

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

(Análise Histórica e Sociológica)

Ricardo Borges Ranzolin¹

Sociedade primitiva e regras sociais primitivas

Antes do desenvolvimento das técnicas de agricultura o homem primitivo vivia em bandos praticando a coleta de alimentos. Era nômade. Tão logo se esgotavam os recursos naturais de determinado local, o agrupamento migrava para outro local, e assim sucessivamente.

Praticamente todo o tempo era gasto na busca de comida e abrigo.

As tarefas eram quase todas *comuns e iguais*. Todos trabalhavam coletivamente com o mesmo objetivo mediato e imediato. Os conhecimentos necessários para viver – a forma de catar e coletar alimentos – *todos* os tinham. Não havia conhecimento *disperso*.

Em que pese haver ainda hoje reverências românticas à vida primitiva, há que se registrar que a qualidade de vida naqueles tempos era péssima. A expectativa de vida era baixíssima – calcula-se que inferior a 22 anos.

As regras sociais eram tão elementares, que sequer possibilitavam um aglomerado maior do que o bando. Bastava o confronto de uma dupla liderança para sua fragmentação através da matança de uns pelos outros. Regras singelas da cultura atual, como a propriedade, por exemplo, não existiam. Vivia-se em meio a uma *congênita* socialização de todos os bens: ferramentas primitivas e alimentos. Também as choças eram construídas coletivamente, e, da mesma forma, divididos, sem regras, os espaços nas cavernas. Seguia-se uma chefia paternalista com poderes ilimitados e indiscutíveis – necessária para comandar o bando, que era composto quase só de jovens.

¹ Advogado, Mestrando pela PUC-RS.

Não obstante, há cerca de 60.000 anos o homem já tinha uma carga biológica praticamente idêntica à atual; ou seja o cérebro de um ser humano daquela época era tão desenvolvido, biologicamente, quanto o do ser humano atual.

Paradoxalmente, até hoje algumas sociedades isoladas ainda vivem na *Idade da Pedra Lascada*, como ocorre com os ianomamis, em território brasileiro, que desconheciam a agricultura e mantêm expectativa média de vida equivalente a dos povos primitivos.

Assim, é evidente que não são só componentes biológicos os responsáveis pela evolução das condições de vida na sociedade humana.

É na *tradição cultural*, manifestada sobretudo nas regras de conduta (e aí sobressai o direito), que está um dos fatores determinantes a propiciar o desenvolvimento das condições de vida nas sociedades humanas. Veja-se que o bando, ou horda, ocupou mais de 99,73% do tempo do homem na face da terra. A sociedade tribal 0,27% e a atual sociedade industrial representa somente 0,009% desse tempo. E somente de 250 anos para cá é que se poderia admitir uma generalizada melhora nas condições de vida, que comportou o aumento populacional, permitindo que seres humanos que antes não conseguiam sobreviver passassem a ter condições para tanto². Esse período, como se verá mais adiante, coincide, não por acaso, com aquele em que se estabeleceu uma *tradição jurídica* que tinha como um dos princípios básicos a universalização do respeito à palavra empenhada, o respeito ao contrato.

O fenômeno da dispersão do conhecimento

A primeira grande transformação econômica da humanidade se deu com o gradual desenvolvimento da agricultura. A partir do momento em que o homem passou a agir mais complexamente sobre o meio, e sua alimentação deixou de provir tão-somente da coleta, mas sim do produto de seu próprio plantio, foi possível, então, a fixação em um território de forma perene e o desenvolvimento de outras atividades não *diretamente* relacionadas com a obtenção da comida. O que houve, com o gradual domínio da tecnologia da seleção e utilização das sementes, foi um brutal ganho de produtividade,

² É sintomático o fato de os países socialistas, como Cuba, China, etc, terem de se valer do controle de natalidade imposto aos cidadãos, pois seus sistemas não são aptos a gerar condições de vida para uma população crescente. Os EUA, ao contrário, sempre conviveram com maciça imigração e nenhum controle de natalidade, tendo sempre experimentado incremento das condições de vida de sua população.

porquanto *apenas com o trabalho de alguns indivíduos* do bando passou a ser possível gerar alimentos para todos e ainda para animais que passaram a ser domesticados.

Não sendo mais necessário a atividade de todos os componentes do grupo para coletar alimentos, espontaneamente o homem passou a viver sob a divisão de tarefas, experimentando novas atividades, havendo, como isso, cada vez mais tempo para o descobrimento de outras tecnologias. Além do fenômeno da divisão do trabalho³, houve uma marcante *dispersão do conhecimento*.⁴ Passou a haver, entre os membros da sociedade, total ignorância quanto a fatos particulares que determinam a ação de outros. Esse fato, que se constitui no traço distintivo da civilização moderna, é muitas vezes desconsiderado, não obstante seja peça chave para compreensão da função social do contrato.

Uma nova forma de cooperação social

Se no bando a satisfação das necessidades – alimentação e abrigo – dava-se pela ação coletiva ombro a ombro dos seus membros e pelo partilhamento direto dos resultados, como se disse, a sociedade com múltiplas atividades e alta dispersão de conhecimento apresenta forma de cooperação entre os indivíduos muito diversa.

As necessidades são satisfeitas pela cooperação totalmente impessoal, não planejada coletivamente.

A complexidade da forma de cooperação é de tal ordem, que até mesmo para a elaboração dos bens mais rudimentares e simples de nosso uso cotidiano, observa-se uma impossibilidade de identificação de todos os agentes que cooperaram para a sua fabricação. Milton e Rose Friedman⁵ assim ilustram este fenômeno:

“Uma historinha deliciosa, intitulada “Eu, o Lápis: Minha Árvore Genealógica, Contada a Leonard E. Read”, dramatiza vividamente o modo como a *troca voluntária* dá a milhões os meios de cooperarem entre si. Read, na voz do “Lápis de Grafite – o lápis comum, conhecido de todos os garotos,

³ SMITH, Adam. *Investigação sobre a natureza e a causa da riqueza das nações*. São Paulo, Nova Cultural, 1988.

⁴ HAYEK, Friederich A.von. *Direito, Legislação e Liberdade*. São Paulo, Visão, 1985, v. 1: *Normas e Ordem*. (O autor é formado em Direito, mas, curiosamente, em 1974 recebeu o Prêmio Nobel de Economia!)

⁵ FRIEDMAN, Milton & Rose. *Liberdade de Escolher*. Rio de Janeiro, Record, 2. ed., 1980, p. 25-27 (O primeiro autor foi Prêmio Nobel de Economia de 1984)

garotas e adultos que lêem e escrevem”, começa a história com a declaração fantástica de que “ninguém... ninguém mesmo sabe como me fazer”. Continua e enumera tudo aquilo que entra em sua fabricação. Em primeiro lugar, a madeira é fornecida por uma árvore, “um cedro de granulação reta que cresce no norte da Califórnia e no Oregon”. Cortar a árvore e levar o tronco para o desvio ferroviário exigem “serras, caminhões e cordas e... um mundo de outros equipamentos”. Na fabricação, entram muitas pessoas e inumeráveis habilidades: na “extração do minério, na fabricação do aço e no seu afeiçoamento sob a forma de serras, machados, motores; no cultivo do cânhamo e seu beneficiamento em todos os estágios, até transformar-se em corda grossa e forte; nos campos de madeireiros, com seus dormitórios e refeitórios coletivos... nas incalculáveis milhares de pessoas que contribuem para cada xícara de café tomada pelos lenhadores!”

E por aí vai Read, levando as toras para a serraria, acompanhando o trabalho de transformá-las em ripas, seguindo-as da Califórnia até Wilkes-Barre, onde é fabricado esse tal lápis que nos conta sua história. E até agora temos apenas a parte externa, de madeira, do lápis. A mina, ou o centro do lápis, não é realmente uma mina, em absoluto. Começa como grafite extraído no Ceilão. Depois de muitos e complicados processos, termina como mina no centro do lápis.

O pedaço de metal – o casquilho – próximo à parte superior do lápis, é de estanho. “Pense em todas as pessoas”, diz o lápis, “que extraem o zinco e o cobre, e naquelas que possuem as habilidades necessárias para fazer, desses produtos da natureza, reluzentes folhas de estranho.”

O que chamamos de apagador é conhecido no ramo como “a rolha”. Pensa-se que seja de borracha. Mas, conta-nos Read, a borracha é usada apenas para fins de colagem. O apagador é feito realmente pelo “factice”, um produto assemelhado à borracha, que se obtém provocando a reação de óleo de semente de colza, das Índias Orientais Holandesas (hoje, Indonésia), com cloreto de enxofre.

Depois de tudo isso, diz o lápis: “Deseja ainda alguém pôr em dúvida o que eu disse antes, que nenhuma única pessoa sobre a face da Terra sabe como me fazer?”

Nenhuma das milhares de pessoas implicadas na fabricação do lápis trabalhou porque queria um lápis. Todas consideram seu trabalho como um modo de obter os bens e serviços que desejavam – bens e serviços que produzimos para obter o lápis que queremos. Todas as vezes que vamos a uma

papelaria e compramos um lápis, trocamos um pouco de nossos serviços pelo volume infinitesimal de serviços com que milhares de outras pessoas contribuíram para a fabricação do lápis.

Mais espantoso ainda é que o lápis sempre tenha sido produzido. Ninguém, aboletado num escritório central, deu ordens a essas milhares de pessoas. Nenhuma polícia militar fez cumprir ordens, que aliás não foram dadas. Essas pessoas vivem em numerosos países, falam línguas diferentes, praticam religiões as mais diversas, podem mesmo se odiar – porém, ainda assim, nenhuma dessas diferenças impediu que **cooperassem** para que fosse produzido um lápis.” (grifo meu)

O que se observa é que a cooperação social se dá na medida em que passamos a nos utilizar do conhecimento que não detemos, mas que está disperso na sociedade.

O leitor deste texto não tem a menor idéia de como funcionam os milhares de componentes eletrônicos e mecânicos utilizados para escrevê-lo e imprimi-lo. Também não entende como funciona a eletricidade, o automóvel que passa, etc. Mas ainda assim, sem se dar conta, utiliza-os como ferramentas para satisfazer suas necessidades.

Este fenômeno foi assim descrito por Friederich A. Hayek:⁶

“Na sociedade civilizada, na verdade, não é tanto o maior conhecimento que o indivíduo possa adquirir, mas o maior benefício que obtém do conhecimento de outros, o que determina sua capacidade de buscar uma multiplicidade de objetivos infinitamente mais ampla do que a mera satisfação de suas necessidades físicas mais prementes. De fato, um indivíduo “civilizado” pode ser muito ignorante, mais ignorante do que muitos selvagens, e ainda assim beneficiar-se enormemente da civilização em que vive.

José Guilherme Merquior⁷, enfatiza:

⁶ HAYEK, Friederich A. von. *Direito, Legislação e Liberdade*. São Paulo, Visão, 1985, v. 1: *Normas e Ordem*, p. 09.

⁷ MERQUIOR, José Guilherme. *A Natureza do Processo*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1982, p. 34-35.

“... o progresso da civilização pode ser encarado como uma situação em que cada indivíduo, ao perseguir seus próprios fins, faz uso de muito mais conhecimento do que adquiriu por si mesmo. (...) muitas e muitas invenções e iniciativas que redundaram em benefício geral provêm e continuam a prover de algo mais simples: da mera aptidão dos indivíduos para se aproveitarem da experiência alheia, de modo mais irrefletido que deliberativo.

Assim, a *tradição da cooperação social direta e coletivista* dos catadores cedeu espaço a uma *tradição individualista*, baseada no direito de propriedade, onde não mais se compartilha *diretamente* dos resultados com todos os demais da comunidade, mas sim, indiretamente. A cooperação social passou a ser desenvolvida por trocas livres, em que cada indivíduo oferece seus produtos ou serviços aos demais, esperando, em troca, bens ou serviços que não tem.

Quanto mais desejados forem esses bens pelos demais, ou seja, quanto mais um produtor beneficiar aos demais, atendendo suas necessidades e interesses, melhor será recompensado, com quantidade maior de outros bens na troca. Quanto mais alguém desenvolver técnicas de exploração dos meios possíveis e obtenção dos bens da vida que atendam as necessidades dos outros, a um custo menor para aqueles, maior será a sua recompensa, e também de toda a comunidade⁸.

Com esta *nova forma de cooperação social*, pessoas que nunca se conheceram, e até desconhecem o que as outras fazem, poderão beneficiar e propiciar a sobrevivência uma das outras.

Não obstante, face à sua impessoalidade, o aspecto visível dessa complexa forma de cooperação social é a *competição* de todos os indivíduos entre si, no sentido de um superar o outro no atendimento das necessidades dos demais. A *cooperação subjacente*, também fundamental para compreensão da função social do contrato, fica *invisível* e não raro passa despercebida e incompreendida.

⁸ O economista Walter Williams ensina, de forma caricatural, que atualmente vivemos em uma sociedade em que a recompensa por nossos esforços é medida pela quantidade de ‘bônus de eficiência’ que recebemos. Nos EUA estes bônus têm nome de dólares. Na Inglaterra de libras, no Brasil de reais, etc. Quanto melhor e mais baratos sejam os bens que alguém nos forneça de acordo com o que desejamos e necessitamos, mais dólares nós lhe daremos. Ou seja, mais ‘bônus de desempenho’ este alguém irá receber. Em outras palavras, a eficiência no atendimento ao próximo é premiada, pois quanto melhor o próximo é atendido e quanto mais próximos sejam atendidos, maior será a recompensa. E a medida do desempenho não fica ao arbítrio de um único julgador, mas sim do somatório da vontade de todos (o mercado) que decidirá quem, de fato, atendeu melhor os desejos e necessidades do maior número de pessoas a um menor custo.

Coletivismo versus Individualismo

Não se olvide, contudo, que a universalização da melhora das condições de vida nas sociedades esteve invariavelmente calcada em uma tradição jurídica que garantia a “autonomia privada”. Sem esta não seria possível o desenvolvimento da nova forma indireta, individualizada e descentralizada de cooperação social, direcionada à eficiência e à produtividade dos indivíduos. Nesta, o processo de descoberta de novos meios se dá em escala muitíssimo mais rápida e eficiente do que na sociedade coletivista, na qual impera a ordem centralizada e coletivizada para o atendimento das necessidades.

A própria lenta e gradual transformação da sociedade nômade em sedentária, em que a agricultura veio a sobrepujar a coleta, *só foi possível graças a uma gradativa e concomitante alteração e sofisticação nas regras e costumes do grupo primitivo*⁹.

Não é difícil perceber que, sem uma tradição formada pelo direito de propriedade – onde cada um é titular do fruto do seu trabalho, pelo respeito solene aos contratos e o respeito a algumas regras impessoais conhecidas por todos, que impedem um puro arbítrio de uma das partes, seria impossível a especialização do trabalho e do conhecimento, que marcam a evolução. Superando a generalizada socialização dos bens do bando, o homem experimentou uma tradição nova em que a posse e a propriedade é exercitada individualmente (ferramentas, terras, rebanhos e, principalmente, o produto do trabalho de cada um) a ponto de seu objeto poder ser trocado, pelo acordo com outro indivíduo.

A forma de poder não poderia mais ser centralizada e detalhadamente dirigista, como a do líder do bando primitivo, sendo condição *sine qua non* uma boa dose de autonomia privada e de limitação do poder. Só é possível a dispersão do conhecimento em uma tradição cultural de desconcentração do poder, como explicado por Hayek¹⁰:

“... dirigindo as ações de indivíduos por meio de normas em vez de determinações específicas é possível fazer uso de conhecimento que ninguém possui em sua totalidade. Toda organização cujos membros não sejam meros instrumentos do organizador só estipulará mediante determinações as funções a serem executadas por cada membro, os propósitos a serem atingidos e certos

⁹ Segundo Pontes de Miranda, o direito é processo de adaptação social.

¹⁰ HAYEK, Friederich August von. *Direito, Legislação e Liberdade*. São Paulo, Visão, 1985, Tomo I, p. 51-53.

aspectos gerais dos métodos empregados, deixando que os detalhes sejam decididos pelos indivíduos com base em seu respectivo conhecimento e em suas habilidades.

A organização se vê, nesse caso, em face do problema com que se defronta qualquer tentativa de introduzir ordem em atividades humanas complexas: o organizador precisará exigir que os indivíduos que deverão participar do trabalho utilizem conhecimentos que ele próprio não possui. Em nenhum tipo de organização, salvo o mais rudimentar, é possível conceber que todos os detalhes de todas as atividades sejam controlados por uma única mente.

Afirmar que devemos planejar deliberadamente a sociedade moderna porque ela se tornou tão complexa, é, portanto, paradoxal, e resulta de uma total incompreensão dessas circunstâncias.

Essas determinações isoladas que exigem ações específicas dos membros da ordem espontânea jamais poderão aperfeiçoar essa ordem – levando ao contrário, necessariamente, a seu rompimento – porque são endereçadas a uma parte de um sistema de ações interdependentes, determinadas por informação e guiadas por propósitos só conhecidos pelos vários indivíduos em ação, mas não pela autoridade dirigente.”

Cabe registrar, também, que essa nova *cultura*, que marca o próprio surgimento e desenvolvimento da instituição do direito propriamente dito, que antes não existia, foi fruto de um processo de seleção. Os homens se adaptaram a tais regras, por implicar no o sistema mais apto de garantia de sobrevivência. Um verdadeiro ‘darwinismo institucional’.

Pode-se dizer, sem errar, que uma volta à tradição puramente coletivista implicaria uma interrupção imediata da evolução das condições de vida¹¹.

¹¹ Douglas North – prêmio nobel de economia de 93 – nos dá elementos para crer que os fatores culturais negativos podem ser superados de forma relativamente rápida, através de instituições virtuosas. Mas, o contrário também é verdadeiro; ou seja, a adoção de instituições menos virtuosas, ainda que em culturas que já experimentaram considerável grau de desenvolvimento, pode determinar redução dos padrões de vida. Temos dois exemplos impactantes que reforçam a tese de North, ocorridos após a 2ª guerra mundial. É o caso das duas Alemanhas. Mesmo com culturas idênticas, a adoção de instituições distintas elevou a renda per capita da Alemanha Ocidental em várias vezes a renda per capita da Alemanha Oriental. Não só a renda per capita, mas outros indicadores de qualidade de vida separaram abissalmente as performances dos aludidos países, em menos de uma geração. O mesmo ocorreu com as Coreias do Sul e do Norte. Assim, sem prejuízo de outras iniciativas, o aperfeiçoamento institucional, entre os quais se sobressai o direito, pode influir decisivamente sobre a cultura.

Evolução e liberdade¹²

Longe se está de supor ou tentar fazer crer que a evolução observada das condições de vida da sociedade humana seja linear ou siga uma necessidade da natureza ou qualquer determinismo histórico. Apenas se está a formular um diagnóstico de que, até então, inegavelmente, apesar de idas e vindas, observa-se uma ampliação histórica das liberdades individuais, estando esta ampliação presente como parte indissociável do processo de sofisticação da tradição jurídica que acompanhou o progresso sócio-econômico, desde a sociedade primitiva até a presente sociedade industrial.

Ou seja, das regras mínimas de uma sociedade primária baseada em uma socialização de todos os bens da vida e ausência de direito, foi este sofisticando-se até uma ampla institucionalização do conflito social, e de um esclarecimento da delimitação da esfera individual.

Assim observa Merquior¹³:

“A história do progresso econômico tem sido, nesse sentido, uma longa crônica da liberdade, que conta como toda uma série de regras impositivas e proibitivas se foi convertendo numa coleção de regras puramente protetoras da livre empresa. Desde a permissão de proceder ao escambo com estrangeiros, ainda no universo tribal, ao reconhecimento da propriedade privada, especialmente da terra, à autorização de variar os preços fixados pela tradição, ou a praticar a usura, e às garantias que cercam as obrigações contratuais, a

¹² A concepção de liberdade que aqui se advoga nada tem a ver com as concepções filosóficas que a associam à abolição do direito. Isto é sustentado basicamente por Hobbes e em parte por Rousseau, no sentido de que o homem nasce livre e tem assim um *direito natural* à liberdade. Tampouco se trata da utópica liberdade de cunho marxista, também calcada na extinção das "opressivas" instituições jurídicas. Nada disso, toda a tradição de liberdade que se está falando no presente trabalho, que passa pelos gregos, Cícero, Kant¹² e Hume é daquela que não pode existir sem o direito e é fruto deste.

Não se pode traçar de forma definitiva e última um conceito positivo de liberdade. Esta é uma aspiração humana que não está alcançada, sendo mesmo intangível. Não obstante, é possível constatar o que não é liberdade e o que infringe a liberdade. Basicamente, devemos a Kant a formulação filosófica mais resistente a críticas consagrada até o momento e que tem forte influência nas concepções jurídicas atuais, que se fundam sobre a liberdade e a igualdade. Para Kant, a liberdade é garantida por regras impessoais de conduta com aplicação universal e em igual medida para todos, dentro de um subjetivismo que considera cada homem um fim em si mesmo e jamais um meio para qualquer outro fim.

Pode-se dizer em linhas gerais que esta é a noção contemporânea que impregna os sistemas jurídicos ditos desenvolvidos: regras universais de conduta, cujas máximas igualam a todos em sua liberdade. As limitações existem, mas são idênticas para todos. A liberdade se dá na medida em que não estamos diante do arbítrio ou de limites distintos dos demais. A medida da liberdade é a igualdade.

Esses são os contornos do conceito de liberdade incorporado nos sistemas jurídicos atuais.

¹³ MERQUIOR, José Guilherme. *A Natureza do Processo*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1982, p. 43.

civilização tem levantado sanções contra o livre exercício da economia – tem legitimado a atividade econômica onde antes ela era inibida por critérios fundados em místicas do Bem Comum.

Efetivamente ocorreu uma queda geral da pressão da sociedade sobre o indivíduo – e o próprio Durkheim incluiu esse fenômeno entre os fatores conducentes ao incremento da divisão do trabalho – a espinha dorsal da sociedade moderna. Obviamente, o que sucedeu foi uma mudança no tipo de regulação social da conduta. Onde outrora as normas sociais coíbiam e pressionavam o indivíduo, elas passaram a permitir e estimular a sua iniciativa; e sobretudo em dois campos: o do empreendimento e o da busca de conhecimento.”

É verdadeiro referir que os antigos não conheciam a liberdade no sentido como a conhecemos¹⁴, mas os legados históricos mais impressionantes nesse tocante são das civilizações que ousaram na adoção de instituições garantidoras das liberdades individuais¹⁵.

Não cabe, no presente trabalho, um completo resgate histórico desse fenômeno. Mas é importante pinçar e registrar alguns fatos.

A palavra isonomia aparece pela primeira vez em Atenas definindo um Estado concebido inicialmente por Sólon, ao dar ao povo “*leis aplicáveis igualmente a nobres e plebeus*”, concedendo, com isto, aos cidadãos “*não tanto o controle sobre a política do governo, quanto a certeza de serem governados legalmente em consonância com normas conhecidas.*”

Aristóteles, em *A Política*, condena com ênfase o sistema em que alguém governa, e não a lei.

O legado da democracia grega é um legado da autonomia da vontade e da liberdade, em um reconhecimento de uma complexa institucionalização do direito para mantê-la.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Belo Horizonte, Del Rey, 1993, p. 140-8.

¹⁵ Foi assim no apogeu ateniense, aos quais Péricles disse: “A liberdade que desfrutamos no nosso sistema de governo se estende à nossa vida cotidiana, pois, longe de exercer uma zelosa vigilância uns sobre os outros, não nos sentimos ofendidos com nosso vizinho quando ele faz aquilo que lhe apraz”. Os próprios soldados atenienses, em um momento de extremo perigo durante a expedição na Sicília, foram lembrados por seu general de que, acima de tudo, lutavam por um após no qual gozavam “de total liberdade de viver como quisessem”. (HAYEK, Friederich A. von, ob. cit.)

Estrebão¹⁶ assim enunciava:

“Quanto à constituição de Creta descrita por Éforo, talvez baste mencionar suas disposições mais importantes. O legislador, diz ele, parte do pressuposto de que a liberdade é o maior bem de um Estado, e por essa única razão estipula que a propriedade pertence especificamente aos que a adquirem, ao passo que na escravidão tudo pertence aos governantes e não aos governados.”

Roma deve ao período clássico, marcado pela maior liberdade econômica, a sua prosperidade e poder. Há que se destacar que a liberdade de contratar foi estendida a um grande número de membros da sociedade, como nunca dantes se vira. A liberdade de comerciar foi o traço marcante e inovador do direito romano¹⁷. A tal ponto era evoluído o conjunto de regras jurídicas, que o direito romano é, até hoje, a base de quase todos os sistemas jurídicos da atualidade. Não é à toa que foi a mais próspera e importante civilização antiga.

Foi em Roma que se experimentou uma considerável igualdade perante a lei, sobretudo após os movimentos plebeus¹⁸. E nessa inédita eficiência e universalização da garantia à autonomia privada, no respeito aos contratos e uma avançada institucionalização do direito de propriedade, formou-se um próspero mercado, que é a mais *elevada possibilidade de absorção de conhecimento disperso* conhecida. Mesmo o artesão mais simples estava incentivado a fazer o melhor do seu ofício, a fim de obter maior rentabilidade da sua atividade.

Não obstante, deve-se destacar que, apesar dos avanços do legado romano, aquela garantia à autonomia privada era reduzida a apenas à parte da população. Sim, porque aos escravos não eram reconhecidos direitos. E aí se observa um dos grandes porquês de os historiadores das economias pré-industriais costumarem caracterizá-las como de baixa produtividade. Boa parte dos agentes econômicos nada recebiam do resultado do

¹⁶ Citado por Hayek na obra citada *Direito, Legislação e Liberdade*, Tomo I, p. 109.

¹⁷ SERRAO, Feliciano. *Empresa e responsabilità a Roma nell'eta commerciale*. Pizza, Pacini. MELELLO Generoso. *Contrahere, Pacisca, Trasigere*. Nápole, Liguori, 1994.

¹⁸ Convém registrar a tradição deixada pelo República romana. A famosa Lei das Doze Tábuas, que teria sido inspirada nas Leis de Sólon. Aquela lei pública previa que “nenhum privilégio ou estatuto será aprovado em favor de certos indivíduos em detrimento de outros, contrário à lei aplicável a todos os cidadãos, e que os indivíduos têm o direito de invocar independentemente de sua condição social.”

seu labor, e não tinham interesse em novas descobertas ou em aumento da produtividade, determinando um nível muito baixo de circulação de bens, porquanto o consumo era também muito estrito. O mercado era limitadíssimo face aos padrões de hoje, mesmo em Roma¹⁹.

É sintomática a descrição do declínio do império romano do ocidente²⁰:

“Já no século II, o império Romano entrara em crise. A escravidão geral acabava gradualmente, com a mão-de-obra livre. Os pequenos lavradores e artesãos – espinha dorsal do antigo exército romano – eram arruinados pela concorrência do trabalho escravo, gratuito. Para impedir a revolta; o Senado distribuía trigo grátis na cidade de Roma e, na época de Domiciano, gastava um terço de seu orçamento em jogos circenses! (...)

Sustentar a plebe de graça e pagar despesas monstruosas eram preocupações do Estado. Os impostos tornaram-se de tal ordem que – excetos os aristocratas donos de escravos, seus dependentes diretos e os soldados – todo o resto da população odiava Roma. (...) A fim de manter o sistema escravocrata, o Império caminhava a rápidos passos para a ruína financeira.

A crise da sociedade imperial não era puramente financeira, como pareceu (...) As raízes da crise eram mais profundas. O sistema escravocrata, apesar de possibilitar produção mais barata que o regime de trabalho livre, já que remunerava o trabalho, arruinava os trabalhadores livres e tinha outra consequência: diminuía a produção. (...) A produção baixava principalmente porque a escravidão – e sua ameaça sobre o trabalhador livre – tirava o estímulo ao trabalho. O escravo tratava de trabalhar o menos possível, não colocava empenho nos seus afazeres, e fugia na primeira oportunidade. O trabalhador livre, por sua vez, pensava na inutilidade de arar seus campos para depois ser taxado.

¹⁹ Merquior, na obra citada, assim refere: “Os historiadores das encomias pré-industriais costumam caracterizá-las com três aspectos. Primeiro, a baixa produtividade. Segundo, a baixa concentração tanto de capital quanto de mão-de-obra. Terceiro, níveis também muito baixos de circulação de bens.”(p. 16)

²⁰ “A partir do século II D.C., contudo, a liberdade que a iguladade perante a lei havia criado foi progressivamente destruída. A burocracia Estatal passou a comandar a atividade econômica. O conceito de que a legislação deveria servir para proteger a liberdade individual desapareceu. E, quando se redescobriu a arte de legislar, foi justamente o código de Justiniano, com sua idéia de um príncipe que se colocava acima da lei, que foi tomado como modelo centenas de anos após pelos países da Europa continental”.

Regiões antes férteis agora passavam fome. Ao empobrecer a sociedade, o sistema escravocrata diminuía também o número de compradores. (...) Com a desapareção da pequena propriedade, os livres compravam cada vez menos. À crise da produção somava-se a crise do mercado. A economia escravocrata progressivamente se autodevorava”.²¹

As soluções encontradas para minorar os problemas foram a substituição do pagamento de impostos em moeda (o próprio Estado não aceitava sua moeda), pelo pagamento em bens, e, a proibição dos cidadãos de mudar de profissão, para forçar a produção de determinados bens, o que deveria ser seguido pelos sucessores – formavam-se as castas laborais. Pela ineficiência natural do centralismo, a nobreza senatorial recebe o encargo de zelar pela ordem local em suas propriedades e arredores. Recrutam milícias entre seus homens e passam habitar fortificações: castelos. Constantino leva ao extremo este processo, e se já não há mais trabalhadores livres, tampouco há escravos absolutos. A fim de ajustar a produção de alimentos, os camponeses escravizados deixam de ser livremente comercializados. Passam a ser *servos da terra* e não mais do senhor da terra, que não pode dali retirá-los. Tampouco ditos senhores podiam retirar-lhes mais do que um terço de sua produção. Mais adiante, os senhores locais não mais repassaram o imposto recolhido ao desmoralizado poder central e passaram também a conferir uma primitiva justiça.

Instituía-se, em vez da escravidão, uma escravidão limitada (a um terço da produção), denominada *servidão*, mas agora generalizada.

A servidão, com o tempo, veio a se mostrar mais produtiva do que a escravidão. Bem ou mal, o servo da gleba tinha mais incentivo para trabalhar e melhor proteção do que o escravo. Era só um meio escravo, ou mais precisamente um 1/3 escravo.

Assim, ao cair o império romano do ocidente, já estavam definidos os genes da futura sociedade feudal, que impregnou toda a Europa.

Mas, exatamente por engendrar uma semi-escravidão *generalizada*, o feudalismo veio a ser denominado a Era das Trevas. Observou-se um recuo nos padrões de vida apresentados em Roma antes da disseminação da escravidão. A ausência do intercâmbio comercial face ao isolamento dos feudos e à ausência de instituições que o garantissem redundou numa impressionante redução da possibilidade dos indivíduos de utilização do

²¹ *Grandes Personagens da História Universal*, Enciclopédia Abril Cultural. São Paulo, Victor Civita, 1971, Tomo II, p. 261-2.

conhecimento disperso. Por centenas de anos, a evolução das condições de vida quase parou.

O diagnóstico de René David²² sobre o que ocorreu com o direito naquele período, ilustra bem o quanto o declínio da tradição jurídica garantidora da liberdade implica na involução das condições de vida nos grupamentos humanos:

“Nas trevas da idade média a sociedade voltou a um estado mais primitivo. Pode existir ainda um direito: a existência de instituições criadas para afirmar o direito (as *rachimbourgs* francas, as *laghman* escandinavas, a *eôsagari* islandesas, as *brehons* irlandesas, as *withan* anglo saxônicas), e até mesmo o simples fato da redação de leis bárbaras tendem a convercer-nos disso. Mas o reinado do direito cessou. Entre particulares, como entre grupos sociais, os litígios são resolvidos pela lei do mais forte, ou pela autoridade arbitrária de um chefe.

O próprio ideal de uma sociedade que garanta “os direitos” de cada um é abandonado (...). São Paulo, na sua primeira epístola aos coríntios, exalta a caridade em vez da justiça e recomenda aos fiéis que se submetam à arbitragem dos seus pastores, ou dos seus irmãos, em vez de recorrerem aos tribunais. (...) o próprio direito é coisa má.”

O *renascimento* e o fim da idade média são também registrados por David como o renascimento do direito:

“Este renascimento manifesta-se em todos os planos; um dos seus aspectos importantes é o jurídico. A sociedade, com o renascer das cidades e do comércio, toma de novo consciência de que só o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso.

Filósofos e juristas exigem que as relações sociais se baseiem no direito e que se ponha termo ao regime de anarquia e de arbítrio que reina há séculos. Querem um direito novo fundado sobre a justiça, que a razão permite

²² DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho, 3. ed., São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. 30

conhecer; repudiam, para as relações civis, o apelo ao sobrenatural. (ob. cit., p. 31)”²³

Se a Idade Moderna apresentou traços marcantes no desenvolvimento do comércio, tal foi esteado em uma concomitante evolução das regras jurídicas que reconheciam a propriedade e os contratos. A gênese de vários institutos de direito comercial, como o contrato de seguro marítimo, os financiamentos bancários e os títulos de crédito, entre outros, deu-se nesse período. A evolução de alguns desses institutos jurídicos viabilizou vários empreendimentos, como a ampliação dos entrepostos comerciais com o oriente e as próprias expedições que desencadearam os descobrimentos do novo mundo.

Com o aumento do poder real, a própria jurisdição que antes era conferida arbitrariamente pelos nobres foi, aos poucos, centralizando-se nas mãos da coroa, conferindo, pouco a pouco, respeitando à liberdade de comerciar, como ocorreu em Paris com o Rei Felipe, O Belo:

“Os burgueses pagam-lhe impostos de boa vontade, contanto que ele os proteja do arbítrio local dos senhores feudais. Por isso o rei anula as leis baseadas em costumes locais e cria uma legislação única que sirva para todo o país. Tudo quanto prejudica o comércio, fonte de renda para a coroa – pedágio sobre certos territórios, assaltos que os nobres cometem contra comerciantes – deve ser julgado por tribunais da coroa e não por tribunais locais, onde os próprios nobres são juízes.”²⁴

Mas ainda assim, embora algumas mudanças, a evolução se dava lentamente, e a sociedade moderna ainda mantinha diversos traços feudais. Além disso, os próprios habitantes dos *burgos* instituíram corporações comerciais monopolísticas, que estabeleciam direitos de comerciar privilegiados e inacessíveis aos demais. O Estado mercantilista, sob o absolutismo da monarquia, também conferia monopólios e

²³ "(...) Um acontecimento muito importante manifesta com clareza a necessidade que é sentida nesta época de se voltar à idéia de direito: uma decisão do IV Concílio de Latrão, em 1251, proíbe aos clérigos participarem em processos nos quais se recorresse aos ordálios ou aos juízos de Deus. Esta decisão marca uma mudança decisiva. A sociedade civil não podia ser regida pelo direito, enquanto os processos fossem resolvidos pelo apelo ao sobrenatural; (...) ela abre, assim, o caminho ao reino do direito." (ob. cit., p. 38)

²⁴ *Enciclopédia Abril Cultural*. “Grandes Personagens da História Universal”, São Paulo, Vitor Civita, 1971, Tomo IV, p. 520

liberdades condicionadas e limitadas a poucos. As novas colônias convivem com a escravatura, coisa já superada até no feudalismo do velho mundo. A isso tudo se deve a não-universalização da melhora das condições de vida naquele período.

Não é à toa, contudo, que os Países Baixos tenham experimentado as melhores condições de vida daquela época. Pois foram exatamente aqueles que garantiram com mais eficiência as liberdades individuais:

“Entretanto, na própria Europa existe um centro onde – apesar da intensa destruição produzida pelos exércitos espanhóis – é tamanha a vitalidade do comércio, que a vida econômica renasce vigorosa: são os Países-Baixos.

É nos Países-Baixos, durante o século XVII, que as classes médias criaram pela primeira vez um Estado europeu, no qual o comércio representa a principal atividade e os burgueses são o setor mais importante da população.

Justifica-se plenamente chamar o século XVII de a “idade dos holandeses”. (...) **A Holanda é o país com o mais elevado padrão de vida e a maior liberdade de expressão.** Essa riqueza confere grande poder à República, reforçado pela determinação de garanti-la.

Quando Luís XIV tenta dominar o país, os flamengos arrebentam os diques e alagam suas terras, preferindo afogar-se com os adversários a **perder seus direitos.**

Era algo que a Europa medieval jamais teria imaginado. (grifo meu)”²⁵

É idêntica a análise de Enzo Roppo²⁶:

“E se se tornar necessária uma confirmação indirecta desta estreita ligação entre a exaltação do papel do contrato e a afirmação de um modo de produção mais avançado, atente-se em que **não pode certamente atribuir-se ao mero acaso o facto de as primeiras elaborações da moderna teoria do contrato, devida aos jusnaturalistas do séc. XVII e em particular ao holandês Grotius, terem lugar numa época e numa área geográfica que coincidem com a do capitalismo nascente.**” (grifo meu)

²⁵ *Enciclopédia Abril Cultural* “Grandes Personagens da História Universal”, São Paulo, Vitor Civita, 1971, Tomo IV, p. 524.

²⁶ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra, 1988, Livraria Almedina, p. 25.

Na Idade Contemporânea, ou seja, nos últimos 250 anos, como referido, é que se verificou efetivamente uma acentuada melhora nos padrões de vida. Se até o século passado os meios de transporte não se distinguiam muito daqueles utilizados há dois mil anos no império romano, neste século o homem singra os ares com aviões à jato e vai à lua. Houve uma disseminação da prosperidade, como nunca ocorreu na história da humanidade. Mesmo os cidadãos de menor renda dos países ditos desenvolvidos – que invariavelmente vivem sob regimes não-coletivistas e consagradores da autonomia da vontade e do respeito aos contratos – vivem em condições melhores e com maior expectativa de vida do que a nobreza da Idade Moderna.

Sintomaticamente, foi nesse período que os direitos consagradores da liberdade individual se universalizaram. A propriedade é elevada a princípio básico e fundamental dos ordenamentos jurídicos, bem como o respeito às livres contratações. Rompem-se os diques dos privilégios mantidos pelo direito. Os poderes do governo são limitados e, ainda assim, exercidos com base na escolha pelo voto de cada indivíduo. É o triunfo do Estado de Direito Democrático, que, como em nenhuma outra época, conferiu liberdades ao indivíduos, tendo como marca o ocaso da autoridade arbitrária baseada no carisma ou na tradição²⁷.

Sob o império do respeito consagrado pelo direito à “autonomia privada” dos indivíduos, viabilizou-se o processo da livre cooperação social através das “trocas” livres. A “competição” cooperativa de mercado se implementou como nunca. Os indivíduos, agora titulares dos frutos da sua atividade livremente desempenhada, e senhores dos seus “territórios de livre ação”, claramente delimitados pelo direito, obtêm mais resultados na medida em que melhor servem seus semelhantes, oferecendo-lhes bens e serviços de melhor qualidade a um preço mais baixo. A ampliação e extensão do direito de propriedade – que passou a incluir a propriedade intelectual – incentivou sobremodo as descobertas e inventos úteis aos demais indivíduos.

Findou a hierárquica sociedade de castas hereditárias, triunfando a mobilidade social.

O país que mais se destacou, nesse período, na consolidação de uma tradição jurídica de respeito universal às autonomias privadas e ao contrato foram os Estados Unidos da América, não por acaso a nação mais poderosa deste século.

²⁷ WEBER., Max. *Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília, 3. ed., Universidade de Brasília, 1994.

A recente falência do socialismo real nos países que optaram pelo retorno ao isolamento e pela forte limitação da esfera de autonomia privada é ilustrativa. A redenção ao apelo quase atávico por princípios visíveis de cooperação social coletivista em detrimento da cooperação invisível foi desastrosa. Desprezou-se a forma de cooperação que “não se vê”, baseada em instituições impessoais que garantem a liberdade individual, em troca de *aspirações instintivas e, repita-se, atávicas*, pela volta a uma solidariedade e lealdade social direta e “visível” conduzida por líderes supostamente capazes de planejar o bem comum. Diz-se atávica, porque tal ordem possibilitava a sobrevivência do grupo nômade quando ainda não havia conhecimento disperso.

Pode-se concluir, pois, que a adoção de institutos jurídicos que garantem o respeito à palavra empenhada – ao contrato celebrado – é que permitiu, nestes últimos 250 anos, o surgimento de civilizações que conseguiram superar a miséria absoluta e generalizada que assolou a espécie humana durante todo o longo transcurso de sua existência.

E, sem a compreensão preliminar de tais realidades históricas, não se pode encaminhar uma conceituação doutrinária sólida (e, quiçá, nem séria) para a *função social* do contrato.

Referências Bibliográficas

- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*; tradução de Hermínio A. Carvalho, 3. ed., São Paulo, Martins Fontes, 1996.
- Grandes Personagens da História Universal*, Enciclopédia Abril Cultural. São Paulo, Victor Civita, 1971.
- FRIEDMAN, Milton & Rose. *Liberdade de Escolher*. Rio de Janeiro, Record, 2. ed., 1980, p. 25-7.
- HAYEK, Friederich A. *Direito, Legislação e Liberdade*. São Paulo, Visão, 1985, v. 1: Normas e Ordem.
- MERQUIOR, José Guilherme. *A Natureza do Processo*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1982.
- PRUNES, Cândido Mendes. *Ação Humana, Coletivismo e Demografia* [Palestra não publicada proferida no Instituto de Estudos Empresariais em julho de 1994].

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra, Livraria Almedina, 1988.

SERRAO, Feliciano. *Empresa e responsabilità a Roma nell'eta commerciale*. Pizza, Pacini.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília, 3. ed., Universidade de Brasília, 1994.