

# Moderno Dirigismo Econômico e Direito Contratual

CARLOS ALBERTO DA COSTA DIAS  
Advogado

## SUMÁRIO

*I — Introdução. II — Racionalidade jurídica. III — Conceito de contrato. IV — Autonomia da vontade. V — Plano legislativo. VI — Conclusão.*

### I — Introdução

O direito pressupõe um tipo de racionalidade jurídica. Também o direito contratual pressupõe um tipo de racionalidade jurídica, principalmente por ser tamanha a identidade entre o direito contratual e o direito *lato sensu* considerado. Para se iniciar o estudo da relação entre o Estado e o direito contratual é necessário que seja identificada a racionalidade jurídica em que se insere o direito e, por consequência, determina a forma de atuação do Estado.

Ainda que perfunctoriamente, neste trabalho, propomo-nos a traçar um esboço de que se deveria entender por dirigismo econômico no campo do direito contratual. Sem dúvida, o conceito é dinâmico segundo o paradigma de direito em que ele se encontra.

### II — A racionalidade jurídica

A doutrina<sup>1</sup> identifica três tipos de racionalidade jurídica: a formal, a substantiva e a reflexiva. A racionalidade jurídica formal estabelece

---

1 GUNTHER TEUBNER, no capítulo *Juridification: concepts, aspects, limits, solutions*, "in" *Juridification of Social Spheres — A Comparative Analysis in the Law*, organizado por GUNTHER TEUBNER, Berlin, Walter de Gruyter, 1987; *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law and Society Review*, Denver, 1983, vol. 17, nº 3; *Regulating Corporate Groups in Europe*, Baden Baden Nomos Verlagsgesellschaft, 1990, parte dois: Unites multiples: corporate governance in group enterprises.

as esferas das atividades dos atores privados, privilegiando a autonomia da vontade e o individualismo. As funções externas dessa racionalidade são as de estabelecer premissas estruturais para a alocação de recursos em uma sociedade de mercado. As estruturas internas têm orientação normativa: vale dizer, as regras são conceitualmente construídas e aplicadas segundo uma dedução lógica.

A racionalidade jurídica substantiva, por sua vez, é instrumento de regulação coletiva das atividades sócio-econômicas. Ajusta, dessa forma, o mercado via intervenção estatal. A função externa do direito consiste em modificação instrumental do mercado. A estrutura interna do direito apresenta-se com função teleológica, vale dizer, estabelece a ação por meio de regulação de princípios padronizados.

Por fim a racionalidade jurídica reflexiva, também denominada de procedimental, caracteriza-se pela justificação do direito como forma de auto-regulação e autocoordenação dos atores sociais. As funções externas do direito não consistem em produção de sistemas estruturados e estruturadores para o discurso interno e coordenação externa. As estruturas são orientadas de forma relacional.

O estudo do tipo de racionalidade jurídica em que se insere o moderno direito contratual demonstrará que o dirigismo econômico é uma forma de atuação dessa racionalidade e encontra-se em estado de transição. Há mudança também na função dos conceitos, inclusive de contrato.

### III — *Conceito de contrato*

É certo que o conceito de contrato sofreu alteração significativa principalmente à vista da intervenção do Estado na economia. A distinção encontra-se entre o conceito do contrato no modelo liberal e o contrato do modelo intervencionista. O contrato segundo a racionalidade jurídica formal e o contrato segundo a racionalidade jurídica substantiva.

Qual é a diferença entre as trocas havidas na antigüidade e as atuais? Entre ambas é válido dizer que são instituições relacionadas ao mercado. O que difere as relações de troca realizadas em nossa sociedade e as sociedades primitivas é que as relações de troca em nossa sociedade são contratuais. Nas sociedades primitivas não se podia falar em relação contratual. Tratava-se de relações estamentais, pois as trocas decorriam do *status* ocupado pelo indivíduo e de sua posição parental dentro de uma hierarquia. A troca estamental não é contrato. A relação de troca estamental tinha possibilidade de modificar a própria qualidade jurídica de quem efetuasse a troca. Assim era em Roma, pois quem trocava cavalos era o chefe da família. O filho só poderia efetuar o negócio quando ascendesse à posição de chefe.

As formas contratuais como conhecemos hoje não existiam nas sociedades primitivas. Sua origem provável, segundo WEBER, está na Idade Média, quando começaram a se tornar mais impessoalizadas as relações obrigacionais, fato este que tem relação também com o surgimento dos títulos de crédito.<sup>2</sup>

A doutrina civilista conceitua o contrato como um acordo de vontades gerador de efeitos obrigacionais.<sup>3</sup> A dogmática jurídica sob o conceito de contrato, no entanto, identifica o instituto pelo qual a determinação do conteúdo ou de alguns elementos deixou de ser livre; uma das partes perdeu a liberdade de escolha de outra; a formação de alguns tipos de contrato prescinde de autorização ou de aprovação da autoridade pública; há tendência de padronização de condições gerais etc. Essas evidências, pois, modificam o conceito de contrato.<sup>4</sup>

É patente a intervenção do Estado na vida do contrato. No que tange à teoria geral do contrato, trata-se de uma nova dogmática jurídica com renovação das matrizes filosóficas do direito privado.<sup>5</sup>

FRANÇOIS EWALD<sup>6</sup> explica que as relações sociais são reduzidas a formas contratuais que de contrato, no conceito liberal, só têm a denominação; as relações sociais tendem a uma infinidade de necessidades interdependentes entre os atores sociais. O aumento progressivo dessas relações de solidariedade (*solidarity relationships*) outorga aos contratos tamanha flexibilidade que não seria mais apropriado falar-se no termo contrato, mas sim em uma ordem contratual (*contractual order*).

Ainda segundo o autor citado, o marco dessa mudança seria a lei francesa do Trabalho de nove de abril de 1898. Essa lei organizou um sistema de acidentes de trabalho que não estava compreendido no clássico contrato de empreitada que lidava com noção de culpa e compensação de prejuízos.

A lei, diferentemente, pressupunha um pacto (*settlement*) entre empregados e empregadores, em termos das atividades exercidas e assunção de riscos dessa atividade.

---

2 A referência à gênese do contrato, bem como a referência a WEBER está inserida no artigo de autoria de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR in *O Destino do Contrato*, Revista do Advogado, nº 9, pp. 51 e seguintes, 1982.

3 ORLANDO GOMES in *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, 2ª edição, 1988, p. 5, 1988.

4 ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 4.

5 ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 5.

6 FRANÇOIS EWALD in *Dilemmas of Law in Welfare State*, Capítulo A *CONCEPT OF SOCIAL LAW*, Berlim, Walter de Gruyter, 1986, organizado por GUNTHER TEUBNER, pp. 50 e seguintes.

A mudança legislativa aludida traduz-se em termos de mudança de racionalidade jurídica. EWALD,<sup>7</sup> nesse sentido, revela que a moral e a filosofia dos contratos são substituídas por uma doutrina baseada na sociologia, através da distribuição equitativa dos prejuízos e lucros entre os diversos atores sociais.

Nesse sentido, a nova dogmática torna imprestáveis “princípios e construções de conceitos ordenados em função de outro tipo de conduta”. Os antigos juristas “encaram como insuportáveis monstruosidades jurídicas as soluções criadas para atender às exigências da convivência social e tentam reduzir os fatos novos aos conceitos tradicionais a que repugnam”.<sup>8</sup>

A utilização de um conceito para determinar duas figuras jurídicas distintas, entretanto, não é despreziosa, mas, pelo contrário, é nitidamente ideologizada.<sup>9</sup> Com efeito, o contrato no modelo liberal privilegiava a autonomia da vontade. A mudança de racionalidade operada rompe a estrutura intervindo na vida dos contratos privados e estabelece, sobretudo, uma ordem contratual. O contrato, cujo nome se mantém, não privilegia mais a autonomia da vontade, mas sim a interrelação dos atores sociais através da intervenção do Estado.

Conclui-se, assim, que o busílis do conceito de contrato é a autonomia da vontade. Dirigismo econômico, por sua vez, se contrapõe à autonomia da vontade.

#### IV — *Autonomia da vontade*

Segundo LUHMANN,<sup>10</sup> as funções básicas do contrato enquanto instituição capitalista são:

- a) modalidade de troca;
- b) institucionaliza a autonomia da vontade e a liberdade contratual;
- c) protege as partes contra os riscos econômicos;
- d) permite a equalização dos contratantes.

Interessa-nos aqui aprofundar que tipo de autonomia da vontade e de liberdade contratual está relacionada com o moderno dirigismo econô-

7 FRANÇOIS EWALD, *op. cit.*, p. 42: nesse sentido o autor cita PLANIOL E RIPERT; MAZEUD e MAZEUD; BOVER; GEROUD; RABIMOVICS; BOULAN *et alii*.

8 ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 5.

9 FRANÇOIS EWALD, *op. cit.*, p. 40.

10 A referência a LUHMANN está inserida no artigo de autoria de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR in “O Destino do Contrato”, *Revista do Advogado*, nº 9, pp. 51 e seguintes, 1982.

mico. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR<sup>11</sup> distingue liberdade no sentido positivo e liberdade no sentido negativo. A equalização dos contratantes é a chamada de liberdade no sentido negativo e implica generalização mútua. A autonomia da vontade é a liberdade no sentido positivo. O contrato harmoniza esses dois tipos de liberdade, posto que a autonomia da vontade está inserida no contexto de uma sociedade de massas. Nesse tipo de sociedade, as igualdades suplantam as diferenças. O dirigismo econômico confronta-se com o direito contratual.

ARNOLDO WALD<sup>12</sup> estabelece distinção quanto aos termos: liberdade de contratar e liberdade contratual. Aquele seria a "faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto que este, liberdade contratual, seria a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. A primeira refere-se à possibilidade de realizar ou não um contrato, enquanto a segunda importa na fixação das modalidades de uma realização".

Quanto à possibilidade de se estabelecer o conteúdo do contrato, vale lembrar os métodos de PIERRE DE HARVEN:<sup>13</sup> A amputação e o enxerto. A amputação consiste em retirar do contrato uma de suas cláusulas tendo-a por não escrita, ou substituindo-se imperativamente por outra. O enxerto consiste em introdução no conteúdo de um contrato de uma obrigação como se fora convencionalizada.

Quanto à liberdade de contratar LEHMANN<sup>14</sup> ressalta: a) a autorização de um órgão para a realização de contratos; b) a disciplina da conclusão de certos contratos mediante proibições que limitam a escolha do contratante; c) a imposição a determinadas empresas da obrigação de contratar. Quanto à liberdade contratual, ou liberdade de estabelecer o conteúdo do contrato, o autor cita: a) a regulamentação coativa do conteúdo mediante imposição de obrigações determinadas; b) a limitação de estruturação do conteúdo do contrato através das condições gerais de estipulação estabelecidas unilateralmente.<sup>15</sup>

Além desses métodos para se modificar o contrato, há também o surgimento de novas figuras contratuais. Nas palavras de ORLANDO GOMES,<sup>16</sup> "dispensa-se a essa relação jurídica o tratamento dado às relações contratuais como se proviesse de um genuíno contrato. Assim são aplicá-

---

11 TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, in "O Destino do Contrato", *Revista do Advogado*, n° 9, 1982, p. 51.

12 ARNOLDO WALD, in *Obrigações e Contratos*, 5ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p. 109.

13 A referência a PIERRE DE HARVEN é feita por ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 24.

14 A referência a LEHMANN é feita por ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 16.

15 ORLANDO GOMES não distingue em sua obra entre liberdade contratual e liberdade de contratar.

16 ORLANDO GOMES, *op. cit.*, p. 23.

veis o princípio de interdependência de obrigações, inclusive a *exceptio non adimpleti contractus*, a *periculum interactus*, como o *periculum deteriorationis*, a mora, a responsabilidade contratual etc.". São esses contratos: a) normativo; b) coativo; c) tipo; d) adesão; e) necessário. Não se pode pensar na sociedade contemporânea sem esses tipos de contrato, como endossa RIPERT, citado por ORLANDO GOMES.

Não se cogita, nessas figuras contratuais, de autonomia da vontade — é inexistente, mas mantém-se a ideologia do contrato no modelo liberal, nos termos preconizados por FRANÇOIS EWALD.

Doutrinadores pátrios não se atinham a esse tipo de questão ao tratar da intervenção do estado nos contratos. ARTUR ROCHA in *Da Intervenção do Estado nos Contratos Concluídos* (revisão dos negócios privados e o direito civil), Ed. Irmãos Pogetti, 1932, analisava a intervenção estatal como forma de proteção do juridicamente mais fraco. Essa explicação para o surgimento das novas figuras contratuais, no entanto, não convence, pois muitas vezes os contratos asseguram exatamente o contrário ao prever monopólios etc.

As novas figuras contratuais são exemplos de uma nova realidade contratual existente. Ajustam instrumentalmente o mercado, estabelecem padrões, regulamentam as atividades sócio-econômicas. Privilegiam, enfim, a atuação do Estado na economia.

#### V — Plano legislativo

No plano legislativo brasileiro é nítida a evolução da racionalidade jurídica formal para a racionalidade jurídica substantiva. O código de defesa do consumidor abre margem à racionalidade jurídica procedimental.

O Código Civil Brasileiro é um exemplo clássico de diploma legal elaborado sob a égide do modelo liberal. Privilegia a autonomia da vontade e o individualismo. Não trata de dirigismo econômico nos contratos, mas estabelece limites de ordem relativa ao interesse público. Exemplos disso são as disposições nos arts. 145, 1089, 1132 e 920, as quais limitam a autonomia da vontade.

O Projeto do Código Civil n.º 634-B apresenta algumas mudanças sensíveis ao regular o contrato de adesão, nos arts. 422, 423, 424, bem como ao introduzir a preocupação de que o contrato deve cumprir sua função social.

Talvez a primeira intervenção econômica nos contratos poderia ter sido observada, na verdade, na legislação que estabeleceu proibição da cláusula-ouro e estabeleceu o curso forçado da moeda. Cuidava, sem dúvida, de medida visando a implementar a política monetária, ao arbítrio da já crescente desvalorização da moeda.

Em pleno Estado Novo, o Decreto n.º 22.626, de 1933, dispunha sobre a proibição de cobrança de juros acima do permitido. A limitação

ficou restrita a particulares, posto que foi revogada pela lei de mercado de capitais, a qual institucionalizou a política monetária dentro de padrões internacionais do mercado financeiro.

Atualmente a intervenção econômica nos contratos tem sido sentida em todos os momentos, principalmente por efeito de mudança de política monetária. Planos econômicos sobrepõem-se a outras tantas medidas todas com o efeito de regular a política monetária, e, por consequência, estabelecem novas regras e cláusulas nos contratos, tornando sem efeito outras tantas.

A Constituição Federal de 1988 estabelece bases programáticas para a atividade econômica. Funda-se na valorização do trabalho, na livre iniciativa, observada a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais etc. (arts. 170 e seguintes da Constituição Federal).

Merece relevo a garantia do Estado em defesa do consumidor, insculpida como direito individual nos termos do art. 5.º, inciso XXXII, regulamentada pela Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu taxativamente as cláusulas contratuais nulas de pleno direito, relativas ao fornecimento de bens ou produtos e serviços que impossibilitem, exonerem ou atenuem responsabilidade do fornecedor, subtraíam ao consumidor a possibilidade de reembolso, transfiram responsabilidades a terceiros, estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, bem como outras tantas vedações inseridas no art. 51 e respectivos incisos. A lei recondiciona e reeduca as relações de consumo.

Além disso, dá tratamento coletivo às questões de consumo, denotando-se ainda mais a presença de uma ordem contratual interligada em uma sociedade de massas, ao invés de violação de um interesse individual.

Aponta, por fim, além da nítida racionalidade jurídica substantiva, passos à regulação coletiva por parte da sociedade das relações de consumo, afasta o Estado ostensivamente atuante, dando margem possível a uma nova mentalidade inserida na racionalidade jurídica procedimental ou reflexiva.

Com efeito, o art. 107 dispõe sobre a *convenção coletiva de consumo*, segundo a qual as entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica poderiam regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenha por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo. Nesse caso a convenção tornaria obrigatória apenas aos filiados e às entidades signatárias, a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos.

## VI — Conclusão

O tema DIRIGISMO ECONÓMICO E DIREITO CONTRATUAL oferece uma gama enorme de abordagens e indagações. Não analiso neste modesto trabalho o conceito de ordem pública e o conceito de interesse público, para o que me reporto aos trabalhos de GIORGIO GIORGI e LUIGI FERRI.<sup>17 18</sup> Tampouco a dissertação abarca o tema da compatibilidade entre o fim social da doutrina interventivista e o caráter privatístico, exposto por PIETRO BARCELONA.<sup>19</sup>

O presente trabalho visou a esboçar uma mudança de racionalidade e de leis que atuavam sobre o modelo clássico liberal e o modelo intervencionista, tentando demonstrar, a princípio, o rumo do modelo procedimental. O código de defesa do consumidor é uma mudança. Trata-se, na linguagem de EWALD, de um pacto entre consumidores e fornecedores de uma nova relação de consumo. O contrato clássico é tido como a relação imediata entre a supremacia e a autonomia individual, do qual emerge o Estado com poderes limitados a garantir os contratos. O que muda entre o velho sistema e o novo é a forma de pensar o relacionamento do todo com as suas partes, ou seja, como o contrato social é concebido. No direito social (*social law*) preconizado por EWALD as partes não pactuam cláusulas diretamente sem antes passar pela mediação do todo, ou seja, da vontade social, ou ainda, para se utilizar os termos de nossas legislações, da função social do contrato.

Muitas críticas podem ser feitas ao código de defesa do consumidor, inclusive a de que não seria um modelo legal aplicável à realidade brasileira, posto que importado do ordenamento jurídico de outros países mais desenvolvidos. Há quem argumente que a questão é cultural, e o Brasil não tem tradição para enfrentar o mesmo tipo de problema que países superindustrializados. Coloca-se em cheque, ainda, dentro do contexto, a compreensão da sociedade brasileira, e não só do Estado, no conceito de *Welfare State*, ou Estado do Bem-Estar, dada as desigualdades sociais enfrentadas por nós.

As ponderações são pertinentes na medida em que o discurso neoliberal, antes de regular relações entre atores sociais homogêneos, fragmenta conquistas sociais, sob o pretexto de retirada do Estado da economia. Assim acontece principalmente nas relações trabalhistas, quando a ordem é a ausência do Estado e um dos lados é visivelmente mais organizado e forte que outro.

A conclusão deste trabalho, antes de uma resposta, é uma indagação. Nos países desenvolvidos a mudança legal está ligada a uma superação do Estado do Bem-Estar, a racionalidade jurídica substantiva é superada pela racionalidade jurídica reflexiva. O que dizer no Brasil?

17 GIORGIO GIORGIO, in *Teoria Delle Obbligazione nel Diritto Moderno Italiano*, vol. III, Firenze, 1886, p. 466.

18 LUIGI FERRI, in *L'Autonomia Privada*, Giuffrè, 1969.

19 PIETRO BARCELONA, in *Intervento Statale e Autonomia Privada nella Disciplina dei Rapporti Economici*, Giuffrè, 1969.