

ORGANIZADORES
ANA LÚCIA TINOCO CABRAL
FRANCISCO DE GODOY BUENO

DIREITO E LINGUAGEM
A CONSTITUIÇÃO DE
1988

1ª Edição
Londrina/PR
2019

 **THOTH**
EDITORA

É preciso que o operador do direito tenha a humildade de reconhecer que ele é humano, com tudo o que isto implica de bom e de ruim.

33. O ativismo, enfim, vulnera a segurança jurídica - e nisto se volta ao âmbito do Estado de Direito - quando elimina a previsibilidade do direito, na medida em que, após os fatos, julga os litígios, aplicando um novo direito. Submete, então, a pessoa, seus direitos e seus bens a um direito retroativo.

Assim, por via de consequência, viola o direito fundamental à segurança e à segurança pública, (ambos os quais expressamente consagrados na Constituição).

34. Em resumo, o ativismo não exprime um avanço, um pósconstitucionalismo, mas um atraso, um préconstitucionalismo.

CAPÍTULO 2

A VONTADE, A DECLARAÇÃO DA VONTADE, A CONFIANÇA E O COMPROMISSO: ALGUMAS REFLEXÕES

FERNANDO CAMPOS SCAFF

fcscaff@cscaff.com.br

I PREMISAS

As noções da vontade, da declaração de vontade, do compromisso e da confiança relacionam-se, diretamente, ao instituto do negócio jurídico. Sendo assim, dizem especialmente respeito à realização de operações econômicas e ao respaldo estatal dado ao consenso que, para as concretizar, é estabelecido entre partes.

Dentre elas, a nossa tradição jurídica privilegiou, de acordo com as formulações advindas principalmente da doutrina alemã, a *declaração da vontade* como sendo o verdadeiro e próprio elemento do negócio jurídico.

Contudo, essa concepção não é suficiente para que se compreenda toda a complexidade dos negócios e, em especial, para lhes conferir a utilidade esperada na circulação dos bens e dos serviços, tornando-a segura, racional e previsível.

De fato, devemos evitar, quando pretendemos contribuir com a formulação de temas para a teoria geral dos contratos, simplificações que acabam por deixar de lado determinadas nuances do contrato, relacionadas aos seus objetivos sociais e às operações econômicas que os fundam. Como afirma ALESSANDRO SOMMA, por vezes é importante, para que fuja das armadilhas, recorrer ao estudo histórico-comparativo para corrigir abstrações e generalizações exageradas.¹

O próprio Código Civil brasileiro reconhece que o apego estrito e limitado à manifestação da vontade não constitui, no mais das vezes, a melhor solução. É o que determina, por exemplo e de modo explícito, o seu artigo 112, ao formular a regra de que “nas declarações da vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Não deixa de ser uma regra intrigante: se o que deve prevalecer é a declaração manifestada em contraposição à vontade interior, como se poderia buscar, ainda assim, a dita “intenção” do declarante, mais do que aquilo que ele efetivamente logrou fazer chegar ao conhecimento da sua contraparte?

No sentido de se identificar o eixo que deve sustentar a interpretação do negócio, as noções do *compromisso* e da *confiança*, estudadas apenas lateralmente em nosso sistema jurídico, podem contribuir para a delimitação do cenário integral.

Este texto busca, pois, relacionar esses conceitos, de modo a identificar perspectivas que possam ser adotadas para valorizar o sentido útil dos negócios jurídicos, preservando a efetividade das ditas operações econômicas, em um sistema que considere a segurança como um valor em si, a ser reconhecido e cultivado.

II A VONTADE, A DECLARAÇÃO E O NEGÓCIO JURÍDICO

Dentre nós, JUNQUEIRA DE AZEVEDO tratou do tema que também enfrentamos neste artigo.

Segundo ele, não existiria uma verdadeira dicotomia entre a vontade real e a sua declaração, ao se tratar dos elementos do negócio jurídico. Não haveria, sequer, de se falar da *vontade* como um tal elemento. Aquele que de fato integraria o negócio seria, apenas e tão somente, a exteriorização cognoscível dessa mesma vontade, isso é, a sua *declaração*.

Apesar de não a considerar *elemento* do negócio, concede JUNQUEIRA DE AZEVEDO que essa mesma vontade possa influenciar, de modo mesmo decisivo, os planos da validade ou da eficácia do negócio jurídico².

2. Conf. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, págs. 96 e 97, que assim afirmou: “a nosso ver, a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração da vontade. Cronologicamente, ele surge, nasce, por ocasião da declaração; sua existência começa nesse momento; todo o processo volitivo anterior não faz parte dele; o negócio todo consiste na declaração. Certamente, a declaração é o resultado do processo volitivo interno, mas, ao ser proferida, ela o incorpora, absorve-o, de forma que se pode afirmar que esse processo volitivo não é elemento do negócio. A vontade poderá, depois, influenciar, a validade do negócio e às vezes também a validade do negócio e às vezes também a eficácia, mas tomada como iter do querer, ela não faz parte, existencialmente, do negócio jurídico; ela fica inteiramente absorvida pela declaração, que é o seu resultado. O fato de ela poder vir a influenciar a validade ou a eficácia do negócio não a transforma em elemento do negócio jurídico.”

Não haveria uma contradição em tal formulação? De fato, como seria possível que algo que não integre um instituto possa interferir em planos que também nele estão presentes, ou seja, naqueles onde se acham os ditos requisitos de validade ou os fatores de eficácia?

Ademais, não é exatamente o plano da validade aquele que, na teoria do negócio jurídico, é reconhecido como sendo, efetivamente, o mais relevante?

O problema aqui colocado talvez diga respeito a um outro dilema, qual seja o da real importância e da efetiva geração de consequências inerentes ao chamado *plano da existência* do negócio jurídico.

O que se quer dizer é que, faltando os elementos de tal negócio – consistentes nas partes, no objeto, na forma e na declaração da vontade –, ele não poderia existir e, desse modo, não chegaria a produzir qualquer efeito jurídico.

Contudo, o que se observa é a enorme dificuldade real de se extirpar toda e qualquer consequência de um negócio jurídico considerado inexistente. Como exemplo, podemos imaginar a situação de que uma determinada ação judicial seja proposta mediante a outorga de uma procuração com assinatura fraudada por parte do suposto representado. Faltaria, no caso, a declaração da vontade do pretense outorgante e o negócio jurídico unilateral (procuração) sequer existiria. Contudo, a ação judicial, no caso, terá sido efetivamente proposta, originando um processo judicial.

A partir daí uma série de consequências necessariamente existirá, tais como o recolhimento de custas judiciais, a eventual citação da parte contrária, a extinção da ação pela ausência de uma de suas condições para o desenvolvimento válido e, apesar da suposta inexistência, a condenação nas verbas sucumbenciais.

Além disso, há sempre as dúvidas na classificação dos atos humanos aos quais falta vontade relevante para o direito (atos-fatos), mas que produzem efeitos de circulação patrimonial admitidos juridicamente, tal como se concebe nas figuras das chamadas *relações contratuais de fato* e no dito *contato social* (v.g., quando da aquisição de bens em máquinas eletrônicas ou na aquisição de bens de pequeno valor por absolutamente incapazes, apenas para nos limitarmos aos exemplos mais lembrados).

não faz parte dele; o que ocorre é que a declaração deve resultar de um processo volitivo, sob pena de não valer ou de não produzir efeitos (planos da validade e da eficácia). Com esta visão, o problema muda completamente de figura; será, apenas, uma questão de grau, saber até que ponto o direito positivo admite, ou até que ponto deve ele de lege ferenda admitir, as influências da vontade sobre a declaração.” (...) Não há que discutir qual dos dois elementos há de, em princípio, prevalecer; somente a declaração de vontade é elemento do negócio jurídico (plano

Ora, a inexistência não deveria permitir o reconhecimento de todos esses eventos e de suas consequências, sobretudo aquelas de ordem patrimonial. Exigiria, pelo contrário, a absoluta desconsideração e o não conhecimento por todos os agentes envolvidos daquele fenômeno, o que, evidentemente, não é o que ocorre.

Voltando ao ponto, ao não se admitir a presença da vontade no plano da existência do negócio jurídico, tal como um dos seus elementos, mas mesmo assim reconhecê-la – talvez a contragosto – como presente no plano da validade, acabamos por nos encaminhar a um paradoxo que não oferece muitas saídas coerentes.

O fato é que a *vontade* – e não a mera *declaração* – atua de modo decisivo no plano da validade dos negócios jurídicos, ou seja, onde mais importa. É o que ocorre na *simulação*, assim considerada, por exemplo, quando contiver “*declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira*”³, o que levará à nulidade do negócio jurídico.

É o que também ocorrerá nos casos de possível *anulação do negócio*, quando se verificar coação, erro, dolo, fraude contra credores estado de perigo ou lesão⁴.

Também no âmbito dos direitos reais, a *vontade* – e não a sua *declaração* – surge como elemento determinante para o reconhecimento da existência de direitos, o que se dá, especificamente, no caso da *usucapião*, ao se exigir a *boa-fé* (subjética) do possuidor para que, ao longo do exercício contínuo de tal posse por mais de dez anos, possa ele adquirir a propriedade de bem imóvel⁵.

Vontade e declaração de vontade não são a mesma coisa, isso é certo. Apesar disso, evidencia-se que ambas, na verdade, criam efeitos jurídicos relevantes e eventualmente autônomos, atuando não apenas no âmbito do plano da validade do negócio jurídico, mas também interferindo no plano da própria *existência*, pelo menos do modo pelo qual o negócio foi criado.

Não bastam esses dois conceitos, contudo, para que se possa compreender o inteiro cenário em que se situa o negócio jurídico, fruto da sua própria evolução.

De fato, se em um primeiro momento prevaleceu, no instante da sua formação, o princípio da autodeterminação das partes, as construções teóricas posteriores passaram, de modo crescente, a valorizar o contexto econômico e social em que surge a contratação. Segundo ALESSANDRO SOMMA, é o que ocorre especialmente em relação à teoria do contrato como operação econômica e sobre ensinamentos oriundos da análise econômica do

Direito, nas quais se valorizam o ato em detrimento do vínculo contratual e se reduzem grandemente as referências ao contexto em que se forma o acordo.⁶ Falemos, então, da *confiança*.

III A CONFIANÇA

Como já mencionado, *declaração de vontade* relevante é aquela capaz de ser acolhida socialmente. Para estabelecer os parâmetros desse reconhecimento, há de se ter em conta o conceito da *confiança*, que pode ser enunciada, como faz VINCENTO ROPPO⁷, tal como um *significado socialmente típico*.

Aqui outras questões se colocam, uma vez que o ambiente social pode ser compreendido numa perspectiva maior ou em uma outra, mais estrita.

Por exemplo, é certo que todo e qualquer restaurante deve cumprir padrões básicos no tocante ao atendimento prestado aos seus clientes. Deve, assim, respeitar cuidados obrigatórios de higiene no preparo e na conservação dos alimentos e utensílios e cumprir regras esperadas quanto à forma do atendimento e da cobrança pelas refeições que serve.

Contudo, determinados estabelecimentos, seja pelo preço que cobram, seja pela boa reputação que obtiveram durante o período em que atuam, podem gerar em relação a esses mesmos clientes e em tantos outros que os procuram uma maior e justificada expectativa, a ser considerada não de acordo com padrões gerais de comportamento, mas sim com aquelas circunstâncias particulares e com características específicas, a serem levadas em conta no caso concreto.

Ora, essa confiança criada é, por assim dizer, também ela um fator de motivação para o surgimento da vontade de celebrar um negócio jurídico em certas condições, ainda que essa expectativa e essa vontade não se expressem de modo formal ou mesmo efetivamente declarado.

Nem por isso, contudo, deverá ser desconsiderada. Pelo contrário, caberá ao intérprete reconhecer o grau da chamada *confiança legítima* gerada por uma parte em relação à contraparte, o que constitui elemento relevante para avaliar, inclusive, o eventual inadimplemento de determinados deveres principais ou mesmo laterais envolvidos na contratação.

Ademais, mesmo em um sistema jurídico como o nosso, que reluta em adotar regras que são próprias à chamada *indenização punitiva*, é certo que a quebra de um dever gerado pela confiança poderá resultar em uma indenização, a título de dano moral, fixada num patamar que seja mais elevado do que a

3. Art. 167, parágrafo 1º, inciso II do Código Civil brasileiro.

média, a partir do seu reconhecimento e consideração no arbitramento a ser feito pelo juiz.

Em certo sentido, a *confiança* poderia ser considerada, portanto, como resultante da justa expectativa de um comportamento correto e adequado de outrem, ou seja, da *boa-fé* ou da conduta que daquela parte seja justamente esperada pela outra, segundo as regras e situações específicas no caso.

Essa pretensão em obter um determinado comportamento ou resultado por parte do destinatário da prestação não significa dizer, contudo, que toda a verdade deva ser necessariamente revelada na negociação de um contrato, ou que todas as informações concernentes a um fato devam ser obrigatoriamente transmitidas à parte contrária.

O contrato – ao contrário do que parece pensar boa parte dos nossos juízes – não é impositivamente equitativo, havendo a possibilidade de que os ganhos de uma parte excedam, em termos meramente econômicos e dos custos de produção, a prestação feita em favor da contraparte e os percentuais usuais de lucratividade relativos ao comércio em geral.

É certo, contudo, que existem regras próprias à negociação a serem seguidas e expectativas que devem ser atendidas, sob pena de se frustrar, injustamente, a *confiança* gerada.

Pense-se, por exemplo, na comercialização de relógios de marcas famosas e que se tornem objeto de ambição por uma clientela de alto poder aquisitivo. Considerada a grande desvalorização que se observa na revenda desses bens, é natural imaginar que o lucro concedido inicialmente ao produto novo seja muito maior do que sobrepreço que usualmente possa ser auferido pela venda de outros produtos ou mesmo de outros relógios não tão afamados.

A despeito de qualquer que venha a ser a quantia paga – cujo montante não poderá ser questionado *a posteriori* com fundamento apenas em ideias de equidade ou de que lucros devam estar sujeitos a um limite prudencial –, é certo que o comprador tenha, em virtude do cumprimento da sua prestação, a justa expectativa de que determinadas qualidades do produto que compra por um alto valor, tais como precisão, bom acabamento, uso de materiais adequados, sejam integralmente atendidas.

A consequência, assim, é a de que, caso essa justa expectativa não se concretize, poderá se admitir que sejam imputadas ao fabricante daquele relógio tão bem vendido determinadas sanções e dele exigidos, com maior rigidez, certos comportamentos que, numa certa medida, excedam aqueles que poderiam ser relacionados a um outro relojoeiro não tão reconhecido e que, por esse motivo, não aufera os mesmos ganhos e resultados.

Tal conduta significa, evidentemente, conceder que ocorra uma limitação ao princípio da liberdade contratual, mas que se admite para, afinal, preservá-lo, no sentido de que essa mesma liberdade gera, em si, responsabilidades que deve ter medida proporcional, sendo uma delas oriunda, justamente, da ideia de *confiança*.

Como esclarece GUIDO ALPA, há a necessidade de se estabelecerem regras que garantam àqueles que negociam de modo leal e que esperam o mesmo comportamento da parte contrária compensações para uma conduta que frustre essa justa expectativa.

Segundo ele, a própria *teoria da declaração* estaria fundada nessa ideia de *confiança*, uma vez que aquele que recebe de outra pessoa uma manifestação de vontade percebe aí um significado socialmente típico e, portanto, nela confia.

Assim sendo, dizer que um contrato não vale porque o sentido objetivo da declaração não corresponderia à efetiva vontade do declarante significaria, mais do que qualquer outra coisa, trair a confiança na manifestação da vontade tal como compreendida pelo seu destinatário, de acordo com o senso comum naquela situação específica⁸.

As situações particulares criam, pois, regras diferentes para se tratar da *confiança*. Como esclarece ANA PRATA, a sua compreensão surge não a partir da valoração de elementos meramente psicológicos, mas sim, em especial, da operação econômica instrumentalizada pelo negócio jurídico realizado e da compreensão social atribuída àqueles determinados atos⁹.

Tal princípio da *confiança* engloba, pois – e aí o risco –, formulações que se relacionam a conceitos genéricos e, por vezes, indeterminados, tais como aqueles que permeiam as incontáveis noções da *boa-fé*¹⁰.

8. *I principi generali*. Milão: Giuffrè Editore, 2ª ed., 2006, pág. 457.

9. Conf. Notas sobre a Responsabilidade Pré-Contratual. Coimbra, Almedina, 2002, pág. 47. Afirma também o seguinte: “também não possa dizer-se, mesmo em relação a uma concreta situação, que verificado que, a partir de dado momento, se instalou uma relação de confiança entre as partes, esse é o momento em que, para cada uma delas, surgiram todos os deveres que, em abstrato, a relação pré-negocial pode envolver. A confiança, embrionária até certa altura, vai ganhando corpo, consistência e intensidade à medida que os contatos entre as partes se multiplicam, intensificam e aprofundam. E, na medida dessa intensificação dos contatos crescentes a confiança das partes na probabilidade de conclusão do contrato e na idoneidade disto para satisfazer os reais interesses, assim evoluem crescentemente os deveres pré-contratuais na sequência processual das negociações. A sua ratio. Elemento determinante da respectiva identificação é, por um lado, a confiança na conformidade da representação preventiva do contrato e dos efeitos jurídico-patrimoniais dele com o produto negocial a ser obtido, e, por outro, a tutela da lealdade na própria fase negociatória”.

10. Tal como esclarece Béatrice Jaluzot, La Bonne Foi dans Les Contrats – Étude Comparative de Droit Français, Allemand et Japonais. Paris : Dalloz, 2001, págs. 11 e seguintes, ao comparar esses sistemas jurídicos, ressalta ser a noção de *boa-fé* um conceito por essência vago e ao qual é impossível dar uma definição precisa, significando muitas vezes lealdade, honestidade ou sinceridade, outras vezes falando de justiça, de equidade, de fidelidade à palavra dada. Busca-se, em determinados casos, estabelecer o *standard* da *boa-fé* na relação, com outros *standards* tais

De todo modo, parece-nos que esse conceito acrescenta algo à ideia da *declaração da vontade*, outorgando-lhe, na verdade, mais um componente de índole essencialmente subjetiva.

IV O COMPROMISSO

Nos sistemas de natureza civilista, tal como o nosso, convivemos com essa contraposição que teima em se apresentar entre a *vontade* e a *declaração da vontade* no universo do negócio jurídico.

Qual será essa vontade, pois? Parece que, na verdade, não se trata apenas da vontade real, mas também de outras que se poderiam, por assim dizer, *intuída*, pois elas acabam por orientar, de forma relevante, regras legais que tratam, especificamente, de situações jurídicas em que há a presunção da falta de paridade entre os contratantes, levando à possibilidade de intervenção direta do juiz para um novo equilíbrio econômico do negócio.

Entenda-se melhor esta questão. O contrato é um conceito jurídico, mas que incorpora uma realidade exterior que congrega interesses, relações e situações econômico-sociais que surgem anteriormente à sua própria criação.

Ora, essas componentes externas podem, de alguma maneira, alterar o contrato, afastando-o não apenas do que seria a vontade das partes, mas mesmo da declaração de vontade por elas feita.

Mais importante, essa alteração do contrato pode ocorrer mesmo se não existir defeito no negócio ou falta de correspondência entre a vontade e a declaração.

É o que decorre da presença de um Estado intervencionista e do sentimento de que o direito civil não deve tratar apenas do patrimônio, mas deve servir como instrumento de equalização de diferenças econômicas e sociais entre as pessoas.

Nesse contexto estão as noções da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social do contrato que, de princípios jurídicos, ganharam o *status* de cláusulas gerais inseridas do Código Civil brasileiro, bem como em outros diplomas legais.

É o que se verifica no Código de Defesa do Consumidor ao estabelecer, em seu artigo 51, inciso IV, que serão consideradas nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que sejam incompatíveis com a boa-fé. Do mesmo modo, o artigo 113 do Código Civil brasileiro, quando determina que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração”, ou o artigo 187, ao enunciar que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos

bons costumes”, ou ainda o artigo 422, impondo que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Há aí também um problema, que se coloca na compreensão que se deva ter do conceito de *boa-fé*.

Em última análise, uma vez que não foi delimitada a sua noção de modo estrito pela lei, será o que o juiz – ou melhor, espera-se, a jurisprudência – que declarará o que será agir de *boa-fé*, no caso concreto e a partir de parâmetros bastante genéricos.

Essa possibilidade impõe, obrigatoriamente, o respeito estrito aos precedentes, o que, não faz parte, infelizmente e com a intensidade necessária, da nossa tradição jurídica, a começar pelas Cortes Superiores, as quais reiteradamente abusam em desconsiderar os seus próprios julgados anteriores.

O mesmo pode ser dito no que diz respeito às regras que vedam a onerosidade excessiva, sustentada na perigosa opção, no âmbito do negócio jurídico, da prevalência da ideia de igualdade substancial e não formal do contrato.

É o que preveem, por exemplo, os artigos 6º, inciso V, e 51 do Código de Defesa do Consumidor, bem como o artigo. 157 do Código Civil que assim enuncia: “ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”.

Já o terceiro fundamento para a limitação dos efeitos não só da *vontade*, mas também da sua *declaração* está na ideia da *função social* do contrato, prevista do seguinte modo pelo artigo 421 do Código Civil: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Ora, estribando-se nesses princípios, expressos em artigos de leis, há a possibilidade de intervenção no negócio jurídico não apenas fundada em elementos posteriores àqueles da manifestação da vontade (onerosidade excessiva), como também externos, ou seja, a partir de uma suposta “expectativa social” (função social) ou por uma visão de mundo externa orientadora da intervenção judicial (boa-fé).

A lógica para permitir essas mudanças posteriores aos efeitos da autonomia da vontade (interna ou declarada) estão, como dito, nessa contraposição eventual entre o *justo natural* e o *justo convencional*¹¹.

11. Conferir, neste ponto, as valiosas lições de Goffredo da Silva Telles Júnior. Iniciação na Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 2001, págs. 361 a 364, que assim afirmou: “O justo por convenção é aquilo que é tido como justo porque assim se convencionou.” (...) “O justo convencional – como estamos verificando – é aquilo que é justo por ser conforme a lei, ou por ser conforme o contrato, ou por ser conforme a arbitragem, ou por ser conforme o costume.” (...) “Mas há um

Nesse sentido, parece que a reflexão sobre um princípio mais afeito à escola anglo-americana pode trazer valiosas contribuições para uma correta apreciação do tema.

Neste ponto vale a referência ao princípio da *promessa* ou do *compromisso*, segundo o qual, como esclarece CHARLES FRIED, "pessoas podem impor a elas mesmas obrigações onde nada existia antes"¹². Como afirma ele, a segurança da pessoa, a estabilidade da propriedade e a obrigação contratual eram, para juristas como *David Hume*, as bases de uma sociedade civilizada, o que expressa a índole liberal, individualista do seu tempo e local e que estiveram presentes, por exemplo, nos fundamentos que orientaram a criação dos Estados Unidos da América.

Uma tal formulação, na verdade, talvez tenha as suas raízes no próprio Direito Natural, ou seja, em algo presente na vida das pessoas, que é a presunção de veracidade na palavra dada, bem como a virtude de honrar o compromisso pessoal e de atender a expectativa justamente criada perante o próximo.

O compromisso, assim reconhecido, diz respeito ao momento em que foi criado o vínculo contratual, a partir de manifestações livres das partes que, de acordo com as regras e condições por elas estabelecidas, sabem ou deveriam saber quais são as suas prestações e o que podem esperar em retribuição da contraparte.

Mais do que isso, a convicção de que um ajuste assim formulado será cumprido, uma vez que gera um compromisso não apenas jurídico, mas também moral entre as partes, viabiliza que ajustes semelhantes sejam feitos no futuro, com a presunção de que as soluções dadas a questões existentes num determinado caso serão, em regra, as mesmas aplicadas no futuro.

Em suma, haverá, sob tal perspectiva, um modo de se alcançar *segurança jurídica*, não fundada em valores próprios apenas ao Direito, mas afeitos também à Moral e à Ética. Tal como afirma FRIED, "a promise invokes trust in my future actions, not merely in my present sincerity"¹³.

É um modo de se ver as relações humanas, mas não o único, sem dúvida.

Lá também essa concepção da obrigação contratual como essencialmente auto-imposta já foi fortemente questionada. GRANT GILMORE, por exemplo, afirmou que a própria ideia da existência de uma teoria geral do contrato e, portanto, de uma tão ampla autonomia da vontade estaria se

quaisquer convenções; é o justo pela simples natureza das coisas. Sabemos, pela experiência de nossas vidas, que o justo por convenção nem sempre coincide com o justo por natureza. (...)".

12. Contract as Promise. 4. *Theory of Contractual Obligation*. Cambridge: Mass., Harvard University Press, 1979.

desfazendo, em prol de uma reabsorção no campo de uma responsabilidade civil grandemente expandida.¹⁴

Segundo ele, lembrando o ministro da Suprema Corte americana JOSEPH STORY, não haveria mesmo de se falar de uma teoria geral do contrato, mas apenas admitir a existência de ramos especializados, surgidos para regular os vários aspectos de transações comerciais que assumiram, a partir da Revolução Industrial, importância na vida econômica daquele país¹⁵.

A despeito dessa visão, não parece que estejamos tão dispostos a renunciar ao reconhecimento da teoria dos contratos e aos seus princípios informadores, em especial aqueles que permitem contratar, estabelecendo o conteúdo do negócio e quais serão as partes envolvidas; limitar dos efeitos do contrato àqueles que deliberaram nele participar, bem como atribuir a tais acordos de vontade, realizadas por indivíduos, força obrigatória reconhecida pelo Estado.

São esses princípios que continuam válidos, naturalmente admitindo exceções que devem, como norma hermenêutica, ser interpretadas restritivamente.

V A SÍNTESE

A análise do negócio jurídico a partir dos seus planos da existência, da validade e da eficácia conserva a sua utilidade, em especial para a classificação dos múltiplos componentes que nele atuam, bem como para contribuir para a avaliação dos seus momentos de criação, existência e extinção.

Contudo, esse valor não pode servir para anuviar o reconhecimento de que, por vezes, tais componentes não se encaixarão no modelo pré-ordenado por essa perspectiva e podem embaralhar a visão do intérprete, desviando de sua atenção determinados critérios que precisam ser levados em conta.

Com efeito, quando se avalia um negócio jurídico, deve-se ter em mente a operação econômica precedente, a sua utilidade na circulação de bens e direitos, a geração de riqueza e a possibilidade de atribuir a cada parte aquilo que se possa esperar a partir daquela transação.

Além disso, ao se dar efetividade ao que foi decidido em conjunto pelas partes, há o reconhecimento de que todas as pessoas são titulares da liberdade essencial de gerir os seus próprios interesses.

Significa também admitir que há, a partir da contratação, expectativas geradas não apenas pelos que participam do negócio, mas também por aqueles

que dele tomam conhecimento e que possam se utilizar daquele mesmo instrumento no futuro.

Assim sendo, as noções da *vontade*, a *confiança* e o *compromisso*, cada qual ao seu modo, interferem decisivamente no negócio jurídico e com a mesma autoridade da *declaração da vontade*, devendo ser assim reconhecidas, especialmente para que ocorra o respeito a essa liberdade e direito fundamental irrenunciável, bem como para garantir a segurança proporcionada por um instituto que, ao promover de modo juridicamente seguro e intencionalmente utilizado determinados efeitos, representou uma mudança de paradigma na civilização humana.

REFERÊNCIAS

- ALPA, Guido. *I principi generali*. Milão: Giuffrè Editore, 2ª ed., 2006, pág. 457.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico*: existência, validade e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, págs. 96 e 97
- FRIED, Charles. *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1981, pág. 1.
- GILMORE, Grant. *The Death of Contract*, 2ª, Ronald K. L. Collins ed., 1995, pág. 95.
- JALUZOT, Béatrice. *La Bonne Foi dans Les Contrats – Étude Comparative de Droit Français, Allemand et Japonais*. Paris : Dalloz, 2001, págs. 11 e seguintes.
- PRATA, Ana. *Notas sobre a Responsabilidade Pré-Contratual*. Coimbra, Almedina, 2002, pág. 47.
- ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milão: Giuffrè, 2001, pág.39.
- SOMMA, Alessandro. *Autonomia Privata e Struttura del Consenso Contrattuale*. Milão : Giuffrè, 2000, págs. 1 e 3.
- TELLES JR, Goffredo da Silva. *Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, págs. 361 a 364.

CAPÍTULO 3

A LUTA MAIS VÃ INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

JOSÉ GARCEZ GHIRARDI

jose.ghirardi@fgv.br

Lutar com palavras é a luta mais vã.

Entanto lutamos mal rompe a manhã

Carlos Drummond de Andrade¹

“*Esperamos a Constituição como um vigia espera a aurora*”:² a alusão direta às Escrituras e a fusão implícita que ela estabelece entre a Constituição e o Deus bíblico (*A minha alma espera no Senhor mais que o vigia pela aurora*, diz o salmista)³ sintetizam, à perfeição, a magnitude das expectativas que se depositavam na Carta cuja promulgação era anunciada pelo discurso de 05 de outubro de 1988. Na euforia que marcava a sociedade brasileira do início da Nova República, a Constituição surgia como documento verdadeiramente sagrado: ela era o fundamento e a condição de sucesso da nascente democracia brasileira.

Constituintes e população acreditavam que ela teria o condão de transformar a política e a sociedade, de refundar o país e de inaugurar um período em que o respeito ao Estado de Direito traria, finalmente, a justiça social pela qual os brasileiros ansiavam desde sempre. No âmbito dessas

1. ANDRADE, Carlos Drummond. *Poesia e Prosa*. São Paulo: Nova Aguillar, 1988, p. 84.