

O CONTRATO SOB O DIREITO SOCIAL

Contratos relacionais e defesa do consumidor, *de Ronaldo Porto Macedo Jr.* São Paulo: Max Limonad, 1998, 398 pp.

Alberto do Amaral Junior

A literatura jurídica brasileira acaba de ser enriquecida com esta obra de Ronaldo Porto Macedo Jr., resultado de dois anos de intensas pesquisas desenvolvidas na Universidade de Harvard com a finalidade de elaboração de tese de doutorado, defendida na Faculdade de Direito da USP. Original e inovador, o livro analisa a proteção ao consumidor a partir das transformações do direito contratual contemporâneo e da emergência dos novos paradigmas jurídicos que surgiram com o Estado do Bem-Estar Social.

Sem se deixar seduzir pela tentação de repetir as antigas máximas consagradas pelos velhos manuais, o autor privilegia um enfoque deliberadamente interdisciplinar. As mudanças contratuais são abordadas levando-se em consideração as transformações econômicas, políticas, sociais e culturais, o que exige, por isso mesmo, o concurso do direito, da economia, da sociologia e da filosofia para a realização desta tarefa. Na realidade, a tentativa de compreender as alterações na teoria contratual que se restrinja ao âmbito exclusivamente dogmático corre o risco de ser parcial e incompleta, além de padecer de certa ingenuidade metodológica. As dificuldades enfrentadas pelo modelo kelseniano — provavelmente o esforço mais consistente de se elaborar um conhecimento puro sobre o direito — revelam, há algum tempo, a necessidade de pesquisas que descortinem novos horizontes paradigmáticos.

Os propósitos do autor encontraram auxílio precioso numa vasta bibliografia norte-americana em matéria contratual, sobretudo nos trabalhos pioneiros de Macneil. A doutrina brasileira, que por

razões históricas se mostra mais sensível à influência dos sistemas jurídicos pertencentes à tradição romano-germânica, por longo tempo ignorou quase que por completo a experiência contratual norte-americana. Diversamente do que se passa em outros países vinculados à família romano-germânica, nossos doutrinadores raramente fazem referência ao direito norte-americano, particularmente ao papel da jurisprudência na superação do princípio *privity of contract* e na construção de novas categorias que alargaram a proteção dos consumidores. Igualmente, o grande debate que hoje se trava nos Estados Unidos acerca da teoria contratual ainda não teve ressonância no Brasil. Por isso, o livro, a par da atualização bibliográfica que promove, instaura fecundo diálogo com a doutrina contratual norte-americana.

O livro de Macedo Jr. destaca-se, ainda, pela busca de novos marcos conceituais com maior capacidade analítica para o estudo do contrato. Para tanto, a noção de contratos relacionais, concebida por Macneil e aprofundada pelo autor, desempenha função central na caracterização das novas formas contratuais que se afirmaram com o advento do paradigma da especialização flexível no campo da produção. Na verdade, mais do que uma proposta destinada a lançar novas luzes sobre a teoria contratual — o que por si só seria elogiável —, o livro contém concepções do mercado e do próprio direito que funcionam como fios condutores para que se possa captar o sentido e alcance das mudanças sofridas pelo contrato na sociedade moderna.

A noção de direito social, formulada pelo filósofo francês François Ewald, serve como solo epistemológico para a análise do contrato elaborada pelo autor. A expressão "direito social", utilizada por Ewald, designa as práticas legais que tipificam o Estado do Bem-Estar, o qual promove a coordenação de nova forma do espaço político com sua própria lógica interna. O direito social é, assim, um processo

de transformação que atinge diferentes disciplinas — do direito civil ao direito internacional —, simbolizando verdadeiro processo de socialização do direito. O que é alterado é a maneira de pensar a relação do todo com as partes, as relações interindividuais e a natureza do todo resultante de tais relações. Muda a maneira pela qual o contrato social é concebido. Enquanto o contrato social clássico é visto na perspectiva das relações imediatas entre indivíduos autônomos, das quais surge o Estado com poderes limitados, o contrato no âmbito do direito social tem existência própria, independente das partes, sendo que estas não mais podem assumir obrigações diretamente, sem passar pela mediação do todo. A socialização designa esta forma de conceber as obrigações em que a ligação entre os indivíduos é sempre mediada pela sociedade. Esta, por sua vez, cumpre papel regulador, mediador e redistributivo.

Com o direito social verifica-se a passagem da racionalidade política inspirada em pressupostos filosóficos e morais para outra que, segundo Ewald, pode ser denominada "contrato solidário", fundado nas idéias de distribuição justa e alocação equitativa dos ônus e benefícios. O direito social exhibe indisfarçável natureza contratual, na medida em que pressupõe relações de interdependência e solidariedade entre o indivíduo e o todo. O programa solidarístico do direito social estrutura-se com base no princípio da interdependência conflituosa dos vários elementos que compõem a sociedade. O direito social recusa a afirmação de que as regras jurídicas devam ser iguais para todos: primeiro, porque o direito não é senão expressão dos interesses de grupos e classes, e segundo porque em sua universalidade abstrata o direito pode ser um instrumento de opressão dos fracos pelos fortes.

O conceito de direito social está, assim, em oposição radical à noção de direito de Kant, fundada na coexistência das liberdades. O direito social é um instrumento de intervenção que serve para compensar e corrigir as desigualdades, restaurando o equilíbrio ameaçado. Trata-se de um direito de preferências, de não-reciprocidade e de discriminações positivas. O direito social promove uma nova relação entre direito e conflito. Contrariamente à visão segundo a qual o direito destina-se a regular o conflito, com o advento do direito social o conflito situa-se no interior do próprio direito. O direito não é mais percebido como fator externo que introduz mecanismos de resolução de litígios. No dizer de Ewald, a estratégia levada a efeito pelo direito social consistiu em conver-

ter o direito em um dos principais motivos de disputa. É justamente esta inversão na relação entre direito e conflito que explica por que o direito social não pode assumir outra forma que não seja o acordo. O direito social necessita limitar as soberanias individuais tendo em vista a realização da mutualidade. Cabe-lhe estabelecer as discriminações entre ricos e pobres, compatibilizando interesses individuais e grupais.

O direito social apóia-se tanto em uma escatologia do contrato quanto em uma escatologia do próprio direito. A sua emergência provoca a mudança no tipo de racionalidade jurídica que prevalecia no liberalismo clássico. No tocante à racionalidade normativa, o direito social muda o foco que recaía sobre a autonomia no modelo jurídico liberal para a regulação. A justificação do direito social encontra-se na necessidade de regulação coletiva da economia e da atividade social para compensar as inadequações do mercado. Em matéria de racionalidade sistêmica, a função do direito social é contribuir para as intervenções políticas do Estado regulador.

Nessa perspectiva, Macedo Jr. procura compreender o caráter normativo e reflexionante da racionalidade do direito social com o fim de desvendar o sentido das alterações do paradigma contratual clássico. A norma constitui, nesta ordem de idéias, o princípio de mensuração, uma medida comum que não tem exterioridade, visto que só se relaciona consigo mesma. Como a norma é uma medida de comparação, de valoração que se relativiza conforme o tempo, não lhe é dado definir *a priori* os valores que engendra. O autor lembra que no campo da norma não há valores a-históricos, atemporais ou desvinculados de seu contexto material. Todos os valores são relativos e consensualizáveis. A normalização, como processo de criação de valores a partir da norma, radica no fato de ser o valor a expressão da solidariedade relativa de um grupo, não se fundando na relação que mantém com um ideal.

Sob este ângulo, normalizar não se confunde com legislar. A normalização não poderia ocorrer por decreto ou em virtude da manifestação de uma vontade soberana. Condição essencial para a normalização é a existência de um conjunto de agentes interessados que negociam com base em suas respectivas experiências. Por meio da norma o grupo cria uma medida comum conforme um princípio de auto-referência, sem recurso a qualquer exterioridade. Ela surge, assim, como uma regra de julgamento, ou seja, uma maneira de produzir um juízo, um critério para orga-

nizar, agrupar e classificar, que cria identidades e exclusão. Na qualidade de medida comum, é importante meio de comunicação que permite a interação entre os indivíduos e o exercício do poder.

Pelo menos desde o início do século XIX, a experiência jurídica converte-se em processo auto-reflexivo e autopoietico, o que significa que a juridicidade não decorre de critérios externos ao direito. Macedo Jr. adverte, contudo, que entender o direito como um sistema autopoietico, que se reporta a si mesmo, não é de grande valia caso não se consiga descrever o funcionamento específico do direito no contexto histórico em que se desenvolve.

No direito social, a noção de equilíbrio passa a ser, na opinião do autor, a medida substantiva de reciprocidade contratual. A idéia de equilíbrio permitiria identificar, no século XX, um novo modo de elaborar os conteúdos jurídicos e identificar a existência de uma nova regra do jogo jurídico do direito social. Ela torna-se, assim, a "regra de julgamento" do direito social. Macedo Jr. afirma que seria possível destacar quatro características principais da regra de julgamento criada pela noção de equilíbrio.

Em primeiro lugar, ela designa um tipo de juízo que pondera a relação entre dois ou mais termos. No plano contratual, mais importante que a validade formal do negócio seria avaliar a justiça da relação contratual. Exemplo disso é a aplicação do princípio da boa-fé como mecanismo de controle das vantagens excessivas que uma parte pode auferir com a celebração do contrato. Em segundo lugar, o juízo de equilíbrio deve ser flexível para adaptar-se às mudanças sociais. Os princípios são reflexionantes à proporção que se referem a uma medida que varia conforme a alteração da normalidade e da normatividade. Em terceiro lugar, o juízo em termos de equilíbrio pressupõe a justiça como distribuição equitativa de vantagens e ônus. Esta observação afasta-se da concepção liberal, para a qual a justiça de um contrato repousa na concordância com as regras de funcionamento do mercado. Para o direito social, é decisivo garantir o equilíbrio substantivo entre as partes que contratam. As cláusulas inseridas em um contrato serão abusivas sempre que um dos contratantes tiver probabilidade anormal de obter vantagem em relação à parte contrária. Em quarto lugar, o conceito de equilíbrio é inseparável das idéias de escala e contrapeso. O juízo de equilíbrio exige um princípio de equivalência, ou seja, a possibilidade de mensurar cada valor com base em um modo coletivo de avaliação. Na esteira de

Ewald, Macedo Jr. considera que a sociologia é o ramo do conhecimento que permite a determinação de uma medida para a mensuração dos valores e interesses, possibilitando a resolução dos conflitos sociais. O direito social não se apóia em uma filosofia que forneça critérios universais e transcendentais de medida. A sociologia, ao contrário, é que deve servir-lhe de fundamento.

Semelhante postura teórica é, certamente, motivo de polêmica. Se é verdade, como reconhece o autor, que se pode mensurar a normalidade com o auxílio de métodos quantitativos, conferindo-lhe assim objetividade, é preciso admitir, todavia, que não há resposta segura para a questão relativa aos limites da normalidade. A natureza reflexionante da norma não admite uma resposta geral válida para todas as situações. É óbvio que este fato sugeriria a possibilidade de se confundir a normalidade do direito social com o mero arbítrio.

Além disso, o livro não analisa o impacto da crise do Estado do Bem-Estar para a lógica do direito social. A crise do Estado Providência expressa tanto a erosão do compromisso de classes quanto o declínio dos valores solidarísticos que inspiraram a sua criação. Seria necessário investigar, por isso, em que medida os princípios fundadores do direito social continuam ainda a vigorar numa época de redefinição do papel do Estado, de desmontagem dos aparatos burocráticos tradicionais, do avanço das privatizações e da crescente desregulação estatal.

Macedo Jr. parte do pressuposto de que toda sociedade cria uma ordem de dominação e de distribuição de riqueza e de poder. Ao regular as operações econômicas, o contrato cumpre uma função vital no modo de alocação do poder e da riqueza. O contrato é também meio de constituição dos sujeitos jurídicos que atuam no mercado. As sociedades anônimas modernas são formadas a partir de contratos concluídos pelas partes que as integram, assim como as associações e sindicatos têm origem contratual. De maneira análoga, os contratos de franquia formam verdadeiras redes de produção e distribuição compostas por agentes que mantêm estreito grau de interdependência e que se articulam em relações assimétricas de poder.

O autor admite que as relações entre comerciantes ou entre fornecedores e consumidores acarretam diferenciais de poder em função da posição que cada contratante ocupa no mercado de troca. Isto ocorre seja em razão da maior ou menor vulnerabi-

lidade dos agentes econômicos, seja da sua posição relativa à organização de interesses, como se verifica nas relações entre sindicatos e empresas.

Sob este prisma, o mercado é concebido como ordem de riqueza e de poder, diferentemente do que sucede com o pensamento liberal clássico, que considera o mercado uma zona neutra, insuscetível, portanto, de sofrer os efeitos do poder e da dominação. A justiça contratual, para o liberalismo, reside na mera obediência aos procedimentos jurídicos formais, afastando-se totalmente do resultado da relação contratual concluída pelas partes. A propósito, sustenta o autor, o direito contratual, ao regular relações de troca que importam em alocações distintas do poder e da riqueza, acaba por permitir ou facilitar resultados distributivos. Assim, a regulação jurídica do mercado de trocas acarreta, inevitavelmente, efeitos distributivos, que variarão de acordo com a estrutura institucional que moldar o mercado. Tipos diferentes de regulação configurariam formas distintas de mercado, que não apresentam os mesmos efeitos distributivos. Em razão da finalidade que se persegue — desenvolvimento econômico, liberdade de comércio, defesa da propriedade ou justiça social —, podem ser imaginados modelos de mercado bastante variáveis.

Nesta linha de pensamento, o autor assinala que as transformações do direito contratual moderno ocorrem em três planos básicos: o da inclusão dos novos valores de bem-estar e justiça distributiva (welfarismo contratual); o das mudanças no mercado e das formas de articulação da produção e distribuição dos bens; e o da mudança da racionalidade jurídica dominante, que permite articular as duas mudanças anteriores.

A teoria contratual mantém vinculação estreita com o tipo de organização do mercado e da indústria existente em cada momento histórico. Ela recebe influência, por igual, das alterações nas práticas de racionalidade e solidariedade social, bem como da criação de valores de bem-estar. A forma de institucionalização do direito e do mercado, que é parcialmente condicionada pela economia capitalista, apresentaria razoável margem de contingência para a formulação e implementação de molduras institucionais que se ajustem à especificidade das situações concretas. A relação entre estruturas de saber jurídico, estruturas de poder e formas institucionais de regulação econômica constitui-se num processo de interação recíproca. É este o campo sobre o qual

deve atuar a imaginação criadora no âmbito do direito contratual.

Ao criticar as posturas teóricas de cunho economicista, que sustentam a determinação do direito pela economia, Macedo Jr. reconhece, contudo, a íntima associação entre a teoria contratual e a forma dominante de produção econômica. Distingue, para tanto, três paradigmas contratuais, o clássico, o neoclássico e o relacional, que correspondem, respectivamente, à produção manufatureira, à produção em massa e à especialização flexível. Estes três paradigmas, concebidos à maneira dos tipos ideais weberianos, são de grande utilidade para a compreensão da teoria contratual nos dois últimos séculos. Com o emprego deste recurso teórico, o analista está em condições de entender o nexo entre contrato e mercado e identificar as transformações da teoria contratual neste período.

Desde a metade dos anos 1970, a combinação de vários fatores originou nova fase do desenvolvimento industrial. A introdução de tecnologias inovadoras na área da produção, a extraordinária expansão da informática, impulsionada pela revolução no campo da microeletrônica, a difusão em escala planetária dos meios de comunicação e transporte, a internacionalização dos mercados, a flexibilização da gestão empresarial e a sofisticação das demandas dos consumidores geraram novo modo de produzir, em substituição ao modelo fordista, que imperou na primeira metade do século XX. O paradigma da especialização flexível da produção, como vem sendo chamado, possui, segundo o autor, as seguintes características: redução do trabalho envolvido, pela simples razão de que o trabalho qualificado e a inovação tecnológica aumentam a produtividade e diminuem o número de trabalhadores diretamente participantes nas tarefas produtivas; redução do tempo requerido desde o início da produção até o seu final; redução do trabalho direto; geração de um produto final de alta qualidade.

Apesar de bastante mais dispendiosa que a produção manufatureira e que a produção em massa, a especialização flexível, baseada na automação e na reconversão das plantas industriais, permite a fabricação de produtos não padronizados que se destinam a atender as demandas de segmentos específicos do mercado. Com o advento da especialização flexível, a produção manufatureira e a produção em massa não desaparecem, sendo responsáveis por importante parcela da produção atual. A novidade

de, porém, consiste no fato de que a especialização flexível, na qualidade de forma produtiva dominante, passa a direcionar e coordenar as estratégias de troca e regulação macroeconômicas.

A emergência do paradigma da especialização flexível da produção afetou o pensamento contratual, ensejando relações duradouras baseadas na cooperação. Os contratos de longa duração são utilizados para regular operações descontínuas que se sucedem num período superior a três ou cinco anos. Em virtude da sua constante mutabilidade, não é possível fixar, de modo inalterável, o preço, a qualidade, a quantidade e a data de entrega dos bens nos contratos de longa duração. As variações que o produto sofre em curto espaço de tempo impedem a previsão rigorosa dos termos do ajuste nos contratos de longa duração. Os contratos relacionais têm caráter processual, assumindo, no dizer de Macedo Jr., a forma de um jogo reflexionante que produz *in fieri* a medida de sua razoabilidade e justiça contratual. Os contratos relacionais de longa duração estabelecem, ainda, processos institucionais pelos quais os termos de troca serão especificados por ocasião do cumprimento contratual. Cabe frisar que os contratos relacionais não apenas regulam as trocas de mercadorias, mas também prevêem os processos para a cooperação interorganizacional em relação ao produto, à produção e à estrutura de gerenciamento. Ao compartilhar informações, livros e planilhas de custos, o lucro deriva menos da barganha entre as partes e mais da cooperação, de acordo com os princípios de solidariedade.

Enquanto os contratos descontínuos, peculiares à forma de produção manufatureira, pressupõem a igualdade formal entre as partes, que trocam os riscos

e ônus envolvidos na operação, nos contratos relacionais há uma divisão de ônus e benefícios entre os contratantes. Certos contratos relacionais, como os de seguro, especialmente os de plano de saúde, apresentam, na opinião do autor, um aspecto cooperativo, que se traduz na criação de uma proteção contra riscos, a qual não se realiza sem o concurso de vários agentes, e um aspecto solidarístico, expresso pela referência à justiça social implícita na socialização dos prejuízos que atingem os menos afortunados.

Os princípios dos contratos relacionais são ainda analisados quando o autor aborda, em profundidade, o tema dos contratos previdenciários. Não obstante reconhecer que não existe, no momento, desafio sério à hegemonia do paradigma contratual neoclássico, ele admite que têm havido inúmeros questionamentos por parte da doutrina e da jurisprudência, principalmente após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor e a atuação pioneira dos tribunais brasileiros em matéria de contratos de saúde, que representam a erosão da sua preponderância teórica. Tais questionamentos revelam, na verdade, o início de uma crise paradigmática que poderá ocorrer nos próximos anos por meio da substituição do paradigma neoclássico pelo paradigma dos contratos relacionais.

Por tudo isso, o livro de Ronaldo Porto Macedo Jr. alcança o plano da excelência. A obra estimula a reflexão, suscita o debate e empreende grande inovação teórica no estudo do contrato no Brasil.

Alberto do Amaral Junior é professor da Faculdade de Direito da USP.