

O COMPROMISSO MORAL NOS CONTRATOS EM GERAL E NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Danilo de Araújo Carneiro¹

RESUMO:

O presente trabalho aborda o tema da moral e da liberdade contratual frente a atuação intervencionista do Estado como regulador de relações sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito – moral – contratos – ética – economia.

The MORAL COMMITMENT IN CONTRACTS IN GENERAL AND THE CONSUMER AFFAIRS

SUMMARY:

This paper addresses the issue of moral and contractual freedom from the interventionist role of the state as regulator of social relations .

KEYWORDS : Right - moral - contracts - ethics - economy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 2. ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE CONTRATUAL; 3. A INVERSÃO DA VALIDADE MORAL DO PACTO, PARA A “MORAL” DA PROTEÇÃO AO HIPOSSUFICIENTE (A MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO); 4. O CUMPRIMENTO DAS REGRAS MORAIS COMO CENTRO DE EQUILÍBRIO SÓCIO- ECONÔMICO. 4.1 RELAÇÃO ENTRE ÉTICA E ECONOMIA. 4.2 RELAÇÃO ENTRE ÉTICA ECONÔMICA E DIREITO. 5. CONCLUSÃO; 6 . REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

¹ Professor da Faculdade Estácio de Sá Vitória-ES – FESV. Mestre e Doutor

INTRODUÇÃO

Para além de uma análise estritamente jurídica, o ato judicial de anular, de declarar inválidos os contratos, tem se tornado cada vez mais frequente em nossa sociedade. A “*Pacta sunt servanda*” não é mais presunção de certeza.

O Intervencionismo Estatal com a regulamentação de questões civis outrora coroadas pela autonomia da vontade está cada dia mais presente na vida do cidadão. A Legislação Trabalhista, o Direito de Família e o Direito do Consumidor no Ordenamento brasileiro explicitam claramente essa ideia.

As “cláusulas abusivas” prevista no Código de Defesa do Consumidor, como exemplo, obtiveram nova exegese em relação aos princípios contratuais do Direito Privado. A “*pacta sunt servanda*” se relativiza na busca do reequilíbrio contratual e em função de uma nova linha de direitos considerados de Ordem Pública.

Questiona-se, outrossim, se esse movimento intervencionista tendo hoje alcançado grandes proporções, pode desvelar-se em instrumento diluidor de preceitos morais. Será que o desprestígio do pacto pode acarretar alguma perda de referências morais de uma sociedade?

Questiona-se no presente trabalho quais os limites da atuação intervencionista do Estado. Até que ponto o Interesse Público pode interferir na esfera privada sem com isso gerar algum tipo de distorção. E ainda quais seriam os reflexos da perda de força dos pactos na economia.

2. ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE A LIBERDADE CONTRATUAL

Os tratados de direito privado que outrora imprimiam a convicção jurídica na autoridade da “autonomia da vontade” (o direito com suas garras lhe garantia a validade) não se impõem assim mais tão contundentes.

A ordem régia para os assuntos contratuais era a privada:

O contrato obriga os contratantes. Lícito não lhes é arrepender-se; lícito não é revogá-lo senão por consentimento mútuo; lícito não é ao juiz alterá-lo

ainda que a pretexto de tornar as condições mais humanas aos contratantes. ...²

Ao se constituir o direito contratual moderno, já não encontrou obstáculo o princípio do consensualismo. Os sistemas de direito positivo consignaram a preeminência da regra segundo a qual o contrato se forma segundo o consenso das partes. Retomou a velha parêmia, "pacta sunt servanda", não apenas para dizer que os contratos devem ser cumpridos (princípio da força obrigatória), mas para generalizar que qualquer ajuste, como expressão do acordo de vontade das partes, tem igual força cogente.³

É fato historicamente comprovado que a plenitude da liberdade jurídica (notadamente no século XIX, após a proclamação da liberdade e igualdade política que conduziram ao individualismo do século XVIII) trouxe consigo males sociais terríveis. O Estado não podia mais ficar omissivo diante das profundas mazelas sociais produzidas: de um lado, uma industrialização crescente com a criação de grandes empresas o que conduzia a diferenças abismais de força entre os contratantes; por outro, a liberdade ampla, a autonomia da vontade levada às últimas conseqüências. Assim, embora a ordem jurídica tenha prometido igualdade política, não havia minimamente garantido a igualdade econômica.

Assim, o século XX marcado pelo capitalismo desenvolvido, foi também guiado pela convicção de que o Estado teria como função intervir na esfera privada, limitando o poder da autonomia da vontade em prol do interesse público. O Dirigismo Contratual vem se impor como limitador da autonomia da vontade em benefício de uma função social maior, tendo como instrumento a aplicação de leis de ordem pública aos contratos particulares. E não há que se negar a importância desse movimento. Assim, o eminente professor Caio Mário aponta para o fato de que:

Não se recusa o direito de contratar, e não se nega a liberdade de fazê-lo. O que se pode apontar como a nota predominante nesta quadra da evolução do contrato é o reforçamento de alguns conceitos, como o da regulamentação legal do contrato, a fim de coibir abusos advindos da desigualdade econômica; o controle de certas áreas empresárias; a regulamentação dos meios de produção e distribuição; e sobretudo a proclamação efetiva da preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada, ...⁴

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume III. 10ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 06.

³ Idem...p. 09.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume III. 10ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 13/14 citando De Page, Messineo e Philippe Malaurie.

Onde, porém, campeia discussão é na marca limitadora da intervenção Estatal. A fase atual tem sido marcada por um intervencionismo exacerbado. A ordem publicista tem se engendrado até mesmo em questões da civilística contratual: vide-se o caso da Lesão e do Estado de Perigo considerados vícios do negócio jurídico pelo novo CC brasileiro (2002), que vem tornar relativamente nulos os contratos civis em razão da falta de equilíbrio contratual.

Seção IV
Do Estado de Perigo

Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

Seção V
Da Lesão

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

A idéia de “bom negócio” passa a somente existir se as partes estiverem em equilíbrio. As negociações feitas em razão de um aperto financeiro (motivado por questão de saúde, por exemplo), passam a ter sua validade condicionada ao senso de cumprimento moral da parte contratante que ficou em desvantagem.

3. A INVERSÃO DA VALIDADE MORAL DO PACTO, PARA A “MORAL” DA PROTEÇÃO AO HIPOSSUFICIENTE (A MORAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO).

O CDC instituído sob a ideologia da regulação das relações de consumo, vislumbrando o consumidor (titular de tais direitos considerados difusos ou coletivos) como o hipossuficiente, o lado precário da relação, que necessita da

proteção Estatal, tem na Constituição Federal o aval e fundamento. A defesa dos interesses do consumidor passa a ser questão de “ordem pública” e de “interesse social”, como se infere da análise dos artigos 1º e 4º da Lei 8.078/90 (CDC), note-se:

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

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: (Redação dada pela Lei nº. 9.008, de 21.3.1995)

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

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

...

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

(grifamos)

O flagrante intervencionismo Estatal nas relações de consumo, se propunha basicamente à proteção dos interesses do consumidor na busca do equilíbrio nessas relações, sendo também a boa-fé pressuposto indispensável à validade contratual (art. 4º, III). A inexistência da boa-fé (do fornecedor) na estipulação de cláusulas contratuais somada ao desequilíbrio contratual, à desvantagem exagerada (em que perde o consumidor), são os fatores necessários à configuração da abusividade no contrato. Esses pressupostos estão presentes na lista de cláusulas abusivas subscrita pelo art. 51.

Nessa linha também tem caminhado parte do Direito Civil: cabe lembrar que o CC brasileiro de 2002 nos arts. 421 e 422 do CDC (além dos arts. 156 e 157 acima

tratados), veio de forma bem direta e objetiva fazer coro com o novo Ramo das Relações de Consumo, instituindo a quebra do individualismo contratual fundada nos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. Note-se:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Diante dessas perspectivas ideológicas abraçadas pelo legislador, o “respeito à boa-fé e busca do equilíbrio contratual” deixaram de ser questões de ordem privada e protegidas primordialmente pela moral social (uma vez que ao direito sempre restou a proteção e respeito ao cumprimento contratual, não necessariamente ao seu teor), e tornaram-se vetores de uma nova ordem jurídica: garantidora de Direitos (agora indisponíveis) e pouco precursora e impositora de deveres. Tais premissas seguem perfeitamente a linha “garantista” da Constituição Federal de 1988.

Obviamente tais apelos ideológicos (de proteção do interesse público que se resumiria à proteção da parte mais frágil) impulsionaram o legislador das relações de consumo a optar pela nulidade “de pleno direito” das cláusulas contratuais consideradas abusivas (da mesma forma têm levado os civilistas a relativizarem os pactos). Tem-se a bela ideologia da busca pela igualdade e justiça social por meio de um Estado Forte e Interventor, que vem suprir as carências dos mais fracos por meio da Lei. O Estado, por sua vez, ao interferir na esfera privada, esquece-se que de pessoas de carne e osso ela é formada, e que se os pactos podem ser descumpridos, não apenas com o aval (caso da Civilística) como também pela ordem do Estado (“nulidade de pleno direito” – D. Consumidor), o medo de contratar se estabelece. A insegurança jurídica passa a permear a vida social.

Fatalmente aos mais atentos, tal cenário direciona a pensar que uma sociedade que não respeita os compromissos por ela livremente firmados carece de postura moral. E daí surge uma indagação: Estariam tais normas impulsionando a quebra de preceitos morais da sociedade?

A questão não pode ser respondida de forma tão linear. Os pressupostos morais variam de sociedade para sociedade. Mas, há algumas linhas diretivas de questões éticas (moral natural) comuns a quaisquer sociedades. Elas se

fundam no respeito e preocupação pelo outro. Não é à toa que um primeiro e fundamental elemento caracterizador do ideal de justiça é a “alteridade”. Do latim “*alteritas*” remete à existência e preocupação com o “outro”. Mas, embora o respeito pelo outro seja pressuposto ético fundamental, a localização, a forma ou o meio pelo qual esse respeito deve ser observado pode variar.

Assim, o que deve ser respeitado? Os termos do pacto que não prejudique uma das partes? ou o cumprimento do pacto em si?

Da mesma forma: O que, em termos materiais, não deve ser objeto de convenção? O que não convém a uma das partes ou, o que não convém somente à parte mais frágil? Ou ainda, o que a lei determina que não convém?

É verdade que o direito escrito revela muito sobre uma sociedade. Mais ainda o direito costumeiro, que nasce diretamente da sociedade e em razão dos mais variados fatores a ela condicionados. Assim como não é possível falar-se em costume jurídico imoral (pois o costume nasce com os preceitos morais em mutação de uma sociedade), não seguiria a lógica afirmar que o sujeito que descumpra seus compromissos, tendo como fundamento a lei e em uma sociedade que com naturalidade não obedece aos pactos, estaria agindo imoralmente. Pelo contrário, todo compromisso moral obedece a uma lógica diretiva da sociedade.

Os fatores geradores dos preceitos morais são tão variados quanto difusos. Mas, muito embora a lei não seja capaz de mudar as coisas com passe de mágica, é bem verdade que ela, mesmo contrária aos preceitos morais vigentes, pode encontrar terreno fértil na realidade sócio-econômica e ideológica de um grupo, e prosperar a ponto de socialmente tornar-se a regra então moralmente válida e adequada.

A consolidação de tais normas legais em crença de uma sociedade, pode transformar o que antes era pau, em pedra. Assim, no ocidente, os direitos subjetivos (“meus direitos”) têm alcançado um “status” de verdade e moral intocáveis. *O problema ora em questão é que esses valores e ideologias extensivos aos modelos mentais ajudam a legitimar o “status quo”. Neste sentido, sistemas de crença funcionam como mecanismos racionalizadores de interesses que podem ser*

*Legítimos e legais. Um dos principais problemas implícitos a reformas institucionais são, por sinal, os chamados direitos adquiridos.*⁵

Foucault já remetia à força dos hábitos sociais que são capazes de alterar as verdades:

*... as práticas sociais podem chegar a engendrar domínios de saber que não somente fazem aparecer novos objetos, novos conceitos, novas técnicas, mas também fazem nascer formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos de conhecimento.*⁶

Conclui-se, portanto, que a importância moral do cumprimento do pacto nessa sociedade tem-se tornado relativa em razão de uma inversão de valores promovido pela lei (e ideologias) vigente. A proteção ao hipossuficiente, que não apenas pode socorrer-se ao Estado como o próprio Estado está obrigado a defender em alguns casos, tem surgido como novo valor, como nova verdade a ser observada em detrimento da proteção ao pacto.

Esse tipo de ideologia (realização de justiça social em desconsideração da validade ética do pacto) tem chamado atenção dos economistas de ponta. Ocorre que pressupostos ideológicos desse tipo (que desconsideram a lógica econômica) quando levados à cabo, mesmo que para casos individuais que chegam às vias judiciais (o que não significa casos isolados, uma vez que casos individuais podem ser repetidamente seguidos – o que era exceção passa a ser a regra -) acabam produzindo ações e crenças generalizadas que afetam o curso da economia de um país. Vejamos a seguir.

4. O CUMPRIMENTO DAS REGRAS MORAIS COMO CENTRO DE EQUILÍBRIO SÓCIO- ECONÔMICO.

A ciência econômica vem passando por processos de reavaliação de sua própria estrutura. O caráter de engenharia social vinculado amplamente à economia, vem perdendo espaço para uma nova interpretação dessa ciência como uma ciência normativa. Ela tem-se obrigado a um diálogo com outras áreas do

⁵ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *Ética e Economia: Impactos na política, no direito e nas organizações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 144.

⁶ FOLCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, supervisão geral do texto Lea Porto de Abreu Novaes, et al. J. Rio de Janeiro, NAU Editora, 2002, p.8.

conhecimento em ciências sociais, tais como a política, o direito e o estudo das organizações.⁷

É verdade que a ciência econômica só recentemente tem atentado para o estreito liame que a une as questões éticas de uma sociedade. O mundo jurídico, entretanto, tem estado de uma forma geral, indiferente a essa realidade lógica: pesquisas indicam que a maioria dos magistrados brasileiros dá mais atenção aos aspectos sociais de uma causa do que a questão econômica.⁸ A jurisprudência tem mostrado que diante do caso concreto, os juízes preocupam-se mais com a realização da justiça social, não se importando ou não conseguindo compreender as implicações das suas decisões, em termos macro. Mas não é possível ficar alheio ao fato de que assuntos ético-jurídicos podem sim promover mudanças positivas ou negativas na economia de um país, e vice-versa.

Observe essa delicada questão ética citada por Giambiagi (em seu livro trata de questões reais e atuais, demonstrando estarem elas vinculadas ao baixo desenvolvimento econômico e humano no Brasil) a respeito de episódio que exprime um pensamento que atinge parte da sociedade brasileira:

Quem ia da Barra da Tijuca ao Centro da cidade, no Rio de Janeiro, deparou-se durante anos, na altura do bairro São Conrado, com um imenso “outdoor” de propaganda dos serviços de um advogado e a seguinte chamada: “Dívidas? Livre-se delas! Fale com...” acompanhada do nome e do telefone do profissional. Em geral, quem transita por esta rota, estatisticamente,... pertence a classe A, isto é, alguém que se encontra no decil superior da distribuição de renda.⁹

Observa o autor que a atitude de marketing apenas vem expressar o que uma parcela considerável dessa sociedade almeja: *abolir uma dívida pelo simples fato de conseguir um advogado*. Reivindicação absurda, segundo ele, por *pretender zerar uma dívida depois de ter usufruído as vantagens que o empréstimo permitiu*.¹⁰

⁷ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *Ética e Economia: Impactos na política, no direito e nas organizações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 156.

⁸ Revista Exame. Editora Abril. Brasil. 1º de Março de 2006.

⁹ GIAMBIAGI, Fábio. *Brasil, Raízes do atraso: paternalismo x produtividade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 02.

¹⁰ GIAMBIAGI, Fábio. *Brasil, Raízes do atraso: paternalismo x produtividade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 02.

O autor vincula a esta questão, as reivindicações sociais por um aumento do salário mínimo em torno de 15% de aumento real em face da inflação. E as políticas públicas de distribuição de renda que tem assumido caráter assistencialista, dentre ela, a elevação do valor real do salário mínimo. Critica o fato de se pretender lograr ganhos financeiros sem fazer esforço para tal (um aumento não vinculado à produtividade ou criação de riquezas).¹¹ Essa crença de que o compromisso do Estado com a distribuição de riquezas e justiça social é superior a qualquer barreira, incluindo a da ética contratual e a econômica, atinge não apenas a grande massa da população, como também é ideologia que impera no meio judiciário do país.

Mas qual a ligação possível entre os problemas éticos enfrentados por uma sociedade e o desenvolvimento de sua economia?

Impossível passar pela questão da necessidade do vínculo entre moral/justiça e economia, sem mencionar Amartya Sen, economista indiano que defendeu tese marco no sentido de unir as questões da ética aos problemas da economia, que por tanto tempo permaneceram dissociadas, sendo sempre prudente ao afirmar que *“muitos são os aspectos aos quais a economia conseguiu proporcionar melhor compreensão e esclarecimento precisamente graças ao amplo emprego da abordagem engenheira”*¹². Chama o pensador a atenção para o fato de que questões econômicas não são apenas questões de praticidade e eficiência, mas também de moralidade e justiça.

4.1 RELAÇÃO ENTRE ÉTICA E ECONOMIA.

Como já explicitamos, muito pouco tem a ciência econômica se debruçado sobre as implicações da ética em sua esfera. Da mesma forma, os filósofos da moral não tem se detido satisfatoriamente aos reais efeitos econômicos

¹¹ GIAMBIAGI, Fábio. Brasil, Raízes do atraso: paternalismo x produtividade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 02. *O Brasil está se convertendo em um verdadeiro show-case de políticas sociais voltadas para a melhoria de bem-estar de clientelas específicas.* O autor sustenta em sua obra, que as inúmeras políticas sociais de cunho assistencialista explicam ao mesmo tempo o sucesso do Brasil em promover um “upgrade” em determinados grupos na escala social, assim como o baixo crescimento econômico do país.

¹² SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia.* Tradução: Laura Teixeira Motta: revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo, Companhia das Letras, 1999, p. 24.

sobre o comportamento ético. Amartya Sen, em conferência realizada já em 1986, na Universidade da Califórnia, em Berkeley, expunha o problema:

*Embora essa discussão tenha criticado severamente a economia em seus moldes presentes, não é meu intuito dar a entender que esses problemas foram satisfatoriamente abordados pela literatura ética existente, de modo que bastaria apenas incorporar as lições dessa literatura à economia, aproximando-a da ética. Infelizmente, não é o caso.*¹³

E veio defender a importância de tal aproximação:

A riqueza de considerações éticas que poderiam ser importantes tanto para a economia do bem-estar como para a economia preditiva é, portanto, muito maior do que tradicionalmente tem sido aceito ou proposto nessas áreas.¹⁴ É correto afirmar que um contato mais próximo entre ética e economia pode ser benéfico não apenas para a economia mas até mesmo para a ética. Muitos problemas éticos apresentam o que temos denominado aspectos “de engenharia” e alguns deles, na verdade, encerram relações econômicas.¹⁵

Embora vários estudos venham sendo feitos até então, muita coisa ainda há que ser explorada. Exemplo interessante nessa linha, Buchanan, em *Ethics and Economic Progress* (1994), chama a atenção a um ponto que fatalmente advém da análise implicativa entre ética e economia, que vinha sendo preterida pelos economistas: a existência de uma relação possível entre a ética do labor, da produção e o desempenho de uma economia. Segundo Buchanan existe sim esta relação. De forma que uma ética que valoriza positivamente o trabalho constitui um capital precioso para uma sociedade, principalmente se ela é incorporada espontaneamente pelos indivíduos. Assim:

(...) se trabalharmos duro, respeitando determinadas regras e valores, as nossas ações individuais geram um benefício que extrapola o ganho privado, que pode ser medido em termos de salário e lucro. Esse benefício representa uma externalidade positiva, dado que nosso ato de trabalho eficiente gera ganhos não totalmente incorporados por nós mesmos.¹⁶

¹³ SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia*. Tradução: Laura Teixeira Motta: revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo, Companhia das Letras, 1999, p. 87.

¹⁴ SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia*. Tradução: Laura Teixeira Motta: revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo, Companhia das Letras, 1999, p. 86.

¹⁵ SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia*. Tradução: Laura Teixeira Motta: revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo, Companhia das Letras, 1999, p. 94.

¹⁶ Apud SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *Ética e Economia: Impactos na política, no direito e nas organizações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 139.

Para entender melhor a natureza do comportamento econômico diante da observação individual e conseqüentemente social dos códigos de conduta, Fernandes em interessante e importante trabalho para o meio jurídico, político e acadêmico de hoje, propõe o seguinte exemplo que denomina de ética do trânsito de automóveis:

Considere os países A e B absolutamente idênticos, com a mesma população etc. No país A, todos os motoristas possuem o mesmo sentimento de respeito irrestrito às leis de trânsito. Considerando-se assim mesmo a presença de um sistema de crime e castigo (código de trânsito e policiamento), os motoristas neste país seguem à risca as normas e regra por opção própria, pois possuem um conjunto de valores, transmitidos ao longo do tempo e pela experiência passada, que os automotiva no sentido da correção. Muito provavelmente o número de acidentes e mortes em A será menor, e a sociedade gastará muito pouco dinheiro (recursos produtivos) com policiamento e com a Justiça. Ademais, todos saem beneficiados, já que o tráfego fluirá bem e os objetivos privados (chegar a algum lugar sem muito custo e à tempo) serão alcançados.

Por outro lado, no país B, a maioria da população de motoristas não respeita nenhuma lei ou regra. Nesse caso, o gasto social com policiamento e com a Justiça será muito grande, e recursos econômicos escassos serão desviados de atividades produtivas ou até mesmo de gastos sociais para a garantia do cumprimento da lei. Por outro lado, o número de acidentes e mortes será relativamente elevado, e os fins privados não serão alcançados a não ser com altos custos (congestionamentos crônicos, acidentes).

Entretanto o problema gerado pelo desrespeito sistemático e coletivo da regras de trânsito é mais grave. No país B, a tendência de degeneração social causada pelo comportamento dos motoristas incentivarão aqueles que ainda seguem o código legal a assumir a mesma estratégia: a cooperação (nesse caso, o cumprimento da lei) torna-se inviável quando a estratégia dominante é a competitiva (o desrespeito à lei). No país A, ao contrário, a cooperação emerge da confiança de que as partes envolvidas se adaptarão às regras estabelecidas.¹⁷

A atuação individual parece ser inofensiva em termos sociais. Mas, considere-se o fato de que tais ações são geradoras de incerteza e de não credibilidade quanto à ação alheia. Estabelece-se dessa forma, um ambiente não de cooperação. Somando-se à atuação individual de violação da norma, a fragilidade das instituições responsáveis pela repreensão da conduta antiética, o cenário que se estabelece é de descrença na própria ordem (ético-jurídica) estabelecida. A atuação individual infratora passa a ser social.

A preocupação que impele a essas abordagens, reside na demonstração de que a insegurança jurídica provocada pela instabilidade política, pela qualidade muitas vezes precária das instituições e principalmente, em nosso

¹⁷ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *Ética e Economia: Impactos na política, no direito e nas organizações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 140 e 141.

caso, na não confiança no cumprimento dos contratos, pode repercutir negativamente na economia de um país, na medida em que o fator insegurança afeta as decisões econômicas dos agentes (decisões individuais)

Nesse mesmo sentido, Fernandes argumenta que *o exemplo do trânsito pode ser ampliado à análise do comportamento social e econômico gerado pela ação individual*. E remete à conclusão lógica de que *a existência e a disseminação de um conjunto de valores individuais de respeito às regras do jogo representam um grande passo, senão suficiente mas necessário, para a construção de uma economia eficiente*.¹⁸

Ressalta, portanto, a importância para o desenvolvimento econômico de um país, a atenção ao problema ético

...as teorias e os modelos tradicionais que lidam com a decisão de poupança privada negligenciam o papel da instabilidade político-institucional, dos valores e da confiança no cumprimento dos contratos. Várias escolhas feitas pelos agentes econômicos (como, por exemplo, entre consumo e poupança e decisões de investimento em capital físico e humano ou em tecnologia) envolvem risco. A instabilidade institucional gera adicionalmente incerteza e falta de credibilidade entre os agentes econômicos no que se refere ao respeito aos contratos e à arbitrariedade do governo com relação às mudanças nas regras do jogo econômico e político.¹⁹

Os casos do Brasil e da América Latina em geral representam um desafio à imaginação dos economistas e revelam algumas peculiaridades, como por exemplo, acerca dos determinantes da poupança. Estudos recentes sobre a determinação da poupança privada desconsideram uma variável que julga o autor, e também aqui julgamos, relevante: *a instabilidade político-institucional e o impacto dela sobre a confiança dos agentes com relação às instituições e ao cumprimento de contratos*. A falta de crença no cumprimento das “regras do jogo” deve sim, ser fator levado em consideração.

¹⁸ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *Ética e Economia: Impactos na política, no direito e nas organizações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 141.

¹⁹ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *Ética e Economia: Impactos na política, no direito e nas organizações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p 28.

4.2 RELAÇÃO ENTRE ÉTICA ECONÔMICA E DIREITO.

Essas novas constatações são de tão grande valia, que não deveriam ficar adstritas aos círculos dos estudiosos da ciência econômica uma vez que as implicações sociais da não observância sistêmica de pressupostos éticos parecem não apenas ramificarem-se como também dar origem a novas cadeias de desrespeito à ética social.

Algumas questões a partir daí obrigatoriamente se impõem, como por exemplo:

- 1) Quais seriam as conseqüências econômicas (custos de transação, incertezas) do não respeito sistemático ao cumprimento das normas jurídicas (dos contratos)?
- 2) A essa, é necessário que se faça precedentemente (na verdade, questões auto-implicativas): Quais as conseqüências morais do não respeito às normas e aos contratos fundados na ordem jurídico-positiva de um país?

Essas questões deveriam ser analisadas não apenas pelos intelectuais e nas universidades, como também permear as engessadas convicções políticas que ordenadoras do “Estado de Direito” e dos órgãos responsáveis pela aplicação das leis. Segundo pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (respondida por 3.258 juízes): *86,5% dos juízes de direito consideram que as decisões judiciais devem ser baseadas preponderantemente em parâmetros legais. Apenas 36,5% entendem que o compromisso com as conseqüências econômicas deve ser levado em conta no julgamento da questão.*²⁰

Essa pesquisa remonta diretamente à problemática aqui tratada. As decisões judiciais no Brasil têm sido movidas pelas ideologias de justiça social e segundo as diretrizes de uma Constituição garantista. Parece a “síndrome de Robin Hood”. A relativização dos contratos tem sido promovida já pela Legislação, e aplicada pelo Judiciário com a tranqüilidade de quem se tornou agente distribuidor de riquezas. Os efeitos em cascata (jurídicos, econômicos e morais) desencadeados por esse tipo de decisão não são levados em conta.

“A economia de um país depende muito do bom funcionamento do sistema judiciário” afirma Robert Sherwood, um dos consultores mais respeitados

²⁰ Revista Exame. Brasil. Editora Abril. 23 de Novembro de 2005.

nessa área nos Estados Unidos.²¹ Como no caso do trânsito, a quebra sistemática das regras (invalidação contratual), avalizada pela própria Instituição Estatal criada para protegê-las, gera descrença na norma prefixada e no seu cumprimento por parte do outro. A insegurança jurídica se instala.

Aqui reside a problemática relação, evidenciada quando da dinâmica da aplicação do direito, entre os preceitos valorativos de justiça e a segurança jurídica representada pela estabilidade no cumprimento dos preceitos normativos.

Se é verdade que a justiça caminha junto à subjetividade que lhe é inerente, também é notável que a aplicação da norma não pode mais ser taxada como sinônimo de certeza e segurança jurídica. Isso por que embora a norma seja prescrição válida e obrigatoriamente aplicável, há que ser interpretada. A própria evolução hermenêutica desde o método teleológico que busca destacar na norma a finalidade social e os interesses individuais, que veio superar as tradicionais interpretações gramatical, histórica, sistemática e filosófica, até a jurisprudência dos valores, bastante utilizada nos dias de hoje. *A aplicação da jurisprudência dos valores implica a transformação de interesses em valores, que passam a ser tratados como princípios jurídicos e, finalmente, são levados à categoria de princípios constitucionais.*²² Assim, a própria aplicação do direito posto (certo e previsível) sofre a interferência hermenêutica, e a certeza se esvai no jogo de valores vigentes no momento histórico.

Um mínimo de segurança jurídica é necessário para que o poder de auto-regulamentação possa encontrar terreno fértil, o que gera fomento de riquezas e prosperidade econômica. O medo paralisa. A insegurança no cumprimento do combinado impede ou minimamente limita a realização de negócios em um país. O descumprimento da lei ou dos contratos por parte de agentes sociais, deve encontrar no Estado a barreira adequada.

O Estado e a Constituição (ou o conjunto de regras básicas que restringem a ação dos agentes públicos dentro do mercado político e dos agentes privados na esfera privada) desempenham um papel sobre as decisões econômicas privadas – como a poupança. ... A própria existência de estabilidade institucional e, portanto, de credibilidade com relação às instituições e contratos em

²¹ Cf. Maria Helena Martins: Revista Exame. Brasil. 1º de Março de 2006, p. 48.

²² MACIEL, José Fábio Rodrigues. Teoria Geral do Direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 65. Conf. Willis Santiago Guerra Filho.

geral depende do “fazer cumprir a lei” e da garantia de estruturas de incentivo, como as que advêm do direito de propriedade. Entretanto, um poder discricionário excessivamente grande do Estado pode levar à instabilidade institucional e à falta de credibilidade com relação aos contratos.²³

A credibilidade institucional pode ser afetada (negativamente) diante do rompimento sistemático das regras pré-estabelecidas. Se as leis e os contratos não são socialmente observados, seja pela ineficiência dos instrumentos judiciários, ou por estarem fragilizados pelo viés interpretativo (de fundo social) da magistratura, o fato é que a quebra da credibilidade dos agentes, da crença no cumprimento das regras preestabelecidas simples instabilidade Institucional.

Analise o caso de um investidor que encontre em um país a perspectiva de que os contratos estabelecidos com seus fornecedores, clientes e funcionários podem impunemente ser descumpridos, seja em razão de falta de mecanismos eficazes de punição, seja em razão de ideologias sociais vigentes no momento da interpretação legal. O risco contabilizado para investir naquele país será bastante expressivo.

Diante desse cenário, seria possível vislumbrar o intervencionismo estatal como indutor do fim do contrato. Em uma perspectiva de quem viu e viveu muita coisa, Caio Mario²⁴ assevera com a propriedade e serenidade de um sábio: *Não é o fim do contrato, porém um novo capítulo da sua evolução, já que, através de sua longa vida, tem ele passado por numerosas vicissitudes. Esta a fase atual. Outras ainda hão de vir, sem que o jurista de hoje possa indicar o seu rumo ou a sua tônica, se o dirigismo exarcerba-se-á mais ainda, ou se o princípio da autonomia da vontade, como que num movimento pendular, retomará posição antiga, reconquistando terreno perdido.*

Interessa lembrar que o desrespeito às normas, como por exemplo as de trânsito, é conduta motivada por fatores acima discutidos como por exemplo: leis ineficazes em relação à sanção que preveem; a não aplicação da lei pelos tribunais (ineficácia da justiça); a sensação de impunidade que está diretamente vinculada à não aplicação da norma pelos tribunais; a falta de conscientização social (políticas públicas ou escolares).

²³ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *Ética e Economia: Impactos na política, no direito e nas organizações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 30.

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Volume III*. 10ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 13.

Toda essa lógica não só faz parecer, mas torna evidente o fato de que o direito positivo levado às raias do extremo (ao conferir-se a ele o caráter ideológico publicista), peca por reduzir o valor moral inerente às relações inter-pessoais.

5. CONCLUSÕES

A quebra constante de pactos engendrada pelo ideal Intervencionista do Estado nas relações individuais configura-se em elemento desestruturante dos preceitos éticos de uma sociedade: não é mais necessário honrar a palavra, pois ao alcance da regulação protetora é possível pactuar sem compromisso. Quebrar contratos passa a ser não apenas prática emergencial de casos extremos, como pregava a antiga civilística, mas a regra em que o que vale é não ter regras. Entendemos também que os efeitos indesejados provocados pela quebra sistemática dos contratos, não se resume à deterioração moral, mas tem reflexos objetivos nos rumos da economia de um país: a formação da desconfiança e do medo que gera insegurança, acaba, irremediavelmente, refletindo na coragem de investir e empreender.

De qualquer forma, enquanto o pêndulo estiver direcionado à quebra da autonomia da vontade por meio do protecionismo normativo com seu alto grau de regulamentação ocasionando interferência demasiada nos contratos pelas vias legislativas e judiciais, o Estado estará construindo, ao reverso do que pretendia, uma nova ordem jurídica e moral: a do descumprimento contratual.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

FOLCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, supervisão geral do texto Lea Porto de Abreu Novaes, et al. J. Rio de Janeiro, NAU Editora, 2002.

GIAMBIAGI, Fábio. Brasil, Raízes do atraso: paternalismo x produtividade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. Teoria Geral do Direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 65. Conf. Willis Santiago Guerra Filho.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume III. 10ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia*. Tradução: Laura Teixeira Motta: revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo, Companhia das Letras, 1999.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *Ética e Economia: Impactos na política, no direito e nas organizações*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2007.

FONTES

Revista Exame. Brasil. Editora Abril. 23 de Novembro de 2005.

Revista Exame. Editora Abril. Brasil. 1º de Março de 2006.