que o direito deixa de ser a coisa devida transcendentemente assentada na rígida e imutável hierarquia social da sociedade de castas, para se transformar no Direito, ou seja, em um ordenamento constitucional e legal que impõe, a toda uma afluyente sociedade de classes, a observância daquelas idéias abstratas tomadas como Direito Natural pelo jusracionalismo. Idéias abstratas tais como a da liberdade individual de se fazer tudo aquilo que as leis não proibam (Locke/Montesquieu) ou da liberdade de ter dos modernos em oposição ‘a liberdade de ser dos antigos (Hegel/ Benjamim Constant); tais como a da

igualdade de todos que, conquanto muito diferentes em outros aspectos, são iguais diante da lei.” (1996: 9)

No contexto da filosofia da ciência, o direito se serviu do movimento mais influente da época – o positivismo científico – como forma de realizar no campo da técnica jurídica os direitos fundamentais deduzidos racionalmente como verdades imutáveis. Assim como as deduções matemáticas, desdobramentos lógicos de um raciocínio perfeito, dados da própria razão, os direitos por isso naturais agora estavam estatuídos nas recém-elaboradas Constituições Liberais. Estes direitos naturais foram descendentes diretos do jusracionalismo moderno, no qual os jusnaturalistas se utilizaram de sistemas lógico-matemáticos, como nas ciências naturais, para chegar às verdades incontestáveis ditas acima, ou seja, aos próprios direitos naturais, princípios que direcionariam não só todo ordenamento jurídico positivo, por meio das Constituições escritas, como toda atuação ou não-atuação do Estado.

O positivismo científico e suas influências no campo do Direito podem ser caracterizados, de forma resumida, pelos seguintes princípios:

- o positivismo científico está diretamente vinculado ao formalismo científico;
- os termos jurídicos não são mais apenas pedagógicos, mas são, na verdade, a realidade em si;
- a justeza lógica, do ponto de vista conceitual e sistemático de uma frase, fundamenta também sua correição material, ou seja, sua eficácia;
- o positivismo científico deduz o direito exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios geralmente reconhecidos de sua ciência;
- o sistema do positivismo científico é um sistema fechado.
- o juiz passa a ser apenas o aplicador de um direito que já está pronto para ir de encontro ao fato, pois foi fruto da aplicação de rigorosos princípios científicos em sua elaboração;
- as grandes codificações são fruto da união entre a crença no absolutismo da razão e a crença na racionalidade da vontade.

As inter-relações entre o positivismo jurídico, a teoria do direito, e o ambiente sociopolítico do século XIX, apesar de aparentemente escassas, foram, em verdade, de grande importância.

Segundo Wieacker,

“apesar das concepções conservadoras da vida da maior parte dos seus fundadores, o positivismo científico encontra-se numa sintonia inconsciente com as exigências políticas e econômicas da época liberal. Os conceitos fundamentais da autonomia privada, do direito subjetivo, da propriedade e a exigência recolhida da teoria do direito de Kant vinham mais diretamente do que os próprios positivistas pensaram, ao encontro dos interesses particulares das classes empresariais. (1998: 505)

[...]

A imagem do direito dos códigos civis é a seguinte: uma sociedade unitária e igualitária, subordinada aos princípios da liberdade de propriedade e da liberdade contratual; na sociedade real do século XIX isto constituía, essencialmente, a ordem jurídica particular dos pioneiros da nova sociedade do lucro surgida com a revolução industrial. Por isso, o direito dos outros grupos sociais deveria ser excluído da codificação”. (1998: 561)

Passou, então, a ser empregado um elevado índice de abstração na elaboração dos institutos jurídicos. Os códigos civis, verdadeiros monumentos da moderna ciência do direito, foram dotados de impressionante perfeição técnica, bem como de coerência, de unidade e de sofisticados termos elaborados por não complexos raciocínios. As vinculações desses institutos com a prática social desse momento histórico foram bastante estreitas. Nesse contexto, na Alemanha do século XIX, nasceu a elaborada teoria do negócio jurídico, base para o moderno conceito de contrato, que agora passaremos a analisar.

2.1 A teoria do negócio jurídico

Di Pietro expõe o conceito de negócio jurídico de forma clara:

“No direito privado, formulou-se a teoria dos negócios jurídicos, a partir do princípio da autonomia da vontade; no negócio jurídico, a vontade do sujeito adquire maior relevância no que diz respeito aos efeitos do ato, pois se reconhece às partes autonomia da vontade para estabelecer os resultados do ato; os efeitos jurídicos são aqueles pretendidos e estipulados livremente pelas partes.

[...]

A grande importância do negócio jurídico está no fato de que, por meio dele, o homem forma, ele próprio, suas relações jurídicas dentro dos limites traçados pelo ordenamento jurídico. Nos outros atos volitivos que não constituem negócios jurídicos, podem resultar consequências que nem sempre correspondem ao intento das partes, como ocorre no pagamento indevido.” (2000: 206)

Segundo Wiacker, a influência de Kant na teoria do negócio jurídico é fortíssima:

“No entanto, como já por volta de 1800 os pensadores mais fecundos – à frente dos quais estão Hugo, Feuerbach e Savigny – duma ou doutra forma eram partidários de Kant, a questão da justiça do direito positivo passou daí em diante a fundar-se na ética kantiana da autonomia moral da pessoa e da sua vontade ética e na concepção kantiana da ordem jurídica como forma de tornar possível a maior liberdade compatível com a liberdade dos outros sujeitos de direitos. Continuou ainda a ser possível, com base na autonomia ética de Kant, uma ética jurídica autônoma de caráter trans-histórico, tal como dominou o conjunto da primeira pandectística no conceito de pessoa jurídica, de direito subjetivo, de autonomia da vontade negocial e da existência autônoma do direito como meio da realização

ética em Savigny e Puchta. Assim, para Savigny, o direito constitui uma fronteira dentro da qual a existência e a ação de cada particular obtêm um espaço seguro e livre e a regra pela qual esta fronteira e este espaço livre são definidos. Savigny chega assim a uma relação entre direito e moral que fundamenta eticamente a própria autonomia do direito; o direito serviria na verdade a moral; porém, não enquanto dava realização aos seus comandos, mas enquanto assegurava a cada um o desdobramento das suas energias internas. Daqui decorre que o direito domine ilimitadamente na sua esfera e não tenha que cumprir outra missão que não a da consagração ética da natureza humana.” (1998: 402-403)

Nesse contexto, o direito positivo é elaborado abstratamente como garantidor da convivência das liberdades, definidor do espaço em que os indivíduos se desenvolverão eticamente e economicamente sem invadir o espaço do outro. Segundo Bobbio, na obra de Kant:

“O direito é o conjunto das condições, por meio do qual o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de um outro segundo uma lei universal da liberdade. (1998:70)

[...]

Uma ação é justa, quando, por meio dela, ou segundo a sua máxima, a liberdade do arbítrio de um pode continuar com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal. (1998:72)

[...]

A felicidade é um fim que deve prescindir totalmente da constituição do Estado, porque o que pode estabelecer a vontade comum é pura e simplesmente o fato de que a minha liberdade pode coexistir com a dos outros, e não que cada um seja feliz. Cada indivíduo é o único árbitro da própria felicidade: o Estado não pode obrigar os indivíduos a ser felizes segundo as suas diretrizes, porque a felicidade é coisa individual, que depende da faculdade de desejar de cada um; mas deve simplesmente atuar de maneira que o indivíduo possa realizar a própria felicidade como achar

melhor, sem impedimentos externos e no âmbito da liberdade pessoal.” (1988: 123)

Pelo exposto acima, nota-se a clara influência de Kant na teoria do negócio jurídico. Neste ponto é bom lembrar que, segundo Bobbio,

“Direito Público e Direito Privado correspondem, no pensamento de Kant, a uma distinção de *status*: o primeiro é próprio do estado de natureza, no qual as relações jurídicas atuam entre indivíduos isolados, independentemente de uma autoridade superior; o segundo é próprio do estado civil, no qual as relações jurídicas são reguladas – tanto com respeito a relações entre indivíduos, quanto com respeito a relações entre o Estado e os indivíduos – por uma autoridade superior aos simples indivíduos, que é a autoridade do Estado”. (1988: 102-105)

Ora, o negócio jurídico é justamente a consagração desse gênero de pensamento em que o Estado, por meio do direito positivo, estabelece um espaço definido dentro do ordenamento jurídico, no qual os indivíduos poderão exercer sua liberdade sem ofender a liberdade alheia. O negócio jurídico é um instituto meramente formal, no qual o conteúdo das relações jurídicas decorrentes de sua existência advém da vontade e não da lei; é o espaço concedido pelo direito para a realização da autonomia da vontade, ou, na definição liberal, é o espaço para auto-regulação que é tornada possível por uma não-intervenção do Estado no domínio individual. Este instituto é, portanto, a forma como o Estado regula a sua não intervenção em determinada esfera jurídica. O instituto é, simbolicamente, apenas uma cerca dentro da qual é o indivíduo quem define o conteúdo. Cabe ao Estado apenas definir o “local das cercas”, de forma que haja espaço para que cada um exerça a sua liberdade.

2.2 O contrato

Segundo Orlando Gomes (1997), o contrato é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral de cunho patrimonial. Resume-se como um acordo de vontades de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma

relação jurídica de natureza patrimonial. Segundo o autor, a moderna concepção de contrato como acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem se esclarece à luz da ideologia individualista, dominante na época de sua cristalização e do processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção. Esse direito contratual repousa em quatro princípios: o da autonomia da vontade, o do consensualismo, o da força obrigatória, e o da boa-fé. O princípio da autonomia da vontade particulariza-se no direito contratual por meio da liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. Esse conceito de liberdade de contratar abrange os poderes de auto-regência de interesses e de livre discussão das condições contratuais. Entretanto, a liberdade de contratar jamais foi ilimitada. Duas limitações de caráter geral sempre a confinaram: a ordem pública e os bons costumes.

A construção teórica apresentada é a seguinte: os indivíduos, após discutir as condições contratuais, estabeleceriam, pelo consenso, as normas que iriam reger a relação jurídica criada. Obviamente a prática quase nunca correspondeu a essa situação abstrata. O Liberalismo concebeu indivíduos formalmente iguais como homens, ou iguais perante a lei, e criou institutos para estes homens usufruírem. Os resultados não foram muito bem sucedidos, pois, sendo os homens materialmente muito diferentes, deveria o Direito tomar conhecimento dessa realidade para que tivesse real efetividade. Não há autonomia da vontade e, portanto, efetivamente não há consenso.

Entretanto, o contrato é um dos mais importantes institutos jurídicos criados, uma vez que permite segurança e agilidade à vida econômica.

“O valor decisivo do contrato está, portanto, em ser o instrumento jurídico que possibilita e regulamenta o movimento de riquezas dentro da sociedade. [...] É o negócio jurídico por excelência, onde o consenso de vontades dirige-se para um determinado fim.” (1992: 16)

Assim como no negócio jurídico, já que o contrato é um conceito dele extraído, seu tratamento jurídico resume-se na criação de um espaço para o

exercício da autonomia da vontade, só que agora apenas no que diz respeito às relações de cunho patrimonial:

“Na concepção clássica, portanto, as regras contratuais deveriam compor um quadro de normas supletivas, meramente interpretativas, para permitir e assegurar a plena autonomia da vontade dos indivíduos, assim como a liberdade contratual. Esta concepção voluntarista e liberal influenciará as grandes codificações do direito e repercutirá no pensamento jurídico do Brasil, sendo aceita e positivada pelo Código Civil brasileiro de 1917.” (1992:17)

O contrato, tal como classicamente idealizado, legitimou situações de forte injustiça por basear-se num conceito de autonomia da vontade que não tinha correspondente na realidade. Na prática, o Direito, baseado numa segurança jurídica, apenas legitimava os abusos, principalmente a exploração econômica de um indivíduo pelo outro. As injustiças no momento da contratação que já aconteciam em decorrência das desigualdades sociais eram também, em virtude do princípio da obrigatoriedade dos contratos, imutáveis em decorrência do princípio do *pacta sunt servanda*. Segundo Orlando Gomes,

“o desequilíbrio tornou-se patente, principalmente no contrato de trabalho, gerando insatisfação e provocando tratamento legal completamente diferente, o qual leva em consideração a desigualdade das partes. A interferência do Estado na vida econômica implicou, por sua vez, a limitação legal da liberdade de contratar e o encolhimento da esfera de autonomia privada, passando a sofrer crescentes cortes, sobre todas, a liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual. A crescente complexidade da vida social exigiu, para ambos os setores, nova técnica de contratação, simplificando-se o processo de formação, como sucedeu visivelmente nos contratos em massa, e se acentuando o fenômeno da despersonalização.” (1997: 7)

Constituíam problema a falta de controle por parte do Estado na vida dos contratos. Vigorava, obviamente, uma excessiva confiança na vontade individual.

“O contrato evoluirá, então, de espaço reservado e protegido pelo direito para a livre e soberana manifestação da vontade das partes, para ser um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes, mais equitativas.” (1992:16)

3 O ESTADO SOCIAL E OS CONTRATOS

Novas concepções contratuais floresceram juntamente com os movimentos sociais que serviram de reação ao liberalismo clássico. Admitiam-se, a partir de então, várias interferências estatais na vida dos contratos. Para o Direito, a esfera pública, a partir daquele momento, passou a ter importância igual à da esfera privada. O fim do contrato já não é a realização da vontade individual, mas sim a realização de um interesse público, econômico, que o contrato representa como ágil mecanismo de movimentação de riquezas.

“O acontecimento mais importante quanto a aspectos fundamentais foi talvez o regresso da jurisprudência ao princípio da equivalência material. O positivismo, desprezando a antiga tradição – que vinha da ética social de Aristóteles, passando pela escolástica, até ao jusracionalismo, tinha deixado de atribuir qualquer influência à equivalência material das prestações nos contratos bilaterais. A tentativa de Windscheid de preparar a sua reintrodução, do seu ponto de vista sob a veste – adequada à teoria da vontade – da condição não expressa, foi expressamente recusada pelos redatores do BGB. Nesta decisão de fundo influíram conjuntamente a ética da liberdade e da responsabilidade de Kant e Savigny, que já não atribuía à função social do contrato uma influência direta sobre a existência autônoma do direito, a recusa do liberalismo em relação a uma relativização das obrigações assumidas pelas alterações de valor verificadas

no mercado e a expectativa, própria dos fins do século XIX, da previsibilidade da evolução da economia.” (1998:599).

Segundo Carvalho Neto,

“a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de fazer tudo que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não apenas formal, mas tendencialmente material” (1996: 138-139)

Perde-se, portanto, boa parte da preocupação com a justeza conceptual dos diplomas jurídicos. Segundo Wieacker,

“um recuo em relação ao carácter vinculativo do texto legal do BGB significa, ao mesmo tempo, um recuo em relação ao sistema interno, aos conceitos jurídicos e às conexões constrictivas que outrora tinham sido base corrente no direito civil. Toda a ruptura direta da jurisprudência em direção à função social é necessariamente paga com a destruição do sistema, com a reformulação dos conceitos, com o abuso ou abandono construtivos. Hoje, na verdade, a prática jurídica sente, com todo o direito, como sua tarefa mais importante, não a solução sistemática ou conceitualmente justificada ou elegantemente constituída, mas a decisão do caso concreto de acordo com a razão jurídica nos quadros de uma determinada ordem jurídica”.(1998: 627).

Vence-se, assim, a era dos grandes códigos, verdadeiros monumentos de uma epistemologia jurídica já ultrapassada. Um código agora deveria internalizar concepções políticas e ideológicas que melhorassem a vida da população. Ou então, deveria se deixar de produzir novos códigos, nos moldes dos grandes

diplomas legais elaborados a partir do século XIX, em benefício de uma legislação extravagante que reformasse o regime dos já existentes, inserindo no mundo jurídico os princípios desse novo paradigma de Estado, como a proteção do lado mais fraco economicamente no regime dos contratos.

“Como resultado desta mudança de estilo de pensamento, as leis passam a ser mais concretas, mais funcionais e menos conceituais. E o novo ideal de concretude das leis, que para alcançar a solução dos novos problemas propostos pela nova realidade social, opta por soluções abertas, as quais deixam larga margem de ação ao juiz e à doutrina, usando freqüentemente noções-chaves, valores básicos, princípios como os de boa-fé, equidade, equilíbrio, equivalência de prestações e outros. São topoi da argumentação jurídica, fórmulas variáveis no tempo e no espaço, de inegável força para alcançar a solução justa do caso concreto.” (1992: 54)

A partir do Estado Social, perdeu-se boa parte da preocupação com a justeza conceptual em benefício de leis que procuravam um efeito mais imediato sobre a sociedade. Os códigos foram, então, mutilados por várias leis ordinárias que tinham o claro objetivo de inserir no regime do direito civil preocupações sociais e, mesmo, um planejamento social de equilíbrio e igualdade material entre os cidadãos. O Estado passa, então, a se orientar por um planejamento técnico e burocrático minucioso. O contrato, por exemplo, não é mais apenas o espaço para a realização da autonomia da vontade no campo econômico. Ele é visto, agora, como um instituto de cunho social que é a ferramenta para a circulação de bens na sociedade e, conseqüentemente, um instituto econômico com uma função social a ser desenvolvida. Desenvolvimento econômico, nesse contexto, caminha junto com distribuição de riquezas e desenvolvimento social. O Estado passa a ter área de atuação abrangente e planeja suas ações no sentido político de promover a concretização dos direitos fundamentais.

Segundo Wieacker,

“na limitação do conteúdo dos direitos subjetivos dos indivíduos manifesta-se o núcleo do princípio do estado social: a responsabilização não apenas da sociedade, mas também do próprio indivíduo pela existência

social e pelo bem-estar dos outros. Na legislação do moderno direito privado, esta responsabilização encontra a sua expressão mais drástica na proteção do inquilino, na legislação sobre revisão das cláusulas contratuais por via judicial, no recente direito sobre a intervenção dos vizinhos e nos projetos de reforma do direito sobre a responsabilidade por danos.” (1998: 624)

Surge então o dirigismo contratual, que se caracteriza justamente por ser a intervenção administrativa e o controle legislativo do Estado sobre o regime dos contratos, antes restrito aos códigos civis. Chegou-se a falar inclusive, devido ao dirigismo contratual, que os contratos haviam chegado ao fim. Vilella traduz este questionamento da seguinte forma:

“Terá esta política legislativa e judiciária, sob cujo regime vivemos hoje tão intensamente, comprometido a existência do contrato concebido como livre manifestação da vontade? Para muitos, o dirigismo contratual, se não liquidou por completo com o contrato, retirou-lhe parte da substância.” (1969: 29)

Os defensores de que o contrato havia chegado ao fim basearam-se na crença de que o cerne dos contratos seria, justamente, o exercício da autonomia da vontade e que este exercício estaria impossibilitado pelo dirigismo contratual. Chegaram a tal conclusão porque, quem a formulou, ainda estava sob as influências das concepções liberais de autonomia e liberdade. Viram uma relação dialética em que Estado e indivíduos se contrapõem. Sendo assim, onde o Estado interveio, o indivíduo perderia espaço para exercer a autonomia da vontade e, conseqüentemente, a liberdade.

Antes de passarmos à análise dos contratos no Estado Democrático de Direito, é interessante reproduzir a seguinte reflexão sobre a questão do público e do privado nos contratos:

“Desde há algum tempo, é freqüente ouvir-se designar a evolução mais saliente que se processa no direito civil como sendo a sua publicização. Embora não se possa negar a ocorrência de uma constante absorção pelo

Estado do campo antes deixado à autodeterminação das partes, a verdade é que esta fórmula, além de infeliz, só apanha um aspecto do fenômeno, que, por sinal, não é o mais relevante. Infeliz porque a imperatividade ou a dispositividade não são critérios seguros para extremar ramos da Ciência Jurídica, sendo ainda de se notar a falácia de uma oposição rígida entre o público e o privado. Em lição muito clara e aqui bem a propósito, ensinou Valle Ferreira que ‘hoje em dia, quase ninguém admite uma fronteira tão nítida entre os dois campos; antes, o que se ensina é que o direito visa a um objetivo único, qual o de disciplinar a colaboração humana. É que o sentido profundo das transformações por que passa o direito privado reside no seu progressivo dimensionamento social, que se traduz por melhor incorporação da pessoa humana na sua sistemática, pela substituição das idéias de concorrência e competição por aquelas mais humanas de colaboração e boa vontade, tornando-se, enfim, mais dúctil e funcional’. Ora, público não é sinônimo de social, nem privado é sinônimo de individual. A publicização de um ramo do Direito não importa, assim, necessariamente, na sua melhor adequação aos valores sociais e humanos. Pode até exprimir uma direção inversa. Por isto é que se disse que a apregoada publicização não surpreende a evolução no que ela tem de mais importante.” (1969:32-33)

As reflexões acerca do público e do privado que envolvem o Direito Contratual serão objeto de maior detalhamento a seguir.

4 A TRANSIÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição Federal de 1988 adotou expressamente o princípio do Estado Democrático de Direito. Sendo assim, como princípio constitucional, condiciona não apenas a interpretação do texto da Carta Magna, mas sim de toda a ordem jurídica. São os princípios que dão as características de determi-

nados sistemas jurídicos. Sem eles, as normas se tornam apenas um amontoado de disposições sem identidade sistêmica. No caso do Brasil, como o citado princípio está no texto constitucional, deve ele condicionar a interpretação de toda a legislação infraconstitucional recepcionada em 1988, bem como de todas as leis posteriormente elaboradas. Aí se incluem o Código Civil e todas as demais leis ordinárias, dentre as quais o Código de Defesa do Consumidor. Essa questão influencia diretamente o regime jurídico dos contratos, uma vez que o princípio da autonomia da vontade, pilar filosófico de toda teoria contratual, é baseado em princípios claramente liberais. O liberalismo puro entra em confronto com os princípios constitucionais atuais. O direito positivo, ao ser recepcionado em um novo regime constitucional, deve ser a ele plenamente adequado.

Com relação à comparação entre o paradigma constitucional atual e os anteriores, Baracho Júnior expõe o seguinte:

“O paradigma liberal foi superado em razão de sua incapacidade de ver o caráter público da própria dimensão privada, pela redução que empreende do privado à esfera do egoísmo, da propriedade privada absoluta, e, conseqüentemente, por fazer do âmbito formal um fim em si mesmo, uma proteção velada do *status quo* burguês, uma mera defesa da propriedade privada e dos interesses dos grandes capitalistas, por desconsiderar, assim, as formas de vida concretas, e, em suma, por seu apego incondicional ao indivíduo isolado e egoísta.

O paradigma do Estado Social, por seu turno, demonstrou que a redução do Direito ao Estado retirou o vigor das tentativas de justificação racional do direito, ao impor a consecução de finalidades materiais a todo custo e, assim, ao menosprezar as suas necessidades de legitimação formal. Este paradigma foi superado em razão de sua incapacidade de ver o caráter privado e essencial à própria dimensão pública, enquanto *locus* privilegiado da construção e reconstrução das estruturas de personalidade, das identidades sociais e das formas de vida. É precisamente esse aspecto da dimensão pública que deve agasalhar necessariamente o pluralismo social e político, constituindo-se em condição *sine qua non* de uma cidadania

ativa e efetiva, que se reconstrói quotidianamente na ampliação dos direitos fundamentais à luz da Constituição, vista como um processo permanente. Exatamente a redução do público ao estatal conduziu aos excessos pelo Estado Social e sua doutrina.

Na verdade, ambos os paradigmas anteriores são redutores da complexidade da relação entre o público e o privado, e funcionam como os dois lados de uma mesma moeda, precisamente por enxergarem tais esferas sempre em conflito e por eliminarem uma das dimensões em favor da outra.

Tais esforços têm em comum a valorização dos princípios constitucionais que garantem a autonomia privada e dos que organizam os processos decisórios públicos. Ou seja, a visão de que o público e o privado são, na verdade, esferas complementares e essenciais uma à outra para a configuração do regime democrático; são esferas equiprimordiais, para empregar o termo cunhado por Habermas. E exatamente aí residiria o engano dos paradigmas anteriores, pois ao sacrificarem a esfera pública em favor da privada ou vice-versa, no afã de garantir a cidadania, eliminavam precisamente o florescimento e consolidação de uma cidadania universal e efetiva. É assim que o aspecto formal, processual, adquire novamente uma relevância superlativa, é claro que não mais entendido como mera garantia da esfera egoística burguesa, mas como elemento essencial para a configuração discursiva do jogo democrático e da cidadania.” (1998: 238-240)

O paradigma do Estado Democrático de Direito diferencia-se profundamente dos anteriores no tratamento que dá à questão das esferas pública e privada. A partir de agora, quebra-se a rigidez que se atribuía até então a tais conceitos, passando-se a adotar a idéia de que o público se realiza no privado e que o privado se realiza no público e a repudiar-se a oposição dialética que se atribuía até então às duas esferas.

Em termos de legislação infra constitucional, o Código de Defesa do Consumidor traz em seu corpo algumas das concepções básicas do paradigma do

Estado Democrático de Direito. Dentre elas estão aquelas que valorizam a comunicação e organização da sociedade civil.

O Estado Democrático de Direito ainda se diferencia dos demais justamente por tirar a supremacia da esfera privada, como ocorreu no Estado de Direito, ou da esfera pública, e no Estado Social de Direito. Grupos privados, ou mesmo indivíduos sozinhos, representam, de determinada perspectiva e em determinadas situações, o espaço público. No caso do CDC, passa-se a preparar o indivíduo para defender seus interesses no mercado de consumo, o que é uma visão de uma perspectiva privatista. Mas, ao mesmo tempo, saneia-se o mercado de consumo como um todo, o que é uma visão publicista da mesma situação. Outro princípio que o Código claramente adota é o da sociedade civil organizada e o da abertura de canais de comunicação com o poder público. Reflexos de tal atitude podem ser vistos hoje na Associação de Donas de Casa de Belo Horizonte e nos PROCONs espalhados por todo o País. A influência do CDC na teoria contratual é enorme, já que este código passou a regular uma gama enorme de contratos que são celebrados na sociedade.

As teorias dialógicas sobre autonomia lidam de forma apropriada com essas questões da esfera pública e da esfera privada no Estado Democrático de Direito, devendo elas substituir as concepções kantianas na interpretação do princípio da autonomia da vontade.

4.1 Os contratos e as teorias dialógicas sobre a autonomia

Com as novas relações contratuais, inclusive com a introdução dos contratos de adesão, tornou-se clara a insuficiência do conceito clássico de contrato em preencher as necessidades da nova realidade socioeconômica.

Como já exposto,

“desde fins do século XIX, o direito não ignorava o aparecimento das doutrinas socialistas, exigindo normas de tutela específica da classe operária e de suas relações contratuais com o empresariado. A revolução industrial fomentou a formação de classes; os problemas sociais crescem

e dão origem à primeira intervenção poderosa do Estado Liberal nas relações privadas: O Direito do Trabalho”. (1992:47)

Também como visto acima, os contratos sofreram, durante o Estado Social, como resultado da insatisfação da sociedade, a incidência de novos institutos jurídicos e políticas legislativas, como as que resultaram no chamado dirigismo contratual. Não obstante, tais institutos basearam-se, para controlar a vida dos contratos, em conceitos liberais de autonomia. Ou seja, quando o Estado criava uma nova lei, a doutrina sempre fazia a ressalva, mesmo considerando esta uma providência positiva, que estaria diminuindo ou mesmo eliminando a autonomia da vontade. Ledo engano. Quem manifesta esta opinião com relação a leis como o Código de Defesa do Consumidor está se baseando em um conceito kantiano de autonomia, o que não é compatível com o princípio constitucional do Estado Democrático de Direito. O conceito mais apropriado de autonomia que se deveria usar é o formulado por Gustin:

“A autonomia, aqui reafirmada como necessidade primordial do homem ocidental contemporâneo, deve ser considerada num sentido interativo e dialógico, por isso, também de natureza social e transcultural, que supera a concepção restrita e individualizante da doutrina liberal do mundo moderno e que rompe com a visão tradicional da tensão irremediável e da disjunção entre as esferas pública e privada. A autonomia reconceituada nesse sentido e obtida através de formas discursivas e auto-reflexivas passa a vislumbrar um privado que se realiza no público, este último construído a partir de uma concepção de cidadania ativa e de sociedade civil que se expande além das fronteiras locais ou nacionais.” (1999: 210)

É este sentido de autonomia da vontade que a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor introduziram no ordenamento jurídico-positivo brasileiro. O CDC abrange em sua regulamentação uma larga escala de contratos. Entretanto, autores como Lima Marques baseiam-se em conceitos

liberais de autonomia para analisar a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Observe-se o seguinte trecho:

“Conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade permanecerão, mas o espaço reservado para que os particulares auto-regulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor. É uma nova concepção de contrato no Estado Social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social. Haverá um intervencionismo cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social. É o contrato, como instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, mas, assim como o direito de propriedade, agora limitado e eficazmente regulado para que alcance a sua função social.” (1992:51)

Vê-se, do exposto, que a autora acredita que o Código de Defesa do Consumidor apenas limita a autonomia da vontade, o que é um equívoco. O que faz o Código é adotar um conceito de autonomia baseado na dialogicidade, em que é ela construída por meio da discursividade no espaço público.

Nesse sentido é o CDC, por exemplo, ao instituir os deveres de informação e de lealdade, segundo os quais o contrato deve ser realizado a partir de informações claras e honestas prestadas pelo fornecedor, como o seu art. 4º:

“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

[...]

b) *por incentivo à criação e desenvolvimento de associações representativas;*

[...]

IV – *educação e informação* de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo.”

Pelo exposto, nota-se que os princípios informadores do CDC se encaixam perfeitamente no conceito de autonomia formulado por Gustin, segundo o qual a autonomia é socialmente construída por meio da dialogicidade. Ora, o CDC, ao instituir deveres como o de o fornecedor informar devidamente o consumidor sobre o produto e as condições do contrato, não está a restringir a autonomia da vontade, mas sim a promovê-la. Isto ocorre porque, tão logo informadas as partes, é que elas poderiam realmente deliberar, discutir e defender racionalmente suas escolhas. O CDC cria, então, condições para que a autonomia da vontade exista materialmente, ou seja, vem preparar as partes para que elas possam contratar. Isso não é intervenção estatal na autonomia da vontade, mas sim participação do Estado na preparação de situações mais justas e de maior igualdade entre os homens, que lhes propiciem exercer efetivamente a autonomia da vontade. A relação entre público e privado não pode ser enxergada pelo jurista de forma dialética. O privado se realiza a todo momento no público e o público, se realiza no privado. O Estado não proporciona ao indivíduo o exercício da autonomia da vontade ao deixá-lo à própria sorte. É o Estado, como defensor dos interesses públicos, que deve criar condições para que os indivíduos possam efetivamente exercer a autonomia da vontade. O CDC é uma tentativa de criar condições para o exercício desta autonomia. Ao transformar esta assertiva em um questionamento, nota-se como é difícil definir concretamente onde está o público e onde está o privado. Na verdade, estas esferas são círculos sobrepostos que se interpenetram ininterruptamente. Ao estipular o dever de informação, o Estado, por meio da lei, promove:

- melhor preparação do indivíduo para o mercado de consumo;

- o aprimoramento do tratamento devido pelos fornecedores aos consumidores, o que já é usual há muito em economias mais desenvolvidas;
- a paz social, ao evitar conflitos desnecessários gerados por atos desonestos das partes, como exemplo;
- maior preparação dos fornecedores para enfrentar forte concorrência gerada pela economia globalizada, já que o respeito ao consumidor é fundamental atualmente para empresas que querem manter compradores fiéis de seus produtos;
- uma política social de maior equilíbrio nas prestações contratuais.

Por tais providências, fica evidente que o público e o privado se interpenetram a todo momento. Não há, portanto, aquela contraposição entre o espaço público e o espaço privado, há tanto tempo preconizada pela maioria dos autores. Nenhum indivíduo se sente com menos poder de escolha em virtude da edição do CDC. Este diploma legal veio, em verdade, proporcionar aos indivíduos a chance de fazer escolhas que eles mesmos podem justificar e defender racionalmente na formação do consentimento nos contratos. Ou seja, os indivíduos têm a chance de contratar exercendo efetivamente a autonomia da vontade. A legitimidade do CDC reside justamente nestes objetivos:

“A última obra de Habermas sintetiza esse esforço mostrando que a legitimação da esfera jurídico-normativa só se dá através de duas garantias: a da autonomia privada, em sua busca de sucesso e de auto-realização; e da autonomia pública, para a consecução da própria legitimidade do direito. Esse esforço teórico visa demonstrar que as esferas privada e pública pressupõem-se mutuamente, não sendo mais admissível a antiga disjunção entre esses dois âmbitos das realidades jurídica, social e política. Assim, um sistema jurídico deve atribuir igual valor às autonomias privada e pública dos cidadãos, a primeira não se constringendo pelo ônus do reconhecimento mútuo e das liberdades comunicativas que a segunda pressupõe.” (1999:218)

Pode-se dizer que o CDC se situa historicamente como uma primeira tentativa de proporcionar materialmente a autonomia da vontade no direito pri-

vado. O dirigismo contratual, baseado na verdade no mesmo conceito de autonomia da vontade dos liberais, apenas quis proteger a parte economicamente mais fraca com uma espécie de escudo legal. Mas, também, nunca procurou efetivar um novo conceito de autonomia para que os indivíduos pudessem exercer a autonomia da vontade, estando esta influenciada por outro paradigma filosófico.

Para finalizar, vale a pena reproduzir a seguinte reflexão de Gustin sobre o assunto:

“Qualquer que seja o caminho adotado é certo que a sociedade contemporânea terá que proporcionar aos cidadãos mecanismos efetivos de satisfação das necessidades que agora se expandem de forma incomensurável a partir da expansão dos mercados e das formas de comunicação. É necessário que se submeta a economia a fins últimos, tais como o acesso a igual poder e a igual participação, oportunidades justas de desenvolvimento das competências comunicativas e a efetivação igual e para todos dos direitos fundamentais e humanos, conferindo a esse tema sentido político e direções normativas cada vez mais precisas e mais adequadas nas condições estruturantes da nova ordem social.” (1999:219)

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1998 (Tese de Doutorado).

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. 4.ed., Brasília: UnB, 1992. 168p.

CARVALHO NETO, Menelick. *Parecer*. Belo Horizonte, 1998, 24p.

DI PIETRO, Maria Sílvia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000. 752p.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997. 523p.

GUSTIN, Miracy B. S. *Das necessidades humanas aos direitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 229p.

LIMA MARQUES, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, 252p.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder municipal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, 232p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. III, 397p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 1998. 871p.

VILELA, João Baptista. *Por uma nova teoria dos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. 13p.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. Antônio Manuel Hespanha. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. 722p.

GUARDA E FINS PREVIDENCIÁRIOS: LEGISLAÇÃO, DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA E INTERPRETAÇÕES DIVERSAS

Paula Junqueira Dorella

Sumário

1. Introdução 2. Do pátrio poder. 3. Da colocação em família substituta. 4. Da guarda. 4.1. guarda e fins previdenciários. 4.1.1. A legislação. 4.1.2. A doutrina. 4.1.3. A jurisprudência. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, faz-se mister considerar: a criança e o adolescente são sujeitos especiais para o Direito. Dessa forma, é inegável o apoio que se deve dispensar aos menores desassistidos. Quando não é possível recuperar o menor no seio da própria família, o caminho é dar-lhe um lar substituto. Terá fundamental lugar a família devido substituta, se for capaz de oferecer à criança o meio familiar para formar e desenvolver a sua personalidade.