

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO E ORDEM ECONÔMICA

CONSTITUTIONALIZE OF THE JURIDICAL BUSINESS AND ECONOMICAL ORDER

Jussara Suzi Assis Borges Nasser FERREIRA¹
Cristiano de Souza MAZETO²

RESUMO

A investigação intenta desvendar o perfil negocial dos pactos, como socializados, contemplando a tutela dos interesses coletivos, influenciada pela ordem econômica. O resgate histórico conduz a abordagem do individualismo negocial, fundada na concepção pretérita do liberalismo. Fases do pensamento jurídico continental são resgatadas a partir da Jurisprudência dos Conceitos, passando pela Jurisprudência dos Interesses, para pousar na Jurisprudência dos Valores, visando a melhor apreensão da constitucionalização, em suas texturas metodológicas. A visibilidade da ruptura paradigmática promove a investigação para permitir alcançar a transcendência de valores e princípios, construindo a constitucionalização. Em consequência, dogmas são relativizados, como a autonomia privada e a livre iniciativa econômica. O contrato assume feição social para atender à necessidade da humanização dos pactos. A ordem econômica e os fins sociais do contrato são vistos como instrumentos hermenêuticos, corporificando, em si mesmos, um autêntico sistema de limites e fins, voltados à contemplação do social.

Palavras-chave: constitucionalização; negócio jurídico; ordem econômica.

ABSTRACT

The investigation attempts to unmask the profile negocial of the pacts, as socialized, contemplating her tutors of the collective interests, influenced by the economical order. The historical ransom leads the approach of the individualism

¹ Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP e Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR – Marília/SP.

² Advogado, Professor, Mestrando do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR – Marília/SP.

negocial founded in the past conception of the liberalism. Phases of the continental juridical thought are rescued starting from the Jurisprudence of the Concepts, going by the Jurisprudence of the Interests to land in the Jurisprudence of the Values, seeking the best apprehension of the constitutionalize, in your methodological textures. The visibility of the rupture paradigmatical promotes the investigation to allow to reach the transcendence of values and beginnings building the constitutionalize. In consequence, dogmas are relativizados as the deprived autonomy and the free economical initiative. The contract assumes social feature to assist the need of the humanization of the pacts. The economical order and the social ends of the contract are seen as instruments hermenêuticos, corporification in themselves, an authentic system of limits and ends, returned to the contemplation of the social. **Key-words:** constitutionalize; juridical business; economical order.

1. Introdução

O Direito Negocial, em sua tradição histórica, teve por fim a tutela exclusiva das relações particulares individuais. A própria expressão *negócio jurídico*, passa a ser adotada pela doutrina do século XIX, sendo antes disso, compreendida na categoria do ato jurídico, assim observado pela sistemática do Código Civil de 1916, e somente alterado pelo Código de 2002. Ainda assim, ambos tomaram por destaque a figura nuclear do contrato, como expressão de maior relevância do universo negocial.

Na perspectiva constitucional a tendência individualista vem sendo cambiada pela prevalência da tutela dos interesses coletivos, exigindo um aprimoramento das concepções pretéritas da teoria do negócio jurídico. Assiste-se, no direito pátrio, ao processo da constitucionalização dos direitos, fundamental e indispensável ao ordenamento jurídico.

De acordo com Pietro Perlingieri,

[...] a norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora da relevância jurídica das relações sociais, não somente como regra de hermenêutica, mas como norma de comportamento, apta a incidir sobre as situações subjetivas, funcionalizando-as, conforme os valores constitucionais. Tal postura se apresenta ainda como reação à fragmentação do saber jurídico, à insidiosa e excessiva divisão do direito em ramos e em especializações que, a prevalecer, fariam do jurista, fechado em seu microsistema, se bem que dotado de refinados instrumentos técnicos, um ser insensível ao projeto de sociedade contido na Lei Maior.”³

³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Caco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 49.

A advertência fachiniana apontava, no início da década de 90, para a mais equivocada das questões, então em debate: “O sistema artimanhado, de tal sorte competente, atribuiu a si próprio o poder de dizer o direito, e assim fazendo delimitou com uma tênue mas eficaz lâmina o direito do não-direito; por essa via, fica fora do sistema o que ao sistema não interessa [...]”⁴

De outra parte, Perlingieri apreende a constitucionalização enquanto exigência da unitariedade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes, em especial, como meio de evitar a degeneração do Estado Democrático de Direito.

Em verdade, Fachin e Perlingieri denunciam, por discursos distintos, a degradação do sistema jurídico tradicional.

Com a redefinição constitucional do sistema jurídico pátrio, sobressai um modelo aberto – influenciando a conformação dos sub-sistemas – orientando-os, de forma coerente, a partir de uma ordem principiológica nuclear.

Nesse caminhar, não significa setoriar, em campos estanques, os sistemas de regulações de direitos e, sim criar uma “unidade hermenêutica”.⁵ Segundo Tepedino, cria-se um polissistema em conflito ao monossistema em torno do direito civil.⁶

A metodologia constitucional, ao priorizar as relações sociais em seu projeto, modifica, sensivelmente, o foco do sistema normativo. No Direito Civil, as relações privadas são, por assim dizer, realinhadas, alcançando dimensões para além do individualismo estreito, até então, núcleo central da concepção privatista.

Em face do processo de constitucionalização, a regulação das relações privadas se define pela contemplação de novos horizontes, na perspectiva aberta e porosa, havida da absorção do pensamento jurídico contemporâneo, plural, socializado e sensível às condições do sujeito, inserido em seu real universo.

2. O giro metodológico e o aporte constituinte

No passado, o rompimento com o paralelismo lógico-racional resultou no apego à jurisprudência dos conceitos.

A viagem de Jhering em favor da jurisprudência dos interesses partiu da premissa de “que a vida não é o conceito; os conceitos é que existem por causa da vida”⁷.

“Verdadeiramente”, a perspectiva histórica do Direito às suas últimas conseqüências, não apenas as proposições jurídicas, mas

⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Limites e possibilidades da nova teoria geral do Direito Civil*, 1994, p.205.

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 17 ago. 2005.

⁶ TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*; 2. ed. São Paulo/ Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 75.

⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. reformulada. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991, p. 479.

também os conceitos jurídicos que delas extraem por concentração, se transformam com o tempo: acreditar na inalterabilidade dos conceitos jurídicos romanos é uma posição perfeitamente imatura, que deriva de um estudo da história completamente acrítico. Mas não há dúvida de que, ao reconhecer-se isto, tem de se abandonar à crença de que com os conceitos jurídicos básicos se descobriram os últimos alicerces do Direito, a partir dos quais, através de combinação, podem deduzir-se todas as proposições jurídicas. Vê agora Jhering que a coerência lógica de uma proposição jurídica não é o mesmo que a sua validade prática, declarando-se contra a ilusão da dialética jurídica, que busca dar ao positivo o nimbo do lógico, contra o culto da lógica, que pensa erigir a Jurisprudência em uma matemática do Direito. Jhering opina: Não é o que a lógica postula que tem que acontecer; o que a vida, o comércio, o sentimento jurídico postulam é que tem de acontecer, seja isso logicamente necessário ou logicamente impossível.⁸

As incoerências do sistema jurídico, com efeito, são, de há muito, objeto de reflexão e perquirição do jurista de época. O pensamento contemporâneo alcança o ápice estruturado, em verdade, nas bases fundantes, como concebidas pelos primeiros críticos.

Foi ainda Jhering que em 1877, em sua obra “O Fim do Direito”, o primeiro a definir a compreensão do Direito a partir de uma finalização, sistematizada posterior por Karl Larenz, nos anos 60.

Aduz Larenz em precisa síntese:

As frases que acabamos de transcrever contêm o princípio de um programa para uma jurisprudência <<pragmática>>, que tem menos a ver com um conhecimento mais profundo do Direito do que com o <<valor para a vida>> dos respectivos esforços. O problema está em saber-se em que consiste esse <<valor para a vida>> da Jurisprudência, às circunstâncias sociais concretas, ou ao <<sentimento jurídico>>? “A idéia-base da presente obra é a de que o fim é o criador de todo o Direito, de que não existe nenhuma proposição jurídica que não deva a sua origem um fim, ou seja, a um motivo prático”... O eixo da obra de JHERING reside verdadeiramente na questão do sujeito dos fins, do sujeito que está por detrás das proposições jurídicas e que, através delas consegue prevale-

⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. p. 58.

cer. "A resposta óbvia - é o legislador - já não logra satisfazer JHERING, que bem sabe que o legislador conta menos como pessoa individual do que como representante de uma comum vontade ou impulso que congrega todos os cidadãos".⁹

A construção metodológica iniciada por Jhering traz a lume, pela vez primeira, o enfrentamento do oculto que encobria a visão analítica e só então desvela o relevo das **circunstâncias sociais concretas**, como presentemente se pretende alcançar. Na seqüência são questionados o **valor prático para a vida e o motivo prático**, apontando para o sujeito dos fins, porém não para o sujeito-gestor das proposições jurídicas - o legislador. A busca do sujeito conduz ao achamento da figura singular do sujeito de direitos e deveres, o endereçado da norma, até então preterido.

É na jurisprudência dos interesses que efetivamente se torna consistente a compreensão do Direito como tutela de interesses, e, somente no final do século XIX, surge de forma clara à questão, jamais enfrentada, da função social do Direito Privado.

No Direito Continental, a discussão metodológica avança para a Jurisprudência da valoração. Há uma imediata adoção dos princípios ético-jurídicos, com rápida absorção dos princípios elevados em nível constitucional.

Karl Larenz destaca:

Estes são, sobretudo, os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição, quer dizer, a prevalência da <<dignidade da pessoa humana>> art. 1.º da Lei Fundamental, a tutela geral do espaço de liberdade pessoal [...]; o princípio da igualdade, com as suas caracterizações [...], a idéia de Estado de Direito, com as suas concretizações..., à democracia parlamentar e à idéia de Estado Social. É reconhecido que estes princípios hão-de ter-se em conta também na interpretação da legislação ordinária e na concretização de <<cláusulas gerais>>. Como as normas constitucionais precedem em hierarquia todas as demais normas jurídicas, uma disposição da legislação ordinária que esteja em contradição com o princípio constitucional é inválida.[...] Só o Tribunal Constitucional Federal pode

⁹ Deixa antever, JHERING não pensa tanto num fim próprio do Direito (olhado como um todo do ponto de vista do sentido), num fim subsistente em si mesmo, numa objetiva e imanente teleologia do Direito, mas nos fins práticos das proposições jurídicas singulares, fins em virtude dos quais, unicamente, segundo ele crê, essas normas são criadas e podem ser explicadas, claro que não são os fins, como que automaticamente, que podem ser o <<criador>> do Direito, mas apenas o sujeito que estabelece esses fins e prossegue esses fins pela imposição do Direito. (LARENZ, Karl. Ob. Cit. p.59).

decidir sobre se uma disposição do Direito pós-constitucional contradiz a Constituição¹⁰.

Larenz conclui que “a interpretação de conformidade com a Constituição é imprescindível ao processo hermenêutico que retira do texto maior, a compreensão principiológica, mas também recebe a imposição de limites, vale dizer - interpretar conforme a Constituição”.¹¹

Nesta fase, a investigação levada a efeito, intenta apontar o caminho constitucional percorrido pelo Direito Continental visando possibilitar a melhor compreensão, no âmbito nacional, da experiência vivida em igual direção, recepcionando a metodologia constitucional¹². Evidentemente, a brevidade dos resgates são delimitados pela própria temática, sob investigação, não sendo contemplado as diversas discussões doutrinárias consignadas no âmbito da Teoria Geral e Jusfilosofia, cujo estudo se recomenda. Fundamental, contudo, é perceber, nessas texturas constitucionais a limitação decorrente de comando principiológico que determina, seja a interpretação conforme a Constituição.

Karl Larenz expõe, em 1967, as principais instituições do Direito privado a saber:

¹⁰LARENZ, Karl. Ob. Cit. p.479-480. Declarou em muitos acórdãos que uma disposição só é inconstitucional e, portanto, inválida, quando não pode ser interpretada <<em conformidade com a Constituição>>. Examina-se, por conseguinte, em primeiro lugar se uma interpretação, reconhecida como inconstitucional, é, de acordo com os <<métodos de interpretação tradicionais>>, a única possível>> - e então a disposição inválida – ou se também é possível que resulte uma interpretação conforme a Constituição. Se uma interpretação, que não contradiz os princípios da Constituição, é possível segundo os demais critérios de interpretação, há-de preferir-se a qualquer outra em a disposição viesse a ser inconstitucional. A disposição é então, nesta interpretação, válida. Disto decorre, então, que de entre várias interpretações possíveis segundo os demais critérios sempre obtém preferência àquela que melhor concorde com os princípios da Constituição. <<Conformidade à Constituição>> é portanto, um critério de interpretação.

¹¹ LARENZ, Karl. Ob. Cit. p.479-480.

¹² LARENZ, Karl. Ob. Cit. p.481-482. Nos princípios ético-jurídicos de escalão constitucional, como o princípio do Estado de Direito e do Estado Social, bem como o princípio geral da igualdade do art.º 3.º, trata-se, bem entendido, de um Direito diretamente vigente, mas que não está, ou só o está parcialmente, formulado em normas jurídicas, nas quais previsão e consequência jurídica estejam claramente delimitadas. Enquanto <<princípios>> são pautas carecidas de preenchimento, para cuja concretização são convocados tanto o legislador ordinário como a jurisprudência. Aqui vale, segundo a Constituição primado de concretização do legislador. Este significa que onde o princípio deixe em aberto diferentes possibilidades de concretização, os tribunais estão vinculados à escolhida pelo legislador ordinário, não lhes sendo, portanto, lícito substituí-la por outra – porventura, por via de uma interpretação <<conforme a Constituição>> ou de uma correção da lei – que em sua opinião seja de preferir. Só quando – e na medida em que – a regulação encontrada pelo legislador contradiz pura e simplesmente o princípio constitucional, quer dizer, não representa já qualquer possível concretização do princípio, é que se há-de recusar a validade à lei, por inconstitucional. Só existe, portanto, margem para a concretização imediata de um princípio constitucional pelos tribunais quando, ou uma lacuna da lei não pode ser colmatada de outro modo senão por esta via, ou então a própria lei, em especial mediante o emprego de conceitos carecidos de preenchimento, como o de <<bons costumes>>, confere ao juiz uma margem de livre concretização.

[...]os conceitos de propriedade, de responsabilidade, de contrato e das diversas formas de pessoas coletivas de Direito privado – como <<momentos de sentido>> deste conceito concreto-geral de <<peessoa>>. A pretensão deste conceito concreto-geral de <<peessoa>> era, pois a exposição dos <<princípios jurídicos imanentes>> de uma ordem jurídica ou de um setor determinado, tornando visível a sua <<unidade de sentido>> intrínseca.¹³

Através de rápida síntese, é possível observar que, para o Direito Continental, por razões histórico-culturais, não se desvela construção acerca da constitucionalização dos direitos, antes as investigações científicas são desenvolvidas na busca do movimento metodológico responsável pela recepção dos valores, quer dizer, dos princípios e em específico, neste passo, sim, dos princípios constitucionais. Estava lançada a definição de unidade de sentido, presentemente buscada através da denominada unidade hermenêutica.

No Brasil, tornou-se compreensivo o movimento metodológico da constitucionalização face ao império do Estado Militar, que renegou por longos vinte anos as liberdades e garantias constitucionais.

Somente com o Estado Democrático de Direito e Social, tornou-se possível, ainda que com atraso razoável em relação ao Direito Continental, a absorção das pautas axiológicas constitucionais.

Finalmente, destaca-se a socialização do direito em que, no âmbito privado a função social desponta como paradigma da modernidade.

No contexto do negócio jurídico, surge a questão concernente à interpretação dos pactos de conformidade com o modelo adotado para interpretar a lei. A doutrina firma posições, recepcionando igual orientação metodológica no contexto da interpretação negocial. Não há como desconsiderar a adequação da invocação dos princípios constitucionais, no segmento do transito jurídico, onde a autonomia privada vem, a um só tempo, garantida e limitada pelos princípios constitucionais.

3. A constitucionalização do direito civil

A constitucionalização do Direito Civil segue a conformação metodológica do sistema jurídico, a exemplo dos demais subsistemas. A expressiva modificação no campo do privado permanece sendo a mudança do eixo individualista, devido à releitura constitucional promovida nas estruturas do Direito Civil oitocentista, conduzindo-o para a socialização. As relações privadas, finalmente, passam a contemplar os interesses coletivos para além da redoma individual.

¹³ LARENZ, Karl. Ob. Cit. p.708.

“O papel de fio condutor atribuído ao valor constitucional realça um novo Direito Civil e rejeita reformas à moda do século XIX”¹⁴.

Nesse passo, não há como confundir constitucionalização do Direito Civil com a questão atinente a sua publicização. Na publicização, há o movimento de coordenação do Estado no âmbito do Direito Civil, com fundamento nas regras infraconstitucionais. Já na constitucionalização, a coordenação estatal é preterida pela absorção dos valores constitucionais – princípios norteadores das relações privadas. O século XX foi palco dessa viragem.

De acordo com Gustavo Tepedino:

No caso brasileiro, a introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples, parece facilitada pela compreensão, mais e mais difusa, do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que doutrina e jurisprudência têm reconhecido o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais tem assegurado eficácia imediata nas relações de Direito Civil”. “Consolida-se o entendimento de que a reunificação do sistema, em termos interpretativos, só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente e central à Constituição”.¹⁵

À vista desse movimento metodológico, princípios outros, além daqueles indicados por Tepedino, completam a nova ordem. Assim, “o princípio da igualdade que se ramifica para o Direito Civil visando remover obstáculos, mas que, antes deve ser harmonizado com o sistema que lhe originou”.¹⁶ A grande incidência desse princípio será nas cláusulas gerais, possibilitando que o intérprete adequue seus juízos hermenêuticos e de valor, em conformidade com a ordem social vigente.

De fato, é possível dizer que o Direito Civil deixou de ser um ramo eminentemente privatista, para obter, pela ordem social, um limite de coordenação dessas relações, possibilitando, inclusive, a restrição à livre iniciativa, quando em conflito com a justiça social.¹⁷

Seria dizer, por outro prisma, que o direito privado está socializado, devendo atender mais a um fim coletivo, do que propriamente, a um unicamente

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 88.

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição, 1998/1999, p.22 apud., FACHIN, Luiz Edson. Ob. cit. p.89.

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 49.

¹⁷ TAVARES, André Ramos, *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 137.

privatista, pois *v.g.* a boa fé passa a ser um efeito colateral para as partes, mais do que propriamente uma necessidade nuclear¹⁸, é dizer que as partes além de se conduzirem para uma finalidade honesta, têm de se dirigir para uma finalidade justa. Finalidade justa reside na consumação da real igualdade das partes, quanto à atribuição da carga de direitos e deveres, equilibradamente distribuídos.

4. O constituir negocial e os fins práticos

4.1 O poder da autonomia privada

O universo negocial contemporâneo toma por eixo os princípios constitucionais voltados para a consecução dos fins práticos, como objetivado pelo sujeito no âmbito contratual. Sendo assim, assume papel de relevo indispensável à observação da autonomia privada em seu novo contorno, de par com a função social dos pactos.

Luiz Edson Fachin, em crítica competentíssima, pontua:

A autonomia privada, vista como um dogma está teoricamente ultrapassada. Permanece, todavia, a indagação sobre o que colocar no lugar de seu conceito, no âmbito dos contratos. Depreende-se, então, a necessidade de nova proposta de reflexão transdisciplinar, para que se possa compreender melhor esse momento. O estabelecimento de uma espécie de cartografia da transdisciplinariedade impõe em repensar do sujeito e do objeto, bem como da metodologia da investigação científica, voltada para esses estatutos jurídicos fundamentais¹⁹.

O repensar, como proposto por Fachin, aponta para a direção oposta à concepção individualista de negócio jurídico, a autonomia privada integral, ilimitada, assegurando ao sujeito plena liberdade de contratar. A manifestação da vontade, por via de consequência, afirmava o dogma da vontade. Inexoravelmente, o contrato assumia a feição de instrumento de opressão no liberalismo, fundado no valor supremo da liberdade do indivíduo.

A transcendência de valores conduz à transcendência de conceitos. Alguns conceitos jurídicos assumem a face de sentenças de mármore. São perpetuados em sua rigidez e então congelam. Foi assim com a autonomia

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de Los Contratos*; Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2004, p. 146.

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. Ob. Cit., p.253-254.

privada, tida como poder absoluto do indivíduo para contratar. De fato, somente movimentos vigorosos e em conjunto conseguem promover a ruptura com o velho paradigma, para deixar entrar o novo. A autonomia privada, redefinida, assume expressão limitada, em conformidade com a necessidade de conduzir as relações contratuais ao plano do equilíbrio indispensável em razão do perfil negocial socializado.

A autonomia privada, antes entronizada como garantia da liberdade dos cidadãos em face do Estado, é relativizada em prol da justiça substancial, como eixo da relação contratual se deslocando da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança.²⁰

Com a crise dos contratos e sua posterior superação, ancorada por significativas transformações, finalmente se conduz a um bem concebido rol de limites que fazem a contenção da autonomia privada, definindo perfil compatível com os postulados do Estado Democrático de Direito.

Francisco Amaral, por seu turno, reafirma:

O problema da autonomia privada é, portanto um problema de limites que se colocam, por exemplo, com o dever ou a proibição de contratar, a necessidade de aceitar regulamentos predeterminados, a inserção ou substituição de cláusulas contratuais, o princípio da boa-fé, os preceitos de ordem pública, os bons costumes, a justiça contratual, as disposições sobre abuso de direito, etc., tudo isso a representar as exigências crescentes de solidariedade e de sociabilidade ²¹.

O dirigismo contratual realinha a autonomia privada enquanto expressão maior, que foi, da liberdade de contratar, para limitar seu campo de invocação.

Bem observa Judith Martins-Costa ao gizar:

A autonomia contratual não é mais vista como um fetiche impeditivo da função de adequação dos casos concretos aos princípios substanciais contidos na Constituição a as novas funções que lhe são reconhecidas. Por esta razão desloca-se o eixo da relação contratual da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança, diretriz indispensável para a concretização, entre outro, dos princípios de superioridade do interesse comum sobre o particu-

²⁰ MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil e a Nova Teoria dos Contratos. In: TEPEDINO, G. (coord) *Problemas de Direito Civil*. Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 176.

²¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.345.

lar, da igualdade (em sua face positiva) e da boa-fé em sua feição objetiva.²²

Os limites da autonomia privada implicam a revisão da liberdade de contratar, vale dizer, o princípio da liberdade contratual é tomado em simetria com os princípios da igualdade das partes, prevalecendo o equilíbrio dos interesses, em face da função social dos pactos, enquanto expressão da justiça contratual. Os pactos, agora socializados, buscam seus fins, vale dizer, inclusive os fins práticos.

4.2 A socialização dos pactos

A discussão acerca da socialização dos pactos não é matéria nova, o que há de novo é a expressiva recepção através da qual vem sendo consagrada.

A função social do contrato ganha relevo a partir da Constituição Federal, sendo reconhecida como um dos princípios norteadores do contrato, limitando, por outro lado, o princípio da liberdade de contratar.

Não é demais dizer que os contratos têm uma ligação medular muito grande com o direito de propriedade, com produção de serviços, que, de forma inafastável, a ordem econômica regra a própria vontade de contratar, podendo inclusive limitá-la.²³ Essa estreita conexão de matérias conduz para a abordagem do forte eixo representado pela ordem econômica.²⁴

A Carta Magna de 88 consagra a expressiva contemplação social com reflexos, importantíssimos, nas relações civis. Ganho que tal não pode ser desconsiderado ou inobservado, sob pena de um retrocesso social inaceitável. Nesse particular, pondera Canotilho, em seara própria, invocado pela peculiaridade da advertência.

O princípio da democracia econômica e social aponta para a **proibição de retrocesso social**. A idéia aqui expressa tem sido designada como proibição de – contra-revolução-social – ou da – evolução racionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à as-

²² MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.3, set./dez. 1992, p. 141, apud Gustavo Tepedino (coordenador) – *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.123.

²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 17 ago. 2005.

sistência, direito a educação), uma vez obtido num determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.²⁵

A partir do momento em que as relações privadas, finalmente estão socializadas, cabe zelar para que interpretações pretéritas ou na contramão da evolução não venham a retirar ganho tamanho, quando nada, negando-lhe eficácia.

A Constituição, da mesma forma que permite a liberdade de contratar, de igual tônus, impõe questões de ordem pública que limitam essa mesma vontade.²⁶

Conforme afirma Lorenzetti,

[...] a Constituição, em sua íntima relação com os contratos, gera a intervenção da ordem pública por razões de emergência econômica, influência dos direitos fundamentais sobre o contrato, influência sobre o objeto e a causa, proteção da capacidade e vontade, proteção constitucional do consumidor, contratos sobre bens coletivos, tutela da autonomia privada e a argumentação constitucional nos casos contratuais, são o que dão o impulso necessário para essa ligação. É colocar os interesses individuais dentro de uma realidade econômica social e real.²⁷

A Constituição Federal, em seu artigo 170 assenta os fundamentos da ordem econômica na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, indicando os fins propostos, ao buscar assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Determina mais, que tais fins sejam alcançados com a observação dos princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade e da livre concorrência. A ordem econômica vem, assim, informada por princípios e fins. Limitada de forma especial, pela função social que predomina, alcança o universo negocial, em seu complexo de relações contratuais, redefinidas pelos novos e predominantes valores, emergidos das pautas axiológicas constitucionais.

A previsão constitucional do artigo 170, da Magna Carta é, inegavelmente, núcleo de revalorização do sujeito, aquele mesmo espectador dos fins práticos. A ordem econômica constitucional torna a assentar a dignidade humana do sujeito para então, recolocá-lo nos diversos lugares que realmente ocupa em sociedade. Assim, o primeiro sujeito nomeado pela ordem, é o trabalhador, seguido do em-

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 338-339.

²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de Los Contratos*: Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, p. 116.

²⁷ ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, 5. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 63.

presário, aquele da livre iniciativa, quiçá o empregador. A esses sujeitos, a promessa de segurança e esperança do trabalho humano digno e da liberdade equilibrada.

Na indicação do cardápio principiológico do artigo 170, e incisos, o sujeito é eleito, sem dúvida, o titular dos ditames da justiça social; define-se como cidadão no âmbito da soberania nacional, seguido do sujeito-proprietário da propriedade privada e funcionalizada. Por fim, o sujeito-consumidor, de bens, serviços, valores, princípios e justiça social. Não há, no ordenamento jurídico pátrio, similar contemplação do sujeito, contextualizado vezes tantas, como sujeito de titularidades, como defende Luiz Edson Fachin.

Ao cabo e ao fim, há uma imperiosa força denunciando a importância, de significado nobre, ainda não revelado, contido na dignidade do sujeito, finalmente nominado sujeito-contratante. Se, em diversos ambientes principiológicos, como analisados, voltados à proteção do contratante no trânsito jurídico negocial, deve ser inferido que os fins sociais do contrato asseguram a dignidade do contratante.

Inegavelmente, o texto constitucional contempla **circunstâncias sociais concretas**, como destacadas por Jhering, mas, pela baixa carga eficaz ainda não foi consolidado **o valor prático para a vida**.

De acordo com Francisco Amaral,

[...]a liberdade de iniciativa econômica, indiretamente se garante a autonomia privada, em face da íntima relação de instrumentalidade existente entre ambas. Conceitos conexos, mas não coincidentes, a autonomia privada tem caráter instrumental em face da liberdade de iniciativa econômica, pelo que as limitações que a esta se impõem também atuam quanto àquela ²⁸.

Pode-se dizer mais: a relação de instrumentalidade, descrita por Amaral, no âmbito da ordem econômica, alcança, naturalmente, a função social, esta sim, conceito unívoco que transporta, a um só tempo, a livre iniciativa e a autonomia privada para a moderna concepção de funcionalização do direito, rompendo, em definitivo, com a herança liberal-individualista.

A economia não é uma situação linear e, por isso, por várias vezes, é necessário que o Estado se faça presente em determinadas circunstâncias, para obter um reequilíbrio de relações²⁹, até mesmo, em casos excepcionais, participando como agente econômico.³⁰

²⁸ AMARAL, Francisco. Ob. Cit. p.344.

²⁹ PEREIRA, Affonso Insuela, *O Direito Econômico na Ordem Jurídica*, São Paulo: José Bushastasky, 1974, p. 152.

³⁰ CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal, *Reflexões sobre a não-intervenção do Estado na "Atividade Econômica", nos termos do Art. 173 da vigente Constituição Federal*, Londrina, 2003.

A Constituição detém um núcleo de sustentação, que são os direitos fundamentais, verdadeiros nortes de aplicação a todas as relações jurídicas³¹, inclusive e em especial para os contratos.

Não basta a garantia procedimental, é preciso que se implemente de maneira concreta os direitos fundamentais que são a expressão da dignidade da pessoa humana.”³²

A Constituição é núcleo de princípios, que por sua vez são carregados de valores e, por conta disso, são fundamentais na conclusão de um contrato em seu objeto e na sua causa, como a socialização do contrato e a boa fé objetiva³³, por serem de observação obrigatória, sob pena de invalidade do vínculo contratual. Ao contemplar as relações de consumo, equalizou relações de hipossuficiência, sempre presentes naqueles contratos, daí a importância de regras constitucionais nessa quadra.

No final, uma volta ao início da Carta Constitucional, ao artigo 1º³⁴, quando estabelece os fundamentos da República reunidos na soberania, cidadania, dignidade humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, somados ao rol de objetivos fundamentais, como referidos no artigo 3º³⁵, possibilitando a organização da ordem econômica fundada em valores e limites, na dicção do artigo 170³⁶, alcançando os pactos e mais que isso, o próprio sujeito dos pactos.

³¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais. Lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.ap?id=3974>>. Acesso em: 27 abr. 2006.

³² COELHO, Paulo Magalhães da Costa, É possível a construção de uma hermenêutica constitucional emancipadora na pós-modernidade? In: *Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos: Divisão Jurídica*, Bauru: Edite 44. ed., setembro/dezembro de 2005.

³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil*, Tomo 1, Saraiva, p. 50.

³⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

³⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor.

Destarte, todo contrato resulta em finalidade social, conforme o mandamento institucional da Constituição³⁷, “para evitar os massacres que o direito civil é incapaz de solver, conforme diz a própria história”.³⁸

A evidência dos reflexos constitucionais nos contratos são as cláusulas gerais. Por essas, é possível a perfeita adequação do sistema sem as interferências de âmbito externo, buscando, assim, os valores constitucionais que a Constituição fornece³⁹ permitindo o ajuste obrigacional à realidade social.

Justamente por serem cláusulas abertas de possibilidade de o julgador colocar ajustes que a inflexibilidade de antanho não permitia, é aí que a Constituição age com maior potência, ramificando hoje, seus preceitos para o Direito Civil, como é o caso da socialidade tida como princípio, que busca a função social do contrato, limitando a autonomia da vontade e permitindo o reajuste das avenças para um melhor atendimento social.⁴⁰

Os princípios constitucionais dominam a coordenação dos pactos devendo atender aos preceitos constitucionais, mais especificamente, os da ordem econômica, pela estrita imbricação com o ambiente negocial.

O Código Civil consagra o princípio da função social do contrato, no artigo 421, seguindo a orientação constitucional e, portanto, indicando dupla dimensão. A um, como finalidade enquanto razão; a dois, como limite a liberdade de contratar. Assim, o trânsito jurídico negocial, guardados os limites da autonomia privada, alcança seu fundamento, vale dizer, sua razão contratual, fundada na função social do contrato.

O desafio do Estado Social Democrático de Direito está, nessa perspectiva, em efetivar a ordem econômica, respeitando suas funções. A funcionalização dos institutos jurídicos vem representando a superação do dogmatismo tradicional, cambiada por uma hermenêutica crítica, investigadora de uma ordem jurídica e social adequada às necessidades e valores da sociedade contemporânea⁴¹.

³⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 17 ago. 2005.

³⁸ TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*; 2ª ed., São Paulo – Rio de Janeiro, Renovar, 2202, p. 56.

⁴⁰ HORA NETO, João. O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1028, 25 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8262>>, Acesso em 27 abr. 2006.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37.v. 3

⁴¹ FERREIRA, Jussara S.A.B.Nasser, Função Social e Função Ética da Empresa. In: *ARGUMENTUM-Revista de Direito*, Marília: UNIMAR, v. 4, p. 49, 2004.

Considerações finais

- A interdependência dos negócios jurídicos em relação à ordem econômica impõe, por conta da constitucionalização, a revisão dos conceitos jurídicos clássicos, como a autonomia privada, a livre iniciativa e a socialização dos pactos.

- A metodologia constitucional, fortemente marcada pelo pensamento jurídico continental, à altura da Jurisprudência dos Valores, prioriza as relações sociais em seu projeto. Contudo, a questão da função social do direito privado surge apenas no final do século XIX.

- O pensamento precursor de Jhering rompe com a abstração dos conceitos e proposições jurídicas de então. Assim, descreveu a necessidade e importância do apreender o direito, orientado por seus fins, por meio do “valor prático” para a vida, dimensionado pelas circunstâncias sociais concretas. A negação do abstracionismo e formalismo conceitual permite, ao cultor do direito, ver a realidade da vida em sociedade, onde o sujeito de direito se insere.

- O Estado Democrático de Direito consagra a socialização do direito ainda comprometida pela baixa efetividade. Ainda assim, se o valor supremo do liberalismo foi a liberdade do indivíduo, para o Estado Constitucional, o social é o valor supremo.

- A mudança metodológica produz significativo impacto nas relações privadas, alterando a rotação do eixo individualista para deitar tutela em favor dos interesses coletivos. A constitucionalização do negócio jurídico é conseqüência necessária à humanização dos pactos.

- O dogma da autonomia privada sucumbe, deixando de ser liberal para assumir feição social. Limites são definidos.

- A ordem econômica funcionalizada limita para estabelecer seus próprios fins.

- A relação entre a ordem econômica e a ordem contratual é instrumental. Os princípios e cláusulas gerais são instrumentos hermenêuticos possibilitadores de leituras plurais.

- A função social do contrato, conforme vocação adotada pela ordem econômica, define, igualmente, limites e fins.

De efeito, é possível concluir que a constitucionalização do Direito Civil redefine e limita a autonomia privada, a liberdade de contratar, consolidando a função social dos contratos, em favor da coletividade. O ganho social é fator democratizante que humaniza os pactos.

REFERÊNCIAS

- ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. *Primeiras Linhas de Direito Econômico* 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. *Reflexões sobre a não-intervenção do Estado na "Atividade Econômica", nos termos do Art. 173 da vigente Constituição Federal*, Londrina, 2003.
- COELHO, Paulo Magalhães da Costa. É possível a construção de uma hermenêutica constitucional emancipadora na pós-modernidade? *Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos: Divisão Jurídica*, Bauru: Edite, 44. ed., setembro-dezembro de 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função Social e Função Ética da Empresa. *ARGUMENTUM-Revista de Direito*, Marília: UNIMAR, v. 4, 2004.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- HORA NETO, João. O princípio da função social do contrato no Código Civil de 2002. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1028, 25 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8262>>. Acesso em: 27 abr.2006.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. reformulada. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991, p. 479.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 17 ago. 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de Los Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004.

MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. Teoria Geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 36.

NERY JÚNIOR, Nelson. *O Novo Código Civil*. Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale, com coordenação de Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTr, 2003.

PEREIRA, Affonso Insuela. *O Direito Econômico na Ordem Jurídica*. São Paulo: José Bushastasky, 1974.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002,

REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=509>>, Acesso em: 27 abr. 2006.

SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. Os princípios informadores do novo Código Civil e os princípios constitucionais fundamentais. Lineamentos de um conflito hermenêutico no ordenamento jurídico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano, 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3974>>. Acesso em: 27 abr. 2006.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Método, 2003.

TEPEDINO, Gustavo (Coord). *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*; 2. ed. São Paulo/ Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

VENOZA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2003.