

(Arquivo judiciário) -

- Rio - 5 - 12/37 - (Volume XLIV - Fascículo N. 5)

O CONTRACTO NO DIREITO MODERNO

(ART. 11 DO DECR. 21.761 DE 28/8/32)

PELO

DR. EVARISTO DE MORAES FILHO

Savigny encontraria hoje maiores dificuldades para demonstrar — como o fizera no principio do seculo passado, em polemica com Thibaut — que o actual direito do Occidente é um simples prolongamento sem solução de continuidade, do direito romano. De facto, não só se tratam de respostas differentes aos mesmos problemas (*connubium et commercium*), como tambem de questões diversas e novas que surgiram com a technica moderna, e que os juriconsultos romanos não poderiam ter previsto. De resto, toda sua technica juridica reduzia-se preferencialmente á casuistica, em quasi completo abandono da doutrina e da philosophia juridicas. Era a formação do direito pelos casos particulares, era o direito pretoriano, era o *actio* gerando o *jus*.

Em *La Decadencia del Occidente*, III volume, pag. 88, Spengler symbolizou o direito romano como "un derecho creado por los ciudadanos para los ciudadanos... La persona es, pues, un concepto tipico de la antigüedad, un concepto que sólo en la cultura antigua tiene sentido y validez." Só na época classica do direito romano é que appareceram as pessoas juridicas. Sómente o Estado podia conceder esta personalidade moral, para solucionar as dificuldades de ordem pratica. Os Romanos se preocupavam mais com os resultados praticos obtidos por essas personificações do que com o rigor logico das construcções juridicas. Porque elles se viam obrigados a fazer essas concessões de todo contrarias á sua systematica juridica. Pode-se mesmo, sem temeridade, afirmar que os Romanos desconheceram a pessoa juridica no sentido que hoje nós lhe emprestamos. Não delinearão uma noção exacta da pessoa juridica. Havia entre elles, não ha duvida, as *universitates*, os *collegia*, os *corpora*, que eram reuniões de pessoas e outras vezes um conjuncto de bens a que se attribuia a facultade do exercicio de um direito, ou a pessoa de algum direito. Mas nada disso foi reduzido a um conceito unico. Não houve propriamente uma concepção de pessoa juridica. Os Romanos foram os professionalistas do direito. Não eram

nem historiadores, nem theoreticos do direito, nem systematicos; foram sómente grandes praticos, excellentes praticos. Fizeram, no maximo, uma sciencia empirica de casos particulares. Para Spengler, é-nos impossivel compreender os ciclos historico-culturaes — como a antigüidade — que já desapareceram. Cada cultura é um organismo que nasce, vive e morre. Ha sempre um residuo que nos escapa, como vivencia historica. Só se pode compreender cada direito dentro de sua morphologia cultural. Ha um relativismo historico — e é tambem a doutrina de Simmel — tão grande e importante como o relativismo physico. Não podemos mais compreender o direito romano. Elle deixou de ser para nós "a origem dos conceitos fundamentaes, dos conceitos eternamente validos". Devemos mais aos Romanos em terminologia juridica do que propriamente em soluções e conceitos juridicos. E' questão pacifica — e agora mesmo os philosophos da linguagem a têm mostrado — que a *palavra* é o maior elemento de conservantismo e tradição nas relações humanas. Persistem em existir quando já desapareceram os respectivos *significados*, ou seja, associações reaes em torno de cada palavra. Já não significam *realmente* a mesma coisa. Dá-se um desaccôrdo entre o abstracto e o concreto. Nestes casos a palavra é méro elemento de confusão. Sim, porque as palavras são simples allegorias, symbols, representações. Ellas por si sós não têm realidade, ellas sómente são capazes de vida quando associadas a um objecto real. Todo o dialogo imaginado por Anatole France, em *Le Jardin d'Épicure*, entre Aristo e Polyphilio, gira em torno da palavra e sua significação. "Desde que a idéa falta, a palavra vem a proposito para substituil-a. Com palavras discute-se muito bem, com palavras constrõe-se um systema, pode-se sobre palavras fundar uma crença", disse-o Goethe, no *Fausto*.

Com o codigo de Napoleão ainda continua, e recrudescce, aquelle individualismo, caracteristico do direito romano. Todo elle se baseia no contracto, como muito bem synthetizou Capi-

tant (nota a Dalloz, 1917, 2, 33): "Le Code Civil, suivant la tradition romaine, place au-dessus de tout la stabilité du contrat et en fait une des bases de l'ordre social". Tres principios basicos orientaram o código napoleónico. No campo do direito privado, as idéas de *liberdade contractual* e de *autonomia de vontade*; e no campo do direito publico, a idéa de *liberdade individual* garantida em sua plenitude pela lei. Já constitue lugar commum o tratar das fontes destes principios: a) a philosophia do século XVIII, que venceu na Revolução Franceza, com suas novas formas economicas, moldadas na livre concorrência; e b) a theoria do direito natural, vinda de Kant (coexistência de liberdades) e de Hegel (idéa de vontade).

Em *Une nouvelle conception des études juridiques*, pags. 15 e 16, assim resume Alexandre Alvarez a situação economico-social na época da feitura do código napoleónico: "Si l'on veut maintenant se rendre compte de son état économique et social, on constate que le régime existant est celui de la petite industrie. La population est plutôt agricole; la propriété mobilière n'existe presque pas. Les rapports entre individus sont en nombre relativement restreint; ils ont un caractère tout à fait individualiste, bien délimité, essentiellement national et ne se modifient que très insensiblement. Il n'y a pas des questions sociales à résoudre mais uniquement une question de paupérisme, relevant de l'assistance. Les ouvriers ne réclament donc pas de code du travail; du reste, leur condition ne préoccupe personne, ni le gouvernement, ni la société, ni même la littérature. Les ouvriers ne constituent pas de parti politique, et restent disséminés par toute la surface du pays."

No transcorrer do século XIX, porém, começou-se a perceber que o código napoleónico era atrasado e irreal fechado em suas formulas rígidas, em face da sociedade que evoluía sempre, criando novas formas de vida em contraste com a lei escripta. A liberdade de contractar era um mytho, a autonomia da vontade uma abstração. A igualdade perante a lei só existia em apparencia. Na realidade ella era anti-democratica e falsa: ella só sancionava o direito do individuo emquanto que proprietario ou patrão. A situação do trabalhador era inferior e desamparada, não podia impor condições a seus empregadores. E já Adam Smith havia dito, antes da Grande Revolução, que o patrão tem mais folego para esperar do que o operario. Fazia-se mister a criação de um direito novo. A jurisprudência e a doutrina sahiram a campo. Veio a liberdade de associação ou syndical, expressamente prohibida, sob penas de multa e de prisão, pela lei Le Chapelier de 1791. E onde fracassava o individuo, vencia o grupo. Podia-se resumir toda a axiomática syndicalista nesta frase, de rara felicidade, que escreveu Franz Oppenheimer — um dos maiores sociologos contemporaneos da Allemanha — em *L'État, ses origines, son évolution et son avenir*, 1913, pag. 187: "*L'individu s'abuse souvent dans la protection de ses intérêts une classe ne se trompe jamais de façon permanente.*"

Nascia a legislação social. O Estado procurava tornar mais humanas as relações entre o capital e o trabalho. O Estado deixava de ser mero espectador na grande anarchia social, onde o forte esmagava o fraco. A livre-democracia, longe de seleccionar os fortes (palavras!), fazia augmentar cada vez mais o numero dos fracassados e espoliados. A idéa de que a propriedade devia ser garantida em toda sua plenitude ficou completamente refutada. Não ha-

via plenitude nenhuma. Em materia de propriedade os abusos possiveis foram se afigurando nocivos aos interesses da sociedade. Deixava-se de reconhecer as vantagens attribuidas á propriedade individual, cujo valor augmenta devido ao esforço colectivo. Impunha-se outra noção de propriedade, como função social. O que se vae encontrar em Duguit e, como precursor, em José Bonifacio, o mais completo e genial politico que o Brasil já conheceu.

Quando das reformas dos códigos civis italiano e allemão, surgiu a escola do chamado socialismo juridico, onde era apontado e estudado o direito novo que surgia, de indole puramente social. O interesse individual passava para o segundo plano. Cimbali e Menger foram os valores mais altos nas duas escolas. Este chegou mesmo a negar o direito subjectivo (o que tambem fez Duguit, baseado na philosophia de Augusto Comte), como algo puramente metaphysico.

Dadas estas considerações de ordem geral que bastaram para mostrar, *grosso modo*, a transformação social e juridica do século passado, passemos agora aos contractos propriamente ditos.

Resumamos: Para os romanos, a obrigação era um *vinculum juris* existente entre duas pessoas. "O que importa fixar bem é que, para o direito romano, a obrigação é sempre um puro *vinculo pessoal*, isto é, existente entre duas determinadas pessoas e não entre outras, por isso inalienavel, incapaz de passar a outras." (Cogliolo — *Filosofia do Direito Privado*, 1915, — pag. 222).

Na *Exposição de motivos* do Código Civil Francez, Bigot-Préameneau não escondeu sua profunda admiração pela sciencia juridica dos romanos, dando-a mesmo como unica fonte possivel para a confecção do alludido código.

Com o grande surto que teve a propriedade mobiliaria — o que tanto impressionou Cimbali! — foram criadas novas fontes de obrigações. Tornou-se possivel e necessaria a alienabilidade de taes direitos. Era o *titulo ao portador*, que já vinha da Idade Media. Surgia o *credito*. Apareciam os *titulos á ordem*. Dava-se a despersonalização do vinculo obrigacional. O elemento patrimonial valia por si independente do elemento pessoal "Esta indeterminação da pessoa, em favor de quem é constituído o credito, repugna á theoria romana das obrigações, na qual o elemento pessoal anniquilla, muitas vezes, o economico, quero dizer, o patrimonial ao passo que, nos tempos modernos, o elemento patrimonial adquiriu real e benefica preponderancia, deixando na penumbra o pessoal." (Clovis Bevilacqua — *Direito das Obrigações* — pag. 15).

De facto, o direito romano não nos legou uma constituição theorica da representação. Só a intensidade economica da vida moderna fez surgir esta necessidade do intermedio de outra pessoa. O professor Castro Rebello, explicando a ausencia deste instituto no direito romano, disse na sua aula de 21 de Agosto de 1931 que, além de outras razões, isto se dava principalmente, devido á forma economica existente em Roma, a agricultura. "Como sabem a agricultura não exige a representação, como hoje ainda pouco o exige. E' o commercio da vida urbana, principalmente, quem hoje mais exige a representação."

Como faz notar Radbruch — em *Filosofia do Direito*, 1934, pags. 206-207 — a vida do di-

foi estatica, emquanto a organização do trabalho se baseou na propriedade e tornou-se dinamica na organização trabalhista de nossos dias. A vida juridica tomou um caracter completamente estatico quando se funda sobre direitos reaes e um caracter muito mais dinamico quando se funda nos direitos de credito. Os direitos reaes são feitos para durar, constituem-se para durar indefinidamente; ao passo que os direitos de credito morrem ao exercer-se. "O direito de credito traz em si o germen da sua morte; extingue-se quando pelo cumprimento da obrigação é attingido o fim para que se constituiu."

E numa vida assim dinamica, a sociedade não podia mais esperar da *ivre vontade* dos individuos. Começou o crepusculo do contracto, baseado na liberdade de contractar, que Sumner-Maine dera como o caracteristico da sociedade nascida da Revolução Franceza. Fiel a Rousseau, Fouillée ainda dizia que "l'idée de contrat occupe le grande partie de nos Codes, et demain, peut-être, y tiendra la place, du premier article jusqu'au dernier."

Como verdadeiro processo dialectico, o elemento individual esgotou-se, sob abusos e desregramentos, provocando a reacção, por sua propria tyrannia, do elemento social. O interesse social, colectivo, humano, era maior do que o individual só. "Lorsque la loi parle de la liberté des conventions c'est généralement pour la restreindre", disse-o Cruet ironicamente. De facto, a lei começou a delimitar a liberdade contractual. Por sua pressão economica e politica, os syndicatos forçavam a substituição do conceito de *liberdade contractual* pelo de *justiça social*, o de individuo pelo de grupo, o de locação de serviço pelo de contracto de trabalho, o de direito civil pelo de direito operario. Era uma legislação nova. E o Estado interveio. Entre elle e os individuos interpunham-se *corpos collectivos*, associações de toda ordem. O Estado passava a ser *a força a serviço do direito*, na conhecida expressão de Duguit.

Si por um lado a doutrina e a legislação iam comballindo e minando a força outr'ora inconteste e absoluta do accôrdo de vontades, por outro levantava-se a theoria nunca aventada sobre o valor juridico da vontade isoladamente manifesta (Lacerda de Almeida). Stammler definiu então as relações de obrigação como "relações de direito privado entre particulares, no intuito de determinada cooperação social." Foi criticada e rejeitada a doutrina da *autonomia de vontade*. O que obriga não é o contracto e sim a lei. A vontade nos contractos não é por si só uma vinculação, uma obrigação. A vontade das partes contrahentes é assim, em grande parte, uma pura vontade do legislador. E' a lei que obriga heteronomamente. A *Willens-theorie* (theoria da vontade) ficou por completo destruida, quando surgiu o contracto colectivo de trabalho, anonymo e igualitario. Era a pessoa juridica quem contractava. Em realidade, do contracto classico só permanecia o nome; era um accôrdo entre grupos de trabalhadores e de patrões. Os operarios já não contractavam mais directamente com o empregador, isto é, já não subscreviam individualmente o contracto. O contracto colectivo procurava uma vantagem global para a profissão.

O Estado só admitte a *legaltheorie*; todos os contractos nascem da lei. O Estado intervem nos contractos concluidos. O Juiz pode revêr os contractos (é a these moderna), que sejam julgados prejudiciaes á nova ordem juridico-social, independente da vontade das partes con-

tractantes. Pelo contracto de adhesão e pelo *contracto-lei* é imposto a certas pessoas um contracto já determinado e concluido entre outras. A maioria faz a lei. O grande numero obriga. Interesses maiores assim o exigem. Em todos os campos da cultura resurge o problema humano, como unidade. O heroe de Carlyle tornou-se anonymo. Processa-se a *massificação da vida*, embora pesem os argumentos desesperados de Scheler, Jaspers e Carrel. E Maritain em *L'humanisme integral*.

Radbruch entristece-se em face desta intervenção dos grupos nos negocios juridicos particulares, e diz: "A liberdade contractual do direito converte-se, portanto, em escravização contractual por parte da sociedade. O que, segundo o direito, é liberdade, torna-se na ordem dos factos sociaes, escravidão."

O Brasil — como sempre suburbano — procurava, comtudo, integrar-se na ordem das cousas novas que surgiam no mundo juridico. Quando da elaboração do Codigo Civil, nos primeiros annos deste seculo, Lucio Mendonça lembrou o alvitre de se procurar introduzir, no nosso projecto do Codigo Civil, alguns institutos de direito operario. Toda a questão do contracto de trabalho ainda é ahí encarada e resolvida pela *locação de serviço*. Tambem em 1905, nos seus *Apointamentos de Direito Operario*, Evaristo de Moraes resumiu tudo quanto se tinha feito de legislação social e doutrina no velho mundo e dedicou um capitulo inteiro ao "Direito Operario e o Codigo Civil", chamando a atenção dos nossos legisladores para a precariedade da nossa systematica juridica em taes questões.

Só em 1930 é que se procurou fazer alguma cousa de positivo nesse terreno. Si bem que a rossa legislação, em principio, permaneça fiel e consagre a liberdade de contractar, não deixa de limitá-la em mais de um dispositivo. Já se encontra recolhida ao museu das utopias juridicas a supposta igualdade perante a lei. Para que houvesse liberdade efectiva de contractar, seria preciso que todos fossem, não apenas juridicamente, mas socialmente iguaes. A sociedade se divide em grupos. Un. dispõem dos meios de produção, outros carecem de taes meios: os primeiros estipulam condições ás quaes os segundos têm necessariamente de ceder (Hahnemann Guimarães). E' a liberdade do mais forte de impôr sua vontade ao mais fraco. E' um contracto em que uma das partes é coagida physica e moralmente. Desapparece a autonomia de vontade. E' coagida physicamente pela miseria e pela fome; e moralmente pelas circumstancias sociaes. Interpretado socialmente, chega mesmo a ser um contracto viciado, segundo os preceitos do direito privado liberal.

Pode-se dar como exemplo tipico da intervenção do Estado nos negocios juridicos particulares, o art. 14, da lei 62, de 5-6-935, em que se prohibe expressamente aos empregados e empregadores assignarem convenções tendentes a impedir a applicação da lei.

No actual direito brasileiro, dois são os typos de contracto colectivo que se sobreelevam, segundo Hahnemann Guimarães (*Justitia* — Julho a Agosto — 1934:

a) a *concordata preventiva ou extinctiva* (lei n. 5.746, de 9-12-1929), homologada judicialmente, impõe obrigatoriamente a limitação dos direitos de todos os credores commerciaes ou civis não privilegiados, admittidos ou não no

concurso, residentes dentro ou fóra do paiz, ausentes ou dissidentes;

b) a *convenção collectiva de trabalho* (lei 21.761, de 23-8-1932 — arts. I e V, § 2º), concluída entre associações de empregados e associações de empregadores, torna-se obrigatória para todos os seus membros, ainda que dissidentes ou ausentes da assembléa ratificadora da convenção, a não ser que, no caso de dissidência ou ausencia, se demittam da associação no prazo de dez dias após haver se dado a ratificação.

O que nós apresentamos de mais interessante, porém, em materia de contracto colectivo — o que constituirá o assumpto da segunda parte deste pequeno estudo — é o artigo 11, da referida lei das convenções. Hahnemann Guimarães não menciona este artigo na sua exposição. Mas, deste ninguem escapa: nem o ausente, nem o dissidente; nem o demissionario, nem o refractario. Constitue o chamado *contracto-lei*. A maioria por intermedio da lei obriga a minoria a aceitar o convenio. E' o golpe de morte á autonomia de vontade. Até hoje, só houve um caso no Brasil de extensibi-

lidade de uma convenção collectiva de trabalho. Eil-o:

“O Ministro de Estado dos Negocios do Trabalho, Industria e Commercio:

De conformidade com o art. 11, do decreto n. 21.761, de 23 de Agosto de 1932, e de accordo com a decisão da Comissão Mixta de Conciliação do 1º Districto do Districto Federal, resolve tornar extensiva e obrigatória a convenção collectiva de trabalho celebrada entre o Syndicato dos Trabalhadores em Transportes Terrestres e o Syndicato dos Proprietarios de Vehiculos de Carga, e todo empregador do Districto Federal que ocupe empregados em serviço de transportes de cargas e mercadorias de qualquer natureza ou especie.

Rio de Janeiro 23 de Julho de 1935. — Agamemnon Magalhães.”

Por ahi se conclue que direito e Estado são uma e unica coisa. Ha absoluta e total identificação das duas entidades. E' esta a maior verdade da philosophia juridica de Hans Kelsen, o purista do direito. Os dissidentes (Geny, Saleilles, Stammler, Del Vecchio, etc...) são os romanticos. Vivemos a época do primado social.