

Teoria crítica do negócio jurídico

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira¹

RESUMO

O modelo liberal de contrato, fundado no individualismo e autonomia ilimitada, eclode na crise do contrato e na ruptura paradigmática, causando a desconstrução das bases negociais. A complexidade dos fenômenos sociais, a sociedade de massa, a coletivização dos pactos, a constitucionalização do direito privado são condições de possibilidade, estruturando o novo núcleo negocial organizado refeito com o movimento de abertura do sistema, adoção das cláusulas gerais. A designação do novo paradigma democrático-plurindividual-principiológico integra o conjunto do núcleo negocial contemporâneo influenciando a hermenêutica negocial na pós-modernidade.

1 INTRODUÇÃO

As transformações fundamentais do direito privado contemporâneo, a significativa alteração dos eixos tradicionais das relações negociais provocam modificações expressivas no perfil negocial contextualizado a partir da crise das bases contratuais: liberdade, autonomia privada, obrigatoriedade do contrato, individualismo e igualdade formal.

Sendo o negócio jurídico uma das bases fundantes do direito civil, imperiosa a apreensão de sua própria tessitura entendida em relação à crescente complexidade do fenômeno social.

As rupturas e conseqüentes análises críticas representam ambiente de estudo indispensável, considerando a formulação do novo núcleo negocial, explicitado na transposição dos limites do individualismo, somados a estrutura rígida da metodologia da subsunção sustentada pelo decadente método lógico-formal dedutivo.

A superação do modelo tradicional implica no deslocamento do hermetismo individual e subsequente contemplação dos valores pessoais para adotar dimensões plurais, abandonando a lógica dedutiva para assumir o eixo axiológico constitucional e fenomenológico. Não basta mais apreender o negócio jurídico como objeto do trânsito jurídico individual. Os debates trazem para o centro das discussões a relação entre sujeito-sujeito e a compreensão da linguagem reveladora do ser-negocial, o ser-para, para ser compreendido em relação ao contexto pluridimensional.

¹ Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora permanente do Programa de Mestrado em Direito e Cidadania da UNIPAR – Umuarama.

2 CRISE DO CONTRATO E RUPTURA PARADIGMÁTICA

A crise do negócio jurídico e a ruptura paradigmática em relação ao modelo oitocentista são causas do desvendamento da relação jurídica demarcada pelas especificidades do contexto jurídico na atualidade, conforme apontam as investigações estruturadas nas concepções próprias da teoria crítica.

Para Lênio Streck (2004, p. 218-219):

[...] há uma crise de paradigmas que obstaculiza a realização (o acontecer) da Constituição (e, portanto, dos objetivos da justiça social, da igualdade, da função social da propriedade, etc.): trata-se das crises dos paradigmas objetivista aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência), bases da concepção liberal-individualista-normativista do Direito, que se constitui, em outro nível, na crise de modelos de Direito, nosso modo-de-fazer-Direito continua sendo o mesmo de antanho, isto é, olhamos o novo com os olhos do velho, com a agravante de que o novo (ainda) não foi tornado visível. Mais do que isto, a própria crise não foi tornada visível “como” crise: o velho não foi compreendido “como” (*als*) velho. A tradição inautêntica cega, obnubilando as possibilidades da manifestação do novo “como” (*als*) novo.

A crise do contrato instigada pelo declínio do liberalismo representa sulco de travessia em direção da conformação do perfil negocial contemporâneo, de máxima importância face as profundas modificações trazidas pelas complexidades sócio-negociais. O conjunto formado pela crise e decadência metodológica tornam visíveis a ruptura paradigmática em relação ao modelo liberal-individualista-normativista e, por via de consequência, as alterações produzidas na base negocial, modificando, sensivelmente, o perfil das relações contratuais.

A idéia de caos atinge o contrato, enquanto momento do sistema codificado. A crise e até a “morte do contrato” (Grant GILMORE), estão inseridos nesse contexto, em que a desconstrução dos dogmas se apresenta como inevitável. [...] O repensar do modelo contratual, ou o reconhecimento da crise institucional, surgem em razão do desajuste entre o modelo contratual de *gré à gré* (paritário) e as relações de massa. O *Code*, assim como nosso próprio Código Civil foram concebidos para que figurem a relação jurídica contratual somente dois sujeitos (credor e devedor). (NALIN, 2001, p. 113-114)

O Código Civil brasileiro de 1916 seguiu o modelo do Código de Napoleão. Décadas foram consumidas até a constitucionalização do Direito Privado, influenciando o Código Civil brasileiro de 2002.

As grandes codificações civis perdem espaço para os estatutos jurídicos, reguladores de matérias específicas, formados sob a influência de um sistema aberto de direito,

recepcionando as demandas sociais de forma adequada, correspondendo as expectativas causadas pelo impacto das rupturas.

De crise ainda se pode falar [...] todos os institutos de Direito Civil, a rigor, foram perdendo a estrutura abstrata e generalizante em favor de disciplinas legislativas cada vez mais concretas e específicas. Desse processo por assim dizer de esfacelamento das grandes unidades conceituais não parece ter restado indene também a nossa teoria contratual, que tinha como ponto de referência o Código Civil. (TEPEDINO, 2004, p. 200-201)

São exemplos dessa nova fase o Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, entre outros. Neste contexto, permanece para o direito privado, de forma adequada e representativa, a descentralização normativa, ampliando a sistematização dos interesses privados. Papel relevante é exercido face à transição para o Estado Democrático de Direito com a indispensável intervenção estatal na Ordem Econômica.

O debate sobre a travessia do Direito Civil tradicional ao Direito Civil contemporâneo presentemente suscita pertinência com temas relevantes, a principiar com o da pessoa. A questão não é retórica, especialmente quando estão na cena a propriedade, a família e o contrato. (FACHIN, 2000, p. 77)

A ruptura paradigmática alcança no núcleo negocial a própria autonomia privada, princípio e fundamento, considerada pelo modelo tradicional como poder das partes para ajustar os próprios e pessoais efeitos a serem realizados no contrato.

Segundo Francisco Amaral (1998, p. 330-331)

é nesse contexto de vinculações que situamos a autonomia privada, princípio normativo-jurídico, fundamento da civilística contemporânea. O que está em crise não é propriamente a autonomia em si, mas uma sua determinada concepção ou perspectiva. [...] E, se por um lado, a tão falada crise do direito a afeta, não só quanto a sua própria existência, mas também quanto a própria eficácia e limites, devido à crescente intervenção do Estado no domínio privado, por outro lado reafirma-se a sua importância e função com “recrudescimento da mística contratual.

A questão da autonomia privada permanece como nuclear da discussão doutrinária do momento. Há um claro divisor em relação ao valor atribuído à autonomia privada, a um, sustentando a importância da autonomia exatamente pelo campo de atribuição e competência reservado ao contratante nos limites permitidos pela intervenção estatal; a dois, a negação da relevância da autonomia considerada em relação ao sujeito.

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

científica, voltada para esses estatutos jurídicos fundamentais”. (FACHIN, 2000, p. 254)

No contexto das relações negociais os efeitos ou descumprimento do contrato representam linha de tensão no campo da pactuação, influenciada pela globalização, pelo consumo de massa, pelos critérios de concessões de crédito, tornando imprescindível analisar as rupturas negociais à luz dos preceitos constitucionais.

A pré-compreensão temática indica como expectativa de resultados a síntese da teoria negocial contemporânea, evidenciando a socialização dos pactos, o maior ou menor grau da efetividade da humanização, equilíbrios, concretização da função social do contrato e a imperiosa busca da realização da justiça contratual.

3 NEGÓCIO JURÍDICO E PÓS-MODERNIDADE

Compreender o instituto do negócio jurídico na pós-modernidade, considerando a crise do contrato, a ruptura paradigmática do modelo liberal-individualista-normativista em relação à teoria crítica do direito, é significativo de descobrir o significado do contrato na dimensão espaço-temporal do instituto de conformidade com a metodologia constitucional.

A análise do novo contexto negocial, influenciado pela constitucionalização do negócio jurídico, revela dois ambientes de realização dos pactos, de acordo com as previsões das codificações ou de acordo com o estatuído pelo texto constitucional, considerando as dimensões individuais e plurindividuais dos pactos, na medida em que são socializados na expectativa de efeitos, igualmente de espectro social.

Paulo Luiz Netto Lôbo (1999, p. 1) analisa o instituto do contrato como concebido pela tradição das codificações em relação ao novo sentido contratual consagrado pela Carta Magna de 1988:

Os princípios gerais da atividade econômica, contidos nos artigos 170 e seguintes da Constituição brasileira de 1988, estão a demonstrar que o paradigma de contrato neles contidos e o do Código Civil não são os mesmos. O Código contempla o contrato entre indivíduos autônomos e formalmente iguais, realizando uma função individual. Refiro-me ao contrato estruturado no esquema clássico da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes. O contrato assim gerado passa a ser lei entre as partes, na conhecida dicção dos Códigos Civis francês e italiano, ou então sintetizado na fórmula *pacta sunt servanda*. O contrato encobre-se de inviolabilidade, inclusive em face do Estado ou da coletividade. Vincula-se o contratante ética e juridicamente; vínculo que tanto é mais legítimo quanto fruto de sua liberdade e autonomia. Esta visão idílica da plena realização da justiça comutativa, que não admitia qualquer interferência do Estado-juiz ou legislador, pode ser retratada na expressiva petição de princípio da época: quem diz contratual, diz justo.

Naturalmente, a concepção pretérita não resiste à crítica, resultando na crise do contrato, fundada na excessiva liberdade assentada na autonomia privada, reforçada pela ficção da igualdade formal das partes e o exacerbado individualismo assegurado pela inviolabilidade do pacto, afastando possibilidades de questionamentos ou modalidades revisionais do contrato.

O movimento de superação da crise do contrato impõe limites à autonomia privada em busca da igualdade material das partes, pluralidade de interesses coletivos e a possibilidade da intervenção do Estado e do Estado-juiz na revisão do contrato.

A Constituição apenas admite o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais, e que considera a desigualdade material das partes. Com efeito, a ordem econômica tem por finalidade "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (art. 170). (LOBO, 1999, p. 1)

A reflexão conjunta acerca dos diversos níveis e estágios de insatisfação do contratante de menor poder e condições de negociar, oportuniza o desenvolvimento das idéias revolucionárias, voltadas para o ideal social em nome das liberdades e igualdades.

Na Itália, Trabucchi, há décadas, advertia para a importância das mudanças no direito privado, visando assegurar melhores condições para a convivência humana.

Sopra tutto è lo spirito del mondo sociale che muta; e lo spirito dei tempi in cui ogni generazione vive deve entrare a far parte della sensibilità del giurista e deve perciò investire anche i libri della materia per offrire al lettore un moderno quadro d'insieme. [...] Oggi, la manifestazione tellurica si è estesa a buona parte del diritto privato, per lo studio del quale si deve richiamare una particolare sensibilità storica, senza tuttavia consentire che si distolga l'attenzione da quei principi fondamentali ai quali è affidato il compito di assicurare una ordinata convivenza umana; dicevamo, nota et vetera. (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 25ª. Ed. Padova: CEDAM, 1981, p. XI).

A concepção tradicional do negócio jurídico, permitindo o uso do instituto como instrumento de exploração social, faz desmoronar as bases do contrato rompendo com o paradigma liberal. Nessa perspectiva, altera-se o lastro principiológico negocial formado, anteriormente, por princípios, igualmente herméticos, como organizados pela metodologia racionalista.

O giro metodológico reorganiza a unidade do sistema, considerados as generalidades legislativas e abstrações formais, tomando por contraponto a pluralidade sistêmica aberta, especificidades reais, e as mudanças sociais fundadas nas complexidades negociais. Tais movimentos provocam a reconstrução da teoria negocial, embasada na constitucionalização

dos pactos, adoção das pautas axiológicas consideradas as reais exigências do contexto sócio-jurídico e econômico.

Aduz Tepedino (1998/1999, p. 22) “Se o pluralismo ensejou a desconstrução do sistema fechado [...] inútil seria buscar recompor o sistema com um novo e unificado corpo legislativo [...] sem que se altere, profunda e radicalmente, a cultura jurídica em cujo meio se pretenda inseri-lo”.

O ordenamento brasileiro faz o percurso da modernidade tardia, mantendo a metodologia normativista na impossibilidade de compreender a indispensabilidade do câmbio metodológico como realizado no direito continental.

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 se 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. (TEPEDINO, 1998/1999, p. 22)

A invocação principiológica, partindo dos princípios constitucionais, representa fenômeno pós-moderno para o direito brasileiro. No direito europeu, em especial no direito germânico, a prevalência dos princípios ocorre por influência da Jurisprudência dos Valores, assimilada pelos modernos Estados Democráticos de Direito e respectivas Constituições democráticas e sociais contemporâneas.

Considerando as razões que conduzem à reestruturação da teoria negocial, importa ressaltar a influência de todo o direito continental voltado a um contratualismo social em contraponto ao contratualismo originário focado, com exclusividade, no indivíduo.

A ideologia do social, traduzida em valores de justiça social ou distributiva, passou a dominar o cenário constitucional do século XX. A sociedade exige o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia. Firmou-se a *communis opinio* de que a solidez do poder residiria, substancialmente, no econômico e, relativamente, no político. Daí a inafastável atuação do Estado, para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar os abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana. Nem mesmo a onda de neoliberalismo e globalização, que agitou o último quartel do século, abalou os alicerces do Estado social, permanecendo cada vez mais forte a necessidade da ordem econômica e social, inclusive com o advento de direitos tutelares de novas dimensões da cidadania, a exemplo da legislação de proteção do consumidor. (LÔBO, 1999, p. 1)

O contrato como uma das grandes forças estruturantes do direito privado afasta-se do perfil individual, evoluindo, a exemplo da tendência internacional, em direção à concepção

plurindividual e social dos pactos. Neste ponto, importante remarcar a evolução do modelo estatal democratizado, implicando na democratização dos pactos. Sujeito e objeto são redesignados e a vontade realizadora da pactuação apresenta-se revestida da significação do que pode ser nominado como vontade social.²

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 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 empresário, aquele da livre iniciativa, quiçá o empregador. A esses sujeitos a promessa de segurança e esperança do trabalho humano digno e da liberdade equilibrada. (FERREIRA, MAZETO, 2005, p. 86)

Sem dúvida o norte constitucional contempla a socialização dos pactos de forma relevante, alcançando, através da regulação da ordem econômica, a gama mais significativa dos sujeitos contratantes nos respectivos núcleos negociais.

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. (FERREIRA, MAZETO, 2005, p. 87)

A nova ordem contratual reserva, nos muitos ambientes principiológicos e outros de natureza estrutural, efetiva proteção do contratante no contexto do trânsito jurídico negocial, permitindo inferir que nos fins sociais do contrato reside condição asseguratória da própria dignidade do sujeito contratante.

4 TEORIA CRÍTICA DO NEGÓCIO JURÍDICO

A teoria crítica do negócio jurídico propicia a recepção das pautas axiológicas constitucionais, o giro hermenêutico, determinado pela metodologia constitucional, ampliando a dimensão do instituto para o contexto plurindividual e socializante.

² A concepção pós-moderna do direito contratual é eminentemente social, não importando agora só o momento da manifestação da vontade, mas principalmente, os efeitos do contrato, e a condição econômica e social das partes envolvidas na relação negocial. (MARQUES, 2002, p. 101)

4.1 O Modelo Contratual Liberal

O modelo negocial positivista manteve-se organizado através de processo sistêmico ancorado nos ideais do Estado liberal, assegurando a liberdade, a autonomia privada tradicional, o individualismo, o apego à vontade do sujeito declarante, garantindo a imobilidade do pacto como lei, atrelado à igualdade formal sem considerar o desequilíbrio real nas pactuações e submetendo a hermenêutica negocial ao paradigma da subsunção. A estrutura clássica apresenta-se superada em relação ao novo modelo de pactuação.

O Estado Liberal deixou como legado o culto à liberdade negocial, perante a distância de qualquer possibilidade regulatória. O Estado Social faz a opção pela igualdade estendida ao campo negocial por força da intervenção na economia e nas instâncias jurídicas.

As aproximações dos modelos estatais recolocam a autonomia privada limitando a manifestação de vontade sopesada pelos interesses sociais.

E nesta perspectiva, a teoria do direito contratual clássica, aquela em que se valoriza a autonomia privada, em nome de um modelo econômico liberal, cede espaço à proteção pelo Estado dos interesses sociais. Cresce a intervenção estatal nas relações privadas, a fim de garantir a proteção dos interesses sociais nas relações interprivadas. (NALIN, 2001, p. 58-59)

Os direitos sociais, por natureza, tutelam a igualdade substancial, transferindo para a relação negocial a mesma influência e calibração. A autonomia privada permanece assegurando a liberdade de contratar restrita a três dimensões e referentes à faculdade de contratar, concedida a todos os sujeitos de direito capazes de contratar; a liberdade de escolha em relação à parte com que deseja contratar e; por fim, o objeto da contratação, o conteúdo do pacto propriamente dito. Com relação aos contratos de adesão apenas as duas primeiras dimensões são observadas, face à determinação prévia dos conteúdos conforme disciplina dessa modalidade.

O conjunto limitatório à vontade do contratante no âmbito da autonomia privada são impostos pela designação das cláusulas gerais seguidas das exigências determinadas pela supremacia da ordem pública, prioritariamente reservada à proteção do interesse social prevalecendo, na hipótese de confronto ou colisão, em detrimento ao interesse individual. Por fim, completando os fatores limitatórios, cabe a observância aos bons costumes, próprios da tradição negocial costumeira, determinados pela ética negocial.

A reestrutura da disciplina dos contratos na pós-modernidade assegura a conjunção de liberdade e igualdade de contratar, orientando a formação dos negócios privados, visando impedir a formação de pactos conforme o modelo contratual liberal.

Castro Y Bravo (1991, p. 17-18) denunciava a necessidade da intervenção estatal para coibir os excessos no ambiente negocial de então.

Frente a sus abusos, ‘los particulares’ reclaman, porque lo necesitan, el apoyo del Estado, para que limite los excesos de la autonomía privada. De lo que resultan presiones, de um lado y de outro, que coinciden em disminuir el alcance de la autonomía privada pervive. Lo que puede explicarse por los encontrados intereses de las fuerzas sociales em lucha, por el valor mismo de las ideas de libertad e igualdad para la propaganda política, y, sobre todo, por esa necesidad interna que siente toda ordenación jurídica de justificarse em principios de Justicia.

O instituto fundamental do contrato aponta na tutela dos interesses individuais e na amplitude do poder da autonomia privada a insuficiência do modelo, em relação às necessidades dos contratantes que almejam limites definidores de tais relações pela intervenção estatal.

Para Iturraspe (1977, p. 79) “o contrato não pode ser o reino do egoísmo, do puro interesse individual, sem pôr em grave risco o bem comum e a paz social, sendo esta a idéia fundamental a dar validade a todo o Direito contratual”. As pontuações concretas e diretas em direção à manipulação do contrato, seguem a mesma esteira da conscientização da necessidade da revisão dos fundamentos negociais e da própria função do contrato.

4.2 Modelo Contratual Social e Democrático

Na pós-modernidade o negócio jurídico, após passar pela filtragem do dirigismo contratual, configura-se de acordo com os ideais do Estado Democrático e na medida da intervenção estatal.

A autonomia privada comparece redesignada pelos limites impostos à dimensão da liberdade e vontade individual. A relação negocial efetiva-se entre sujeitos, considerando a igualdade material dos contratantes, visando o equilíbrio dos pactos defendidos pela possibilidade da revisão.

O contrato desenvolve uma expressão de autonomia da pessoa no espaço de uma certa liberdade. Essa é a concepção que se propôs a superar o dogma da vontade na concretização de personalismo ético. A questão está no limite contudente dessa configuração jurídica, que se reconhece incompleta e imperfeita. Os contratos pressupõem “vontades” e, por isso mesmo, pressupõem a existência de alguém que manifeste essa vontade; daí ser imprescindível a relação de sujeito: o sujeito em si

mesmo não é suficiente, sendo necessário colocá-lo em relação com outro, donde surge a relação jurídica. Essa idéia vai vincular sobre o que recaem poderes e deveres, portanto, nesse sentido, emerge também a noção de objeto, que passa a ser, do mesmo modo que as demais, uma expressão dos pilares que compõem a base do Direito Privado. (FACHIN, 2000, p. 140-142)

No contexto pós-moderno a hermenêutica constitucional predomina, redefinindo os princípios negociais, prevalecendo em relação à interpretação pretérita.

O trânsito jurídico na pós-modernidade explicita-se por meio da pré-compreensão do novo paradigma firmado pela atualidade das relações negociais na quadratura no Estado moderno.

O Estado Democrático de Direito e Social rompe com a tradição liberal redefinindo institutos clássicos de direito privado, atribuindo à propriedade e ao contrato função social. A sociedade de massa não mais permite a contratação individual e diante das garantias constitucionais e da intervenção na economia, o contrato plurindividual se sobrepõe ao contrato exclusivo entre contratante e contratado.

“O desenvolvimento econômico faz nascer novas técnicas de contratação, conhecidas como contratação em massa, às quais aplicam-se novos princípios contratuais, como o da boa-fé, da equidade, sob a forte influência do fenômeno da constitucionalização do direito privado”. (NALIN, 2001, p. 58-59)

Os direitos coletivos avançam para tutelar o contrato coletivo. Nesse contexto, superada a primazia da norma jurídica positivista, o respeito à hierarquia das fontes contextualiza os princípios constitucionais como nucleares desde a celebração até a conclusão do negócio.³

Mudanças tais são consideradas como condição de possibilidade da eleição de um novo paradigma, designado por esta investigação como democrático-plurindividual-principiológico.

No âmbito da crítica à metodologia negocial, cabe destacar em Lorenzetti a insuficiência do formalismo.

Ya que las reglas contractuales precisan de una valoración que tome en cuenta las particularidades del caso y los cambios socioculturales que se producen. La utilización de ‘cláusulas generales’, como la buena fe, el abuso del derecho, y de standards, como el de un ‘contratante razonable’, permite que tanto las partes, como el juez, como la doctrina, utilicen criterios nacidos de las costumbres, valores, etc.

³ [...] Tem-se então a preocupação com a releitura dos sistemas legais vigentes, sendo o foco principal a valorização da realização humana, restando abandonada a noção simplesmente individualista da norma, para dar espaço ao entendimento de que o direito deve buscar de forma incessante, regular a satisfação das necessidades humanas. (NALIN, 2001, p. 58-59)

Hay un proceso creciente de ‘materialización’ de la regla contractual, dicho esto en el sentido de incorporar criterios de justicia material. (LORENZETTI, 2004, p. 59).

O direito privado contemporâneo resgata a legitimidade e efetividade das cláusulas gerais, consideradas no passado como princípios de pouco ou nenhuma eficácia para recolocar em função dos costumes do tráfico jurídico e prática social a boa-fé e a função social do contrato no vértice negocial⁴ com função trina: de interpretação, integração e controle.⁵

As cláusulas gerais, como sustentadas pela doutrina e recepcionadas pela jurisprudência no decurso dos vinte anos da Constituição Federal, são consolidadas como consequência da abertura do sistema jurídico. No caso do ordenamento pátrio a força normativa das cláusulas gerais amplia a possibilidade de valorização da atuação do sujeito contratante, amparado pela boa-fé objetiva. A exemplo da legislação consumerista propicia o equilíbrio das partes na relação negocial, como critério objetivo, limitando vontades, exercendo controle de interesses, impondo limites aos contratantes e assegurando a possibilidade da concretização da igualdade substancial. Os princípios da solidariedade e dignidade da pessoa contratante integram a composição axiológica das cláusulas gerais.

A cláusula geral da função social, estabelecida de conformidade com os ditames da justiça social e as proposições constitucionais, recepcionadas pelas legislações infraconstitucionais, conduz à funcionalização do contrato. A função social é indicada pela metodologia constitucional como responsável pela sociabilidade dos pactos integrando a nova ordem contratual, destacadamente no âmbito da hermenêutica negocial.

O princípio da função social é mandamento constitucional que condiciona os contratos à sua observância, desde o início até a conclusão. A violação do preceito implica em descumprimento, porém, distinto do descumprimento das obrigações contratuais intrínsecas, onde, de regra, executa-se o contrato. A não observância do princípio autoriza a declaração de inconstitucionalidade do pacto, pois em desconformidade com o texto constitucional.

O desvelar da materialidade contratual é tarefa localizada nos afazeres hermenêuticos, onde “a idéia de uma interpretação puramente jurídica corresponde a uma

⁴ As cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa característica da segunda metade deste século, época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado que queria a lei “clara, uniforme e precisa”, como na célebre dicção voltaireana foi radicalmente transformado, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados. Tem-se hoje não mais a lei como *kanon* abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas da vida cotidiana. (COSTA, Judith Martins, 1998, p. 129-154)

⁵ “Desse modo, pelo prisma do vigente Código, há três funções nítidas no conceito de boa-fé objetiva: função interpretativa (art. 113); função de controle dos limites do exercício de um direito (187); e função de integração do negócio jurídico (art. 421)”. (VENOSA, 2005, p. 410)

abstração irreal; a ‘interpretação’ implica um corte lingüístico feito na realidade; esta, inserida no todo mais vasto da concretização do Direito, perde a autonomia ontológica através da síntese que confeccione os diversos modelos de decisão”. (CORDEIRO, 2000, p. 536)

A hermenêutica negocial, de conformidade com a metodologia contemporânea, alcança a igualdade material entre as partes contratantes, reconhecendo a imperiosa necessidade do equilíbrio contratual, no passado encoberto pela leitura formal da interpretação racionalista. “A paridade contratual vai informar não apenas a constituição do vínculo contratual, mas a hermenêutica da sua aplicação, pelo fato de que o momento da eficácia é aquele em que a desproporção fica mais saliente”. (FACHIN, 2000, p. 297)

Neste passo, cabe realçar a hermenêutica constitucional como nuclear do movimento hermenêutico em suas inumeráveis compreensões, especialmente com relação aos fins práticos e o alcance da justiça contratual.

[...] A denominada justiça contratual implica uma espécie de acesso de igualdade e de oportunidade: todo sujeito de direito pode contratar. Isso, entretanto, não pode levar a concluir que todos são efetivamente iguais, pois diz respeito a um conceito de justiça meramente formal. No plano substancial, essa noção de equilíbrio se opera de forma compensatória. [...] Supera-se o juízo formal, partindo-se para um juízo substancial, em que o conceito de igualdade que se leva em conta é o obtido a partir da observação da vida. (FACHIN, 2000, p. 298).

O caminho hermenêutico negocial depende da circularidade da compreensão constitucional na tarefa e compromisso com a realização da justiça contratual.

A interpretação conforme a Constituição é significativa da prevalência dos valores constitucionais em todos os âmbitos da hermenêutica jurídica e da qual depende a interpretação dos textos normativos infraconstitucionais. As codificações não são mais eixos interpretativos, pois que, superadas pela constitucionalização, insuperável no que se refere à concretização da interpretação conforme a Constituição. (FERREIRA, LIMA, 2007, p. 1)

A fundamentação teórica aponta para a sustentação da investigação científica, considerando os limites e possibilidades do tema proposto, calcado nos debates jurídicos da pós-modernidade do direito em relação ao negócio jurídico, categoria dinâmica e em permanente mutação.

5 CONCLUSÃO

A crise do contrato e a ruptura paradigmática implicaram na reconstrução do modelo negocial tradicional.

O Estado Democrático de Direito e Social rompe com o modelo negocial liberal promovendo a intervenção na ordem econômica e social. Valoriza a igualdade, limitando a autonomia privada, socializando os pactos, coibindo a utilização do contrato como meio de exploração do contratante mais frágil.

Com a superação da crise do contato e a decadência do paradigma liberal-individualista-normativista novos movimentos conduzem a reconstrução das bases da teoria negocial assentada no novo paradigma, indicado por esta investigação como sendo o democrático-plurindividual-principiológico.

A teoria negocial contemporânea limita vontades individuais e plurais, interesses particulares e coletivos, presentes nas contratações privadas e de massa, assegurando a dignidade das partes.

A igualdade formal é desmitificada, reconhecida como produto de ficção do formalismo positivista. A desconstrução promove a visibilidade da igualdade material, real entre partes, vital ao equilíbrio negocial e justiça dos pactos.

A pós-modernidade resgata as cláusulas gerais da boa-fé e da função social do contrato para efetivá-las na base do negócio jurídico contemporâneo.

A hermenêutica negocial, desvinculada da metodologia da subsunção, reúne a defesa do equilíbrio contratual, da igualdade substancial, realizando interpretação fundada no novo paradigma, consubstanciando a justiça negocial.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El Negocio Juridico*. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Directo Civil Português*. Parte Peral. Tomo I. 2ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2000.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 15, Porto Alegre: Síntese, 1998.

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

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira; LIMA, Maria Beatriz Gomes de. História do pensamento jurídico: pós-modernidade e fins práticos. Disponível em: <<http://www.diritto.it/art.php?file=/archivio/25240.html>>. Acesso em 03 out. 2008.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser, MAZETO, Cristiano de Souza. *Constitucionalização do Negócio Jurídico e Ordem Econômica. In: Argumentum - Revista de Direito da Faculdade de Direito da UNIMAR. Volume 5. Marília: UNIMAR, 2005.*

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Justicia Contractual*. Buenos Aires: Ediar, 1977, p. 79 *apud* NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2001.

LOBO, Paulo Luiz Neto. 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: 03 out. 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de Los Contratos*. Parte Geral, Santa Fé, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro, ed. Forense, 2004.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *et alli*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. Nº 6/7. Rio de Janeiro: Revista da Faculdade de Direito da UERJ, 1998/1999.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. 25ª. Ed. Padova: CEDAM, 1981.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2005.