

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E DE CONSUMO

José Aparecido dos Santos *

RESUMO

O intervencionismo estatal constituiu uma forma de minimizar as contradições do próprio capitalismo. Protecionismo nem sempre é oposto à visão liberal. O consumo é a forma de tornar todos quase-proprietários. O valor máximo do sistema capitalista contemporâneo deixa de ser o trabalho e passa a ser o consumo. A constitucionalização dos direitos privados constitui forma de protecção da vida concreta das pessoas, mas seus mecanismos foram criados para salvar ao mesmo tempo a sociedade e o próprio capitalismo. O que está em questão é como compatibilizar o princípio da livre iniciativa com o da justiça social. O valor jurídico maior a ser tutelado no novo sistema é o equilíbrio, conforme atual noção da justiça contratual. A protecção jurídica do trabalho e a protecção do consumo se aproximam. Um marco emancipatório possível para o trabalhador e para o consumidor é o reconhecimento da função social do contrato, mas a percepção da função social do contrato tem sido deturpada de modo a afastar os mecanismos protecionistas das pessoas concretas para transferir a protecção para entidades irreais e abstratas, como típico mecanismo ideológico de dominação.

PALAVRAS CHAVES:

DIREITO; CONSUMO; TRABALHO; FUNÇÃO; SOCIAL.

ABSTRACT

State's interventionism constitutes a way of minimizing the contradictions from capitalism itself. Protectionism is not always opposed to the liberal view. The consumption is the way to turn everyone into "almost-proprietaries". The maximum

* Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Juiz Titular da 17ª Vara do Trabalho de Curitiba.

value in contemporary capitalist system becomes the consumption instead of the work. The constitutionalization of private rights constitutes a way of protecting people's concrete life, but its mechanisms were created to save, at the same time, society and capitalism itself. What is in question is how to make the principle of free initiative compatible with that of social justice. The highest juridical value to be protected in the new system is the equilibrium, accordingly to the current notion of contractual justice. The juridical protections of work and consumption bring themselves near. A possible emancipator mark to both, worker and consumer is the recognition of contract's social function, but its perception has been distorted as to hold back protectionists mechanisms from concrete people, transferring its efficiency to unreal and abstract beings, like a typical mechanism of ideological domination.

KEYWORDS

LAW; CONSUMPTION; WORK; SOCIAL; FUNCTION

INTRODUÇÃO

A formação do capitalismo e do regime político, social e econômico a que se tem denominado “modernidade” foi longa e complexa. A construção de uma sociedade capitalista baseada na acumulação de riquezas, entretanto, não seria possível sem que as terras, a força de trabalho e o dinheiro fossem convertidos em mercadoria. A grande novidade do sistema capitalista estava na transformação primeiro da terra como mercadoria que se vende e, ao mesmo tempo, da força de trabalho que se aliena, aspectos cruciais para o desenvolvimento do capitalismo industrial do século XIX. A criação dessa “nova mercadoria” com a sujeição/inclusão nela de realidades até então consideradas incompatíveis foi a pedra de toque das mudanças econômicas que se estenderam do século XIV até o século XIX. Essa ficção foi a base necessária para a criação da grande utopia do liberalismo econômico, qual seja a idéia de um mercado auto-regulável.

O contrato, por sua vez, foi o instrumento jurídico fundamental do capitalismo, pois por meio dele é que se tornou possível a livre circulação (acumulação) de riquezas como forma de superação (explícita) da pilhagem. O elemento característico desse instrumento é a “vontade” individual e autônoma, o qual se coaduna com um

modelo absenteísta de Estado (*laissez faire*). Contrato e Estado absenteísta são as faces de uma mesma base econômica, política e social, pois se trabalho, dinheiro e terra constituíam mercadorias (livremente contratadas pelos particulares), o governo não teria o direito de interferir em nenhum dos respectivos mercados.

Essa fase inicial do capitalismo industrial é marcada por um contínuo desenvolvimento das capacidades de produção, mas o acirramento da concorrência e a baixa de lucros conduziram a sucessivas crises, como a “grande depressão” (1873-1895). O capitalismo industrial estava então baseado primordialmente no elemento produção, o que importava em sucessivos e curtos períodos de progresso e de recessão. É nessa sucessão de crises que surge a outra invenção da modernidade que é o desemprego, bem como a reação socialista e a afirmação das classes operárias. Também surgem os cartéis e os trustes como meio de controlar crises de produção e de concorrência, os quais dão origem aos monopólios, frutos da concentração da produção e do sistema financeiro.

Todos esses aspectos do capitalismo do século XIX e início do século XX decorrem das crises de demanda e conduziram progressivamente a políticas intervencionistas estatais por meio da proteção social e por meio da interferência na moeda (introdução do padrão-ouro), o que não se realizou sem muitas resistências dos liberais. O elemento central das contradições e das crises a que o capitalismo se submeteu e que ainda o assombram não era esse, entretanto. O intervencionismo constituiu uma forma de minimizar contradições, mas o ponto central estava e ainda permanece no próprio conceito de mercadoria.

O ponto crucial é o seguinte: trabalho, terra e dinheiro são elementos essenciais da indústria. Eles também têm que ser organizados em mercados e, de fato, esses mercados formam uma parte absolutamente vital do sistema econômico. Todavia, o trabalho, a terra e o dinheiro obviamente *não* são mercadorias. O postulado de que tudo o que é comprado e vendido tem que ser produzido para venda é enfaticamente irreal no que diz respeito a eles. Em outras palavras, de acordo com a definição empírica de uma mercadoria, eles não são mercadorias. Trabalho é apenas um outro nome para atividade humana que acompanha a própria vida que, por sua vez, não é produzida para venda mas por razões inteiramente diversas, e essa atividade não pode ser destacada do resto da vida, não pode ser armazenada ou mobilizada. Terra é apenas outro nome para a natureza, que não é produzida pelo homem. Finalmente, o dinheiro é apenas um símbolo do poder de compra e, como regra, ele não é produzido mas adquire vida através do mercado dos bancos e das finanças estatais.

Nenhum deles é produzido para a venda. A descrição do trabalho, da terra e do dinheiro como mercadorias é inteiramente fictícia.¹

Mercados auto-reguláveis dependem de liberdade nos mercados de trabalho, de terras e de dinheiro. “Quando o funcionamento desses mercados ameaça destruir a sociedade, a ação autopreservativa da comunidade visa impedir o seu estabelecimento ou interferir com o seu livre funcionamento, quando já estabelecido”.² Foi isso o que conduziu ao protecionismo e ao intervencionismo estatal em todos esses mercados e é isso o que ainda hoje exige esse tipo de “anomalia”. Protecionismo é refluxo da auto-preservação social e nem sempre é puramente econômico ou oposto à visão liberal.³ De outra parte, a idéia de mercadoria e de mercados como elementos “naturais” e imanentes do homem não é verdadeira.

A história econômica mostra que a emergência de mercados nacionais não foi, de forma alguma, o resultado da emancipação gradual e espontânea da esfera econômica do controle governamental. Pelo contrário, o mercado foi a consequência de uma intervenção consciente, e às vezes violenta, por parte do governo que impôs à sociedade a organização do mercado, por finalidades não-econômicas.⁴

Por isso, o Estado precisou intervir progressivamente, primeiro no mercado de trabalho e da terra, por meio de proteção social. Depois por meio de intervenção na moeda. A última grande modificação foi a supressão do denominado “padrão-ouro” da moeda no campo internacional. “O colapso do padrão-ouro internacional foi o elo invisível entre a desintegração da economia mundial na virada do século e a transformação de toda uma civilização na década de 1930”.⁵ Foi esse um dos motivos principais para a fragmentação política e econômica que conduziu à Segunda Grande Guerra.

De outra parte, o desenvolvimento de produção em massa conduziu a uma sensível crise de demanda, da qual a crise de 1929 foi apenas um dos reflexos. O New

¹ POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*, p. 94.

² POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*, p. 237.

³ “Liberalismo e interferência do estado não se opõem mutuamente. Ao contrário, qualquer espécie de liberdade será claramente impossível se não for assegurada pelo estado” (POPPER, Karl Raimund. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*, tomo I, p. 126).

⁴ POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*, p. 290.

⁵ POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*, p. 36.

Deal americano e a instituição de políticas de desenvolvimento do regime de demanda, principalmente com base nas idéias de Keynes, foram os fundamentos econômicos que progressivamente conduziram ao denominado Estado de Bem Estar Social, o qual foi o regime dos países desenvolvidos no pós-guerra, mas que só tardiamente e de modo incompleto se apresentou ao Brasil.

As políticas de demanda e a estruturação do Estado de Bem Estar Social, entretanto, não eliminaram a inclusão do trabalho, da terra e do dinheiro como mercadoria. O fato de se proteger o trabalho, a terra e o dinheiro de investidas dos interesses puramente individuais não os retirou da lógica do mercado, mas em certa medida radicalizou a noção de “mercadoria”. Isso se explica, em grande parte, porque a rigor o “Estado-providência do século XX é um aprofundamento e uma extensão do Estado-protetor ‘clássico’”⁶, na medida em que indivíduo e propriedade continuaram a ser os seus fundamentos. “Os direitos econômicos e sociais aparecem como um prolongamento natural dos direitos cívicos. Se o ‘verdadeiro cidadão’ tem de ser proprietário, é preciso tornar ‘quase-proprietários’ todos os cidadãos que não o sejam...”⁷.

O meio atual de tornar todos quase-proprietários é o consumo. Depois de absorver categorias imateriais e que, a rigor, com ela seriam incompatíveis (como o trabalho), a mercadoria procura progressivamente dominar os valores imateriais mais inóspitos do próprio homem, aquilo que nem o próprio indivíduo poderia dominar: seu inconsciente, seus impulsos e seus desejos. Não basta que o trabalho seja transformado em mercadoria; é necessário que qualquer trabalho seja destinado à mercadoria, de sorte que esta se transforma no fetiche religioso da sociedade. O mínimo existencial deixa de ser os meios básicos de subsistência própria e da família para se converter no mínimo direito de consumo. A própria subsistência passa a ser consumo.

A propaganda e o marketing são os principais instrumentos dessa transformação da mercadoria e do consumo em uma religião profana, que transmuda até crenças religiosas em produtos de um “mercado religioso”. Contudo, foram as políticas de expansão de demanda que tornaram possível uma “sociedade de massas” ávida por

⁶ ROSANVALLON, Pierre. *A Crise do Estado-providência*, p. 18.

⁷ ROSANVALLON, Pierre. *A Crise do Estado-providência*, p. 20.

objetos de desejo e pela sensação fugidia, mas indispensável, da propriedade exclusiva de bens de consumo.

O valor máximo do sistema contemporâneo deixa de ser o trabalho, tal como estabelecido pela utopia liberal, e passa a ser o consumo. Contudo, o consumo em si mesmo não é produtor de riquezas e não pode prescindir do trabalho. Por isso, deseja-se o aumento da força de trabalho como condição de progresso e de riqueza (aumento de consumo), mas contraditoriamente se afirma que o aumento da produção e da riqueza depende da diminuição do custo da mão-de-obra. A justificar essa operação apenas a utopia de um mercado auto-regulável, condição nunca verificada historicamente, exceto talvez em condições muito específicas nos Estados Unidos, na primeira parte do século XIX, ocasião em que havia efetiva liberdade dos mercados de trabalho, de terras e de dinheiro.

1. CONSUMO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS PRIVADOS

Aquilo que se denomina “constitucionalismo” sempre foi em certa medida uma forma de “protecionismo”. A história revela que não só as Constituições como o produto da sua interpretação e aplicação (constitucionalismo) raramente ou nunca é instrumento de criação de um pacto originário, mas quase sempre é fruto de uma redistribuição dos poderes entre as classes sociais relevantes, de modo a estabelecer regras de proteção aos respectivos grupos e interesses.

O fato é que mesmo o “laissez faire” que o constitucionalismo brasileiro adotou na maior parte de sua curta experiência democrática não deixou de ser uma espécie de protecionismo. Contudo, o que havia de significativo em nossa experiência jurídica era o fato de os significados importantes não serem encontrados em alguma parte do texto constitucional, mas em regras do ordenamento infraconstitucional, em especial no sistema civil. O nosso sistema civil codificado de 1916, por sua vez, estava originariamente vinculado a uma trílice matriz: a) família nucleada no casamento; b) direito proprietário absoluto do indivíduo; c) o contrato em sua perspectiva econômico, como mero meio de circulação de riquezas (liberdade contratual com fundamento na autonomia da vontade e na força obrigatória dos pactos). Esse era um modelo calcado no regime liberal, um programa ainda do século XIX.

O programa liberal, entretanto, entrou em crise nos anos 20 e 30 do Século XX em razão da crise econômica e da revolução russa de 1917. O modelo de absentismo do Estado (*laissez faire*) demonstrou-se insuficiente para sanar as

contradições do modelo capitalista liberal e foi a própria burguesia quem propôs a regulação estatal como forma de tolher “processos revolucionários, colapsos institucionais, conflitos desestabilizadores e rupturas políticas de toda ordem”.⁸

As Constituições dos Estados contemporâneos levaram em consideração as alterações sócio-políticas e passaram a progressivamente estabelecer um regime de regulação estatal que levasse em consideração o programa do denominado “Estado de Bem Estar Social”. No Brasil, entretanto, as matrizes ideológicas e estruturais do sistema anterior persistiram nos tribunais e na operação do direito por um viés que minimizava o programa constitucional por meio da sua interpretação à luz do sistema civil codificado. Por isso se tornaram comuns leis especiais de proteção a direitos sociais e coletivos, com a legislação de proteção ao trabalho, aos bens culturais, ao meio ambiente, de uso e propriedade de minas e solos e tantas outras.

A Segunda Guerra Mundial constituiu um marco importante para a afirmação do Estado de Bem Estar Social, pois é nos momentos de profunda crise humana, em que os destinos da humanidade são colocados em dúvida que se refundam os aspectos simbólicos daquilo que se tem denominado “contrato original” ou “contrato social”. Por isso, a solidificação do Estado de Bem Estar Social só se tornou politicamente inevitável depois de 1945.

O que se percebeu a partir da segunda metade do século XX, com tardança no caso brasileiro, foi a necessidade de fazer uma leitura do Direito Civil à luz da Constituição da República (princípios e regras), e não o contrário. Isso se deu porque a nova matriz social e política era incompatível com o pensamento isolado, positivista e individualista que até então predominava nos meios jurídicos. Era necessário estabelecer uma nova forma de pensamento jurídico compatível com a nova ordem social e econômica, e isso foi tarefa realizada por meio de uma nova hermenêutica, por meio de um novo constitucionalismo.

A dissonância entre a realidade social em suas exigências materiais (Estado de Bem Estar Social) e as respostas do sistema civil tradicional (calcadas em premissas lógicas do Estado Protetor) chegou a um ponto de quase ruptura entre sociedade de fato e a sociedade formal. A constitucionalização do direito civil tem por objeto dar concretude às promessas de modernidade emanadas do texto constitucional, inclusive

⁸ CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*, p. 217.

no que diz respeito ao trabalho e ao consumo, mas ainda descumpridas para a maior parte da população. A concepção do direito civil como um sistema fechado e auto-referente (codificado e infenso ao programa constitucional) mostrou-se divorciado nas novas exigências sociais. A manutenção do pensamento jurídico tradicional importaria em violento choque de realidades e de anseios, com conseqüências não só indesejáveis, mas trágicas até, pois poderia representar um desrespeito ao próprio estado de direito, de modo a conferir um déficit democrático para os institutos jurídicos. A abertura do sistema jurídico para uma nova dimensão (a civil-constitucional) não decorre, portanto, apenas de questões teóricas a respeito da hierarquia das normas e da força normativa dos princípios constitucionais⁹, mas das exigências da estrutura social.

É nesse contexto de modificação das estruturas hermenêuticas do Direito Civil que os fundamentos básicos do contrato (autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos - “pacta sunt servanda”) tiveram que se submeter à sinergia dos princípios constitucionais. Isso decorre do fato de que o protecionismo social, mecanismo de auto-preservação, obrigou a reformulação dos instrumentos jurídicos utilizados até então para a livre circulação de riquezas, a qual passa a ser “quase-livre”, ou livre em novos modelos e perspectivas. Isso tem acarretado uma alteração no paradigma contemporâneo do contrato, a qual se dá por meio dos seguintes elementos: a) relativização das obrigações; b) despatrimonialização do seu objeto e distanciamento do individualismo; c) função social do contrato.

A abertura do sistema de direito civil (Direito Privado) para o sistema constitucional (Direito Público) acarretou a superação da dicotomia “direito público” x “direito privado”, a qual subsiste apenas para fins didáticos. Assim, a denominada “publicização dos direitos privados” representa um novo modo de ver os institutos civis e um caminho para se alterar a estrutura jurídica (perspectiva cultural e fenomenológica) em razão de uma mudança paradigmática em todo o sistema jurídico. Não se trata, portanto, de uma alteração ontológica dos institutos, os quais conservam seus elementos

⁹ “A força normativa da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma lei como lei deve ser aplicada. Afasta-se a tese generalizadamente aceite nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à constituição um ‘valor declaratório’, ‘uma natureza de simples direcção política’, um carácter programático despido da força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1150).

existenciais. A releitura constitucional dos institutos civis não os suprime, mas apenas é um novo e mais atualizado olhar. Por meio dessa releitura, “o princípio da prevalência ou da preferência da lei é hoje ‘relativizado’ pelo princípio da prevalência da constituição”¹⁰, sem que o texto legal deixe de ter conteúdo útil.

Deve-se lembrar, entretanto, que “as ordens jurídicas configuram-se como sistemas complexos. São sistemas complexos precisamente porque os seus elementos e as suas partes constitutivas – as normas, as instituições, os direitos – interagem de uma forma imbricada e intrincada, não podendo os resultados da interação ser previstos em termos totalmente rigorosos”.¹¹

A concepção clássica de ordenamento jurídico como ente provido de unidade e coerência intrínseca está superada nos dias atuais.¹² Há regras desprovidas de conexão e articulação com outras e uma tensão entre ordem e caos que remete ao problema de como “navegar no cosmos normativo”. Segundo Canotilho, isso se resolve tendo por ponto de partida que “a ordem e a hierarquia das normas e os conflitos de normas não encontram fundamento só e fundamentalmente nas próprias normas mas sim na ordem das instituições politicamente legitimadas”.¹³ A Constituição mantém o seu papel de elemento unificador da ordem jurídica por meio do princípio da conformidade (consonância de todos os atos públicos com as regras e princípios da constituição) e de outra parte a Constituição mantém a unidade como um quadro moral e racional do discurso político conformador da ordem normativo-constitucional por meio de princípios e regras incorporadores de “valores básicos” do ordenamento jurídico.

Isso se dá porque “a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida”.¹⁴

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 721.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1143.

¹² “Não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem os ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora” (PERLINGERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, p. 5).

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1147.

¹⁴ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, p. 18.

Essa nova visão do ordenamento jurídico acarreta também uma alteração da metodologia legislativa. A regra jurídica deixa de ser concebida em seu sentido tradicional e formal kelseniano (preceito e sanção), em sistema fechado, para adquirir plasticidade e se adequar às tendências sociais. Essa plasticidade se manifesta por meio de regras constituídas por cláusulas gerais, abrangentes e abertas¹⁵, de modo a se adaptar à velocidade com que a sociedade de massa produz, circula, transmite e extingue riquezas.

Se de um lado uma sociedade caracterizada pelo hipermercado, pelo hiperconsumo e pelo hiperindividualismo exige instrumentos jurídicos ágeis (entre os quais o antigo contrato não se inclui), as alterações sociais produzem um novo tipo de indivíduo, um novo modelo de família e novos direitos coletivos, como o dos povos indígenas, dos quilombolas, dos bens culturais e paisagísticos, entre outros. Tudo isso importava em demandas sociais às quais o contrato e o direito tradicional não ofereciam resposta. Trata-se não apenas de criar um novo contrato, mas acima de tudo de criar um novo constitucionalismo.

Em decorrência dessas alterações estruturais, a Constituição passa a influir no direito privado por meio de sua ideologia (princípio da conformidade) e de outro a influir na técnica de produção legislativa das regras infraconstitucionais, pois seu modo peculiar de impor seu programa se mostra mais adequado à nova realidade sócio-política. A consequência prática imediata dos influxos da ordem constitucional sobre o direito privado é o de “se condicionar a efetividade dos efeitos patrimoniais dos atos jurídicos (*lato sensu*) atrelados à realização de valores superiores do ordenamento jurídico, tal como a dignidade da pessoa humana (CR, art. 3º, III), até porque este valor jurídico, dentre outros, encontra-se no vértice da estrutural legal”.¹⁶ A interpretação dos contratos, portanto, deixa de ter o cunho puramente patrimonialista (*pacta sunt servanda*) e passa a depender da verificação no caso concreto dos existenciais resguardados como valor básicos no texto constitucional e em consonância com os

¹⁵ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, p. 34.

¹⁶ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, p. 34.

demais elementos do sistema, sempre plasmados ao programa da Constituição, pois esta “procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social”.¹⁷

Essa tendência não representa somente despatrimonialização do Direito Civil, mas constitui também uma nova concepção estrutural e conceitual dos direitos e devedores existentes nas relações contratuais. Essa nova visão dos institutos privados, contudo, não pode se deixar embaçar por dois equívocos comuns e que decorrem da tradição hermenêutica positivista.

O primeiro desses equívocos é imaginar em qualquer tensão entre uma regra ou instituto constitucional um problema de (in)constitucionalidade. Essa falta percepção do sistema jurídico decorre da concepção piramidal e hierárquica das regras, incompatível com a complexa realidade normativa do mundo contemporâneo. Com efeito, não se trata de verificar a constitucionalidade das regras infraconstitucionais, mas de compreender a influência sistemática da Constituição no restante do ordenamento, por meio de técnicas como a da interpretação conforme a Constituição. O princípio da prevalência da Constituição (não pode a interpretação ser contrária ao texto e ao programa constitucional) não é incompatível, mas se coaduna com o princípio da conservação das regras infraconstitucionais, pois a inadequação da regra infraconstitucional com o programa constitucional está em correlação com o fato (caso concreto) e eventuais contrariedades não representam antinomia lógica entre os textos.

O segundo desses equívocos é imaginar que os influxos constitucionais incidem apenas sobre as áreas da justiça social, mas não sobre as relações privadas, como se justiça social fosse um campo à parte da livre iniciativa cível e comercial e não partes integrantes de um mesmo sistema social, político, econômico e jurídico.

O que se tem em mente no programa constitucional é, acima de tudo, a proteção do ser humano, como uma forma de proteção da vida concreta. Embora trabalho e consumo estejam inseridos no sistema capitalista de produção de bens, e embora o direito do trabalho e o direito do consumidor justifiquem e se justifiquem nesse sistema, é fato também que o objetivo do sistema de proteção é a preservação social. Os mecanismos foram criados para salvar ao mesmo tempo a sociedade e o próprio capitalismo, mas em vários aspectos constituem limitação aos próprios interesses dos capitalistas. “O que se pretende ao dizer ‘publicização do Direito

¹⁷

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição, p. 15.

Privado’, sobretudo, é a proteção assegurada à pessoa humana, relegada a segundo plano em razão das modificações jurídicas oriundas e decorrentes da transformação capitalista vivida pela sociedade”.¹⁸

2. LIVRE INICIATIVA

O princípio da livre iniciativa goza de previsão e tutela na Constituição, pois é considerado um dos fundamentos da república (CR, art. 1º, IV) e um dos fundamentos da ordem econômica (CR, art. 170, *caput*). Por isso, o reconhecimento de que existem influxos constitucionais que mitigam o dogma da autonomia da vontade nas relações contratuais não exclui o exercício da liberdade e da livre iniciativa como legítimos valores básicos da nossa sociedade.

O que está em questão, portanto, é como compatibilizar o princípio da livre iniciativa com o da justiça social, até porque tanto no art. 1º, III, como no art. 170, *caput*, ambos os princípios estão igualmente referidos.

A livre iniciativa configura-se pela liberdade individual, dentro de certos limites, de auto-regulamentar e gerir interesses. “A esse poder de livre manifestação e regulação de interesses se atribui o nome de autonomia privada”.¹⁹

A autonomia privada em sua concepção clássica era entendida como a viabilidade de eleição entre contratantes (com quem contratar), a oportunidade de celebrar ou não o contrato (quando contratar) e a definição do conteúdo (o que e como contratar). Essa concepção, contudo, não podem subsistir nos dias de hoje, em que inúmeros casos mostram sua inadequação à realidade. Exemplo disso são os contratos obrigatórios, como o de seguro obrigatório.

Por isso, “a autonomia privada hoje não exige uma efetiva ‘auto-regulamentação’ de interesses, mas, simples impulso de iniciativa da parte que deseja contratar”²⁰, ou seja, um ato associativo, e há quem defenda a possibilidade de se contratar sem consentimento (sem manifestação de vontade), tal como se dá em vendas por telemarketing, pela televisão ou pela internet. .

¹⁸ SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. *A função social no Código Civil – Aspectos da publicização do Direito Privado*, p. 108.

¹⁹ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, p. 162.

²⁰ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, p. 171.

O que é inegável é que a autonomia privada é condicionada pelas normas jurídicas que a constituem. Mesmo em termos mais tradicionais, as cláusulas dos contratos estão condicionadas a uma moldura jurídica estatal, que condiciona e conforma sua estrutura e seus efeitos. Nos dias de hoje a autonomia privada cedeu parte de seu espaço de liberdade em favor da ampliação do ambiente coletivo, com mitigação e em alguns casos praticamente a superação da autonomia da vontade (individualismo). Isso decorreu das alterações estruturais da sociedade de massas e de consumo, nas quais o elemento vontade mostrou todas as suas deficiências.

A restrição da autonomia privada por uma moldura jurídica estatal não é algo novo no direito brasileiro. Essa moldura sempre teve por finalidade proteger o sujeito economicamente mais fraco nas relações contratuais, como se deu com o trabalhador e com o locatário e mais recentemente com o consumidor. A intenção dessas restrições é dar algum equilíbrio nos papéis reservados aos sujeitos desses contratos.

O que diferencia a atual fase de constitucionalização do Direito privado dos sistemas protetivos anteriores é o fato de não se manter o regime tuitivo em sistemas isolados e fechados, como o trabalhista. A autonomia privada foi remodelada, a vontade deixou de ser o núcleo orientador do ordenamento privado e a Constituição passou a irradiar sobre o restante do ordenamento jurídico uma nova orientação que preserva a livre iniciativa, mas a condiciona pela justiça social.

3. PROTECIONISMO

Hermann Heller foi um dos principais defensores da superação no campo jurídico do Estado de Direito Liberal pelo Estado Social de Direito (Estado de Bem Estar Social). A preocupação com o capitalismo de demanda (Keynes) exigia que o Estado criasse condições de movimentação da engrenagem capitalista por meio de fortalecimento (e por vezes criação) do mercado, seja pela prestação de serviços públicos essenciais seja pela intervenção direta em atividades econômicas relevantes para fortalecimento da cadeia produtiva.

A regulação estatal da atividade econômica, entretanto, não constituiu superação do Estado Liberal, mas apenas uma outra feição desse modelo²¹, inclusive porque foi solicitada pela própria burguesia dominante. O que caracterizaria o Estado Liberal era justamente a ausência de intervenção estatal na atividade econômica, razão

²¹ CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*, p. 217.

pela qual a Constituição de 1824 não continha dispositivos sobre a atividade econômica, mas assegurava o direito de propriedade “em toda sua plenitude”, a liberdade do trabalho, indústria, comércio, a propriedade das invenções.

É curioso observar que o absentéismo liberal brasileiro não impediu que em várias circunstâncias o Estado Liberal interferisse nas atividades econômicas para em nome da preservação dos altos interesses da nação favorecer economicamente a burguesia dominante. A própria abstenção do Estado nas relações interprivadas constituía um programa de ação ideológico e em favor de uma classe, pois nos raros espaços de regulação contratual, a intervenção se fez em favor das classes economicamente dominantes sob o apanágio da liberdade de trabalho. Isso demonstra que o programa constitucional é em certa medida sempre um sistema de proteção social, e o que importa revelar é a quem essa proteção é dirigida. De outra parte, não se pode esquecer que o programa constitucional não se confunde com o texto da Constituição, mas é acima de tudo o produto da interpretação e da prática social realizada sob esse texto.

Foram as transformações econômicas que possibilitaram a mudança do regime absolutista para o regime liberal (baseado na ampla liberdade proprietária como programa de desenvolvimento social e econômico) e foram novas transformações econômicas e políticas que trouxeram o Estado de Bem Estar Social (baseado na prestação estatal como programa de desenvolvimento social e econômico).

A política de liberdade proprietária e de igualdade formal acentuou a desigualdade dos contratantes em razão do inevitável abuso cometido contra a parte mais fraca nas relações interprivadas, o que trouxe a denominada “questão social” como resultado das contradições da revolução industrial e do capitalismo da época. Os reflexos dessa transformação econômica, social e política se fizeram presentes primeiro nas constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919. Essa tendência, contudo, só se mostrou mais evidente depois da Segunda Grande Guerra, com a criação da idéia de Welfare State. A partir daí seguiu-se uma progressiva tendência de incorporar meios de intervenção do Estado na economia e da criação de meios de controle e de regulação da atividade econômica, contratual e social.

Há que se destacar, entretanto, que regulação da atividade econômica e intervenção da atividade econômica têm sido tratadas como categorias diferentes. A intervenção se caracteriza pelo poder público agir diretamente na produção,

comercialização ou distribuição de insumos ou bens e na prestação de serviços típicos da iniciativa privada. A regulação consiste em estabelecer regras para atividades interprivadas com a finalidade de fomentar o fluxo capitalista e ao mesmo tempo preservar outros valores sociais.

O sistema de intervenção direta do Estado em atividades que podem ser desempenhadas pela iniciativa privada entrou em declínio no final do século XX. Tem sido utilizada como marco histórico a queda do muro de Berlim (1989), mas se trata de um processo mais amplo e que se associou a outros fatores históricos e econômicos, como a globalização e a derrocada dos regimes socialistas.

O que é importante destacar é que se por um lado a intervenção direta na atividade econômica tem declinado²² ou pelo menos sido questionada, parece ser impensável um retorno ao Estado Absenteísta. Em alguns aspectos a atuação estatal tem até se reforçado, seja pelo aumento de regulação econômica propriamente dita (financiamento de atividades privadas, prestação de serviços gratuitos a faixas de cidadãos, implemento ao consumo nas populações de baixa renda por meio de programas sociais específicos), seja por meio de regulação indireta (legislação protetiva dos consumidores, órgãos de defesa do consumidor, acesso ao Poder Judiciário pelas camadas mais pobres da população).

Assim, o desprestígio crescente da intervenção estatal na atividade econômica não se segue de um desprestígio da atividade regulatória estatal. É que a atividade regulatória não é antagônica à livre iniciativa nem ao capitalismo contemporâneo, mas procura favorecê-la por meio de regras que deixem a competição mais saudável e justa, em prol do próprio regime capitalista. Todo sistema protetivo, aliás, nada mais é do que uma forma de salvaguarda do sistema social e capitalista, por meio do qual se tenta preservar as bases de permanência de outros e a eliminação dos antagonismos que ponham em perigo a mútua convivência. É evidente que diferentes sociedades exigem diferentes formas de auto-preservação, mas o fato é que em todas as sociedades se verifica a proteção ao trabalhador e ao consumidor como mecanismos de defesa dos valores da respectiva coletividade e de permanência do respectivo regime

²² No Brasil o refluxo da tendência internacional de declínio da intervenção direta estatal se verificou por meio de seguidas emendas constitucionais no Governo Fernando Henrique Cardo (1995-1998 e 1999-2002) e do Programa Nacional de Desestatização (SCAFF, Fernando Facury. *A Constituição econômica brasileira em seus 15 anos*, p. 290-304).

capitalista. Por isso, o estabelecimento de regras visa ao estabelecimento de igualdade material nas relações contratuais interprivadas como meio de permitir a permanência no mercado de práticas socialmente benéficas.

4. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DO CIDADÃO

A manutenção do estado regulatório não é imune às críticas. De uma parte, há críticas de natureza conservadora que identificam um prejuízo à livre iniciativa, à segurança jurídica e ao desenvolvimento do capitalismo. De outra parte há as críticas que podem ser classificadas como progressistas, as quais identificam na hipertrofia dos marcos regulatórios um dos problemas para a insuficiência do conhecimento-emancipatório.²³

O fato é que a sociedade contemporânea ainda se mantém no conhecimento regulatório e no sistema estatal de produção do direito, tão criticados por Boaventura de Souza Santos. A constitucionalização do Direito Civil é apenas um viés regulatório, ainda que mais humano e mais adequado à atual sociedade de consumo.

Um dos reflexos mais eloquentes da constitucionalização do Direito Civil é o reconhecimento da dignidade da pessoa humana (Constituição da República, art. 1º, III) no que diz respeito à pessoa concreta e não como ente metafísico. A proteção de direitos da parte mais fraca nas relações contratuais, contudo, nada mais é do que uma estratégia capitalista de mercado. Com efeito,

[...] Barcelona já traçava, há mais de uma década, uma análise crítica da passagem de um indivíduo proprietário para um indivíduo consumidor, deixando claro que tal mudança nada mais é que o atendimento de uma necessidade de mercado, além de transformar os indivíduos em ‘sujeitos débeis’, que, na fragmentação em diversos papéis – sendo o mais relevante o de consumidor – deixa de ter força para produzir

²³ “No projecto da modernidade podemos distinguir duas formas de conhecimento: o conhecimento-regulação cujo ponto de ignorância se designa por caos e cujo ponto de vista de saber se designa por ordem e o conhecimento-emancipação cujo ponto de ignorância se designa por colonialismo e cujo ponto de saber se designa por solidariedade. Apesar de estas duas formas de conhecimento estarem ambas inscritas na matriz da modernidade eurocêntrica, a verdade é que o conhecimento-regulação veio a dominar totalmente o conhecimento-emancipação” (SANTOS, Boaventura. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, p. 29).

qualquer mudança na sociedade, alimentando com sua inércia – e com o consumido desenfreado – a economia de mercado.²⁴

É comum associar-se a proteção à dignidade humana à solidariedade contratual (CR, art. 3º, III) como meios de promoção social e esse amálgama a uma nova realidade nas relações interprivadas. Segundo esse ponto de vista, o núcleo do contrato deixa de ser a autonomia da vontade para passar a ser a solidariedade constitucional. Por isso, para Paulo Nalin o contrato hoje é uma relação complexa solidária.²⁵

Na perspectiva constitucional-civil, portanto, impõe-se atribuir dignidade ao homem contratante sem desprezar o comportamento contratual solidário, de sorte que a tutela não fique reduzida só aos interesses do credor, mas também aos do devedor.

O valor jurídico maior a ser tutelado no novo sistema é o equilíbrio, conforme a atual noção de justiça contratual. A função social do contrato, segundo essa perspectiva, encontra fundamento na Constituição, ora associada à cláusula geral de solidariedade ora ligada à quebra do individualismo e em vista da igualdade substancial. A igualdade material não permite tratamento jurídico muito desigual entre os contratantes.

Não se pode esquecer, contudo, que “a solidariedade é uma forma de conhecimento que se obtém por via do reconhecimento do outro o outro só pode ser conhecido enquanto produtor de conhecimento. Daí que todo o conhecimento-emancipação tenha uma vocação multicultural”.²⁶ A solidariedade exige ambiência diversa da dominação, pois o outro não só é reconhecido no discurso mas, por ser produtor de conhecimento, é dialeticamente reconhecido nesse discurso como um igual.

Por isso, o “novo contrato” talvez não seja tão novo assim, mas represente apenas um dos conhecidos modos capitalistas de adequação do sistema produção-consumo. É que na solidariedade contratual o consumidor não está em posição de um igual mesmo quando protegido, pois o regime regulatório só o reconhece como

²⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Os princípios Contratuais: da Formação Liberal à Noção Contemporânea*, p. 35-36.

²⁵ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*, p. 253.

²⁶ SANTOS, Boaventura. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, p. 30.

“cidadão consumidor”²⁷, ou seja, não como alguém que produz (conhecimento), mas como alguém que consome (produtos), o que o deixa sempre em posição subalterna na dialógica social e jurídica.

Em uma sociedade complexa e massificada, nada obstante, o rompimento com as racionalidades sistêmicas se torna cada vez mais difícil, em virtude daquilo que Pietro Barcellona denomina de fragmentação do sujeito em diversos papéis, com a constituição de um “sujeito débil”.

O “sujeito débil” é aquele que, na economia capitalista contemporânea – que também pode ser reputada uma estrutura sistêmica -, se alínea no consumo, e só tem relevância quando veste uma das diversas “máscaras” que a contemporaneidade impõe. O sujeito débil, definitivamente, não tem relevância pelo seu “ser”, mas, sim conforme o papel que ele ocupa em dado momento no interior do sistema. Os modelos, na contemporaneidade, se multiplicam, operando uma cisão sujeito. Trata-se do ápice da abstração: a pessoa nada mais é que um sujeito massificado, que só adquire relevância quando se insere em um dos diversos modelos, de relevância pontual, em dada situação jurídica.²⁸

Esse aspecto é que aproxima a moldura da proteção jurídica do trabalho e do consumo, na medida em que também se aplica ao contrato de trabalho. Também o trabalhador é o “sujeito débil” nas suas estruturas contratuais, pois mesmo quando contribui intelectualmente não se põe nessa relação como produtor (de conhecimento), pois toda produção é do empregador. O trabalhador é apenas alguém que aliena sua força de trabalho (fornecedor de uma mercadoria), o que o deixa sempre em posição subalterna na dialógica social e jurídica.

Isso é tanto mais relevante quando se percebe que na vida concreta a maioria das pessoas desempenha os dois papéis de maior debilidade social, pois a grande massa de consumidores é composta também por trabalhadores e muitas vezes os dois papéis estão co-relacionados, como na hipótese de o trabalhador ser um prestador de serviços a terceiros ou de adquirir produtos do próprio empregador.

²⁷ “Assim, ao inserir a defesa do consumidor dentre aqueles que expressam os direitos fundamentais do homem, o legislador fez do direito do consumidor um espaço amplo de respeito à pessoa humana. Desse modo expressa, na verdade, a busca de humanização do direito, pois, frise-se, o objetivo do dispositivo em questão é tutelar o homem enquanto consumidor e tendo e vista o modelo social atual” (EFING, Antônio Carlos e outros. *O Conceito de Consumidor*, p. 28).

²⁸ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*, p. 98.

Ainda que a constitucionalização do Direito Civil e do Direito do Trabalho, bem como o reconhecimento da dignidade do cidadão concreto constituam importante forma de abertura sistêmica, deve-se reconhecer que no campo sociológico a solução se mantém no campo meramente regulatório e não é suficiente para promover a “maioridade” por meio de um novo papel que o traga no discurso como um igual produtor de conhecimento.

O desafio está em dotar os regimes regulatórios da dignidade do trabalhador e do consumidor de mecanismos que conduzam a um progressivo estatuto emancipatório, o qual parece estar à margem da produção jurídica do próprio Estado.

Um marco civilizatório possível é o reconhecimento da função social do contrato. Embora se trate de categoria oriunda do regime regulatório, por se tratar de princípio geral dos contratos, não pode prescindir da prática social (inclusive jurídica) para que possa corresponder a uma efetiva emancipação dos trabalhadores e dos consumidores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A percepção da função social do contrato pode e tem sido deturpada de modo a afastar os mecanismos protecionistas das pessoas concretas (trabalhadores e consumidores) para transferir a proteção para entidades irreais e abstratas (como mercado de trabalho e mercado de capitais), como típico mecanismo ideológico de dominação. Essa é uma perspectiva a ser evitada.

Por função social do contrato há que se entender os mecanismos positivos e negativos que limitam a autonomia de contratar em favor da justiça social. Nos termos do art. 421 do Código Civil de 2002 “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Isso não quer significar que a finalidade do contrato seja enriquecer o produtor (acumulação) com a finalidade de que mais riquezas (e conseqüentemente, mais trabalho e mais consumo) sejam produzidas. Quer antes significar que a própria produção e circulação de riquezas por meio do contrato devem cumprir uma função social, ou seja beneficiar a todos que dela participam, pois não se admite mais o contrato como mecanismo, ainda que sutil, de pilhagem de um indivíduo por outro.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2^a ed. Curitiba: Juruá, 2003.

EFING, Antônio Carlos; INOMATA, Adriana; ROCHA, Ana Cláudia Loyola da; BORGES, Fernanda Schuhli; DICHI, Liliana Orth; SEATTOLIN, Rossana. “**O Conceito de Consumidor**”. In: **Direito do Consumo 3**. EFING, Antônio Carlos Efing (Coord.). Curitiba: Juruá, 2005, p. 13-69.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. “**Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica**”. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). 2^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 89-106.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2^a ed. Curitiba: Juruá, 2006.

PERLINGERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Trad.: Maria Cristina de Cicco.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. Trad. Fanny Wrobel. 2^a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. Tradução de: “The great transformation”.

POPPER, Karl Raimund. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987. Tradução de: “The Open Society and Its Enemies”, de 1957, atualizada e revista em 1973.

ROSANVALLON, Pierre. **A Crise do Estado-providência**. Trad. Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UnB, 1997. Tradução de: “La crise de l’Etat-providence”.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. “**Os princípios Contratuais: da Formação Liberal à Noção Contemporânea**”. In: **Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais**. RAMOS, Cármen Lúcia Silveira Ramos (Coord.). Curitiba: Juruá, 2006.

SANTOS, Boaventura. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. “**A Constituição econômica brasileira em seus 15 anos**”. In: **Constitucionalizando Direitos**. SCAFF, Fernando Facury (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. A função social no Código Civil – Aspectos da publicização do Direito Privado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 375, set/out de 2004, p. 103-139.