

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Jean Soldi Esteves**

**APLICAÇÃO DA TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO  
NO NEGÓCIO JURÍDICO**

**DOUTORADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO  
2013**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Jean Soldi Esteves**

**APLICAÇÃO DA TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO  
NO NEGÓCIO JURÍDICO**

Tese de doutorado apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais, subárea Direito Civil Comparado, sob orientação da Professora Doutora Maria Helena Diniz.

**SÃO PAULO  
2013**

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

---

---

*Para Ariadne Esteves e Júlia Esteves.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço profundamente ao Pai Celestial e ao seu filho Jesus Cristo.

Agradeço também aos ensinamentos e a convivência com a Profa. Dra. Maria Helena Diniz durante os anos de estudos na PUCSP. Não poderia deixar também de registrar um especial agradecimento ao Prof. Dr. Paulo de Barros Carvalho. Agradeço aos meus pais Nelson e Beatriz o apoio constante aos meus estudos. Por último, agradeço à Universidade de Taubaté pelo apoio e incentivo aos meus estudos de pós-graduação.

## RESUMO

ESTEVES, Jean Soldi. **Aplicação da Teoria Comunicacional do Direito no Negócio Jurídico**. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

A presente tese sustenta uma nova abordagem sobre o negócio jurídico, enquanto uma espécie de fato jurídico. A abordagem tem como fundamento a teoria comunicacional do direito, estabelecendo um breve paralelo entre a abordagem histórica e atual da teoria do negócio jurídico e a abordagem que ora se apresenta mediante a aplicação da teoria comunicacional. É irrefutável que ambas as teorias obtiveram uma evolução significativa nos últimos trinta anos e, também, é evidente que as mesmas devem ser alinhavadas pela relevância científica que possuem. Por outro lado, é importante destacar no campo do direito comparado a utilização da teoria comunicacional do direito, sobretudo na Espanha, onde seu principal fundador, o jurista Gregório Robles, estabeleceu um crescente diálogo com juristas brasileiros acerca não só da conformação da aludida teoria comunicacional do direito e, conseqüentemente, sua aplicação e incidência nos diversos ramos do direito. Nesta tese, sustenta-se não só sua existência, validade e eficácia, como também sua plena aplicação em uma nova abordagem sobre a teoria do negócio jurídico estabelecendo, assim, um estudo comparado no âmbito do direito civil. A investigação realizada busca aplicar a teoria comunicacional sobre a questão da causa e do motivo no negócio jurídico propondo uma análise metodológica dos pontos de vista da semiótica e suas dimensões sintática, semântica e pragmática. A rigor, segundo a semiótica, a terminologia enseja uma investigação específica acerca da definição do conceito de causa e de motivo, como elementos determinantes do negócio jurídico, atrelada a questão da declaração de vontade. Tomando por base a figura do significante (suporte físico), do significado (referente ou objeto externo) e da significação (compreensão, interpretação ou norma jurídica) pode-se identificar que o motivo do negócio jurídico corresponde ao impulso psíquico que leva alguém a efetivá-lo mediante um referencial emocional (prazer, satisfação, agradar alguém próximo, recompensa) e a causa do negócio jurídico corresponde a sua razão objetiva, ou seja, um elemento específico como um investimento, a aquisição de uma casa, alienação de um bem. Tem-se, pois, um reconhecimento do direito como um fenômeno comunicacional e toda implicação que isso enseja nos diversos ramos do direito.

Palavras-chave: teoria comunicacional negócio jurídico

## ABSTRACT

ESTEVEES, Jean Soldi. **Application of the Theory of Communicational Law in Contracts.** Thesis (Ph.D. in Social Relations Law), Pontificy University Catollic of São Paulo, São Paulo, 2013.

This paper supports a new approach to juristic acts, as a kind of dispositive fact. The approach is based on the communication theory of law, establishing a brief parallel between the historical and current approach on juristic acts and the approach presented herein, by means of applying the communication theory. It is irrefutable that both theories had a substantial evolution in the last thirty years and also, it is evident that the same should be aligned based on the scientific relevance they have. On the other hand, it is important to highlight in the field of comparative law, the use of the communication theory of law, particularly in Spain, where its main founder, attorney Gregorio Robles, established a growing dialogue with Brazilian jurists concerning not only the conformation of such communication theory of law, but also, as a consequence, its application and impact on various areas of law. This paper supports not only its existence, validity and effectiveness, but also its full application in a new approach to the theory of juristic acts, thus providing a comparative study of the civil law. The research seeks to apply the theory of communication to matters concerning the cause and reason in juristic acts, proposing a methodological analysis from the semiotics' point of view, and its syntactic, semantic and pragmatic dimensions. In fact, according to the semiotics, terminology entails a specific investigation on the definition of the concept of cause and reason, as determinants of the juristic acts, associated to matters concerning declaration of intent. Based on the signifier figure (physical support), concerning the meaning (referent or external object) and significance (understanding, interpretation or legal rule), it can be noted that the juristic act reason corresponds to the psychic impulse that leads one person to actualize it at an emotional references (pleasure, satisfaction, delight someone close, reward) and the juristic act cause corresponds to its objective reasoning, i.e., an specific element, such as an investment, acquisition of a home, sale of a good. There is, therefore, an acknowledgment of the law as a communication phenomenon and every implication that it generates in the various branches of the law.

Keywords: the communicational theory legal business

## RESUMEN

ESTEVEVES, Jean Soldi. **Aplicación de la Teoría Comunicacional de la Ley en el Negocio Jurídico**. Tesis (Doctorado en Derecho de las Relaciones Sociales) de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

La presente tesis sustenta un nuevo abordaje sobre el negocio jurídico, en cuanto una especie de hecho jurídico. El abordaje tiene como fundamento la teoría comunicacional del derecho, estableciendo un breve paralelo entre el abordaje histórico y actual de la teoría del negocio jurídico y el abordaje que ora se presenta mediante la aplicación de la teoría comunicacional. Es irrefutable que sendas las teorías han obtenido una evolución significativa en los últimos treinta años y, también, es evidente que se debe ponerlas en orden por la relevancia científica que poseen. Por otro lado, es importante destacar en el campo del derecho comparado la utilización de la teoría comunicacional del derecho, sobretodo en España, donde su principal fundador, el jurista Gregório Robles, estableció un creciente diálogo con juristas brasileños a cerca no sólo de la conformación de la aludida teoría comunicacional del derecho y, consecuentemente, su aplicación e incidencia en los diversos ramas del derecho. En esta tesis, se sustenta no sólo su existencia, validez y eficacia, como también su plena aplicación en un nuevo abordaje sobre la teoría del negocio jurídico estableciendo, así, un estudio comparado en el ámbito del derecho civil. La investigación realizada busca aplicar la teoría comunicacional sobre la cuestión de la causa y del motivo en el negocio jurídico proponiendo un análisis metodológico de los puntos de vista de la semiótica y sus dimensiones sintáctica, semántica y pragmática. A rigor, según la semiótica, la terminología ansia una investigación específica a cerca de la definición del concepto de causa y de motivo, como elementos determinantes del negocio jurídico, vinculada a la cuestión de la declaración de voluntad. En base a la figura del significante (soporte físico), del significado (referente al objeto externo) y de la significación (comprensión, interpretación o norma jurídica), se puede identificar que el motivo del negocio jurídico corresponde al impulso psíquico que lleva alguien a llevarlo a cabo mediante un referencial emocional (placer, satisfacción, agradar alguien próximo, recompensa) y la causa del negocio jurídico corresponde a su razón objetiva, o sea, un elemento específico como una inversión, la adquisición de una casa, enajenación de un bien. Se tiene, por tanto, un reconocimiento del derecho como un fenómeno comunicacional y toda implicación que eso proporciona en las diversas ramas del derecho.

Palavras-chave: teoría de la comunicación negócio jurídico

## SUMÁRIO

<b>NOTA DO AUTOR.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I – A TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO E SUA CONFORMAÇÃO CIENTÍFICA.....</b>	<b>12</b>
1.1 JUSTIFICATIVAS, PREMISSAS E OBJETIVOS DA TESE.....	12
1.2 CIÊNCIA DA LINGUAGEM E CIÊNCIA DO DIREITO.....	17
1.3 A SEMIÓTICA E SUAS DIMENSÕES, A TRADUÇÃO E O DIALOGISMO.....	26
1.4 TEORIA DA NORMA JURÍDICA: ENUNCIADOS E PROPOSIÇÕES.....	38
1.5 FATO JURÍDICO, EVENTO SOCIAL E A TEORIA DAS CLASSES.....	42
1.6 A QUESTÃO DA EXISTÊNCIA, DA VALIDADE, DA VIGÊNCIA, DA EFICÁCIA E DOS VALORES.....	60
<b>CAPÍTULO II – O NEGÓCIO JURÍDICO E SUA AFIRMAÇÃO HISTÓRICA E CIENTÍFICA.....</b>	<b>71</b>
2.1 DEFINIÇÃO E ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	71
2.2 DOCTRINAS ALEMÃ, ITALIANA E FRANCESA DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	82
2.3 A QUESTÃO DO CONFLITO ENTRE OS ELEMENTOS VOLITIVOS E A DECLARAÇÃO DE VONTADE.....	91
2.4 A INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	103
<b>CAPÍTULO III – A TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO E SUA PERSPECTIVA ATUAL.....</b>	<b>113</b>
3.1 A AUTO-REGULAMENTAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	113
3.2 A REGULARIDADE E O SUPORTE FÁTICO DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	121
3.3 A QUESTÃO DO MOTIVO, DA CAUSA E DA PRESSUPOSIÇÃO.....	122

<b>CAPÍTULO IV – A VONTADE E A DECLARAÇÃO DE VONTADE NO NEGÓCIO</b>	
<b>JURÍDICO: UMA NOVA PROPOSTA</b> .....	129
4.1 A TEORIA COMUNICACIONAL E SUA APLICAÇÃO NO NEGÓCIO	
JURÍDICO.....	129
4.2 AS DIMENSÕES DA SEMIÓTICA NO NEGÓCIO JURÍDICO.....	132
4.3 A QUESTÃO DA EXISTÊNCIA, DA VALIDADE E DA EFICÁCIA NO	
PLANO DA TEORIA COMUNICACIONAL.....	141
<b>CAPÍTULO V – NOVOS CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS DO NEGÓCIO</b>	
<b>JURÍDICO</b> .....	147
5.1 O MÉTODO HERMENÊUTICO ANALÍTICO NO ÂMBITO DO NEGÓCIO	
JURÍDICO.....	147
5.2 A HERMENÊUTICA E OS VALORES NO NEGÓCIO JURÍDICO.....	149
5.3 A ZETÉTICA E A DOGMÁTICA NA INTERPRETAÇÃO DO NEGÓCIO	
JURÍDICO.....	154
5.4 A INCIDÊNCIA DA TEORIA COMUNICACIONAL NA INTERPRETAÇÃO	
DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	158
<b>CAPÍTULO VI – PROPOSTAS DE <i>LEGE FERENDA</i></b> .....	170
6.1 EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS.....	170
6.2 OS CONTRATOS E A QUESTÃO DE SUA HARMONIZAÇÃO NOS BLOCOS	
ECONÔMICOS MUNDIAIS.....	171
6.3 PADRONIZAÇÃO DE NORMAS DE DIREITO CONTRATUAL NO ÂMBITO	
ELETRÔNICO.....	193
<b>CAPÍTULO VII – CONCLUSÕES</b> .....	199
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	201

## NOTA DO AUTOR

No capítulo I da tese, busca-se apresentar as justificativas, as premissas e os objetivos da tese, além de uma introdução detalhada da teoria comunicacional do direito, sua conformação científica, as correlações entre ciência da linguagem e ciência do direito. Também apresentam-se as dimensões da semiótica, da teoria da norma jurídica e, especialmente ao campo de investigação da tese, a teoria do fato jurídico, sob as perspectivas da existência, da validade e da eficácia. Em sequência, no capítulo II, constrói-se a afirmação histórica e científica do negócio jurídico, abordando especialmente a questão do conflito entre os elementos volitivos e a declaração de vontade.

Já no capítulo III, aborda-se uma investigação da teoria do negócio jurídico em sua perspectiva atual, mediante uma análise da auto-regulamentação, da regularidade do suporte fático e a questão do motivo, da causa e da pressuposição do negócio jurídico. Em linhas de continuidade de exposição da tese, apresenta-se no capítulo IV uma nova proposta para aferição da vontade e da declaração de vontade no negócio jurídico, mediante a exata aplicação da teoria comunicacional, as dimensões da semiótica, bem como a amplitude da teoria comunicacional sobre os planos de existência, validade e eficácia.

No capítulo V, busca-se apresentar uma estrutura de novos critérios hermenêuticos do negócio jurídico, à luz da aplicação da teoria comunicacional, invocando-se, também, o ambiente analítico, a perspectiva dos valores, além da zetética e da dogmática e como a teoria comunicacional, aplicada ao negócio jurídico, dimensiona uma nova amplitude de interpretação.

Por derradeiro, nos capítulos VI e VII, apresentam-se propostas de harmonização e padronização de normas de direito contratual em razão dos efeitos da globalização nas relações contratuais, especialmente nos blocos econômicos mundiais e também no âmbito eletrônico, além das conclusões pontuais acerca da tese defendida.

Eis, portanto, uma breve introdução do presente trabalho de ordem científica.

São Paulo, agosto de 2013.

Jean Soldi Esteves

## CAPÍTULO I – A TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO E SUA CONFORMAÇÃO CIENTÍFICA

### 1.1 JUSTIFICATIVAS, PREMISSAS E OBJETIVOS DA TESE

A tese que ora se desenvolve procura identificar uma aplicação da teoria comunicacional do direito sobre a teoria do negócio jurídico. É irrefutável que ambas as teorias obtiveram uma evolução significativa nos últimos trinta anos e, também, é evidente que as mesmas devem ser alinhavadas de forma que se estabeleça uma segura aplicação da teoria comunicacional do direito na teoria do negócio jurídico pela relevância científica que ambas possuem.

Por outro lado, é importante destacar no campo do direito civil comparado a caracterização da teoria comunicacional do direito, sobretudo na Espanha, onde seu principal fundador, o jurista Gregório Robles, estabeleceu um crescente diálogo com juristas brasileiros acerca não só da conformação da aludida teoria comunicacional do direito e, conseqüentemente, sua aplicação e incidência nos diversos ramos do direito.<sup>1</sup> Na presente tese, sustenta-se não só sua existência, validade e eficácia, como também sua plena aplicação em uma nova abordagem sobre a teoria do negócio jurídico estabelecendo, assim, um estudo comparado no âmbito do direito civil.

A investigação realizada na presente tese busca realizar a aplicação da teoria comunicacional sobre a questão da causa e do motivo no negócio jurídico propondo uma análise metodológica dos pontos de vista da semiótica e suas dimensões sintática, semântica e pragmática. A rigor, segundo a semiótica, a terminologia enseja uma investigação específica acerca da definição do conceito de causa e de motivo, como elementos determinantes do negócio jurídico, atrelada a questão da declaração de vontade.

Tomando por base a figura do significante (suporte físico), do significado (referente ou objeto externo) e da significação (compreensão, interpretação ou norma jurídica) pode-se identificar que o motivo do negócio jurídico corresponde ao impulso psíquico que leva

---

<sup>1</sup> ROBLES, Gregório; CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha**. São Paulo: Noeses, 2011, p.IX-XX.

alguém a efetivá-lo mediante um referencial emocional (prazer, satisfação, agradar alguém próximo, recompensa) e a causa do negócio jurídico corresponde a sua razão objetiva, ou seja, um elemento específico como um investimento, a aquisição de uma casa, alienação de um bem.<sup>2</sup>

Do ponto de vista sintático, haverá correspondência na linguagem jurídica quando um dos atores do negócio jurídico identificar o motivo determinante do negócio e, por conseguinte, a causa de realização do mesmo. No plano semântico, a correspondência consistirá na leitura do motivo e da causa como um elemento conformador da norma jurídica concreta e individual que caracteriza o negócio jurídico. Já no plano pragmático, tanto a causa como o motivo no negócio jurídico serão observados pelo prisma da jurisprudência, da doutrina e, especialmente, pela incidência e aplicação da norma jurídica, tal como enunciado no artigo 140 do Código Civil brasileiro.

Identifica-se que no direito brasileiro e no direito comparado existem enunciados normativos similares ao artigo 140 do Código Civil brasileiro de 2002. Exemplo disso corresponde aos seguintes enunciados normativos: Código Civil italiano, artigo 1429; Código Civil português, artigo 252º; Código Civil francês, artigo 1.110.

Renan Lotufo<sup>3</sup> indica que os motivos são todas as circunstâncias cuja representação intelectual (que pode eventualmente ser errônea) determina com essencialidade a vontade de querer aquele negócio e nos precisos termos em que ele foi feito, todavia, o direito não investiga o plano psicológico das pessoas, mas somente na hipótese de transparecer como parte integrante do negócio jurídico, pois o motivo trata-se de um elemento subjetivo e a causa sua caracterização objetiva, o que os distingue sobremodo.

Maria Helena Diniz indica uma distinção entre causa e motivo, onde a causa se determina objetivamente, eis que é a função econômico-social que se atribui pela norma ao negócio jurídico (na doutrina de Moreira Alves), ao passo que o motivo, no plano subjetivo, relacionado aos fatos que levaram alguém a efetivar um negócio, citando exemplos, como na compra e venda onde a causa é a troca da casa pelo dinheiro e o motivo, subjetivo, as razões que levaram a aquisição da casa, como para a montagem de uma loja, de um escritório, ou algo equivalente.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. I, 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.449-450.

<sup>3</sup> LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2004, p.389-400.

<sup>4</sup> DINIZ, op. cit., p.450.

A questão da causa e do motivo do negócio jurídico no direito brasileiro e no direito comparado atualmente enseja uma análise, também, das relações que se estabelecem em razão do negócio jurídico. Vale dizer que é necessário investigar a teoria das relações para observar a questão da causa e do motivo no plano do negócio jurídico.

Com base na teoria das relações<sup>5</sup> observa-se que o chamado “predicado” enseja a indicação do símbolo de propriedades ou de uma relação atribuível a um determinado indivíduo, ou seja, terá o nome do indivíduo ou de um objeto e outras expressões que vão designar e apresentar qualidades ou propriedades que se atribuem aos nomes. Identificam-se duas formas de predicados e relações entre os indivíduos, sendo uma propriedade que se confere ao indivíduo e uma maneira de relação que se vinculam dois ou mais indivíduos como um todo. Referidos predicados podem ser monádicos, quando se referem a um indivíduo isoladamente, ou poliádicos, quando se vinculam a dois ou mais indivíduos.

É de se destacar que se apresentam três características relevantes na teoria das classes: a) a reflexividade, que enseja congruência, igualdade e equivalência; b) a simetria, onde o objeto e seu converso são iguais e c) a transitividade, como uma propriedade do conectivo condicional. Na aplicação da teoria das relações esclarece-se que o suporte fático que o legislador apresenta é o fato (jurídico), pois em razão de juízos valorativos, foi separado do mundo fenomênico social para inserção no mundo jurídico. Nesse passo, na teoria das relações ou na lógica dos predicados poliádicos, ter-se-á junções como “um com um”, “um com vários”, “vários com um” e “vários com vários”.<sup>6</sup>

E considerando que do negócio jurídico com causa e motivação específica surge a relação jurídica que se define como um vínculo abstrato pelo qual advém a imputação normativa, o sujeito ativo tem o direito subjetivo de exigir do sujeito passivo o cumprimento de uma determinada prestação. Essa teoria das relações é ligada à teoria das normas, pois a primeira indica nomes de indivíduos, palavras e expressões que apresentam qualidades que se atribuem aos nomes, onde se extrai uma relação entre os indivíduos.

Portanto, quando se apresenta uma relação entre fatos e normas jurídicas ter-se-á a chamada causalidade jurídica. A norma jurídica atribui uma relevância à situação fática onde se extraem efeitos que só se operam no mundo do direito. O fato sozinho não gera efeitos

---

<sup>5</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito**. O construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009, p.555-597.

<sup>6</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p.98-115.

jurídicos, pois precisa da norma jurídica para sua inserção no mundo do direito. Os fatos naturais e suas respectivas relações ensejam a causalidade natural, que é diferente da causalidade jurídica. A segunda, pode ou não, ter como suporte fático a primeira (causalidade natural).<sup>7</sup>

As relações jurídicas (causais e motivadas) ensejarão incidência em condutas, eventos, cujo enquadramento dar-se-á no plano da concreção da norma jurídica. Não há relação jurídica que tenha por objeto uma coisa (bem), mas sim uma relação entre um determinado sujeito com a referida coisa, de onde se extraem conseqüências jurídicas imediatas e mediatas decorrentes da relação jurídica.

Vale lembrar a afirmação atribuída à Lourival Vilanova de que os fatos sociais entram no direito pela porta aberta pela hipótese. Assim, a causa objetivamente considerada integra, assim como o motivo poderá integrar, a conformação do negócio jurídico.<sup>8</sup>

Nesse plano de interpretação do negócio jurídico com relação à causa e ao motivo é importante destacar que o fato social (causa e motivação) que enseja a celebração do negócio jurídico somente tomará feição ou contorno de negócio jurídico, ao adequar-se ou amoldar-se (pela subsunção) nos referenciais estabelecidos pela hipótese normativa, facultando-se ao agente ou participante do negócio fazê-lo atuar e, então, criar a norma concreta e individual que passa a ser o negócio jurídico, pois em conformidade com o ordenamento jurídico vigente.

No direito italiano, essa conformação do negócio jurídico, seja a causa objetivamente indicada e o motivo do negócio jurídico, segundo Pietro Perlingieri, ganha contorno da incidência direta e indireta do interesse público, seja na incidência sobre a função, seja na incidência sobre o objeto do negócio jurídico, seja na licitude e merecimento de tutela, como na impossibilidade jurídica, mencionando como exemplos, a locação para uso residencial e os mútuos feneratícios, indicando os artigos 1676, 2511 e 1813 do Código Civil italiano.<sup>9</sup>

Ainda, no plano do direito civil comparado, a percepção do ordenamento jurídico referenciando o negócio jurídico, ganha corpo na França e na Itália, como acentua Luigi Ferri, destacando a reta intenção e a finalidade moral do negócio jurídico, que incidem,

---

<sup>7</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos jurídicos a incidência**. São Paulo: Saraiva, 2008. Ver especialmente capítulo III, itens 1 a 6.

<sup>8</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: RT, 2000. Ver especialmente capítulo III.

<sup>9</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.287-288.

inequivocamente, na causa e nos motivos do negócio. Segundo o autor, o Código Civil francês indica a relevância da causa ilícita nos artigos 1.131 e 1.133, pois a doutrina francesa tem uma concepção objetiva da causa do negócio jurídico, ao passo que no Código Civil italiano também adota uma percepção de causa como um dado objetivo do negócio jurídico, fazendo uma distinção entre interesse público e privado no que diz respeito ao motivo do negócio jurídico, mas indicado apenas nos artigos 624 e 787 do Código civil italiano, quanto ao erro sobre o motivo.<sup>10</sup>

Antônio Junqueira Azevedo dissecou a questão da causa no negócio jurídico elaborando a classificação dos elementos categoriais inderrogáveis que constituem especificamente as circunstâncias negociais, forma e objeto. Ele identifica, ainda, no plano da doutrina brasileira em comparação com a doutrina estrangeira, os negócios jurídicos abstratos e os negócios jurídicos causais. Nos abstratos, o elemento categorial é formal e nos causais, o elemento categorial é objetivo. Sustenta Junqueira Azevedo que no direito brasileiro não há negócios absolutamente abstratos, mas apenas relativamente abstratos, pois a falta de causa sempre terá relevância entre as partes, como no caso dos títulos de crédito (nominativos ou ao portador), pois em quaisquer deles o pagamento poderá ser impedido se houver falta de causa, salvo se não circulado além do primeiro beneficiário. Exemplifica que a questão da fiança no artigo 1.484 do Código Civil brasileiro como sendo um motivo subjetivo e o distingue da causa do negócio jurídico. Apresenta, ainda, a figura dos elementos objetivos com causa pressuposta (contratos reais) e elementos objetivos com causa final (troca, mandato). Assim, a causa atua no plano da validade ou da eficácia e não da existência do negócio jurídico e a falta de causa nos negócios causais acarreta a nulidade quando pressuposta e ineficácia superveniente quando for final, o que se corresponde no plano do direito civil comparado na doutrina francesa e alemã.<sup>11</sup>

A tese que ora se apresenta e se sustenta diz respeito ao ato de intelecção que o agente realiza em momentos psíquicos distintos e que ganham forma na declaração da causa e do motivo do negócio jurídico, vale dizer, na declaração de vontade. Pretende-se demonstrar aludidas inflexões entre a teoria comunicacional do direito e a teoria do negócio jurídico realizando um corte dogmático sobre as fases de constituição do negócio jurídico, com uma

---

<sup>10</sup> FERRI, Luigi. **La Autonomia Privada**. Granada: Comares, 2001, p.328-333.

<sup>11</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.140-161.

análise acerca das duas teorias e pela aplicação de uma sobre a outra, como se demonstra adiante.

Assim, a tese que se levanta e se sustenta diz respeito a uma nova abordagem do negócio jurídico através da aplicação da teoria comunicacional do direito sobre referido instituto, como algo novo no campo do direito civil, inclusive comparado.

Nos itens seguintes faz-se uma apresentação estrutural da teoria comunicacional do direito, levando-se objetivamente os aspectos que serão aplicáveis à teoria do negócio jurídico.

## 1.2 CIÊNCIA DA LINGUAGEM E CIÊNCIA DO DIREITO

A ciência da linguagem possui uma importância grande no desenvolvimento da presente tese, na medida em que se pretende demonstrar que a conformação do negócio jurídico se dá não só pelos seus contornos conceituais no âmbito da ciência do direito, mas, também e especialmente, com a aplicação da ciência da linguagem na conformação do negócio jurídico, demonstrando uma abordagem diferenciada sobre o mesmo.

A rigor, sustenta-se que é impossível estudar o negócio jurídico sem realizar uma investigação sobre o instrumento que o veicula e o conforma, que é justamente a linguagem. Sustenta-se, assim, que o negócio jurídico se consubstancia pela linguagem o que, portanto, justifica sua investigação sob esse prisma.

Sabe-se que a interpretação sempre esteve atrelada à ideia de se extrair de um texto sua real significação, ou mesmo extrair de uma palavra ou frase sua real significação, enfim, a qualquer construção linguística implica aludida tarefa. Todavia, após o denominado *giro-linguístico* essa percepção tomou outra forma, na medida em que a linguagem é que atribui significado às coisas. Vale dizer que o texto não tem um significado pré-existente ao próprio texto, mas sim terá um significado ordenado pelo intérprete, segundo seus referenciais, especialmente os referenciais culturais.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> MENDES, Sônia Maria Broglia. **A validade jurídica pré e pós giro-linguístico**. São Paulo: Noeses, 2007, p.211.

A sociedade se caracteriza pela devoração de dados e pela produção estatística, contudo, “quais os elementos perfazem a soma dos dados”? Segundo Vilém Flusser<sup>13</sup>, cujas ideias se apresentam neste tópico, os dados são fornecidos pelos sentidos, mas os próprios sentidos também são dados. Trata-se de um problema de lógica formal, sem uma solução aparente, ou seja, caracterizando-se como uma petição de princípio. A série possui elementos que contém a série. Assim, tem-se que a visão e a audição são os sentidos que proporcionam a maioria dos dados. Na verdade, o intelecto trabalha principalmente com palavras. A instância entre sentido e intelecto é a palavra.

Pode-se dizer que existe o intelecto *sensu stricto* que se comporta como uma tecelagem que se utiliza das palavras como fio e o intelecto *sensu lato* que possui uma antecâmara, onde se transforma o algodão bruto (sentidos) em fios (palavras). Mas a grande parte da matéria prima já vem como fios (palavras). Assim, considerando que a realidade é um conjunto de dados, pode-se dizer que se vive em uma realidade dupla: a realidade das palavras e a realidade dos “dados brutos”. Mas, como os dados brutos atingem o intelecto em forma de palavras, também pode-se dizer que a realidade é composta de palavras e de palavras *in statu nascendi*. Contudo, se assim for, estar-se-á assumindo uma postura ontológica. Com este estudo pergunta-se até onde esta proposição pode ser mantida? De que forma isso influencia a conformação do negócio jurídico?

Sustenta-se que as palavras alcançam as pessoas organizadas em frases. O conjunto de frases é denominado de língua. Tratam-se de todas as palavras que podem ser ligadas entre si, de acordo com regras preestabelecidas. O estudo da língua equivale ao estudo do cosmos, assim, a única pesquisa legítima do único cosmos concebível é o estudo da língua. Defende-se, pois, que o estudo do negócio jurídico, também enseja um estudo da língua, ou melhor, da linguagem que o veicula, que o conforma e que lhe atribui uma interpretação, pois o negócio jurídico somente se consubstancia e se realiza por intermédio da linguagem e isso é fato irrefutável do ponto de vista científico.

---

<sup>13</sup> FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. 3ª ed. São Paulo: Annablume, 2007. Ver especialmente capítulo I.

Lourival Villanova destaca algumas características da linguagem<sup>14</sup>:

*A linguagem funciona em várias direções. Ora expressa estados interiores do sujeito, ora expressa situações e objetos que compõem a textura do mundo externo. Nem sempre funciona com fim cognoscitivo, como linguagem-de-objetos. Às vezes é veículo de ordens, no sentido genérico, pretendendo alterar estado de coisas; outras vezes, faltando a suficiente parcela de experiência dos objetos, é transmissora de perguntas. Outras vezes, ainda, nem é instrumento de conhecimento nem de ordens ou imperativos, nem de perguntas, mas meramente expressional da alteração emocional que o trato com os objetos provoca no sujeito.*

Os elementos da língua são as palavras. Aglomerados de sons quando ouvidas, ou de formas, quando lidas. As palavras são apreendidas e, como tais, são indivisíveis. Trata-se de símbolos que possuem significados. As palavras apontam algo, procuram algo, que além da língua não é possível falar-se dele.

Defende-se, desde já, que os símbolos são resultados de acordo entre vários contratantes (participantes), aproximando-se, neste ponto, especificamente, do próprio sistema jurídico, na medida em que o sistema jurídico é resultado do acordo de vontades entre vários contratantes, na dialética do contrato social de Rosseau. Contudo, a origem deste “contrato linguístico” se perde nas brumas de um passado impenetrável e de difícil investigação. Trata-se de um pseudoproblema, pois, um acordo sobre o significado da língua pressupõe sua existência como veículo desse acordo.<sup>15</sup>

A divisão clássica das palavras não pode prosperar. As línguas silábicas e aglutinadoras nos demonstram isso. Aliás, a própria língua portuguesa possui exemplos clássicos como “isto é um caixão”. Onde o adjetivo é engolido pelo substantivo. O ceticismo não permite aceitar tais premissas com o escopo de classificar as palavras. Mas algo deve ser salvo dessa classificação. Visto a língua como o conjunto de símbolos dispostos de forma hierarquicamente distinta, tal classificação faz sentido.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> VILLANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005, p.41.

<sup>15</sup> SCAVINO, Dardo. **La filosofia actual: pensar sin certezas**. Santiago del Estero: Paidós Postales, 1999, p.12-15.

<sup>16</sup> FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. 3ª ed. São Paulo: Annablume, 2007, p.31-37.

Nas frases, se realiza a distinção do sujeito, do qual trata o processo que a frase significa; o predicado, que é o processo; o objeto, a meta do processo; o atributo, que faz a qualificação; o advérbio que qualifica o processo e etc. Também, deve-se afastar esta classificação pelas razões acima já expostas, ou seja, de que ela é resultado do domínio descontrolado da frase portuguesa. Assim, abandona-se, também, o conceito de verdade por correspondência entre a frase e a realidade e busca-se outro conceito para a realidade. Esta classificação só é aplicável às línguas flexionais.

A proposta de Vilém Flusser<sup>17</sup>, cujas ideias, repita-se, sustentam toda a abordagem deste tópico, é que a frase seja uma organização de palavras e é certa quando tal organização obedece às regras da língua as quais as palavras pertencem, e errada quando não as obedece. Quando a organização destas palavras se processa no intelecto, chama-se pensamento. Frase consiste em seu aspecto objetivo e pensamento o aspecto subjetivo. Dentro do contexto da língua portuguesa, até é possível a distinção entre sujeito, objeto e predicado, mas em outras línguas Flusser indica que não.

Assim, concebe-se frases certas ou erradas. E com relação as frases verdadeiras ou falsas? Aqui tem-se um problema de relação entre frases. A verdade se processa na relação entre frases, portanto, não há uma verdade absoluta, pois, se esta existe, não é articulável e nem compreensível. Frise-se, isto do ponto de vista científico, à luz da teoria comunicacional que ora se desenvolve, abstraindo-se deste contexto o plano espiritual e religioso, onde existem dogmas e verdades atreladas ao plano da metafísica, não sendo pertinente a incursão neste trabalho.

O *Eu* é composto pelo intelecto e sua infraestrutura, os sentimentos e pelo espírito, sua superestrutura. Metaforizando, tem-se o *Eu* como uma árvore, onde as raízes, os sentidos, estão ancoradas no chão da realidade, já o tronco é o intelecto, que transporta a seiva colhida pela raiz e transformada até a copa, onde o espírito, para produzir folhas, frutos e flores. A árvore, assim como o *Eu*, é composta da seiva modificada, ou seja, da realidade colhida pelos sentidos.

As raízes extraem a seiva, a realidade, por meio dos sentidos, transformando o intelecto em palavras. Contudo, existe um abismo intransponível entre o dado bruto e a palavra. O *Eu* pode mergulhar dentro de suas profundezas atrás da realidade, mas onde acaba

---

<sup>17</sup> FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. 3ª ed. São Paulo: Annablume, 2007, p.39-40.

ou começa a palavra ele para. O intelecto é composto de palavras. Ele organiza, compreende, reorganiza as palavras e as transporta ao espírito.<sup>18</sup>

Curiosamente, o intelecto sente a diferença entre palavra e dado bruto, pois reage de forma distinta diante de ambos os conceitos. Diante do dado bruto, inalcançável, o intelecto articula uma palavra. Em face da palavra ele compreende e conversa. Os dados brutos vêm de forma caótica, já as palavras vêm organizadas. O intelecto depende da organização das palavras, aliás, o intelecto se forma apreendendo palavras. As crianças formam seu intelecto a partir do momento em que conseguem compreender e articular as palavras. Ontologicamente falando o “caos do dado bruto” não é, mas sim, pode ser. Cada filósofo, a sua maneira, descreve o fenômeno. A sociedade é real como conversação e o homem é real como intelecto participando da conversação. Assim, a língua se transforma na essência e não no instrumento da sociedade.

Mais complicado do que falar da infraestrutura do intelecto é falar de sua superestrutura; o mundo do espírito, da intuição, formam a copa da árvore do *Eu*. Mas não é o escopo do presente trabalho e nem poderia ser.

Caso existisse apenas uma língua não existiria o problema ontológico ora referido, pois, tal língua seria o aspecto interno da realidade e a realidade o aspecto externo desta língua única. Se assim fosse existiria identidade entre a língua e o espírito humano, ou aquilo chamado por Kant de *razão pura*. Mas assim não é. As línguas são diversas e as categorias kantianas, longe de serem “categorias do conhecimento *per se*”, são categorias da língua alemã. Por assim dizer, as categorias de Norberto Bobbio se dimensionam no âmbito da língua italiana.<sup>19</sup>

Aliás, Norberto Bobbio, ao discorrer sobre a teoria da norma jurídica, elenca características das proposições prescritivas onde resume: “*resumem-se as características diferenciais das proposições prescritivas e descritivas em três pontos: a) em relação à*

---

<sup>18</sup> FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. São Paulo: Ática, 2008, p.5-7.

<sup>19</sup> FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. 3ª ed. São Paulo: Annablume, 2007, p.45. Também é importante anotar, neste tópico, a obra de Bobbio em que ele incursiona sobre o liberalismo e democracia e indica este aspecto. BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005, p.15.

*função; b) em relação ao comportamento do destinatário; c) em relação ao critério de valoração.*"<sup>20</sup>

As categorias do conhecimento são tão diversas quanto as línguas existentes. O intelecto dispõe de diversos óculos, as línguas, para observar o dado bruto. Os dados brutos, na verdade, são potencialidades e não realidade, pois necessitam serem articulados em palavras para alcançar o intelecto e construir a realidade. Os intelectos e os dados brutos realizam-se pela língua, pois ambos não são reais.

Poder-se-ia argumentar que diante das ciências naturais todas as línguas alcançam a mesma realidade, porém, a ciência *stricto sensu*, desenvolvida desde o renascimento equivale, neste sentido, a uma nova língua. Comporta-se como uma língua que necessita ser traduzida para as demais línguas para nelas se realizar, comporta-se como uma língua nova, ainda incompleta.

Toda língua é, portanto, um sistema completo ou completável de acordo com a dinâmica própria, um cosmos. Mas tais cosmos estão interligados, pois podemos realizar a tradução de uma língua para outra e existem intelectos que pensam em duas línguas, dando a falsa impressão de que existe, independente da língua em que está pensando.

Basicamente pode-se dizer que o dado bruto pode ser descrito tanto na língua portuguesa, quanto na língua inglesa. A tradução consistiria, então, na passagem do dado bruto de uma língua para outra. Porém, afastando o dado bruto da realidade tal resposta não é mais satisfatória. Pense-se que as línguas consistem em palavras hierarquicamente organizadas e governadas por regras de combinação. Logo, na tradução, ocorrem frases que desempenham papéis semelhantes em ambas as línguas traduzidas.<sup>21</sup>

Por outro lado, o salto de língua para língua atravessa o abismo do nada. Metaforizando, trata-se de uma morte e ressurreição. A própria possibilidade da tradução representa para o intelecto a relatividade da realidade.

Independente disso tudo, todos têm uma língua materna, que mitiga o relativismo acima exposto. Trata-se daquela língua que o Eu pensa e constrói sua realidade, assim, o

---

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Batista. 3ª ed. Bauru: Edipro, 2005, p.80.

<sup>21</sup> FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. São Paulo: Ática, 2008, p.24-25.

poliglota, tenta aproximar as demais línguas desta realidade construída por sua língua materna.<sup>22</sup>

Pela tradução comparam-se línguas distintas. Contudo, as línguas não se comportam como seres vivos. Não pode-se dizer que *o português descende do latim como o pintinho da galinha*. As línguas são sistemas abertos que se interseccionam facilmente. O mesmo ocorre com o sistema jurídico, sendo algo aberto e dinâmico. Os italianos, por exemplo, já expressavam essa problemática decorrente da tradução quando já diziam no dito popular *traduttore, tradittore*. No caso da língua, existem dois tipos de tradução: a significativa e a léxica.

O número de línguas possíveis é ilimitado, mas o número de línguas existentes é pequeno. Considerando-se a pobreza de suas variações, pode-se questionar novamente sobre a ligação entre a língua e a realidade dos dados brutos. De fato, três são os tipos de línguas: as flexionais, as aglutinantes e as isolantes. Logo, três são, também, os mundos onde o intelecto humano vive.<sup>23</sup>

Nas línguas flexionais os elementos entram em relação entre si, modificando-se, mas conservando sua identidade. O mundo está em fluxo, mas as “substâncias” e os “processos” são relativamente constantes. Há o sujeito, o predicado e o objeto. Todas as línguas flexionais são redutíveis à lógica.

Já nas línguas aglutinantes, tem-se superpalavras (pensamentos) sobre as quais se debruça a lógica. Representam um conglomerado de palavras, como pequenas frases. Para os viventes em um mundo flexional (língua portuguesa), trata-se de um mundo caótico e sem significado de difícil compreensão.

As línguas isolantes são formadas de poucas sílabas, que, como um mosaico, formam conjuntos de significados. Toda combinação silábica produz um significado que é dado pela vivência.

Mas, como já mencionado, as línguas se interseccionam, logo, tem estes três grandes grupos uma aproximação, mas a característica marcante de um grupo pode, também, ser observada em uma língua pertencente a um outro grupo. De todo modo, as línguas flexionais

---

<sup>22</sup> FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. 3ª ed. São Paulo: Annablume, 2007, p.187.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p.51. Vale registrar que as idéias sustentadas nesta página fundam-se na obra citada de Flusser, por todos.

prevalecem na península europeia e indiana. As línguas isolantes estão presentes no sudeste e leste da Ásia. Já as línguas aglutinantes são encontradas no norte e nordeste deste continente último.

Como consequência das línguas flexionais tem-se as civilizações ocidental, islâmica e indiana. Já a civilização oriental é fruto das línguas isolantes. E as línguas aglutinantes formam o pano de fundo destas duas civilizações, criando uma atmosfera de complicação linguística ou no que ocorreu em dado momento histórico e até bíblico, a cognominada “torre de babel”. Até mesmo no plano escriturístico encontra-se no novo testamento, João capítulo 1, versículo 1, uma referência à Criação como verbo: *“No principio era o Verbo, e o Verbo estava com Deus, e o Verbo era Deus.”*

Assim, fica claro que os dados brutos possuem três línguas para serem construídos. Embora a tradução autêntica entre elas não exista, tais línguas podem conversar. Logo, descobre-se um pano de fundo comum aos três grupos de línguas em apreço, trata-se da língua original hipotética, única no planeta, guardando aqui semelhança com o sistema jurídico no que tange a norma hipotética fundamental de Kelsen. Porém, não se pode alcançar esta língua original hipotética e este conceito deve ser objetado para os objetos metafísicos, no campo dogmático das crenças, fugindo, a princípio, do campo de investigação e construção desta tese e até mesmo de uma investigação científica que se veicula no campo dos objetos culturais.

A civilização ocidental tem uma ontologia implícita que lhe é fornecida pelas línguas flexionais. Sobre isto a história da filosofia serve de prova. A realidade é imposta ao intelecto pela estrutura da língua flexional. A filosofia, então, se preocupa com a estrutura das línguas flexionais. Logo, a filosofia oriental é estranha aos ocidentais e nela a cadeia de observação, indução, dedução e generalização não é possível de ser realizada. A filosofia desvenda o aspecto interno da língua, e a ciência o seu aspecto externo. Sempre abstraindo, como convidam as línguas flexionais. Trata-se do estabelecimento de línguas artificiais abstratas. A linguagem lógica pode ser utilizada praticamente em todas as línguas flexionais, porém ao custo da perda de qualquer significado de situações concretas. O mesmo se dá com a pesquisa científica, a física e a matemática principalmente. Pode-se alcançar, assim, uma língua

universal e válida em toda civilização ocidental, tautológica e sem significado de situações concretas.<sup>24</sup>

A conversação ocidental gira em círculos com base em três situações primordiais: Deus-nome uno, tú és isto, conhece-te a ti mesmo. Tais proposições foram traduzidas de maneira falha para o português. A primeira demonstra o fundamento inarticulável da língua. A segunda demonstra a identidade do espírito com o mundo. E a terceira indica o método do conhecimento. Em outras palavras temos a fé, a meditação e a pesquisa lógica.

O hebraico é a língua da fé, que realiza a conversa entre a humanidade e aqui que a transcende. Já para os católicos o hebraico é substituído pelo latim e assim também se dá com o árabe. Já o sânscrito é a língua da meditação, onde o intelecto se dissolve no isto.

Para os ocidentais, a conversação das sociedades orientais, realizada pelas línguas isolantes, é desconhecida. Trata-se de um dado bruto, que apreende-se mediante o emprego das línguas flexionais. A civilização ocidental sempre buscou uma língua universal. Tal busca lhe confere dinamismo e este ideal é triplo: ético, para as línguas de fé, estético para as línguas místicas, e lógico, para as línguas especulativas. Para a civilização oriental tal busca é inexistente, pois para eles o ideograma consiste em uma língua universal. Os orientais não pensam em sílabas, mas sim em caracteres escritos. A caligrafia, no oriente, é tão importante quanto a filosofia ou a poesia para o ocidente.

Pretende-se, pois, demonstrar que a realidade dos dados brutos é apreendida pela língua. Se assim for, a realidade dos dados brutos é desconhecida. A estrutura da realidade é conferida pelas regras das línguas. Dado a multiplicidade das línguas, temos a diversidade das realidades. Todo conhecimento só é válido no campo de uma determinada língua. A própria tradução consiste na destruição e reconstrução do intelecto, do pensamento.

Em resumo, portanto, o objetivo do trabalho de Flusser<sup>25</sup> ora exposto e desenvolvido neste tópico é contribuir para a tentativa de tornar consciente a estrutura do cosmos restrito, propondo que a estrutura se identifica com a língua e que conhecimento, realidade e verdade são aspectos da língua e que ciência e filosofia são pesquisas da língua e que religião e arte são disciplinas criadoras de língua. Cabe registrar, ainda, que aludidas ideias contidas neste

---

<sup>24</sup> ECO, Umberto. **Tratado geral de semiótica**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Perspectiva, 2007, p.5-8.

<sup>25</sup> FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. 3ª ed. São Paulo: Annablume, 2007, p.56-61. Aliás, todos os registros desta página inspiram-se na referência de Flusser.

item do capítulo I da tese, encontram-se também baseadas em pesquisas desenvolvidas perante os trabalhos de Paulo de Barros Carvalho, Dardo Scavino, Vilém Flusser, Enrique Aftalión, José Vilanova, Júlio Faffo e José Luiz Fiorin<sup>26</sup>, ora referenciados para efeitos de identificação da fonte de pesquisa e indicação de busca para uma maior aprofundamento, visto tratar-se de um tema extremamente profundo e multifacetado.

Veja-se, no próximo item, a importância do entendimento da semiótica, da tradução e do dialogismo na teoria comunicacional do direito e, por consequência, sua relevância para se poder aplicar no âmbito do negócio jurídico.

### 1.3 A SEMIÓTICA E SUAS DIMENSÕES, A TRADUÇÃO E O DIALOGISMO

Neste tópico, procura-se demonstrar o método analítico e hermenêutico na construção da ciência da linguagem e da ciência do direito e da filosofia, à luz da doutrina de Paulo de Barros Carvalho.<sup>27</sup>

No que diz respeito à metodologia a consistência do saber científico depende da disponibilidade do pesquisador para ponderar sobre o conhecimento que propõe a construir, ou seja, o discurso científico será tanto mais profundo quanto mais se ativer, o pesquisador, ao padrão filosófico por ele escolhido para estimular e desenvolver sua investigação. A pesquisa científica no campo do direito requer uma investigação mais ampla, um paradigma maior que possa inserir-se no pensamento humano evitando, assim, o plano reducionista.

Para Paulo de Barros Carvalho, o pensar filosófico é indispensável na pesquisa científica do direito. Essa visão tem recebido contribuições no plano da teoria geral do direito, especialmente pela obra de tributaristas como Becker, Ataliba, Vilanova, e ganha corpo

---

<sup>26</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008. Ver especialmente capítulos I, II e III. SCAVINO, Dardo. **La filosofía actual: pensar sin certezas**. Santiago del Estero: Paidós Postales, 1999. Ver especialmente Introdução e capítulo I. FLUSSER, Vilém. **Língua e Realidade**. São Paulo: Annablume, 2004. Ver especialmente Introdução e capítulo I. AFTALIÓN, Enrique; VILANOVA, José; RAFFO, Júlio. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Abeldo-Perrot, 1988. Ver especialmente capítulo V.

<sup>27</sup> CARVALHO, op. cit. Ver especialmente capítulo I.

também em outros ramos do direito como penal, civil, processual, administrativo e constitucional.<sup>28</sup>

Esse referencial jurídico-filosófico apoia o interprete e pesquisador do direito harmonizando as proposições teóricas com a experiência do “mundo da vida” ou “realidade da vida”. Agregue-se a essa percepção a preocupação com a linguagem jurídico-normativa, a semiótica e as prescrições lógico-semânticas, alcançando o que se denominou de construtivismo jurídico. Segundo a referida doutrina, há uma diversidade de instrumentos que comprovam que entre a camada lingüística do chamado direito positivo e a realidade social, tomada na porção das condutas interpessoais, existe uma infinidade de modelos de aproximação, com cortes metodológicos próprios.

Assim, surge a figura do homem como pólo central de construção da realidade jurídica ou não jurídica que é elaborada a partir do contexto físico-material onde se pode alcançar as instâncias de conhecimento e do saber e faz com que o estudo lingüístico do direito seja realizado pela análise do próprio conhecimento, pois o direito observado como linguagem não pode sobreviver sem os traços do conhecimento.<sup>29</sup>

A consciência vem a ser a função pela qual o homem trava contato com suas experiências, suas vivências, estado psíquico e suas condutas e se projeta para o exterior pela intuição valendo-se do olfato, da visão, da audição, do tato, do paladar, desenvolvendo e processando suas emoções, pensamentos, esperanças, ou seja, a gama volitiva de manifestações.

Abstrai-se, assim, o ato de consciência, o resultado do ato (forma) e o conteúdo do ato (objeto) onde *noeses* é o ato de consciência e *noema* é o conteúdo apreendido pelo ato. Atendo-se à substância recolhida pelo ato surge o imenso território de objetos sendo que a consciência ocorre pela percepção, sensação, lembrança, emoções, imaginação, vontade, pensamento (idéias, juízos, raciocínios, sistemas), o sonhar, o alimentar esperanças etc. Identifica-se, também, a necessidade da lógica para ordenar o conhecimento como declarado por Alaor Caffé Alves e Miguel Reale e, resumidamente, identifica que o fenômeno jurídico ou não, pressupõe três instâncias cognoscitivas: o sujeito, o objeto e a representação, à luz de

---

<sup>28</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p.3-10.

<sup>29</sup> ECO, Umberto. **Tratado geral de semiótica**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Perspectiva, 2007, p.25-28.

Husserl e Carlos Cossio apresenta-se o ser humano relacionando-se com objetos naturais, ideais, culturais e metafísicos.<sup>30</sup>

Destacando, também, o pensamento de Maria Helena Diniz, no que diz respeito à região ôntica, os caracteres, o ato gnosiológico e o método dos objetos naturais, ideais, culturais e metafísicos.<sup>31</sup> Neste plano, Maria Helena Diniz destaca com clareza o que são os objetos naturais, ideais, culturais e metafísicos, tornando clara a divisão entre os referidos objetos, situando a ciência do direito como um objeto cultural.

Também, na doutrina de Maria Helena Diniz, quanto ao estudo da norma constitucional sob o prisma eficaz, está presente a teoria comunicacional do direito no uso da semiótica sob três dimensões bem claras e que também se utiliza neste trabalho para estudo da formação e interpretação do negócio jurídico. Veja-se Maria Helena Diniz:<sup>32</sup>

*Como na semiose, sempre se encontram relacionados o sinal, ou o signo, o objeto denotado pelo signo e determinadas pessoas, a semiótica, apresenta três dimensões: a) sintática, que estuda os signos ou símbolos linguísticos relacionados entre si mesmos, prescindindo dos usuários e das designações; b) semântica, que encara a relação dos signos, ou sinais, com os objetos extralinguísticos. Trata dos signos e dos objetos denotados. A relação semântica vincula as afirmações do discurso com o campo objetivo a que este se refere; c) Pragmática, que estuda os símbolos linguísticos, suas significações e as pessoas ligadas à semiose. É a parte da semiótica que se ocupa da relação dos signos com os usuários. Parte-se da idéia de que os fatos intencionais dos usuários podem provocar alterações na relação designativa-denotativa dos significados das palavras ou expressões. Quando se utiliza uma expressão no contexto comunicacional, pode-se provocar uma alteração na estrutura conceitual. A ideologia pode ser tida como uma dimensão pragmática da linguagem, por encontrar-se presente no discurso natural e por constituir um sistema de evocações contextuais surgidas no uso pragmático do discurso científico. Como nos ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr., a pragmática não é uma espécie de procedimento analítico meramente adicional às análises semântica e sintática, nem uma teoria da ação locucionária (ato de falar) que encara o falar como forma de ação social, mas uma linguística do diálogo, por tomar por base a intersubjetividade comunicativa, tendo por centro diretor da análise o princípio da interação, ocupando-se do ato de falar enquanto uma relação entre*

<sup>30</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p.156-159.

<sup>31</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.13/27.

<sup>32</sup> Idem. **Norma constitucional e seus efeitos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.23-24.

*emissor e receptor, na medida em que for mediada por signos linguísticos.*

Por outro lado, Dardo Scavino<sup>33</sup>, citando Gustav Bergmann, Wittgenstein e Heidegger, como se demonstra nos parágrafos seguintes, procura desenvolver uma abordagem dos problemas enfrentados pela filosofia atual e menciona diversos filósofos que cuidam dessa atual filosofia e lança mão da expressão *giro-lingüístico*. A linguagem deixa de ser apenas um meio para ser o Eu e a Realidade e, segundo Wittgenstein, a linguagem e o mundo são coextensivos, ou seja, o mundo do eu é a linguagem do eu. Heidegger acentua que a linguagem fala ao homem e não o homem fala à linguagem. Desenvolvem-se os argumentos relativos a crise da razão ou era pós-metafísica e demonstra a realidade atrelada à linguagem. Desenvolve-se desde os filósofos pré-socráticos até os atuais evidenciando a evolução da percepção filosófica atual. Para Scavino, a filosofia atual está se pautando por uma crítica da verdade objetiva, crítica dos regimes de totalitarismo e crítica do conceito universal de bem. Desenvolvendo a questão da verdade demonstra com base em argumentos filosóficos sólidos que a verdade está atrelada a forma de interpretação. Scavino discorre sobre o assunto apresentando os argumentos e raciocínios de diversos filósofos demonstrando a questão da interpretação atrelada ao contexto e a verdade representativa da língua e do objeto. Anota, também, a questão da figura de linguagem ou escrita figurativa e registra a possibilidade de distinção entre o discurso unívoco da ciência e equívoco da ficção.

Conclui-se que conhecimento é a apreensão ontológica de um determinado objeto no plano da percepção, inteligência, compreensão e absorção do objeto que se pretende conhecer. A linguagem é o campo que desenvolve-se o veículo para alcançar o conhecimento de algum objeto, pois os dados brutos são atribuídos e concretizados para o homem por meio da linguagem. Assim, entende-se que o conhecimento é viabilizado pela linguagem, no caso é a linguagem no plano flexional e não aglutinante ou isolante. O conhecimento considera a linguagem pela qual o mesmo é veiculado, na medida em que a formação do conhecimento terá por fundamento o plano instrumental da linguagem que lapidará os dados brutos contidos para o conhecedor ou cognoscente perante o objeto cognoscível.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> SCAVINO, Dardo. **La filosofía actual:** pensar sin certezas. Santiago Del Estero: Paidós Postales, 1999. Ver especialmente Introdução e capítulo I.

<sup>34</sup> ROBLES, Gregório; CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria comunicacional do direito:** diálogo entre Brasil e Espanha. São Paulo: Noeses, 2011, p.290.

A realidade está atrelada à linguagem pelos dados brutos que o homem está inserido. Entende-se, pois, que os planos do “ser” e do “dever-ser” ilustram bem essa percepção da realidade, até porque o ser humano precede a linguagem, em outras palavras, o ser humano existe sem a linguagem, mas o desenvolvimento de sua realidade e apreensão dos objetos cognoscíveis só será possível pela linguagem, pois sem ela o ser humano estaria sem instrumento hábil para desenvolver o conhecimento. O que o homem sente e percebe ilustra a realidade, pois tem-se como elementos informadores da realidade e, também, do conhecimento as impressões advindas dos sentidos e das percepções.

Assim, *noeses* é o ato de consciência e *noema* o conteúdo surpreendido pelo ato e o objeto do conhecimento é aquele apreendido na consciência e na forma e não o objeto no plano físico-material, até mesmo porque no âmbito da teoria dos objetos e regiões ônticas, apresentam-se em torno do ser humano os objetos naturais, objetos ideais, objetos culturais e objetos metafísicos. Assim, o objeto do conhecimento é aquilo que procura-se compreender, apreender e conhecer no plano conceitual, ontológico e não meramente físico-material.

Os conceitos de homem, pensamento e frase são bem interessantes no plano da língua e da realidade. O homem existe sem a língua, contudo, não consegue instrumentalizar-se e desenvolver-se sem a mesma, que acaba criando por si própria a realidade de “dados brutos” que está inserido o homem. A frase encontra-se planificada nessa dialética, pois a cada língua corresponde uma realidade, já que segundo Flusser<sup>35</sup>, língua é realidade. E justamente nesse plano de frase concebida e estruturada segundo as regras da língua é que o homem constrói sua realidade, fazendo expressar-se. O cosmo da língua portuguesa, falada no Brasil, é o dado da realidade que viabiliza o desenvolvimento, segundo as regras da língua, de diversos elementos para a sociedade, que fazem uma antropofagia sistêmica, inserindo dados e expurgando dados na realidade, formando o plano cultural, social, enfim, o mundo fenomênico da sociedade brasileira.

A língua é percebida internamente pelo homem através do processo de apreensão e evolução de sua consciência, sobretudo nas línguas flexivas, como a língua portuguesa. A formação do consciente se dá através da aptidão humana em conhecer e valer-se da língua para compreender e viver a realidade. A consciência do homem é informada pela estrutura da realidade constituída pela língua, ou seja, pela linguagem que viabiliza ao mesmo compreender todas as coisas ao seu redor.

---

<sup>35</sup> FLUSSER, Vilém. **Língua e Realidade**. São Paulo: Annablume, 2004, p.34-35.

A verdade é a parametrização ou estabelecimento de um referencial sobre o qual toma-se como algo já concebido, já alinhado na nossa realidade, como, por exemplo, a afirmação de que algo existe. As principais correntes filosóficas sobre a realidade são variáveis da linguagem, observando a verdade relativa e a verdade absoluta, que se informam sobre os aspectos das línguas flexionais, isolantes e aglutinantes. Entende-se que a verdade é referenciada pelos dados brutos e pelo intelecto que não são reais, a não ser se estão realizados dentro de alguma língua. Por exemplo, a observação acerca da conclusão de Flusser<sup>36</sup> no que diz respeito a matéria-prima do intelecto que é a realidade. Ela consiste de dados brutos que são as palavras, que são símbolos que significam algo, sendo que o conjunto das palavras constitui o cosmos que possui regras que variam de acordo com as línguas. A lógica tem uma relevância grande na organização das palavras e a verdade absoluta é uma correspondência entre a língua e o que ela significa e isso consiste a dificuldade na expressão de verdade absoluta na teoria do conhecimento, na medida em que a correspondência entre a língua e seu significado é algo inarticulável.

O sistema de referência estabelece um paradigma, um parâmetro para desenvolvimento de algo. Quando se tem um sistema de referência, pode-se estabelecer uma comparação e obter uma conclusão acerca desse algo. A relevância do sistema de referência para o conhecimento é grande, pois importa na parametrização para compreensão e apreensão do objeto a ser conhecido, baseado no sistema de referência concebido, ou criado. O conhecimento é tido por relativo, pois o plano de referência varia de acordo com a língua, ou seja, não é possível abstrair uma conclusão valendo-se de um determinado sistema de referência de uma língua flexional perante uma língua aglutinante. Haverá, naturalmente, uma incompatibilidade informativa, cultural, de realidades.

A relevância metodológica da afirmação de que ‘não se pode falar de direito sem falar de normas’ é evidente, pois o ordenamento jurídico é planejado, plasmado e positivado por meio das normas jurídicas criadas pelo Estado que as veicula. Ademais, ‘não se pode falar de normas sem referência à linguagem que as veicula’, pois o instrumento de posituação, de apresentação do sistema das normas, somente ocorrerá por meio da linguagem que as veicula, ou seja, não é possível conceber uma norma jurídica, sem a existência de uma linguagem que veicule a mesma.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> FLUSSER, Vilém. **Língua e Realidade**. São Paulo: Annablume, 2004, p.39-42.

<sup>37</sup> ROBLES, Gregório; CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha**. São Paulo: Noeses, 2011, p.175-178.

Da mesma forma, defende-se que não se pode falar em negócio jurídico sem incursionar na linguagem que veicula a conformação e interpretação do negócio, daí o motivo pelo qual é absolutamente necessário compreender o processo de concepção do negócio jurídico à luz da teoria comunicacional do direito.

A relação que se pode estabelecer entre direito, linguagem e método é grande, na medida em que se tem o plano do ordenamento jurídico, estruturado, concebido e positivado pelo Estado e que dentro do sistema criado, especialmente no plano lógico, veicula-se exclusivamente por meio da linguagem. Não há como se estudar e apreender o direito sem estudar e analisar o veículo que o concebe, ou seja, a linguagem. A metodologia é relevante para estabelecer o referencial, os critérios que serão utilizados para estudo tanto do que se trata de direito, quanto do que se trata de linguagem, até mesmo para definir e identificar as conclusões e o objeto do conhecimento.

A forma de veicular o conhecimento pressupõe uma metodologia, uma identificação de critérios, objeto e conclusões. É como o seguinte exemplo: não seria possível estudar o carro em movimento (direito), sem estudar todos os seus componentes que o concebem (linguagem) e sem estabelecer um referencial de estudo (metodologia) para se identificar e estabelecer as próprias conclusões, obviamente, pela própria linguagem. São entes inseparáveis do ponto de vista de conhecimento científico.

No que tange ao critério hermenêutico, cabe destacar também lição de Paulo de Barros Carvalho<sup>38</sup>, que aborda os aspectos relativos a teoria hermenêutica. Registra-se os pontos acerca do movimento chamado “giro-linguístico” e a superação dos métodos científicos tradicionais, apontando, basicamente, o direito como um sistema comunicacional, e as percepções de Vilém Flusser. Demonstra, também, a relação entre o direito e os valores, o direito e a interpretação, a ciência e a experiência.

No que diz respeito ao chamado movimento do “giro-linguístico” e a superação dos métodos científicos tradicionais, é necessário destacar que essa perspectiva – teoria comunicacional do direito -, especialmente no plano da ciência do direito, exige que o cientista do direito escolha as premissas penetradas, embora informadas pelos seus valores ideológicos e mantenha-se fiel aos pontos de partida, para elaborar um sistema descritivo consistente, demonstrando como se aproxima, vê e recolhe o objeto da investigação.

---

<sup>38</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p.156-159.

É necessário, contudo, ter um corte metodológico preciso e que dimensione de forma clara o plano de expansão, para que não se apresente uma figura tautológica. O construtivismo do “giro-linguístico” e lógico-semântico, que teve como precursor Lourival Vilanova<sup>39</sup> no Brasil e Gregório Robles na Espanha, fez aperfeiçoar as pesquisas com base na teoria geral do direito, com ênfase no plano epistemológico e rico na metodologia, o que mostra-se muito evidente no estudo do direito tributário e pretende-se nesta tese inserir no campo de investigação do direito civil, especificamente, do negócio jurídico.

A rigor, o referido giro-linguístico demonstra que é necessário “escrever bem e pensando” pelo viés do construtivismo lógico-semântico, organizando o material de investigação e com fundamentos sólidos na teoria geral do direito, filosofia do direito e, especialmente, estabelecendo uma metodologia clara e precisa. Aplica-se esse método no objeto de investigação, no caso, no campo do direito civil comparado, o negócio jurídico, estabelecendo um parâmetro de conformação do mesmo no Brasil e no direito estrangeiro, mais especificamente com Gregório Robles na Espanha.

A rigor, o giro-linguístico desconstituiu a verdade absoluta, pois a ciência aspira ao saber sem se preocupar com as conseqüências. Surge uma verdadeira metamorfose ambulante de conhecimento científico, consoante as investigações se operam. Assim, o referencial da verdade absoluta acaba sendo relativizado e pode ser que não seja alcançado ou, ao menos, enunciado, pois não haveria ninguém habilitado a pronunciar essa verdade absoluta, ao menos no plano científico.

Contudo, essa perspectiva não afasta a função descritiva do verdadeiro ou falso. Essa percepção está no plano metafísico. Assim, fica demonstrado que existem duas dimensões operativas acerca da verdade: a primeira, de caráter lógico que decorre da necessidade do ser humano lidar com verdadeiro ou falso das proposições e a segunda que está no plano ontológico, ou seja, a concepção de verdade no aspecto filosófico.

Nota-se, aqui, a pertinência da doutrina de Maria Helena Diniz quando em suas conclusões acerca da questão da ciência do direito registra no plano jusfilosófico as posições de Hans Kelsen e Carlos Cossio, incursionando no “ser” e no “dever-ser”. Maria Helena Diniz:<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005, p.55-57.

<sup>40</sup> DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.151.

*Kelsen, com o propósito de evitar o sincretismo metodológico baseado no dualismo radical entre “ser” e “dever ser”, pretendeu submeter a ciência jurídica a uma dupla depuração metódica, que é uma das vigas mestras de sua doutrina, eliminando de seu campo de ação quaisquer investigações sociológicas e axiológicas. Confinou-a a uma perspectiva normativista, admitindo a seu lado uma teoria da justiça e uma sociologia jurídica, propugnando que o jurista, ao exercer sua tarefa de conhecer normas, utilize o método normológico, o hipotético-dedutivo ou o lógico-transcendental, empregando um ou outro conforme a natureza do fundamento de validade.*

A transposição de sistemas referenciais enseja o conhecimento da linguagem para que o sujeito, objeto e o conhecimento possam interagir. Em razão disso o intérprete não pode ter mais uma visão subjetivista ou objetivista, mas que os cortes investigativos, cognitivos e metodológicos visem modificar o modo de aproximação do conhecimento pelo intérprete.

Posteriormente, prossegue-se com a idéia do direito como sistema comunicacional, na medida em que é impossível tratar do jurídico sem observar o instrumento de concreção do mesmo que é a linguagem. Surge o chamado cerco inapelável da linguagem que traz uma concepção semiótica dos textos normativos. Por isso, as dimensões sintáticas ou lógicas, semânticas e pragmáticas funcionam como poderosos instrumentos de aprofundamento do conhecimento, ou seja, instrumentos cognoscitivos, que ora se aplica ao negócio jurídico.

Nesse aspecto, especificamente, evidenciam-se três conseqüências fundamentais no fenômeno jurídico: a primeira diz respeito à facticidade jurídica, pois o discurso normativo não fica adstrito à linguagem que o compõe no meio social, mas está afeto às peculiaridades do legislado na descrição do fato normativo; a segunda, diz respeito sobre configuração semiótica distinta entre os dois planos, pois cada qual tem sua peculiaridade sintática, semântica e pragmática; a última refere-se ao fato de que o autor dos preceitos normativos atua com liberdade mas restrito pela lógica deôntica e pelos imperativos do próprio sistema, no contexto do direito positivado.<sup>41</sup>

A leitura do direito como um grande fato comunicacional é relativamente recente e a percepção semiótica do texto jurídico, o vezo lingüístico é sumamente enriquecedor e autorizador das conclusões alcançadas pelo intérprete, ou seja, pelo sujeito cognoscente perante o objeto cognoscível.

---

<sup>41</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p.530-533.

A expressão “comunicação” ou o seu conteúdo semântico indicam e passam pela teoria geral dos signos. A composição do processo comunicacional, segundo depreende-se, passa por elementos que são o remetente, a mensagem e o destinatário. Para que ela seja eficiente, tem de estar inserida num contexto, ter um código comum entre o emiteente e o destinatário e estabelecer um contato, quase que físico que remete a uma conexão psicológica. Com esse pano de fundo situa-se o direito como um fato comunicacional o que implica na questão da aplicabilidade da norma jurídica, pois o problema não está na positivação, mas sim na efetividade da norma no meio em que ela se insere. Em resumo, a subsunção do fato à norma consiste em descrever o processo comunicacional do direito, indicando os elementos participantes na construção da mensagem apresentada pelo legislador.

Em esclarecedora observação, Paulo de Barros Carvalho<sup>42</sup>, citando Lourival Vilanova anota:

*Já evocamos em páginas anteriores a lição de Lourival Vilanova, segundo a qual a proposição que dá forma à norma jurídica é uma estrutura lógica. Estrutura sintático-gramatical é a sentença ou oração, modo expressional frástico (de frase) da síntese conceptual que é a norma. A norma não é a oralidade ou a escritura da linguagem, nem é o ato-de-querer ou pensar ocorrente no sujeito emiteente da norma, ou no sujeito receptor da norma, nem é, tampouco, a situação objeto que ela denota. A norma jurídica é uma estrutura lógico-sintática de significação [...]*

Inequivocamente demonstra-se que a realidade jurídica é constituída, em toda a extensão, pelo direito posto através da linguagem e que trazem pronunciamentos jurídico-prescritivos e que a investigação científica do direito deve considerar seguramente essa ponderação.

Assim, conclui-se que existe um inter-relacionamento entre a lógica, a semiótica e a lingüística no plano metafísico ou de metalinguagem, na medida em que a arte de pensar e organizar as idéias propostas cabe à lógica, ao passo que o estudo dos signos correspondente à lógica tradicional que evoluiu na filosofia para três parâmetros referenciais bem nítidos, que correspondem à lógica e à semiose, a saber: semântica, que tem por escopo considerar a relação dos signos com os objetos a que se referem; a pragmática, que estabelece a relação

---

<sup>42</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p.530.

dos signos com o intérprete; e a sintática que tem por finalidade considerar a relação formal dos símbolos entre si.<sup>43</sup>

A lingüística, por si, investiga a realidade e o alcance do sujeito ao objeto cognoscível transpondo o dado bruto na realidade em objeto de conhecimento, como um instrumento que é a linguagem e a lingüística se ocupa de perquirir essa transposição, essa inflexão. Assim, cada uma dessas ciências têm um método e um objeto mas servem uma à outra, sobretudo como instrumentos para um construtivismo no plano do conhecimento, quebrando as verdades absolutas, criando novos referenciais e valendo-se de métodos investigativos claros e delimitados.

Por outro lado, Arthur Kaufmann<sup>44</sup> ilustra precisamente a atuação do jurista ou do intérprete do direito. No que diz respeito às noções de linguagem, língua e fala, o jurista deve valer-se do seu único instrumento operacional para realizar uma leitura do texto normativo e estabelecer sua correspondência (subsunção) a determinada situação fática e para isso o jurista vale-se da linguagem, especialmente, dos referenciais parametrizados da escorreita língua (uso correto do vernáculo) e procura evidenciar isso na sua fala, inclusive no plano escrito. É absolutamente equívoco pensar em direito sem estruturar-se por meio da linguagem, da língua e da fala. A relação entre linguagem jurídica e linguagem social consiste na dialética que existem entre ambas, na medida em que uma passa a informar a outra, contudo, no prisma técnico, a linguagem jurídica é refreada e operacionalizada por meio dos parâmetros da escrita correta, ao passo que a linguagem social vem inserida num contexto coloquial, quase informal, todavia, é preciso deixar claro que a linguagem jurídica é aquela positivada, normatizada e concebida no plano da ciência do direito, ao passo que a linguagem social é aquela informada por outras matizes, de cunho religioso, filosófico, social, enfim, cultural. A análise semiótica do texto jurídico requesta uma investigação da estrutura lingüística do texto, sua concepção ontológica e crítica, buscando uma percepção contextual, sobretudo teleológica e sistemática, visando a inserção do texto jurídico no contexto normativo no qual ele está inserido e sua intenção no plano jurídico. Pela importância doutrinária transcreve-se o texto de Kaufmann na citação abaixo:

---

<sup>43</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.165-172.

<sup>44</sup> KAUFMAN, A.; HASSERMAER, W. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.303.

*Em cada momento da sua vida profissional, o jurista tem de lidar com palavras, frases e textos. A linguagem não é, para ele, apenas um meio utilizado acriticamente no entendimento de objetos exteriores à linguagem. Ela própria é um objeto central do seu trabalho – ele entende leis, descreve situações de facto, subsume casos a normas, resumidamente, ele ocupa-se de certos produtos da linguagem (leis, regras dogmáticas) e procura a correspondência com outros textos (situações de facto, casos). Ele não tem somente, como outras pessoas, que estabelecer a ponte entre o objeto e a linguagem (como sucede na produção de situações de facto), tendo também, e sobretudo, que constituir a relação entre textos diferentes, dos quais uns, ‘proposições do dever-ser’ normativas e dogmáticas, são mais abstractos, outros, as ‘descrições’ apresentadas nos casos e nos factos, são mais concretos. É no estabelecer desta ponte que reside a especificidade da atividade jurídica – o direito como correspondência entre ser e dever-ser.*

A teoria da tradução desenhada por Flusser<sup>45</sup> é relevante para o estudo do direito, visto que identifica critérios seguros de subsunção dos fatos às normas, pois essencialmente é uma teoria de transferência, sobretudo porque no raciocínio do jurista no plano da subsunção do fato à norma positivada é possível identificar, por vezes, um plano denotativo (relação unívoca do símbolo com seu significado) e conotativa (relação equívoca com seu significado) o que sugere um instigante campo de desenvolvimento do raciocínio lógico-jurídico.

A concepção de dialogismo de Bakhtin apresentada por José Luiz Fiorin<sup>46</sup> é muito interessante no plano da Ciência do Direito, pois todo o campo de atuação da linguagem do jurista busca uma correspondência de conclusões com outros discursos jurídicos, o que mostra-se evidente no contexto do que o jurista denomina como jurisprudência. Por outro lado, o discurso do jurista busca alcançar uma correspondência entre aquele que emite o discurso (emissor) e aquele que recebe o discurso (receptor) com o propósito de convencimento na maioria das vezes ou, também, de harmonização de discurso. Por outro lado, a diversidade de conclusão evidencia essa perspectiva de “ponto de vista jurídico” que comprova a existência desse dialogismo propagado por Bakhtin no campo da ciência do direito e, especialmente, do direito positivado, pois nem sempre haverá correspondência de discurso versado sobre uma determinada norma jurídica entre os participantes desse complexo sistema comunicacional que é o direito.

<sup>45</sup> FLUSSER, Vilém. **Língua e Realidade**. São Paulo: Annablume, 2004, p.76-83.

<sup>46</sup> FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. São Paulo: Ática, 2008, p.18-20.

Em linhas de continuidade, sustentam-se as disposições acerca dos enunciados e proposições e o quanto isto tem relevância com a formação e conformação do negócio jurídico, pois o mesmo não deixa de ser uma norma concreta e individual concebida pelos participantes do mesmo, à luz da norma jurídica.

#### 1.4 TEORIA DA NORMA JURÍDICA: ENUNCIADOS E PROPOSIÇÕES

A rigor, enunciado é a construção literal, é o suporte físico no texto do direito positivado. Proposição é o sentido, a acepção, a idéia que o espírito, no caso, do intérprete, atribui às palavras, é a significação. Norma em sentido amplo é alusão aos conteúdos significativos das frases do direito; são os enunciados prescritivos do direito positivo. Já as normas em sentido estrito são as produções de mensagens com sentido deôntico-jurídico completo, ou seja, já na regra matriz de incidência. Por conseguinte, norma jurídica é uma construção do intérprete a partir dos enunciados prescritivos do direito positivo. A lei é uma espécie de norma jurídica introduzida por veículo básico que observa requisitos próprios de competência, autoridade e procedimento legislativo.

De sorte que as normas não incidem por força própria, eis que necessitam ser aplicadas pelo homem, ou seja, pelo intérprete ou pelo aplicador, pode-se concluir que a incidência corresponde à aplicação. Os fatos sociais, se amoldados aos critérios conotativos da hipótese de incidência, pela operação lógica de subsunção são transformados em fatos jurídicos e, a partir daí, pela operação lógica da interpretação passam a gerar consequências de desencadear relações jurídicas, dentre as quais insere-se o negócio jurídico. Para que ocorra a incidência deverá haver um ato de aplicação pelo intérprete ou aplicador que compreende a operação lógica de subsunção pelos critérios de inclusão de classes. Explica-se: das hipóteses de incidência, sacam-se fatos jurídicos e dos consequentes dos fatos jurídicos, sacam-se relações jurídicas. É um processo de positivação onde os recursos da semiótica (sintaxe, semântica e pragmática) são aplicados, na medida em que o direito no mundo fenomênico social é constituído de linguagem.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> ROBLES, Gregório; CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha**. São Paulo: Noeses, 2011, p.322-325.

Desta feita, considerando que o direito é nitidamente um processo comunicacional deverá existir o sujeito emissor e o sujeito destinatário da comunicação jurídica. Tomando por pressuposto que a incidência compreende duas operações lógicas (subsunção e imputação) apenas a imputação será automática e infalível, pois a subsunção estará condicionado ao ato de aplicação pelo homem, vale dizer, pelo intérprete ou aplicador.

Há uma percepção ambígua na expressão norma jurídica pois atualmente a ciência do direito vem alargando seu campo investigativo em concepções hermenêuticas e, também, analíticas. Algumas correções hão de ser realizadas face a homogeneidade sintática das normas contidas no sistema em relação a heterogeneidade lingüística das normas positivadas. Isso enseja um cuidado pela distinção entre sentido amplo e restrito baseado numa leitura analítica do direito positivado. Assim, as normas jurídicas completas são aquelas que possuem sentido deôntico-jurídico completo e toda a leitura da teoria pura do direito e as impressões de Lourival Vilanova no que diz respeito ao reduto das comunicações entre o legislador e os destinatários da norma.<sup>48</sup>

Para a referida doutrina, a homogeneidade sintática da regra de direito está relacionada em referencial àquelas normas em sentido estrito que transmitem mensagens completas. Por isso, uma coisa são os enunciados prescritivos que são usados na função pragmática de prescrever condutas que decorrem da formação de juízos lógicos decorrentes dos textos positivados compostos de duas ou mais proposições prescritivas. A leitura de Ricardo Guastini<sup>49</sup> indica isso como um documento normativo como fonte de direito que é o agregar de enunciados do discurso prescritivo. Ora, há uma forma direta e imediata de produzir normas jurídicas e outra indireta e mediata, que sempre tomará como referencial o direito positivado.

No plano da estrutura lógica ocorre a análise da hipótese normativa. A percepção deôntica que tenha sentido completo pressupõe uma proposição antecedente que descreve o fato no mundo fenomênico-social como suposto normativo e como proposição tese, relacional, com o tópico conseqüente. Assim, toda norma jurídica-positiva diz que se há o antecedente e, então, o deve-ser conseqüente, expressando-se nas formas do *proibido*, *permitido*, *obrigatório*.

---

<sup>48</sup> ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.50.

<sup>49</sup> GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo**. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999. Ver especialmente capítulo II.

A proposição que antecede descreve uma conduta no mundo social sem se ocupar do verdadeiro ou falso, mas sim de prescrever uma conduta possível de ocorrer no plano fenomênico-social. O caráter de seletividade enseja o plano axiológico da proposição. Se prescreve-se um fato impossível, a proposição torna-se absolutamente ineficaz sem sentido deôntico. Não se pode esquecer que a hipótese guarda em relação à realidade um referencial semântico que tem caráter descritivo do fato, mas não cognoscente, demonstrando sua dimensão conotativa ou referencial.

Explica-se que o antecedente da norma está no modo ontológico da possibilidade e a opção do legislador de recair os fatos que possivelmente possam ocorrer. Ou seja, se prescrever um determinado comportamento é porque ele tem possibilidade de ocorrer no mundo fenomênico, pois do contrário, não faria qualquer sentido prescrever algo que não poderia acontecer na realidade.

Na estrutura lógica da norma é feita uma análise do conseqüente. Invoca-se a relação jurídica e o direito subjetivo (credor x devedor). Demonstra a necessidade do elemento subjetivo e prestacional, no plano da conduta ser obrigatória, permitida ou proibida. Haverá de ser delimitado o objeto da prestação também.

Apresenta-se, ainda, o sistema jurídico como um conjunto homogêneo de enunciados deônticos como na leitura da teoria pura do direito kelseniana (fundamento de validade da norma jurídica). Ainda que o legislador utilize uma linguagem informativa ou expressiva a linguagem sempre manterá uma função diretiva ou prescritiva disciplinando condutas entre as pessoas. Há homogeneidade unicamente no plano sintático, pois nos planos semântico e pragmático há heterogeneidade para cobrir toda a teia de fatos possíveis de ocorrer na camada social.

Passa-se, então a demonstrar o conceito de norma-completa enquanto norma primária e norma secundária. A norma jurídica está inserida dentro de um contexto que deverá ser levado em conta na interpretação da mesma. Por isso, ainda que produzida pelo particular ou pelo Estado, o enunciado lingüístico normativo ao adentrar no direito positivado terá de acomodar-se no seu contexto. Daí a norma primária que prescreve o dever-ser e a norma secundária que prescreve a sanção. Segue com a apreciação das espécies normativas com qualidades de abstrato e concreto, assim classificando as normas nas seguintes espécies:

abstrata e geral; concreta e geral; abstrata e individual; e concreta e individual, passando a examinar cada uma delas dentro do construtivismo lógico-semântico.<sup>50</sup>

Apresenta-se, assim, a regra-matriz de incidência como um instrumento eficaz organizador do texto bruto positivado que enseja a compreensão da mensagem legislada dentro de um contexto comunicacional organizado e estruturado e, também, como um subproduto da teoria da norma jurídica. Ressalta, novamente, as idéias do chamado giro-linguístico.

O método da regra-matriz de incidência é seguro e organizado. Permite, inclusive, trazer para o discurso científico do direito discursos de outras ciências. Demonstra-se que a norma jurídica tem estrutura lógica de juízo hipotético onde o legislador atribui uma consequência jurídica (relação deôntica entre sujeitos) e que ocorrido o fato previsto na norma, ou seja, no antecedente. Por isso, comprova-se o antecedente-consequente, suposto e mandamento, descritor e prescritor. A regulação da conduta vale-se dos referenciais deônticos (proibido, permitido, obrigatório). Posto isso, a regra-matriz de incidência estatui dois critérios: o pessoal (sujeito ativo e passivo) e o quantitativo (base de análise, cálculo).

A teoria comunicacional e o uso da teoria da regra-matriz potencializa o investigador do direito, na medida em que traz metodologia à subsunção e implicação, pois as regras de direito fazem jurisdicionalizar os fatos sociais. O ser humano que ao buscar fundamento de validade na norma geral e abstrata faz a construção da norma jurídica individual e concreta valendo-se da linguagem que o sistema possui. Nesse campo, o negócio jurídico passa a ter uma abordagem diferenciada, como se demonstra na presente tese. Ao estudar a conformação e a interpretação do negócio jurídico à luz da regra-matriz fica claro que o mesmo caracteriza-se como uma proposição delineada pelos participantes e que enseja a concepção de uma relação jurídica efetiva e que produz efeitos frente as partes pactuantes e frente à sociedade, nos limites dispostos no sistema positivado.

Por derradeiro, alerta-se que uma única norma pode recair e produzir fatos jurídicos distintos. Por outro lado, normas distintas podem recair sobre um único fato com conseqüente fático juridicamente distintos.

---

<sup>50</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.10-12.

É importante destacar que este item do capítulo 1 tem como suporte doutrinário as ideias dos doutrinadores Paulo de Barros Carvalho, Carlos Alchourrón, Eugênio Bulygin, Ricardo Guastini, Karl English e H.L.A. Hart.<sup>51</sup>

Na sequência, busca-se demonstrar à luz da teoria comunicacional a distinção entre fato jurídico, evento social e a teoria das classes, indicando a relevância dessa análise para uma nova abordagem do negócio jurídico.

### 1.5 FATO JURÍDICO, EVENTO SOCIAL E A TEORIA DAS CLASSES

É de suma importância identificar a distinção entre evento social e fato jurídico. O evento social é o acontecimento do mundo fenomênico não vertido em linguagem jurídica própria e competente. Já o fato jurídico é o relato do evento social em uma linguagem jurídica prescrita pelo direito positivado. Essa transformação do evento social em fato jurídico é possível mediante a operação lógica de subsunção que nada mais é do que a aplicação da teoria de classes. No clássico dizer de Lourival Vilanova “o fato torna-se jurídico porque ingressa no universo do direito através da porta aberta que é a hipótese.”<sup>52</sup>

Por exemplo: o relato meramente jornalístico de um determinado evento social não o torna um fato jurídico, pois, para que ganhe contornos de fato jurídico, deve revestir-se das propriedades determinadas no enunciado de direito positivo, gerando, assim, uma proposição que o caracteriza como um fato jurídico. Outro exemplo seria o relato informal feito por um cidadão acerca do auferimento de renda ao fiscal em uma situação do cotidiano da vida, que não enseja a incidência do imposto sobre a renda. Somente tornar-se-á fato jurídico se o cidadão oficiosamente declarar tal rendimento para que, assim, ocorra a incidência do imposto devido, conforme prescrito na lei.

---

<sup>51</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008. Ver especialmente primeira parte, capítulo 2, itens 2.8 e 2.9. CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2008. Ver especialmente palavras introdutórias. ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugênio. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Ver especialmente capítulos VI e XXV. GUASTINI, Riccardo. **Distinguiendo**. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999. Ver especialmente capítulo II. ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Especialmente capítulos II e IV. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Especialmente capítulo V.

<sup>52</sup> VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005, p.55.

Nesse sentido, é correto afirmar que nas normas individuais e concretas, o descritor normativo faz uma referência ao passado, pois fato jurídico tem caráter declaratório do evento que ocorreu no passado e desencadeará uma conduta que deverá ser cumprida pelo sujeito passivo da relação jurídica no futuro, sob pena de sanção. Por isso, o importante é alcançar a definição do conceito de fato jurídico e não simplesmente o conceito, pois o que dá conformação ao conceito é a definição linguística do mesmo.

No caso da caracterização do negócio jurídico resta claro e evidente que o mesmo passa a ser uma norma individual e concreta entre as partes pactuantes, na medida em que as mesmas idealizaram sua formação, aplicando ainda que intuitivamente a situação fática (evento) a uma norma jurídica prescritiva. Vale dizer o seguinte: a pessoa natural quando vislumbra a possibilidade de comprar um determinado produto (artigo 104 do Código Civil) objeta no seu intelecto a causa e a motivação e com isso perpetra toda uma construção intelectual que transpassa os limites do simples pensar, projetando-a para a declaração de vontade e, assim, realiza a operação de compra do bem em concordância com a outra parte, pois define-se na compra e venda o objeto, a forma e o preço, conformando o negócio jurídico contratual, como exemplo.

A doutrina que sustenta as ideias deste capítulo discorre acerca da necessidade do espírito humano identificar coerências nas manifestações na esfera comunicacional, baseado no mundo fenomênico social e para voltar ao recurso da linguagem com relação ao fato apreendido por meio de recursos eficazes ao entendimento da mensagem em discurso. A verdade é que uma frase sem concatenação lógica e coerente incomoda o espírito humano e dificulta o processo comunicacional. O mesmo vale para a conformação do negócio jurídico, pois poderá haver ruído no processo comunicacional que acarrete a invalidade do mesmo.

Se isso incomoda no plano da linguagem informal, quanto mais incomodará no plano científico. A mensagem científica busca coerência metodológica para apreender o objeto que investiga. Nela procura-se demonstrar e justificar os critérios científicos adotados para construir o objeto cognoscível no plano do direito demonstrando que toda e qualquer investigação do fenômeno jurídico pode vir precedida dos critérios linguísticos apresentados.

Transportando essas questões para o direito a aludida doutrina faz um primeiro corte no contínuo heterogêneo como a realidade que está no todo do espaço da vida social, que enseja o aparecimento do contínuo homogêneo que estão as relações jurídicas, as entidades e o saber científico que as tem por objeto, como experiência. Explica-se que o plexo que

constitui o chamado objeto cultural e o direito posto como um conjunto de prescrições jurídicas, num dado espaço temporal e territorial que faz verter comportamentos sociais, baseados em valores sociais. Daí a feição do *ser* e do *dever-ser*.

O objeto cultural também é veiculado por meio da linguagem prescritiva, ao passo que a ciência que o descreve vem estruturada em discurso lingüístico descritivo e teórico, ou seja, linguagem objeto de um lado e metalinguagem descritiva de outro. Descreve a doutrina que o uso da linguagem como sistema de auto-referência do discurso está no plano de teorias retóricas e não de teorias ontológicas, ou seja, não se busca ontologicamente investigar a linguagem, mas planificá-la como método, instrumento de aproximação do direito.<sup>53</sup>

Assim, inserido o direito no mundo dos bens culturais e manifestado como linguagem faz-se outro corte metodológico para isolar o fenômeno de incidência normativa, perquirindo seu caminho para apreender sua aplicação no direito, em um plano analítico do caminho percorrido pela hipótese de incidência normativa.<sup>54</sup>

Para tanto referida doutrina apresenta a necessidade da aproximação entre a linguagem teórica, a experiência e a linguagem prática. Apresenta-se, também, dois postulados, assim bem identificados que merecem transcrição: a) não há distinção entre incidência jurídica e atividade de aplicação do direito; b) diferença básica entre evento e fato, embora o segundo pode vir a ser reduzido ao primeiro.

Por derradeiro, as premissas da teoria comunicacional do direito estabelecem que o direito é um fenômeno de linguagem e que todo o percurso de investigação do mesmo deve considerar e ser orientado pela semiótica, pesquisando as construções jurídico-prescritivas através da sintaxe, da semântica e da pragmática, como modos de aproximação do direito.

É de registrar, ainda, que haverá homogeneidade no plano semiótico e haverá heterogeneidade nos planos semânticos e pragmáticos, seja porque no primeiro tem-se uma perspectiva objetiva e descritiva, enquanto que nos dois últimos, tem-se uma perspectiva subjetiva e interpretativa pelo aplicador. No que se aplica ao negócio jurídico, haverá incidência dos três planos (sintático, semântico e pragmático), mas com variáveis decorrentes de cada um, como se verá mais adiante.

---

<sup>53</sup> VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005, p.153.

<sup>54</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito**. O construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009, p.3-39.

Já no que diz respeito à norma jurídica, tem-se que é um elemento essencial do sistema jurídico. A linguagem faz a operacionalização da norma jurídica que possui no seu conteúdo, enunciados prescritivos que são apresentados como proposições normativas. Alguns sentidos para o termo norma jurídica decorre da percepção de que alguns enunciados descritivos (proibido, permitido, obrigatório) com carga sancionatória contidos nas proposições veiculadas no texto legal ao serem apreendidos pela regra-matriz de incidência fazem operacionalizar no plano interpretativo a figura da norma jurídica, como uma atividade intelectual do intérprete.

Assim, os planos de existência, validade e eficácia<sup>55</sup> da norma jurídica ficam bem definidos, especialmente, se o intérprete ao elaborar um juízo analítico para construção da norma jurídica em sua atividade intelectual, valer-se da regra-matriz de incidência.

A teoria pura do direito apresenta o fundamento de validade desde a norma hipotética fundamental até a percepção de que a norma jurídica busca seu fundamento de validade na norma superior a ela e o descritivo com caráter sancionador enseja a aplicação, implicação e subsunção da norma (primária e secundária), essencialmente, no caso concreto. A relevância dessas percepções reside no fato de que a regra jurídica possui um peso, um respeito que veiculada pela linguagem ocorrerá como mensagem do legislador aos destinatários da norma, que saberão e sentirão a carga sancionatória que pode advir do descumprimento da mesma, voltando-se da aplicação da norma primária e da norma secundária, notadamente, do conteúdo sancionatório do texto legal, que estará contido no teor da norma jurídica, enquanto uma atividade intelectual tanto do intérprete, quanto do sujeito que a observa do lado interno, quanto externo.

A norma jurídica completa contida nesse sistema possui uma hipótese que alude a descrição de um fato e a consequência prescreverá os efeitos jurídicos que referido acontecimento poderá provocar (descriptor e prescritor), ou seja, o primeiro designa o antecedente normativo e o segundo indica as consequências. Daí a leitura de norma primária e norma secundária, sendo que a primeira prescreve um dever que pode ocorrer no plano fenomênico-social, já a norma secundária estabelece a consequência com caráter sancionatório a ser aplicada pelo Estado-Juiz, se a norma primária for descumprida. Sempre

---

<sup>55</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.23-26.

haverá de existir regra jurídica com caráter sancionatório, pois, do contrário, não será norma jurídica, mas mera norma moral, como por exemplo, as regras de etiqueta.

No âmbito da formação do negócio jurídico isso também é verificável. Exemplifica-se que o sujeito ao identificar uma determinada situação que se amolda ao descritivo legal (por exemplo, comprar um determinado bem móvel) percebe mentalmente que o prescritor consequente da celebração do negócio jurídico ensejará determinados efeitos esperados pelo mesmo e pela sociedade, nos limites impostos pelo descritivo legal ou sistema positivado.

Sustenta-se que a aplicação no plano mental evidencia que a coação está relacionada ao ato de constranger com violência física ou moral uma determinada pessoa, ou seja, um sujeito faz uma coação (constrangimento pela violência) física ou moral de outro sujeito e esse permite fazer, deixar de fazer ou fazer alguma coisa contra sua liberdade de ação, livre arbítrio. Já a coerção está relacionada ao ato de reprimir, repressão, exercida pelo Estado para fazer valer o direito, coibindo o que está contrário ao texto de lei. Valerá o Estado-Juiz de sua atividade jurisdicional (exercida pelos magistrados e autoridades constituídas) e por meio de um devido processo legal também previsto no texto de lei, de onde abstrair-se-á a norma jurídica no ato intelectual a ser desenvolvido pelo intérprete da regra de direito, ou seja, da lei.

Entende-se que as normas jurídicas válidas são aquelas que existem no ordenamento jurídico, inseridas no sistema normativo, participantes e integradas no contexto desse sistema e que são válidas, pois possuem fundamento de validade na norma jurídica hierarquicamente superior e que são eficazes no mundo fenomênico-social por possuírem uma carga sancionatória, destacando o preceito primário e secundário da norma tida por válida. As normas jurídicas possuem carga sancionatória, ao passo que a norma moral não possui essa carga sancionatória. Exemplo é a regra de etiqueta que se não for respeitada, não autorizará a aplicação de qualquer sanção, pois desprovida da mesma. A norma jurídica prescreve uma permissão, uma proibição ou uma obrigação, carregada de uma sanção graduada de acordo com o valor do bem que pretende tutelar, ao passo que a norma moral não possui tal conotação deontológica, ontológica e é desprovida no seu conteúdo lingüístico desses caracteres.

O mundo fenomênico social convive com situações fáticas que permeiam a esfera natural e humana, de maneira simultânea e sucedânea. De alguma forma os fatos sociais, dentre os quais se incluem os naturais, interessam sobremaneira à convivência em sociedade. As leis têm por finalidade jurisdicizar referidos fatos sociais. Partindo da conclusão de ser o

direito um objeto cultural composto no mundo fenomênico social haverá de existir pelo denominado “giro lingüístico” uma linguagem do direito e uma linguagem da realidade social que, ao nosso sentir, influenciam-se mutuamente em dados momentos, sobretudo no ato de incidência e aplicação decorrentes do ato intelectual do intérprete que transporta o texto da lei em norma jurídica.<sup>56</sup> Referida situação fica ainda mais evidente na conformação do negócio jurídico.

A distinção entre linguagem do direito e linguagem da realidade social mostra-se útil no plano da ciência, na medida em que o discurso lingüístico do direito terá uma função descritiva, teórica e prescritiva, ao passo que a linguagem da realidade social não será impregnada nesse contexto lingüístico.

As impressões obtidas do texto de lei terão por suporte a linguagem jurídica que estará desenvolvida no plano do dever-ser. Contudo, o ponto de intersecção entre a linguagem jurídica e linguagem da realidade social pode dar-se pela linguagem da experiência. A rigor, como acentua Aurora Tomazini de Carvalho<sup>57</sup>, é dos textos de direito positivo, ou seja, das leis que se extraem as normas jurídicas em pleno ato de intelecção, de interpretação, de formação de juízo interpretativo. Obviamente, a linguagem da realidade social, considerando o direito como um objeto cultural, influencia as experiências passadas e transportam de um para outro, obviamente, respeitando os aspectos lingüísticos da ciência do direito.

Obviamente, haverá de existir uma relação dialética e uma conversação entre a linguagem do direito e a linguagem da realidade social, na medida em que as regras do direito (no sentido de proibição, permissão e obrigação) acabam por atribuir uma carga jurídica aos fatos sociais, sejam os naturais, sejam os fatos humanos que autorizam a criação de relações que são tidas por jurídicas. Assim, a linguagem do direito projeta-se sobre a linguagem da realidade social, especificamente, na incidência e aplicação, jurisdicizando as relações intersubjetivas.

Nesse ponto é importante destacar, desde já, que o negócio jurídico normalmente é idealizado e concebido pelas pessoas no plano da comunicação que se trava na linguagem da realidade social, mas será vertido e interpretado no plano da linguagem do direito, projetando-

---

<sup>56</sup> ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. Ver especialmente capítulo III, em que o autor explora a elaboração de juízos concretos a partir da regra jurídica, especialmente o problema da subsunção, que tem total pertinência com o que se sustenta no plano da teoria comunicacional do direito aplicada no negócio jurídico.

<sup>57</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito**. O construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009. Especialmente capítulo I, itens 2 e 3.

se de uma para outra e vice-versa, em uma dialética incrível de conformação do negócio jurídico, à luz da teoria comunicacional.

Assim, a incidência e aplicação ensejam obrigatoriamente a compreensão e aplicação do direito. Mas isso não é tão simples. Novamente, o notável texto de Aurora Tomazini de Carvalho<sup>58</sup> ilustra de forma clara essa situação. Aludida autora explica que a incidência, como um acontecimento delimitado no tempo e no espaço, e que ocorre assim: o ser humano (aplicador), partindo dos critérios que identificam a hipótese de uma norma geral e abstrata que advém da interpretação dos textos jurídicos, imagina e identifica (na esfera do ser), qual seria a classe de fatos possivelmente atingidos ou mesmo passíveis de serem ditos por jurídicos. Assim, buscando uma análise da linguagem social, valendo-se do que a autoria identifica como “linguagem das provas”, apresenta um “fato denotativo da classe da hipótese” e, por consequência, apresenta a subsunção e realiza outra “linguagem jurídica”.

Percebe-se que a incidência relatada no antecedente de uma norma individual tem como proposição conseqüente a relação jurídica correspondente. Haverá uma transposição pelos critérios de identificação da norma geral no campo social. Seria resumir que incidência é a linguagem do direito projetando-se no campo das condutas materiais intersubjetivas.

Parece-nos que no campo de incidência e aplicação, a norma jurídica haverá de ser aplicada por meio de uma linguagem própria, com uma metodologia do direito e não simplesmente dizer-se que a norma jurídica não pode ser aplicada, até porque o ordenamento jurídico, tal como concebido, permite a aplicação da norma jurídica por meio de métodos concebidos pelo próprio ordenamento, sistematicamente ordenado e constituído, não autorizando o aplicador recusar-se a aplicar a norma jurídica identificada. A própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro apresenta essa disposição como um corolário de aplicação da norma, no enunciado contido no artigo 5º.

Segundo a leitura da doutrina que dá suporte a este item, o fenômeno da incidência pode ser explicado com recursos da semiótica e pela teoria das classes. É certo que o referido fenômeno da incidência e aplicação ocorrem no tempo e no espaço e decorrem da dinâmica do direito e de seu processo de positivação. Todo esse processo de mentalização da norma jurídica no plano de incidência e aplicação se realiza por meio da linguagem e como a incidência é parte desse processo lingüístico, onde ocorre a aproximação entre a linguagem

---

<sup>58</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito**. O construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009, p.54.

jurídica, a linguagem da realidade social e a linguagem da experiência se encontram com a linguagem científica e prática.

Os autores citados neste item, em resumo, propõem, em razão da aludida perspectiva enunciada no parágrafo anterior, a análise da incidência pelos recursos semióticos onde se isola a incidência e se decompõe a mesma analiticamente, assim considerando: (a) sintática: onde se faz duas operações lógicas, uma da subsunção dos fatos e da relação (identificação de classes); e outra de implicação onde se imputa efeitos jurídicos aos fatos; (b) semântica: onde a incidência vem a ensejar a determinação do conteúdo dos enunciados normativos gerais e abstratos onde se obtém a denotação alcançando uma significação; (c) pragmático: onde ocorrem duas operações: interpretação do fato e do direito e; constituição de uma outra linguagem jurídica; nesse campo, especificamente, ocorre a linguagem das provas para alcançar a norma individual e concreta decorrentes dos enunciados prescritivos gerais e abstratos.<sup>59</sup>

A incidência no aspecto semiótico, se resume apenas a duas operações lógicas, sendo uma de subsunção entre o conceito conotativo da norma geral e abstrata e outra entre o conceito denotativo da norma individual e concreta e, por fim, de implicação da relação jurídica ao fato jurídico, ou seja, a subsunção é uma operação de inclusão de classes.

Haverá classes distintas em termos de extensão, quais sejam: a classe denotativa do fato que se amolda à classe conotativa da hipótese e a classe denotativa da relação jurídica que se amolda à classe conotativa do conseqüente normativo. Portanto, a inclusão de classe expressa-se no plano que enseja amoldar o fato à hipótese normativa abstrata e da relação jurídica entre o conseqüente normativo geral, o que faz concluir que a subsunção será do fato e da relação jurídica e não apenas do fato.

Portanto, no plano semiótico, há uma relação de sucedâneo entre hipótese de incidência, fato jurídico, conseqüente e relação jurídica, na medida em que a subsunção se opera entre o fato jurídico e a hipótese de incidência e, simultaneamente, entre o conseqüente e a relação jurídica, como resumo do quanto exposto anteriormente e isto é verificável também no negócio jurídico.

O sujeito pode ser concebido em dois prismas: o primeiro como um sujeito de incidência da norma, ou seja, sobre o qual a norma haverá de incidir. Assim, vale dizer que o

---

<sup>59</sup> VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005, p.203.

sujeito de incidência da norma jurídica individual e concreta é aquele sobre o qual o conseqüente e a relação jurídica ocorrerão. A fenomenologia da subsunção, nos planos sintático, semântico e pragmático operar-se-á sobre um ou mais sujeitos e, assim, considerado estará a incidência da norma jurídica.

O segundo prisma, pensamos, trata-se daquele sobre o qual poder-se-á dizer tratar-se do sujeito competente que aplica a norma geral e abstrata e sobre o qual haverá de existir a produção de um ato, ou seja, um documento normativo, por onde será inserida no sistema a norma individual e concreta e a regulação do campo das condutas intersubjetivas. Pode-se conceber nesse prisma, também, o sujeito dotado de autoridade normativa, seja no plano de produção do veículo introdutor da norma jurídica que é a própria lei, ou seja, o legislador e, também, no plano de aplicação da norma jurídica no contexto individual e abstrato, ao realizar o fenômeno da subsunção, no caso o Juiz e o próprio intérprete da lei que enseja a ocorrência da norma.

Por se tratar de um ato de intelecção, parece que haverá de ser produzida e não realizado automaticamente e de maneira infalível, pois ocorre uma transposição da linguagem dos fatos (descritiva) para a linguagem do direito (prescritiva).

Entende-se, portanto, que a norma jurídica ocorre a partir da construção do intérprete decorrente dos enunciados prescritivos do direito positivo, ou seja, do ordenamento jurídico positivado; assim a norma jurídica ocorre por meio da interpretação da lei, esta que se viabiliza ou se apresenta pelo veículo introdutor (própria lei) dotado de autoridade, competência, e procedimento legislativo prescrito. A incidência concomitante de duas normas jurídicas conflitantes pode operar-se no ato intelectual do intérprete, todavia, para um mesmo fato apenas uma deverá prevalecer. Quando tratar-se de princípios (no plano axiológico) aparentemente em conflito, ter-se-á a prevalência harmonizada entre eles, na medida em que um não deixará de existir em razão da incidência do outro.

Todavia, no plano das leis e, conseqüentemente, das normas jurídicas conflitantes, uma deixará de incidir em razão da incidência da outra, isso no conseqüente da relação jurídica, já superando a fase da subsunção. A aplicação de uma norma jurídica pressupõe a não aplicação da outra norma jurídica conflitante com a primeira, pois embora o conflito possa ocorrer na mente do intérprete, no ato de intelecção, no plano de aplicação da norma haverá de ocorrer uma opção e efetividade da mesma.

A produção da linguagem decisória deverá, necessariamente, solucionar o conflito de normas jurídicas, pois dentre diversas opções aparentemente conflitantes de teor normativo, uma deverá ser a opção no plano decisório para que ocorra sua efetiva aplicação.<sup>60</sup>

Em síntese, o que se pretende demonstrar é a distinção entre evento e fato. Sustenta-se, pois, que evento é o acontecimento no mundo fenomênico social, ao passo que fato é a descrição do evento. Alguns eventos descritos enquanto fatos podem assumir feição de fato jurídico, pela subsunção do fato ao enunciado descrito na lei, como hipótese de incidência da lei. O ato de intelecção que se processa na mente do intérprete enseja a ocorrência da norma jurídica. Nem todo evento descrito enquanto fato pode ser considerado jurídico, pois não se enquadra na hipótese contida na lei, no enunciado normativo. Ademais, o processo de constituição do fato jurídico, por exemplo, deve ser precedido de quem tenha autoridade e competência para fazê-lo segundo os referenciais previstos na lei, onde se processa a hipótese de incidência, aplicação e efeitos da norma jurídica.

Assim, o evento como acontecimento do mundo fenomênico deve, ao ser descrito e caracterizado de fato jurídico, amoldar-se na hipótese prescrita e enunciada na lei. Toda descrição de eventos tornar-se-á um fato, contudo, para que esse fato seja considerado um fato jurídico, ter-se-á a caracterização dos parâmetros contidos na hipótese de incidência prescrita e enunciada na lei. O mecanismo de subsunção, portanto, realizado pelo intérprete/aplicador da lei, criará a norma jurídica e ensejará sua incidência/aplicação com a conseqüente execução de seus efeitos. O descritivo contido na lei ensejará a ocorrência do prescritivo legal e todo o mecanismo de interpretação acarretará a ocorrência do que denominou-se norma jurídica, no plano da linguagem jurídica, com uso da linguagem da realidade social e da linguagem das provas.

Segundo o dicionário de filosofia de Nicolla Abbagnano<sup>61</sup>, conceito, em geral, é todo processo que torne possível a descrição, a classificação e a previsão dos objetos cognoscíveis. Assim entendido, esse termo “conceito” tem significado genérico e pode incluir qualquer espécie de sinal ou procedimento semântico, seja qual for o objeto a que se refere, abstrato ou concreto, próximo ou distante, universal ou individual. Basicamente, atribuem-se quatro funções ao conceito: a) a primeira, é a de descrever os objetos da experiência, para permitir seu reconhecimento; b) a segunda é uma função econômica, como caráter classificador do

---

<sup>60</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito**. O construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009, p.258.

<sup>61</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.164-168.

conceito; c) a terceira é de organizar os dados da experiência de modo que se estabeleçam sobre eles conexões de natureza lógica; d) a quarta, é a previsão. Já a definição é a declaração de essência; distinguem-se diversos “conceitos” de definição e que correspondem aos diversos conceitos de essência: o primeiro, conceito de definição como declaração da essência substancial; o segundo conceito de definição como declaração da essência nominal; e o terceiro conceito de definição como declaração da essência-significado.

Assim, as formas de definição de um conceito restringem-se aos critérios apontados sendo que ao intérprete caberá identificar o melhor critério de realização da aludida tarefa.

Pode-se dizer, também, que termo é a expressão lingüística que apresentará os elementos componentes do conceito identificando um dialogismo entre termo e conceito, como doutrina José Luiz Fiorin<sup>62</sup> na obra *Introdução ao Pensamento de Bakhtin*.

Por outro lado, é interessante e oportuno identificar as explicações de Tácio Lacerda Gama<sup>63</sup>, na obra *Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico* sobre o ato de conceituar, definir e classificar. O referido autor cita Eros Grau e Hospers e esclarece que as palavras são como rótulos que são colocados sobre as coisas para que se possa falar sobre elas. Assim, a operação de determinar o significado de um termo consistente na definição. A definição de um termo enseja na apresentação de sua conotação. Tácio Lacerda Gama identifica, ainda, a definição de conceito apresentada por Tárek Moysés Moussallem que afirma: *podemos definir conceito como critério (ou critérios) lingüístico (s) que temos em nossas mentes (idéias) para distinguirmos os Xs dos Ys e dos Zs e de qualquer outra coisa que não seja X*.

Assim, para a definição de conceitos é preciso estabelecer critérios que diferenciem os objetos que o integram e os objetos que não o integram; por tudo isso, sob um conceito estará inserido um conjunto de objetos, será reduzida a amplitude do conceito mediante a definição de seus critérios para utilização e haverá de existir tantos conceitos quantos critérios forem identificados.

---

<sup>62</sup> FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. São Paulo: Ática, 2008, p.24-28.

<sup>63</sup> GAMA, Tácio Lacerda. **Contribuição de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p.121-123.

Segundo Paulo de Barros Carvalho<sup>64</sup>, classificar é distribuir em classes, é dividir os termos segundo a ordem de extensão ou, para dizer de modo mais preciso, é separar os objetos em classes de acordo com as semelhanças que entre eles existam, mantendo-os em posições fixas e exatamente determinadas em relação às demais classes. Para o direito, o fundamental do uso da teoria das classes consiste não só na concepção de métodos para inserção precisa e segura de classificação no sistema positivado como também na identificação de gêneros e espécies em um dado expediente lógico. Portanto, considerando que nossa realidade é constituída pela linguagem e que o mundo jurídico se estabelece pela linguagem do direito, claro ficará que as unidades desses sistemas são signos, em grande parte nomes, próprios e gerais, serão classes que vão exprimir gêneros ou espécies e que poderão ser divididos em outras classes e atribuindo um efeito de leitura, apreensão e reordenação com profundidade. Daí a importância para a Ciência do Direito da teoria das classes.

Os conceitos constitucionais são elementos apresentados pelo intérprete por ocasião de sua justificativa da conclusão que apresenta sobre um determinado conceito ou até mesmo a atribuição de uma definição ao próprio conceito. Lembre-se que definição é a declaração de essência e se o intérprete ao definir um determinado conceito constitucional, por exemplo de serviço, distanciar-se da descrição, classificação e previsão do objeto que pretende conceituar ou, no ato de declaração de essência do referido conceito, ou seja, da identificação do conceito, o intérprete também poderá distanciar-se da real essência do mesmo, podendo ensejar um questionamento quanto a existência ou não do conceito constitucional, na medida em que o problema poderá residir tanto na definição quanto na legitimação da definição proposta.

Partindo, pois, da premissa de que o direito é um fenômeno comunicacional e que é constituído pela linguagem e pelos enunciados lingüísticos, pode-se conceber que da linguagem social onde se passam e ocorrem no meio social os eventos, são eles descritos para então configurar um fato, na medida em que, fato não é algo concreto, mas sim a descrição de um evento ocorrido no meio social pela forma lingüística. Para que a linguagem jurídica tome forma direta e imediata, decorrerá da constatação pelo intérprete de que o evento descrito faticamente tenha força para se subsumir no texto de lei positivado, ou seja, no enunciado da lei, o que fará surgir a norma jurídica num plano imediato e direto. Já a norma jurídica como forma decorrente de sua produção decorrerá de um contexto indireto e mediato, contudo,

---

<sup>64</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p.117-118.

baseado no dado textual contido na lei e que, em tese, pode ser objeto de investigação, concepção, análise pelo intérprete.

O direito reconhece um evento ocorrido no passado, descreve-o por meio da linguagem jurídica apresentando-o como fato jurídico e amolda esse fato jurídico criando a norma jurídica individual e concreta, o que se passa no plano da sentença, por ocasião do relatório e fundamentação. Em seguida, apresenta-se a prescrição no dispositivo, o conseqüente de incidência e aplicação daquela norma jurídica, atribuindo existência, validade e eficácia àquilo que ocorreu no passado, transportando-o para o presente por meio da linguagem jurídica.<sup>65</sup>

A afirmação de que o fato torna-se jurídico pelo ingresso no universo do direito através da porta aberta que é a hipótese é a justificativa que pode ser construída para o ato de criação concreta e individual da norma jurídica. Consoante as leituras feitas, todo evento ocorrido no mundo fenomênico social para se tornar fato necessita de sua descrição por quem tenha competência e autoridade. Por exemplo, se um evento é descrito como fato social por meio de uma matéria jornalística, obviamente, não ingressará no universo do direito, pois não inferido consoante a hipótese legal existente, nem tampouco por quem detenha autoridade e competência para fazê-lo. Por outro lado, se esse mesmo evento descrito na matéria jornalística é objeto de descrição por quem detenha autoridade e competência e que realiza o ato de adequação do fato descrito à hipótese legal, ter-se-á a figura do fato jurídico e o conseqüente ingresso do mesmo no plano do direito por meio da porta aberta da hipótese.

Exemplifica-se: se o evento descrito na matéria jornalística vem a ser ou não um fato jurídico ilícito, enseja que não é possível extrair consequências práticas e efetivas da referida descrição do evento, todavia, se a mesma descrição do evento vem traduzida em uma petição inicial de uma ação civil pública que imputa ao evento uma descrição fática de ato de improbidade administrativa, ter-se-ão consequências práticas e efetivas de referida descrição, pois houve a transposição do relato do evento no mundo fenomênico social para um fato jurídico no âmbito de autoridades constituídas.

Basicamente, o intérprete por meio de uma análise construtiva do direito permeia os enunciados prescritivos do direito positivado e defronta-se com a norma jurídica do sistema

---

<sup>65</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito**. O construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009, p.80-90.

positivado, basicamente identificando os comportamentos modais e interpessoais obrigatórios, proibidos e permitidos.

Assim, pela análise semiótica do sistema jurídico, o intérprete para conhecer qualquer linguagem jurídica valer-se-á de três planos fundamentais: a sintaxe, a semântica e a pragmática. Como já explanado, no sistema normativo do direito tem-se que o aspecto sintático se dá nas articulações das normas entre si; já a articulação semântica jurídica estabelece o campo das significações, ao passo que a forma que os sujeitos utilizam as normas no meio em que vivem pressupõe a percepção pragmática.<sup>66</sup>

Portanto, de um lado tem-se a relação entre ordenamento e direito positivo e, de outro lado, sistema e ciência do direito. A linguagem comunicacional do direito positivado, ainda como ordenamento, já enseja uma expressão lingüística que após o tratamento hermenêutico do cientista dogmático do direito apresenta-se como sistema num plano de sobrelinguagem. O sistema é o discurso da ciência do direito. Esclarece-se, portanto, que utiliza como sinônimos ordenamento, ordem positiva, direito posto, direito positivado.

Ademais, informa Paulo de Barros Carvalho<sup>67</sup> que o sistema do direito apresenta-se pelo plano de que suas normas estão estruturadas hierarquicamente decorrente da idéia de fundamentação ou derivação material e formal, dando-lhe uma dinâmica de regulação e criação, baseados nos referenciais prescritos no plano da Constituição. O sistema do direito positivo assume uma feição nomoempírica prescritiva, já o sistema da ciência do direito possui uma linguagem técnica, declarativa, teórica, num plano eminentemente científico. O referencial do discurso do estudioso do direito está no que Kelsen identificou como norma hipotética fundamental, todavia, a norma hipotética não se apresenta pela linguagem ou teoria das provas, mas como uma proposição axiomática fruto do pensamento humano e da filosofia do direito como um pressuposto gnoseológico do conhecimento jurídico. Isso também ocorre em outras ciências como sistema: ocorre na geometria, na matemática, na sociologia e demais ciências.

A análise estática do ordenamento jurídico parte da Constituição planejados em vários escalões hierárquicos, ou seja, nomoestática. Também autorizará uma análise nomodinâmica do funcionamento do sistema positivo. No plano da percepção nomoestática

---

<sup>66</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito**. O construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009, p.200-210.

<sup>67</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p.51-54.

apreciam-se as normas jurídicas num determinado instante, ao passo que no plano da percepção nomodinâmica, apreciam-se as normas jurídicas em suas constantes mutações, de forma dinâmica onde a norma hipotética fundamental e as normas fundadas interagem com o ser humano, com os valores, com as ideologias, movimentando o sistema e positivando-o ensejando a efetivação do direito.

Uma relação pode apresentar-se como o modo de ser ou de comportar-se do objeto e dos indivíduos entre si. Já a teoria dos predicados ou o próprio termo predicado serve para indicar o símbolo de propriedades ou relações que podem ser atribuídas ao indivíduo. A sistematização das relações enseja a chamada teoria dos predicados poliádicos e permite no plano do direito descrever com segurança as relações dos entes no plano do ser e do dever-ser e organizados logicamente.

Quando se apresenta uma relação entre fatos e normas jurídicas ter-se-á a chamada causalidade jurídica. A norma jurídica atribui uma relevância à situação fática onde se extraem efeitos que só se operam no mundo do direito. O fato sozinho não gera efeitos jurídicos, pois precisa da norma jurídica para sua inserção no mundo do direito. Os fatos naturais e suas respectivas relações ensejam a causalidade natural, que é diferente da causalidade jurídica. A segunda, pode, ou não, ter como suporte fático a primeira (causalidade natural).

O sujeito ativo da relação jurídica dever-ser é o credor ao passo que o sujeito ativo na referida situação é o devedor em relação a uma dada prestação. Haverá necessidade de individualização dos sujeitos ativo e passivo, embora possa até um determinado momento haver indeterminação quanto a um dos sujeitos. É o caso do direito de propriedade. No caso da relação processual ter-se-á um conjunto de relações ordenadas através de relações. Os sujeitos das relações processuais revestem-se de capacidade processual por conta da aplicação da norma processual e os sujeitos da relação processual concatenam as atividades perante o Estado-Juiz que atribuirá a tutela jurisdicional. A questão da competência e relação de competência decorre da figura de autoridade, ato de poder e ato de condição, onde evidenciado o evento e descrito como fato jurídico, amoldando-se ao ditame da relação jurídica normativa ter-se-á a norma jurídica individual e concreta.

A prestação jurídica é o objeto da relação tida como jurídica. Haverá de existir segurança e conformidade do objeto com a relação jurídica e uma possibilidade de identificação ulterior do objeto da relação jurídica. O aspecto de prestação jurídica estabelece

referenciais no plano da permissão, proibição e obrigação. Tem-se, assim, o objeto imediato e objeto mediato da relação jurídica. O imediato consiste na aferição da proibição, obrigação ou permissão, ao passo que o mediato ensejará conseqüências ao dar, fazer, não fazer.

As relações jurídicas ensejarão incidência em condutas, eventos, cujo enquadramento dar-se-á no plano da concreção da norma jurídica. Não há relação jurídica que tenha por objeto uma coisa (bem), mas sim uma relação entre um determinado sujeito com a referida coisa, de onde se extraem conseqüências jurídicas imediatas e mediatas decorrentes da relação jurídica.

Existem distinções entre ordenamento e sistema jurídico. Os elementos que compõem o ordenamento jurídico correspondem aos conteúdos de direito positivo vigentes e que decorrem das fontes de produção do direito; já os elementos que compõem o sistema jurídico estão contidos especificamente no plano da Ciência do Direito, como decorrência do construtivismo interpretativo do ordenamento, baseado na linguagem jurídica decorrente da análise pela semiótica. Considerando as distinções pelos planos da estática e dinâmica, pode-se concluir que pelo referencial da hierarquia das normas estar-se-á diante de uma análise estática do ordenamento jurídico (nomoestática) e, também, uma análise dinâmica do sistema jurídico em razão do processo de validação da norma (nomodinâmica) com suas mutações, suas modificações e concepção de novas regras, inserindo-se nesse contexto os planos axiomáticos (valorativos).

Sistema é o resultado da elaboração doutrinária e científica do ordenamento jurídico. O sistema reflete o ordenamento, mas diz mais do mesmo, interpretando-o, dimensionando-o através do intérprete, do jurista. Direito positivo corresponde ao ordenamento jurídico. Ciência do Direito corresponde ao sistema jurídico. Um não pode existir sem o outro, pois há entre os mesmos uma dialética decorrente da linguagem jurídica, ou seja, da semiótica. Vale dizer que o triângulo semiótico identifica bem essa interação entre ordenamento e sistema, onde se apreende os elementos de significante, significado e significação, pois o ordenamento jurídico corresponde ao significante, já o sistema se opera no plano da significação. Portanto, um não poderá existir sem o outro e análise do resultado decorrente do ordenamento, do qual se denomina sistema jurídico, ensejará uma construção por meio da linguagem jurídica pelo viés sintático, semântico e pragmático.

Fica claro que ordenamento jurídico é a matéria bruta dos enunciados prescritivos vigentes e que ordenados como textos de lei formam o que se denomina de ordenamento

jurídico. Assim, ordenamento jurídico está relacionado à direito positivo. Existe sim diferença entre ordenamento e sistema, na medida em que embora sejam entes paralelos que possuem uma dialética fundamental entre os mesmos, pode-se dizer que o ordenamento corresponde ao direito positivo, ao passo que sistema corresponde à Ciência do Direito. O ordenamento jurídico é o dado bruto, o conjunto dos textos de lei, ao passo que o sistema jurídico surge pelo esforço de interpretação, de construção e criação como sobrelinguagem jurídica que decorre do ato intelectual do intérprete.

Alchourrón e Bulygin<sup>68</sup> apresentam oito teses acerca da concepção de ordenamento jurídico e identifica que o ordenamento jurídico é um conjunto de normas e que seu conteúdo pode ser modificado, contudo, sua identidade não se altera por força da modificação de seu conteúdo que pode ser diferente a cada momento. Alchourrón e Bulygin utilizam as expressões ordem e sistema como sinônimos e não identificam fortes distinções entre as mesmas, pois um ordenamento seria um conjunto ordenado de sistemas normativos. Justificam a conclusão pela análise dos mecanismos de formação ou promulgação e revogação da norma jurídica, distanciando-se das opiniões que de Gregório Robles e Paulo de Barros Carvalho.

Já Gregório Robles<sup>69</sup> acentua que o conjunto de textos concretos ou material bruto de textos legais ensejam o ordenamento jurídico, a começar pela Constituição Federal. A norma hipotética fundamental equipara-se no plano dos princípios gerais de direito. Todas as estruturas normativas inclusive as decorrentes de decisões administrativas compõem o chamado ou ordenamento jurídico para o autor, como um dado bruto, ou seja, os Códigos. Para Robles, em razão da ciência jurídica, dogmática jurídica ou Jurisprudência (antigamente denominada), enseja a caracterização do sistema jurídico. Compara o autor com um exemplo da mesa composta, de um lado, pelos Códigos e, de outro, dos livros de doutrina acerca dos Códigos. O sistema é o resultado decorrente da elaboração doutrinária científica do ordenamento. Assim, duas ideias ficam bem claras: a primeira que o sistema é o resultado da elaboração doutrinária científica do ordenamento; a segunda, de que o sistema reflete o ordenamento, todavia, ao refleti-lo, o sistema diz mais que o ordenamento. A rigor, o sistema é o texto jurídico (ordenamento) elaborado, dimensionado pelos intérpretes, pelos juristas.

---

<sup>68</sup> Essas ideias ficam evidenciadas em: ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugênio. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p.395.

<sup>69</sup> ROBLES, Gregório; CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha**. São Paulo: Noeses, 2011, p.3-5.

Filiamo-nos, pela coerência e identificação dos efeitos da semiótica sobre os fenômenos estudados (ordenamento e sistema jurídico) a posição evidenciada por Robles, sobretudo pela firmeza metodológica e científica em que se apresenta.

O sistema jurídico relaciona-se com o sistema social pela percepção hierárquica apresentando um plano de axiomas da ordem jurídica ou princípios ontológicos do direito, na medida em que os elementos culturais do ser humano, como integrantes do sistema social, ensejam as percepções de suas crenças, seus valores, suas ideologias, movimentando o sistema, positivando o sistema e efetivando o direito no plano da sociedade. A linguagem social não corresponde à linguagem jurídica. A transposição da linguagem social para linguagem jurídica se opera por intermédio da linguagem das provas ou teoria das provas, onde um indício ou prova efetiva faz documentar um fato que sai da esfera social para a esfera jurídica amoldando-se (subsumindo-se) ao enunciado prescrito na norma e fazendo criar uma relação jurídica. Assim, opera-se uma relação entre o sistema social e o sistema jurídico.

Todas idéias apresentadas e defendidas neste tópico encontram-se na doutrina de Paulo de Barros Carvalho, Lourival Vilanova, Tárek Moussalem, Karl Engisch, Hans Kelsen e Aurora Tomazini de Carvalho nos livros capitulados em nota.<sup>70</sup> Vale destacar que toda essa explanação vem corroborar a estrutura que pretende-se dar ao negócio jurídico e passa-se, na sequência, a explanar sobre os planos de existência, validade, vigência e eficácia dos valores no tópico que segue para corroborar a importância da aludida investigação para o fenômeno jurídico no campo negocial.

---

<sup>70</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008. Especialmente primeira parte, capítulo 2, item 2.6. Idem. **Fundamentos Jurídicos da Incidência**. São Paulo: Saraiva, 2008. Especialmente capítulo II, itens 1 a 10. VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2002. Especialmente capítulo VIII. Idem. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: RT, 2000. Especialmente capítulos III a IX. MOUSSALLEM, Tárek. **Revogação em matéria tributária**. São Paulo: Noeses, 2005. Especialmente capítulo I – Problemas de Teoria Geral do Direito –, itens 1.9 e 1.10. ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. Especialmente capítulo III – A elaboração de juízos jurídicos concretos a partir da regra jurídica, especialmente o problema da subsunção. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Especialmente capítulo IV, itens 6 e 7. CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de Teoria Geral do Direito**. O construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009. Especialmente capítulo I, itens 2 e 3.

## 1.6 A QUESTÃO DA EXISTÊNCIA, DA VALIDADE, DA VIGÊNCIA, DA EFICÁCIA E DOS VALORES

A questão da validade, da vigência, da eficácia e dos valores identificadas neste item foram extraídas, essencialmente, das doutrinas de Eros Roberto Grau, Paulo de Barros Carvalho, Tácio Lacerda Gama e Riccardo Guastini entre outros referenciados em notas.<sup>71</sup>

Inicialmente, sustenta-se que os cortes investigativos na ciência do direito devem sempre observar os planos de existência, validade e eficácia, seja do fato jurídico, seja da norma jurídica.<sup>72</sup>

No que tange ao aspecto da existência sustenta-se que a conformação de um fato como jurídico se dará pela subsunção conforme apresentado nos itens 3 e 4 deste capítulo. Já no que diz respeito a validade da norma jurídica, sustenta-se como relação de pertinência de uma norma “n” com o sistema jurídico “s”. Já a vigência da norma jurídica é um atributo de norma válida consistente na prontidão de produzir os efeitos para os quais está preordenada. Eficácia da norma jurídica dever ser analisada em três sentidos, sendo a eficácia técnica consistente na qualidade que a norma ostenta, no sentido de descrever fatos que uma vez ocorridos têm aptidão de irradiar efeitos jurídicos; a eficácia jurídica como o predicado dos fatos jurídicos de desencadear as consequências que o sistema prevê e eficácia social como aquela relacionada a produção concreta de resultados na ordem dos fatos sociais.

Por exemplo, a Lei 9868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 27, *in verbis*:

---

<sup>71</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008. Especialmente segunda parte, capítulo II, item 2.4. GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2003. Especialmente capítulo III. GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária**. Fundamentos para uma teoria da nulidade. São Paulo: Noeses, 2009. Especialmente capítulos XI e XII. GUASTINI, Riccardo. **Distinguiendo**. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999. Especialmente capítulos II e IV.

<sup>72</sup> Essa percepção é tomada com base nos estudos de Antônio Junqueira Azevedo, em que se demonstra com clareza toda a planificação do negócio jurídico nestes três planos, o que não conflita com a aplicação da teoria comunicacional, mas complementa-se a ela. AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

*Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*

Nela vislumbra-se o nítido afastamento da norma jurídica de um sistema, mas não do ordenamento jurídico. Assim, a declaração de inconstitucionalidade pelo STF deve ser analisada nos planos de validade, vigência e eficácia, ou seja, nos planos de validade e vigência, sob a ótica do dever-ser participante afetará questões procedimentais (controle concentrado ou difuso), materiais (total ou parcial), territorial (total ou parcial) temporais (*ex tunc* ou *ex nunc*) e pessoais (*erga omnes* ou *erga singulum*), ressaltando que o referido artigo implica especificamente no aspecto da eficácia da norma jurídica restringindo um plano de interpretação dela no sistema jurídico.

A validade, vigência, eficácia e interpretação da norma jurídica parte da ideia aglutinadora de sistema jurídico, baseado numa noção fundamental de sistema que apresenta a máxima complexidade jurídica ou como forma das formas do direito. O antecedente ou descritor com o conseqüente ou prescriptor compõem a norma jurídica, como configuração do dever-ser no plano deôntico no viés conotativo. Já no viés denotativo pela subsunção do fato à norma pela linguagem das provas, ensejando uma relação jurídica que determina um modal de proibição, permissão e obrigação.

Esclarece-se que sistema, norma e fato são estruturas com conteúdo semântico e efeitos pragmáticos próprios do plano jurídico e, assim, permitem ao intérprete investigar e classificar esquemas aos enunciados, evidenciando propriedades à norma como validade, invalidade, vigência e vigor, bem como aos fatos com eficácia jurídica, técnica e social.

As normas jurídicas são proposições prescritivas com validade própria. As normas jurídicas serão sempre válidas ou inválidas com referência a um determinado sistema e sendo ela válida terá pertinencialidade com o referido sistema e posta no sistema por órgão legitimado a fazê-lo com o procedimento previsto para esse fim. Portanto, a validade não é, assim, atributo que qualifica a norma jurídica, mas sim uma relação que cria um vínculo entre a proposição normativa e o sistema de direito positivado, inserida no sistema.

A validade pode se confundir com a existência, pois admitir que uma norma seja válida implica em reconhecer sua existência, onde se pode concluir que a norma existe e está no sistema ou, caso contrário, não é norma jurídica.

A vigência, também, não se confunde com eficácia. A norma pode vigorar mas não apresentar eficácia técnica (sintática ou semântica) e, também, não possuir eficácia social. Não se pode falar em eficácia jurídica, pois tal atributo não se refere à norma, mas sim a fato jurídico e aí ingressa no campo do negócio jurídico.<sup>73</sup>

Ainda, a questão da vigência das normas enquanto veículo introdutor de outra norma jurídica (aspecto formal) e a norma introduzida (aspecto material) que podem ser simultâneos ou não. Nesse ponto vale a incidência da regra do artigo 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Posteriormente, com a análise da relação lógico-jurídica entre a vigência e os princípios constitucionais da irretroatividade e da anterioridade, especialmente pelas disposições do artigo 5º, XXXVI, da CF, buscando proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada, valendo como hipótese de aplicação da teoria comunicacional ao negócio jurídico.

Nesse ponto, afirma-se que vigência é atributo de norma válida (norma jurídica), que é a capacidade de produzir efeitos para os quais foi concebida, assim que os fatos nela descritos ocorram, podendo ser plena ou parcial (só para os passados ou só para os futuros) como interpretação do artigo 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

No que diz respeito à eficácia jurídica, técnica e social, as percepções doutrinárias ora expostas estabelecem a eficácia jurídica correspondente ao mecanismo lógico da incidência da norma, ou seja, o mecanismo de causalidade jurídica, onde, ocorrendo o fato jurídico (relato do evento no antecedente da norma) implicará a relação jurídica no conseqüente por meio da linguagem competente, substancialmente, a linguagem das provas. Como conseqüente, ainda, a eficácia técnica da norma é a condição de que a regra de direito possui ao descrever o acontecimento que, ocorrido no mundo fenomênico-social, proporcionará a irradiação de efeitos jurídicos, jurisdicizando o fato. Talvez, por um mecanismo inibidor decorrente do próprio sistema, a incidência não se propagará ou até

---

<sup>73</sup> VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2002. p.153-158.

porque o fato materialmente não se realiza, ensejando ineficácia técnica de ordem semântica ou sintática do fato.<sup>74</sup>

A eficácia social ou efetividade está relacionada aos padrões de aceitação da norma na comunidade na qual ela se insere e os resultados que dela se espera. Esclarece-se que a eficácia jurídica e técnica está adstrita ao plano dogmático jurídico, ao passo que a eficácia social está adstrita ao plano sociológico ou de sociologia jurídica. Veja-se que o negócio jurídico terá sua validade e eficácia condicionada à norma jurídica.

Por derradeiro, expõe-se que no plano da interpretação das normas jurídicas estão presentes os recursos semióticos, notadamente, sintático, semântico e pragmático. Assim, o intérprete analisa o direito positivado ou direito posto e com um viés construtivista, baseado em dois princípios de interpretação, sendo de intertextualidade ou dialogia e inesgotabilidade, constrói a interpretação da norma jurídica.

Conclui-se pelo estudo dos autores mencionados na referência<sup>75</sup>, especificamente Paulo de Barros Carvalho, Tácio Lacerda Gama e, também, nas lições de Riccardo Guastini, pode-se indicar a definição de conceitos e noções acerca das ideias de validade, vigência e eficácia, e que se correlacionam ao negócio jurídico, da seguinte forma:

- a) validade: validade vem a ser a relação de pertinencialidade de uma norma jurídica com o sistema jurídico no qual se insere, no plano do dever ser participante que se contrapõe a idéia de invalidade; já para o plano do observador está atrelada a idéia apenas de existência e relevância ou inexistência ou irrelevância;
- b) vigência: é um atributo da norma jurídica válida que consiste na aptidão de produzir efeitos para os quais está preordenada, assim que aconteçam os fatos nela descritos, podendo ser plena ou parcial (para fatos passados ou para fatos futuros), no plano do dever ser participante que se aplica a ideia de licitude e se contrapõe a

---

<sup>74</sup> BARRETO, Paulo Ayres. Comunicação, linguagem e direito. In: ROBLES, Gregório; CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). **Teoria comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha**. São Paulo: Noeses, 2011, p.387-390.

<sup>75</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p.417-418. GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária**. Fundamentos para uma teoria da nulidade. São Paulo: Noeses, 2009, p.20-21. GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.134-135.

ideia de ilicitude, observando os aspectos material, territorial, temporal e pessoal; no caso de ilicitude (vigência) investigação e declaração procedimental (controle difuso ou concentrado), material (total ou parcial), territorial (total ou parcial), temporal (ex nunc e ex tunc) e pessoal (erga omnis e erga singulum);

c) eficácia: a eficácia deve ser analisada em três prismas. A eficácia técnica, consistente na qualidade que a norma ostenta em descrever fatos que, uma vez ocorridos, são aptos a propagar efeitos jurídicos já afastando obstáculos materiais ou as impossibilidades sintáticas para ocorrência dos mesmos. A eficácia jurídica vem a ser o predicado dos fatos jurídicos de desencadear as conseqüências que o ordenamento prevê. A eficácia social pressupõe que a norma jurídica tenha aptidão para concretamente produzir resultados na ordem dos fatos sociais. Os primeiros conceitos são afetos à dogmática ao passo que o último conceito (eficácia social) interessa ao campo da sociologia jurídica. A eficácia para o plano do ser observador apenas ao conteúdo inexistência e relevância e para o plano do dever ser participante a não validade, a não vigência e a não eficácia da norma jurídica, destacando que existir significa que a norma pode ser apreciada pela autoridade judiciária.

A validade não é atributo da norma jurídica, mas sim um atributo da relação que a norma jurídica possui com o sistema de direito positivo. Assim, pode-se dizer que quando a relação da norma jurídica com o sistema de direito positivo se dá entre a norma e a respectiva norma de competência, afirma-se que a norma é válida, contudo, quando a relação ocorre entre norma e aquela que prescreve a sanção pelo exercício indevido da norma de competência, temos a invalidade. O sistema prescreve efeitos da validade da norma jurídica e da invalidade da norma jurídica e o que está fora do sistema é irrelevante ou inexistente, afeto apenas ao plano do observador e não do participante. A conseqüência que identifica desse atributo da relação jurídica entre a norma e o sistema do direito posto é que o atributo da norma válida é a vigência consistente na aptidão para produzir os efeitos para os quais a norma jurídica está preordenada assim que ocorram os fatos nela descritos no sentido pleno ou parcial (só para fatos passados ou para fatos futuros) baseado nas concepções da Constituição e da Lei de Introdução no que diz respeito à vigência da norma.

Ordenamento e sistema na percepção de Paulo de Barros Carvalho <sup>76</sup> são correspondentes, pois não se pode conceber o ordenamento jurídico sem um mínimo de precisão sistêmica na sua elaboração, até porque o processo dialético que se inserem enseja uma dinâmica do sistema no ato de interpretação das normas jurídicas. Contudo, especificamente, nas definições de validade, vigência e eficácia da norma jurídica, pode-se analisar o artigo 27 da Lei 9868/99 e identificar o seguinte exemplo:

No campo da validade: o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3, como *dever ser* participante pode declarar a inconstitucionalidade (invalidade ou ilegalidade – não conformidade da norma com o sistema de direito positivo) no controle concentrado de constitucionalidade, no aspecto procedimental; no aspecto material essa declaração poderá ser total ou parcial, assim como poderá ser total ou parcial no aspecto territorial; para fins de modulação da declaração, no plano de validade temporal a declaração pelo STF poderá ser *ex nunc* ou *ex tunc*, e, no plano de validade pessoal poderá ser *erga omnis* ou *erga singulum*;

No campo da vigência: a declaração pelo STF como *dever ser* participante e como plano de atributo da norma em relação ao sistema de direito positivo, terá especialmente percepção temporal (*ex nunc* e *ex tunc*) e pessoal (*erga omnis* ou *erga singulum*), mas também procedimental, material e territorial;

No campo da eficácia: a declaração do STF retirará a eficácia da norma jurídica observando um critério de modulação que observará razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social e restringindo os efeitos da declaração a partir do trânsito em julgado da decisão ou outro momento fixado na decisão.

Nesse caso, como anota Paulo de Barros Carvalho <sup>77</sup>, a declaração de inconstitucionalidade de norma pelo STF pelo controle difuso terá sua eficácia suspensa apenas mediante resolução do Senado, até que por meio da revogação pelo órgão competente, o que significa dizer que suspensa a eficácia técnica da norma jurídica ela permanecerá vigente mas sem poder continuando atuar, ainda, válida, até que o órgão que a promulgou a retire do sistema de direito positivo, observados os critérios legais para tanto.

Assim, a ineficácia é uma forma de existência da norma que por ser ilegal (inconstitucional) enquadra-se na norma sancionatória e pelo simples fato de ter sua eficácia

---

<sup>76</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p.205.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p.418.

suspensa já recai sobre o órgão que a promulgou uma sanção ao ver sua norma declarada inconstitucional, ou seja, a invalidade vem a ser relação da norma com a norma sancionatória de competência.

Considerando que para o participante, ou seja, o órgão jurisdicional, a norma será válida ou inválida e que a norma válida é aquela realizada de acordo com a norma de competência e que os efeitos da validade serão a vigência e a eficácia nos termos da própria norma, pode-se dizer que a norma jurídica poderá ser inválida, mas vigente e eficaz, até que o órgão que a inseriu no sistema de direito positivo a expulse ou lhe seja reconhecida e declarada a invalidade pelo meio procedimental difuso ou concentrado ensejando uma direta regra de incidência e aplicação também ao negócio jurídico.

Segundo as lições de Paulo de Barros Carvalho<sup>78</sup> a validade normativa se dará no plano da validade e vigência das normas jurídicas no que diz respeito aos veículos introdutores como normas jurídicas, como também, se diz norma jurídica quanto aos veículos introduzidos no sistema de direito positivo, com a mesma organização lógica da estrutura normativa do sistema positivado, assegurando homogeneidade sintática das proposições prescritivas. Portanto, tanto as normas introdutoras, quanto as normas introduzidas haverão de ter vigência atrelada pela concepção de validade. As normas introdutoras vigem imediatamente, já as normas introduzidas dependem do que for estipulado nos veículos introdutores e a validade de ambas haverão de ser analisadas em diferentes contextos, pois cuidam de aspectos distintos. As normas válidas poderão ser vigentes (plena ou parcialmente) ou não vigentes e a eficácia das mesmas haverá de ser analisada pelo plano técnico, jurídico e social.

Para Eros Roberto Grau<sup>79</sup> muitos autores se negam a enfrentar a distinção entre legalidade e legitimidade no plano do direito posto, onde o mesmo evoluiu o seu pensamento decorrente de obras anteriores, o mesmo distingue legitimidade de legalidade e o apresenta no plano do direito posto (positivado) do direito pressuposto. Assim, a norma jurídica contida no sistema de direito posto ou positivado será legítima se e quando existir correspondência entre o comando nela positivado e os anseios, sentidos admitidos e consentidos pelo todo no plano social, partindo da realidade que coletou e ensejou a positivação da norma jurídica. Portanto, para Eros Grau, a legitimidade é um conceito material e a legalidade é um conceito formal

---

<sup>78</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p.406-407.

<sup>79</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.86-87.

que pode-se inferir das normas jurídicas sendo que a legitimidade é do direito posto que deve corresponder ao direito pressuposto. Invocando as sábias lições de Von Ihering acentua que o direito existe em função da sociedade e não a sociedade em função do direito e a percepção de legitimidade do direito posto está vinculada ao aspecto da autoridade de quem lhe positiva. Pode-se, pois, admitir que uma norma jurídica pode ser legítima e legal, legítima e ilegal, ilegítima e legal e ilegítima e ilegal; o direito posto é legítimo quando permite que as forças materiais produtivas e sociais se desenvolvam e exerçam seus papéis no plexo social e esse mesmo direito posto poderá ser ilegítimo se o mesmo se apresentar como um entrave para o desenvolvimento das forças materiais produtivas e sociais.

Nesse ponto, vale destacar a doutrina de Ricardo Guastini:

*La validez formal supone la observância de las normas que confieren un poder normativo y de las normas que regulan el ejercicio de ese poder. La validez material supone la observância de las normas que determinan el âmbito de competencia y el contenido de la regulación futura.<sup>80</sup>*

Poderá haver uma ilegitimidade originária e uma ilegitimidade superveniente do direito posto que não mais terá correspondência ao direito pressuposto e, por fim, vinculado à autoridade ou à carência de autoridade de quem o positiva. A rigor, como acentua Ferrajoli<sup>81</sup>, o problema não consiste apenas em positivar o direito, mas torná-lo efetivo e eficaz no meio social, o que dependerá, de sua legitimidade e não apenas de sua legalidade.

Sustenta-se, pois, que a definição dos conceitos de validade e revogação podem ser assim exprimidos: validade é a relação de pertinencialidade de uma norma com o sistema jurídico; já revogação é o ato normativo que retira a vigência e eficácia de uma norma jurídica do sistema jurídico; a revogação expressa ou tácita retira apenas a vigência da norma do sistema jurídico, todavia, a depender do conteúdo da norma introduzida e do quanto previsto pela norma introdutora, pode-se dizer que segundo as disposições da Constituição Federal quanto ao ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, bem como pelas disposições do artigo 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, podendo ser

---

<sup>80</sup> GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo**. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999, p.313.

<sup>81</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Epistemologia jurídica y garantismo**. México: Distribuciones Fontamara, 2004, p.05-10.

essa afetação ou implicação decorrente da revogação (expressa ou tácita) plena ou parcial (só para fatos passados ou só para fatos futuros no caso de regra nova) da eficácia da norma jurídica. Registre-se que a eficácia técnica está atrelada a qualidade que a norma ostenta ao estabelecer que se ocorridos os fatos nela descritos, ela terá aptidão para criar os efeitos que dela se espera, eis que não haverá obstáculos materiais ou impossibilidade sintática de ocorrência do fato descrito na norma; já a eficácia jurídica vem a ser o predicado jurídico que os fatos jurídicos podem desencadear as conseqüências que o ordenamento jurídico estabelece e, por fim, a eficácia social resultará na esfera de eficiência da norma no meio social em que ela está inserida.

A revogação expressa identifica claramente a retirada do sistema da norma jurídica revogadora ante a norma jurídica revogada. Já a percepção de revogação tácita autoriza o critério de interpretação, sobretudo, da norma posterior que revoga norma anterior ao disciplinar o mesmo assunto, bem como da norma superior que revoga norma inferior e norma especial que revoga norma geral, na melhor doutrina de Norberto Bobbio<sup>82</sup> (teoria do ordenamento jurídico).

Entende-se, por fim, que a revogação opera-se no plano de vigência e eficácia da norma jurídica, em nada interferindo na validade da mesma.

Considerando que validade é a relação de conformidade da norma jurídica com o sistema jurídico no qual se insere, portanto, validade não seria atributo da norma, mas sim uma característica da relação da norma com o sistema. Para Hans Kelsen<sup>83</sup>, validade é sinônimo de existência, na medida em que a norma é válida por estar inserida dentro de um sistema válido e o sistema é válido por que tem um mínimo de eficácia, ou seja, porque tem eficácia no plano fenomênico social. Já para Pontes de Miranda haverá distinção entre existência, validade e eficácia, assim, validade seria um atributo.

Os princípios constitucionais são valores convergentes, ou seja, veiculam valores mas não se confundem com valores em si mesmos. O direito, como objeto cultural, é saturado de valores e toda norma jurídica estará permeada de valores que determinada sociedade entende relevantes. Portanto, mesmo as normas que veiculam limites objetivos visam realizar valores de forma mediata. Não é possível falar de valores sem hierarquia e os mesmos estão

---

<sup>82</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1991, p.03-05.

<sup>83</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p.1-3.

ordenados em relações de subordinação, variando de pessoa para pessoa, em razão da ideologia de cada um, bem como do contexto histórico em que vivem.

São características essenciais dos valores<sup>84</sup>: bipolaridade, implicação, referibilidade, preferibilidade, incomensurabilidade, hierarquia, objetividade, historicidade, inexauribilidade, atributividade, indefinibilidade e predisposição normativa. Os valores podem ser objetivados através do direito positivo, ou seja, uma norma jurídica pode fazer inserir no sistema de direito positivado um valor, como, por exemplo, ocorre no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República com a dignidade da pessoa humana, com os artigos 421 e 422 do Código Civil com a probidade e a boa-fé contratual correlacionando todo o argumento acima com a aplicação e incidência da teoria comunicacional do direito ao negócio jurídico.

Interessante identificar que os valores impregnam o processo de formação legislativa e, inclusive, a discussão acerca das políticas públicas como, por exemplo, sobre pobreza, racismo, educação, assistência médica, desemprego, conformação de relações negociais, entre outras. Michael J. Sandel<sup>85</sup>, da Universidade de Harvard, ao discorrer acerca dos discursos políticos de dois Presidentes dos Estados Unidos (John Kennedy e Barak Obama) identifica posturas distintas em ambos, o primeiro com uma vertente de neutralidade religiosa e moral em seu discurso e o segundo mais agudo quanto ao enfrentamento dessas questões. Veja-se fala de Sandel citando Barak Obama:

*A religião não era apenas fonte de inflamada retórica política. A solução para certos problemas sociais exigia uma transformação moral. 'O medo de cairmos em um sermão moral [...] pode levar-nos a minimizar o papel que os valores e a cultura desempenham em alguns de nossos mais prementes problemas sociais', disse Obama. Abordar problemas tais como 'pobreza e racismo, falta de assistência médica e desemprego' exigiria 'mudanças no coração e na consciência'. Portanto, era um erro insistir na idéia de que convicções morais e religiosas não desempenham nenhuma função na política ou na lei. 'Os secularistas estão errados quando pedem aos crentes que deixem sua religião para trás antes de entrar na vida pública. Frederick Douglass, Abraham Lincoln, William Jennings Bryan, Dorothy Day, Martin Luther King – na verdade, a maioria dos grandes reformistas da história dos Estados Unidos – não somente eram movidos pela fé como frequentemente usavam a linguagem da*

---

<sup>84</sup> Conforme se extrai da doutrina de: CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p.173-178. HESSE, Johannes. **Filosofia dos valores**. Coimbra: Almedina, 2001, p.03-10.

<sup>85</sup> SANDEL, Michael J. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p.307.

*religião para defender suas causas. Assim, dizer que homens e mulheres não deveriam levar sua 'moral pessoal' para os debates sobre políticas públicas é um absurdo. Nossa lei é, por definição, uma codificação da moralidade, grande parte dela fundamentada na tradição judaico-cristã.*

Enfim, os estudos e premissas apresentadas no presente item da tese tem por escopo apresentar a estrutura e aplicação da teoria comunicacional do direito ao negócio jurídico, especialmente da conformação da norma jurídica que em última análise vem a ser o negócio jurídico que nada mais faz aplicar no ato de intelecção do intérprete e do aplicador (considerando o repertório cultural de ambos) no caso concreto às normas positivadas para realizar a concreção do fato e realizar uma norma jurídica concreta e individual.

Passa-se, a partir do próximo capítulo ao estudo da teoria do negócio jurídico e sua evolução para se chegar ao contexto de aplicação da teoria comunicacional do direito ao negócio jurídico, sustentando-se, pois, a tese de uma nova conformação do mesmo enquanto fenômeno jurídico de alta relevância para a sociedade e de efetivo efeito prático na vida das pessoas.

## CAPÍTULO II – O NEGÓCIO JURÍDICO E SUA AFIRMAÇÃO HISTÓRICA E CIENTÍFICA

### 2.1 DEFINIÇÃO E ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO NEGÓCIO JURÍDICO

É sabido que o direito romano não conheceu enquanto doutrina a teoria do fato jurídico. Ao que consta, a primeira definição do fato jurídico foi de Savigny<sup>86</sup> que expressou a figura do fato jurídico como acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e terminam.

Marcos Bernardes de Mello<sup>87</sup> ao tratar sobre a teoria tradicional do fato jurídico e, por conseguinte, do negócio jurídico, também esclarece:

*Assim, apenas como exemplo, a de Santoro Passarelli: 'são fatos jurídicos os que produzem um evento jurídico que pode consistir, em particular, na constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, ou, também, na substituição duma relação nova a uma relação preexistente, e, ainda, na qualificação duma pessoa, duma coisa, ou de um fato.' Essas definições, como se vê, ressaltam a função que o fato jurídico tem no mundo do direito, qual seja, a de produzir efeitos jurídicos, por isso que as poderíamos denominar definições funcionais. Mas, conforme tivemos ocasião de aludir e demonstrar, a eficácia jurídica não é elemento essencial do fato jurídico, tanto assim que há fatos jurídicos que existem, validamente, e deixam de existir sem haver produzido seus efeitos jurídicos específicos, como acontece com o testamento revogado pelo testador, e.g. É verdade indiscutível que a finalidade precípua do fato jurídico reside na produção de efeitos jurídicos, porque seria até sem sentido, mesmo ilógico, que se imaginassem fatos jurídicos sem qualquer utilidade para a realidade da vida humana no plano de suas relações interpessoais e que constituíssem meras entidades formais puramente abstratas.*

---

<sup>86</sup> SAVIGNY, M. F. C. von. **Sistema del derecho romano actual**. Tradução de Jacinto Messia y Manoel Poley Centro. 2ª ed., Vol. II. Madrid: Góngora, s/d, p.142.

<sup>87</sup> MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**. Plano da existência. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.112.

No caso há uma questão indiscutível que alguns fatos jurídicos circunstancialmente podem não gerar efeitos, sem perder a característica própria dos mesmos. A doutrina de Pontes de Miranda invoca lições de Windscheid, como explica Marcos Mello:

*Um direito nasce, extingue-se, modifica-se – isso quer dizer: é consequência da real atuação daquele fato ao qual o ordenamento jurídico liga o ser, não ser, o ser diversamente do direito. Desse fato se diz que ele gera, suprime, modifica o direito; isso que realmente se efetiva é a declaração do ordenamento jurídico relacionada a este fato. Autores mais modernos, com trabalhos realizados, já vigente o BGB, trouxeram contribuições relevantes ao aperfeiçoamento do conceito de fato jurídico. Deve-se, porém, a Pontes de Miranda, a melhor conceituação do fato jurídico, porque, analisando os seus elementos estruturais essenciais, fixou-se o contorno de modo preciso e definitivo. Estas suas palavras resumem muito bem o seu pensamento: '[...] o fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico [...] no suporte fático se contém, por vezes, fato jurídico, ou ainda se contém fatos jurídicos. Fato jurídico é, pois, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanar, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade.'*<sup>88</sup>

Em linhas de continuidade, como no presente trabalho científico, o corte investigativo recai sobre a conformação e interpretação do negócio jurídico (uma espécie de fato jurídico) no contexto linguístico, é importante conceber como uma evolução interpretativa da conformação do negócio jurídico a tese que se apresenta, mediante a aplicação da teoria comunicacional do direito.

Veja-se que até então na análise do fato jurídico quanto do próprio negócio jurídico, Marcos Mello<sup>89</sup> reforça a posição de Pontes de Miranda, onde:

*[...] após acurado estudo dos fatos jurídicos, a partir da revisão dos processos lógicos e metodológicos empregados para classificar os fatos jurídicos, a precisão classificatória, segundo a rigorosa aplicação do critério de individuá-los com fundamento nos dados nucleares (cerne) de seu suporte fático. A partir dessa orientação*

---

<sup>88</sup> MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**. Plano da existência. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.113.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p.118.

*metodológica, podemos identificar como elementos nucleares (cerne) diferenciais: a) a conformidade ou não-conformidade do fato jurídico com o direito, b) a presença, ou não, de ato humano volitivo no suporte fático tal como descrito hipoteticamente na norma jurídica. Esse critério tem indiscutível caráter científico, uma vez que se funda em dado invariável do fato jurídico (o elemento cerne do suporte fático hipotético), conduz a que se possa classificar qualquer de suas espécies com um grau de certeza praticamente absoluto. Basta conhecer a descrição normativa do suporte fático para que se possa identificar de qual espécie se trata. O erro que porventura possa existir ficará sempre por conta da má interpretação da norma.*

O Código Civil brasileiro de 2002 fez uma substituição da expressão “ato jurídico”, como era utilizado no Código Civil brasileiro de 1916 pela expressão específica “negócio jurídico” ante sua amplitude de conteúdo e necessidade de regulamentação. Manteve-se a expressão “dos fatos jurídicos” (em sentido amplo) onde se pode extrair a classificação “fatos naturais” (ou fatos jurídicos *strictu sensu*) ordinários e extraordinários, bem como os fatos humanos (ou atos jurídicos em sentido amplo) lícitos (onde se tem o ato jurídico em sentido estrito ou meramente lícito e o negócio jurídico) e os ilícitos (ato-fato jurídico). A mencionada classificação é amplamente aceita pela doutrina civilista brasileira.

No que tange ao negócio jurídico, a expressão não é empregada no Código Civil brasileiro de 2002 com a conotação comum de operação comercial, mas sim como uma subespécie do atos jurídicos lícitos, na medida em que o Código Civil brasileiro de 1916 não fazia a subdivisão.

A conformação do negócio jurídico enquanto uma subespécie de ato jurídico lícito teve o seu desenvolvimento na Alemanha e na Áustria sendo que o primeiro tratamento jurídico positivado ocorreu no Código Civil Alemão (BGB) onde, na doutrina de Karl Larenz, obteve a definição do seguinte conceito: “*negócio jurídico é um ato, ou uma pluralidade de atos, entre si relacionados, quer sejam de uma ou de várias pessoas, que tem por fim produzir efeitos jurídicos, modificações nas relações jurídicas no âmbito do direito privado.*”<sup>90</sup>

Para posicionamento, portanto, consideram-se que os atos lícitos dividem-se em: a) ato jurídico em sentido estrito ou meramente lícito onde o efeito da manifestação de vontade está contido na própria lei, por exemplo, a notificação para constituição em mora do devedor, tradição, ocupação, reconhecimento de filho; b) ato-fato jurídico onde se destaca a

---

<sup>90</sup> LARENZ, Karl. **Derecho civil, parte general**. Edição espanhola. Caracas: Edersa, 1978, p.421.

consequência do ato, a resultante dele independente da vontade de praticar ou não o ato pelo agente, como, por exemplo, o achado de tesouro a teor do artigo 1264 do Código Civil; c) o negócio jurídico onde há manifesta declaração de vontade visando diretamente alcançar um fim prático permitido na lei e esperado pelas partes, como, por exemplo, no contrato de compra e venda.<sup>91</sup>

A rigor, a manifestação de vontade presente no negócio jurídico tem uma finalidade negocial que busca, a teor do artigo 81 do Código Civil brasileiro de 1916, adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. O ato volitivo tem uma natureza jurídica distinta no campo do negócio jurídico e enseja um feixe diferenciado de percepções que ora se envolve na presente tese com a teoria comunicacional do direito, dando-lhe uma roupagem nova, diferenciada. Assim, apresenta-se outra forma de concepção da conformação do negócio jurídico e até por via oblíqua do fato jurídico, diferente da doutrina até então que se apresenta.

Emilio Betti, ao conceituar o negócio jurídico, apresenta uma crítica ao dogma da vontade e discorre sobre a estrutura da autonomia privada e suas consequências para conformação do negócio jurídico, contudo, sem também incursionar sobre o viés comunicacional que o mesmo possui. Com a palavra Emilio Betti<sup>92</sup>:

*La institución del negocio jurídico no consagra la facultad de 'querer' en el vacío, como place afirmar a certo individualismo que no ha sido aún extirpado de la dogmática actual. Más bien, según hemos visto, garantiza y protege la autonomía privada, en la vida de relación, em cuanto se dirige a ordenar intereses dignos de tutela en las relaciones que los afectan. Esto afirmado, es fácil llegar a definir el negocio jurídico según sus caracteres genéticos y esenciales. Es e lacto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (actos de autonomía privada), y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo (típica en este sentido). [...] El negocio da lugar a três distintas cuestiones: a) como es (forma); b) que cosa és (contenido); c) por qué es (causa). [...] Una definición corriente, en cambio, caracteriza el negocio como una manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos. Pero esta calificación formal, inspirada en el famoso 'dogma de la voluntad', no recoge su esencia. La cual reside en la autonomía, en la autorregulación de*

---

<sup>91</sup> Cita-se, como referência doutrinária por todos, a classificação estabelecida por: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquemático** - Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011, p.249-251.

<sup>92</sup> BETTI, Emilio. **Teoría general del negocio jurídico**. Tradução para o espanhol de A. Martin Perez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/d, p.51-52.

*interesses en las relaciones privadas; autorregulación que el individuo no debe limitarse a querer, a desear, sino más bien a disponer, o sea, actuar objetivamente. Con el negocio el individuo no viene a declarar que quiere algo, sino que expresa directamente el objeto de su querer, y éste es una regulación vinculante de sus intereses en las relaciones con otros. Con el negocio no se manifiesta un estado de ánimo, un modo de ser del querer, lo que tendría una importância puramente psicológica, sino que se senala un critério de conducta, se establece una relacion de valor normativo.*

Como vem sendo sustentado há uma intrínseca ligação entre comunicação, linguagem e direito mostrando-se como um novo conceito de estudo do fenômeno jurídico, no caso específico, do fenômeno do negócio jurídico descortinando-se um formato comunicacional do tema. Veja-se a doutrina de Paulo Ayres Barreto<sup>93</sup>:

*Ao tomarmos o direito como um fato comunicacional, que pode e deve ser analisado como uma manifestação de linguagem, descortinam-se inúmeras perspectivas para o aprofundamento dos estudos jurídicos. Trata-se de concepção relativamente recente, em termos históricos, e que, como lembra Paulo de Barros Carvalho, situa-se 'no marco da filosofia da linguagem, mas pressupõe interessante combinação entre o método analítico e a hermenêutica, fazendo avançar seu programa de estruturação de uma nova e instigante Teoria do Direito, que se ocupa das normas jurídicas enquanto mensagens produzidas pela autoridade competente e dirigidas aos integrantes da comunidade social. Tais mensagens vêm animadas pelo tom da juridicidade, isto é, são prescritivas de condutas, orientando o comportamento das pessoas de tal modo que se estabeleçam os valores presentes na consciência coletiva.' Tal concepção abre ensanchas a novos campos de investigação científica, potencializando o instrumental analítico à disposição do estudioso do Direito.*

Na definição do negócio jurídico, essencialmente, a doutrina atual se apega à gênese ou à função do negócio jurídico. Vale dizer, como acentua Antônio Junqueira de Azevedo<sup>94</sup>, quando o negócio jurídico é definido como ato de vontade que visa alcançar efeitos está atrelada a figura da autonomia da vontade e, outrora, quando o define como um preceito, ou

<sup>93</sup> BARRETO, Paulo Ayres. Comunicação, linguagem e direito. In: ROBLES, Gregório; CARVALHO, Paulo de Barros (Coords.). **Teoria Comunicacional do Direito**: diálogo entre Brasil e Espanha. São Paulo: Noeses, 2011, p.387-388.

<sup>94</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p.1-2.

seja, como lei entre as partes, o situa no plano escalonado de normas jurídicas superiores e inferiores aproximando-o com um auto-regramento da vontade.

Assim, como acentua Antônio Junqueira de Azevedo há duas correntes acerca da concepção do negócio jurídico: a “voluntarista” e a “objetiva”, contudo, ao sentir do aludido doutrinador o negócio jurídico, tem uma “estrutura” com “gênese” e “função” claramente definidas<sup>95</sup>, posição também adotada nesta tese, mas com uma roupagem nova que se dará nos capítulos seguintes no que tange a teoria comunicacional do direito.

Por adotar uma definição estruturante do negócio jurídico surge como elemento preponderante a questão da declaração de vontade. Neste ponto, transcreve-se Antônio Junqueira Azevedo: “*negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.*” Ainda, na mesma linha o autor também apresenta o negócio jurídico estruturalmente no âmbito de categoria como suporte fático que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias negociais que fazem com que socialmente essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos.

Para Azevedo, portanto:

*[...] negócio jurídico, como categoria, é, pois, a hipótese normativa consistente em declaração de vontade (entendida esta expressão em sentido preciso, e não comum, isto é, entendida como manifestação de vontade, que, pelas suas circunstâncias, é vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos). Ser declaração de vontade é a sua característica específica primária. Segue-se daí que o direito, acompanhando a visão social, atribui, à declaração, os efeitos que foram manifestados como queridos, isto é, atribui a ela efeitos constitutivos de direito – e esta é a sua característica específica secundária.<sup>96</sup>*

---

<sup>95</sup> A doutrina de Antônio Junqueira Azevedo faz um breve esboço histórico da definição do negócio jurídico e adota a definição do mesmo pela sua estrutura, ou seja, não buscando saber como ele surge, nem somente quais seus efeitos, mas sim o que ele efetivamente é. Como referência citamos o Capítulo Primeiro da obra: AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p.4-10.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p.16.

No capítulo segundo da mencionada obra de Antônio Junqueira de Azevedo é traçado uma perspectiva que tornou-se clássica na investigação do negócio jurídico. Como uma espécie de fato jurídico, o negócio jurídico terá que ter existência, validade e eficácia e, assim, deverá sempre ser analisado, visto que existe no mundo real e é qualificado se apreendido como norma; tem eficácia porque produz efeito jurídico; tem validade porque precisa preencher os requisitos legais, pois no momento que exara a vontade terá existência, mas pra que tenha validade terá que preencher os requisitos legais (artigo 104, do Código Civil). No que tange a eficácia diz serem condições, encargo e modo que implicam de maneira decisiva em sua produtividade. Os elementos negociais podem ser identificados como essenciais, naturais e acidentais.

Os elementos essenciais permeiam a estrutura do negócio e sem eles o negócio jurídico não tem existência (coesão, preço e consenso). Os elementos naturais decorrem do próprio negócio, por força de lei (evicção), como consequência. Já os acidentais são cláusulas que os contratantes inserem no negócio, alterando as consequências como a condição, o termo e o encargo.

No plano de existência, Antônio Junqueira Azevedo estuda a obra de Biondo Biondi<sup>97</sup>, lembrando que os Romanos não conheciam a categoria de negócio jurídico, mas apenas atos típicos que tinham estrutura própria e regime jurídico próprio. Quando os romanos falavam em elementos naturais, essenciais e acidentais referiam-se a elementos determinantes, categorias dos atos. Silvio Rodrigues fala em elementos constitutivos que dizem respeito ao conteúdo do negócio jurídico e fala em pressupostos de validade (capacidade, objeto lícito e forma).

Carnelutti já fez a distinção entre ato jurídico como lícito negocial e ato lícito não negocial e ato ilícito. Para Carnelutti existem requisitos que são caracteres jurídico relevantes e desdobram-se em três modalidades: pressupostos, elementos e circunstâncias. Carnelutti dá ênfase no plano eficaz. Primeiro averigua-se se ato se relaciona com a relação jurídica; segundo, os elementos vem a ser o modo de ser do contrato em si, sem relacioná-lo com a relação jurídica; terceiro, as circunstâncias que é o modo de se ser do contrato com o mundo externo.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> BIONDI, Biondo. **Istituzioni di diritto romano**. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1965, p.176.

<sup>98</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**. 3ªed. Roma: Foro Italiano, 1951, p.200.

Essencialmente, tem-se as seguintes posições quanto aos planos de investigação do negócio jurídico: Carnelutti aponta a análise no plano da eficácia; Silvio Rodrigues no plano de validade (positivista); Antônio Junqueira Azevedo dimensiona nos planos de existência, validade e eficácia.

Nesta tese, filia-se à posição de Antônio Junqueira Azevedo, com a análise sobre os planos de existência, validade e eficácia, com a particularidade de aplicação da teoria comunicacional do direito sobre o mesmo, diferenciando-se, pois, das demais. Nesse contexto, os elementos de existência, os requisitos de validade e os fatores de eficácia do negócio jurídico se instrumentalizam por meio de um processo comunicacional, com a linguagem social vertida para a linguagem do direito para caracterização do negócio. Veja-se, pois, que o negócio jurídico não deixa de ser analisado nos três planos, todavia, acrescenta-se à conformação do negócio jurídico os elementos da teoria comunicacional do direito, vertendo-o nos planos sintático, semântico e pragmático.

Junqueira Azevedo exemplifica que no plano de existência tem-se alguns tipos contratuais como:

*São existenciais, por exemplo, todos os contratos de consumo [...], o contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de locação da casa própria, o de conta corrente bancária [...].*<sup>99</sup>

Antônio Junqueira Azevedo apresenta o negócio jurídico contendo caracteres no plano de existência, apenas como aqueles elementos para que o negócio jurídico possa existir. São fatores ou caracteres do negócio jurídico o conjunto de elementos, gama de requisitos e fatores eficaciais. Para ele, nos elementos do negócio jurídico são aqueles dados que compõem a sua existência. Por exemplo, o ato de comprar e vender possui abstração, mas também é *in concreto*. Então, no plano de existência, os elementos do negócio jurídico são gerais, categoriais e particulares.<sup>100</sup>

Os elementos gerais no plano de existência são intrínsecos ou constitutivos, comuns a todos os negócios: forma, objeto e circunstâncias, lembrando que o estudo do negócio jurídico

---

<sup>99</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.186.

<sup>100</sup> Idem. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p.23-26.

deve considerar simultaneamente existência, validade e eficácia. A forma é declaração de vontade (expressa, tácita, silêncio); o objeto é o que se pretende como conteúdo, ou seja, as cláusulas conformadoras do negócio; os elementos circunstanciais são os que ficam da declaração de vontade despida da forma e objeto para que seja dimensionado socialmente seu reconhecimento. Além desses elementos gerais intrínsecos e constitutivos aponta Junqueira Azevedo os elementos extrínsecos ou pressupostos indispensáveis do negócio jurídico no plano de existência e que consistem no agente, no lugar e no tempo.

Os elementos essenciais extrínsecos existem antes do negócio jurídico ser feito e servem para identificar o negócio jurídico. O agente é aquele que tem capacidade de agir no mundo jurídico, ou seja, aptidão e personalidade jurídica. Há sujeito de direito que não tem personalidade, como a família, pessoa de fato, nascituro e, assim, para inexistência do negócio jurídico basta faltar quaisquer desses elementos extrínsecos ou intrínsecos. Se faltar tempo e lugar não há fato jurídico e, por consequência, não existe negócio jurídico e se faltar agente pode haver um fato mas faltar o negócio jurídico; sem circunstância negocial, forma ou objeto pode haver um fato mas não existir negócio jurídico, portanto, todos os elementos devem simultaneamente acontecerem.

Elementos categoriais no plano de existência são aqueles que além dos elementos gerais também não podem faltar e os elementos categoriais resultam da norma jurídica, ou seja, a lei outorga esses elementos. O negócio jurídico para ter existência precisa ter o aval da lei, ou seja, estar em conformidade com a norma jurídica verificando qual é a natureza jurídica do negócio. Os elementos categoriais podem ser naturais ou derogáveis e essenciais ou inderrogáveis abrangendo o preço e a coisa; é o mínimo *donandi* na doação, por exemplo; elementos categoriais naturais ou derogáveis são impostos por lei, mas a lei permite que se afastem esses elementos como, por exemplo, a evicção que decorre da lei, mas pode ser ajustada sua não incidência no negócio concreto, através de cláusula pactuada entre as partes contratantes.

Elementos essenciais no plano de existência podem ser particulares, mas não integram o negócio jurídico e são dependentes da vontade das partes (condição, termo, encargo, cláusula penal). Eles ligam a existência do negócio jurídico à eficácia do mesmo. Os elementos de existência do negócio jurídico podem ser legais ou voluntários. Se faltar um elemento geral, o negócio jurídico é inexistente. Há uma aparência de negócio jurídico se ele

não puder ser validado. É preciso analisar o negócio jurídico para averiguar se existe em seus elementos gerais, categoriais (pode dar origem a nulidade) e particulares.

Há que se destacar que a doutrina reconhece ainda o princípio da conservação do negócio jurídico que enseja não só o aproveitamento, como a manutenção e conservação do mesmo. Assim, na falta de elementos gerais pode se caracterizar a inexistência do negócio jurídico; na falta dos elementos categoriais pode caracterizar a nulidade do negócio jurídico.

Observando a questão da autonomia privada especialmente como um poder de manifestação dos particulares, embora não absoluto, pois limitado pelo sistema para não ultrapassar o equilíbrio e a ordem social cita-se Luiz Díez-Picazo e Antônio Gullón, onde os limites da autonomia privada são a lei, a moral e a ordem pública.<sup>101</sup> Na doutrina de Joelma Ticianelli, existem limites objetivos e subjetivos do negócio jurídico no âmbito da Constituição Federal, como, por exemplo, o princípio da livre iniciativa, da livre concorrência, da soberania nacional, da liberdade de profissão, da propriedade e da função social da propriedade e do contrato. Em análise dos elementos do negócio jurídico, Joelma Ticianelli<sup>102</sup> discorre:

*Os elementos que compõem a existência do negócio jurídico são: 1) essenciais: a estrutura dos atos, sem os quais o negócio não existe; 2) naturais: as consequências dos atos; 3) acidentais: ação das partes para modificar algumas consequências (segundo Washington de Barros Monteiro). Ainda, Antônio Junqueira Azevedo, dentro do plano da existência, considera os elementos: a) gerais – comuns a todos os negócios e indispensáveis à sua existência: formas, objeto e circunstâncias; b) categoriais – próprios de cada tipo de negócio, resultam da ordem jurídica e não da vontade das partes, como a obrigação de segurança nos contratos de transporte; c) particulares – em negócio determinado, são elementos voluntários, como a entrega de algo dependendo de evento futuro e certo. Tais elementos são intrínsecos. Os extrínsecos – tempo, lugar, agente – são pressupostos, pois existem antes do negócio. O objeto deve ser lícito, possível e determinado ou determinável. O agente deve ser capaz e legitimado para o negócio. O tempo e o lugar devem ser determinados de acordo com a lei. O ato jurídico e o negócio jurídico dependem dos elementos gerais intrínsecos e extrínsecos, caso contrário, serão inexistentes. No plano de validade o principal requisito para caracterizar o negócio jurídico é a declaração da vontade, com consciência da realidade, livre, deliberado, sem má-fé. No plano de eficácia o negócio jurídico só produzirá efeitos após percorrer todos os planos da existência,*

<sup>101</sup> DIÉZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antônio. **Sistema de Derecho Civil**. Vol. I. Madrid: Tecnos, 1994, p.374.

<sup>102</sup> TICIANELLI, Joelma. Limites objetivos e subjetivos do negócio jurídico na CF88. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**. Caderno I. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.44-45.

*validade e eficácia. No direito de família, existe a proteção da vontade real as pessoas que realizam os negócios jurídicos, p. ex., o testamento, onde prevalece a vontade do testador. Os elementos objetivos envolvem o próprio conteúdo do negócio e originam os negócios abstratos. Há dois grupos: 1) elementos objetivos com causa pressuposta, p. ex., não existirá o negócio jurídico no caso de contrato de mútuo sem a entrega do bem e 2) elementos objetivos com causa final, p. ex., troca, compra e venda.*

Tem-se, pois, que no âmbito do negócio jurídico contratual, os princípios da teoria contratual clássica tinham como fundamento: a) autonomia da vontade (liberdade contratual); b) vinculação (*pacta sunt servanda*); c) relatividade das convenções contratuais. Em linhas evolutivas, atualmente se apresentam princípios de uma nova teoria contratual baseado: a) na boa-fé objetiva; b) equilíbrio econômico; c) função social do contrato. Princípios estes baseados na perspectiva civil-constitucional.

É importante registrar, também, a evolução doutrinária que atualmente se encontra a relação jurídica negocial do contrato. Nesse ponto, transcreve-se, como referencia no Brasil, alguns dos Enunciados aprovados na III Jornada de Direito Civil, elencando os seguintes pontos doutrinários sobre o Código Civil de 2002 representando uma interpretação pragmática do elemento normativo prescritivo, à luz da teoria comunicacional do direito:

*En. 166 – Arts. 421 e 422 ou 113. A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil.*

*En. 167 – Arts. 421 a 424. Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.*

*En. 168 – Art. 422. O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação.*

*En. 169 – Art. 422. O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.*

*En. 170 – Art. 422. A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.*

*En. 171 – Art. 423. O contrato de adesão, mencionado nos arts. 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo.*

*En. 172 – Art. 424. As cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é*

*possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como, por exemplo, aquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002.*

*En. 173 – Art. 434. A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente.*

*En. 174 – Art. 445. Em se tratando de vício oculto, o adquirente tem os prazos do caput do art. 445 para obter redibição ou abatimento de preço, desde que os vícios se revelem nos prazos estabelecidos no parágrafo primeiro, fluindo, entretanto, a partir do conhecimento do defeito.*

*En. 175 – Art. 478. A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, inseridas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz.*

*En. 176 – Art. 478. Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.*

Apresentam-se, no tópico seguinte, doutrinas estruturantes do negócio jurídico no âmbito do direito civil comparado, para que seja possível dimensionar a evolução do instituto no Brasil em comparação com outros três países, que possuem relevância para o direito brasileiro e demonstrar, posteriormente, a aplicação da teoria comunicacional do direito sobre o negócio jurídico.

## 2.2 DOUTRINAS ALEMÃ, ITALIANA E FRANCESA DO NEGÓCIO JURÍDICO

Inicialmente, destaca-se a doutrina de Maria Helena Diniz, que expõe o chamado ato jurídico “stricto sensu” que seria aquele que surge como mero pressuposto de efeito jurídico preordenado pela lei, sem função e natureza de auto-regulamento, classificando-o como ato material, por exemplo, de ocupação, derruição, fixação e transferência de domicílio, descoberta de tesouro, comissão, confusão, adjunção, especificação, pagamento indevido e, também, de participação, por exemplo, como intimação, interpelação, notificação, oposição, aviso, confissão, denúncia, convite. Pela clareza doutrinária quanto a distinção entre ato jurídico “stricto sensu” e negócio jurídico transcreve-se Maria Helena Diniz<sup>103</sup>:

<sup>103</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. I, 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.426.

*a) Negócio jurídico, segundo Santoro-Passarelli, é ato de autonomia privada, com o qual o particular regula por si os próprios interesses, logo a sua essência é a auto-regulação dos interesses particulares reconhecida pelo ordenamento jurídico, e o ato jurídico stricto sensu não tem função e natureza de auto-regulamento. b) A presença necessária da emissão da vontade no negócio jurídico e sua conformidade com a lei sugere uma investigação a esse elemento volitivo, o que já não ocorre com o ato jurídico em sentido estrito em que a intenção das partes situa-se em plano secundário, e cujo efeito se produz ex lege. c) A função torna-se, no negócio jurídico, um objeto, porque em relação a ele a ordem jurídica admite autonomia privada; no ato jurídico não se pode falar em objeto, porque no que concerne a ele a ordem jurídica requer autonomia privada, sendo que sua função consiste na realização do interesse de cuja satisfação o ato é ordenado, segundo a rigidez da previsão normativa. Assim, o negócio jurídico considera o escopo colimado pelos interessados; o ato jurídico stricto sensu só se atém à função que a ordem jurídica estabelece para o próprio ato.*

Todavia, no âmbito do negócio jurídico e à luz da doutrina<sup>104</sup> de Renan Lotufo, Maria Helena Diniz, Emilio Betti e Luigi Ferri delinea-se, brevemente, as doutrinas alemã, italiana e francesa, acerca da evolução do negócio jurídico e dos atos não negociais. Veja-se a seguinte sequência: direito romano; teoria do negócio jurídico; teoria do ato jurídico em sentido estrito; doutrina alemã – negócio jurídico e ato não negocial; doutrina italiana de Santi Romano – os atos materiais, atos jurídicos e negócio jurídico; doutrina francesa do negócio jurídico; corrente objetivista e subjetivista.

Em linhas de continuidade, sabe-se que a declaração vinculante consistente de uma vontade, tem relação na comunicação feita a outra parte com a intenção de realizar ou alcançar uma finalidade. Intenção de vincular a ambos em um dado objetivo. É negócio jurídico o comportamento omissivo caracterizado quando a falta de declaração de vontade a lei lhe confere o efeito de uma declaração positiva ou negativa. Comportamento omissivo, com efeito de declaração de vontade. É também negócio jurídico o comportamento que produz, por força de lei, o efeito de modificar a situação jurídica da pessoa. São aqueles comportamentos onde se inserem vontade presumida. Também o comportamento que tem a função de transmitir uma manifestação de vontade a outrem equivale a uma manifestação de vontade vinculada.

---

<sup>104</sup> BETTI, Emilio. **Teoria general del negocio jurídico**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/d, p.1-32. LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2004, p.268-278. FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Granada: Editorial Comares, 2001, p.36-78. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. I, 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.427-438.

Comportamento que indica manifestação volitiva. O negócio jurídico também pode decorrer de omissões e atos que não são só declarações de vontade. O ato negocial (ato jurídico em sentido estrito) pode ser o ato puramente externo, por exemplo, a especificação como um ato externo que pode trazer consequência jurídica. Ato não negocial também e o ato ligado a fato interno como três espécies: concurso de um fato externo e um ato interno (fixação de domicílio) e ânimo de fixar em um determinado local; ato que constitui aperfeiçoamento de um fato interno relevante mas que teve por objetivo uma conduta externa e aperfeiçoamento de ato interno relevante exteriorizado pelo ato externo (reconhecimento de paternidade); ato ligado a um fato interno (notificação, protesto, etc.).

Na Itália (Santi Romano) tem-se a percepção dos atos materiais, atos jurídicos e atos como negócios jurídicos. Atos materiais como detenção física da coisa para obter a posse dela; meramente atos materiais; já os atos jurídicos seriam manifestações de vontade com exteriorização de sentimento expressas ou tácitas como perdão, confissão, notificação como atos jurídicos. Já, o negócio jurídico seria o efeito querido pelo emissor da vontade e imposto a outrem, negócio jurídico é o ato jurídico normativo que consiste no ato de dar a si um ordenamento jurídico. Registre-se, nesse tocante, a doutrina de Luigi Ferri acerca da caracterização do negócio jurídico como fonte normativa concreta e individual, citando, inclusive, Santi Romano. Transcreve-se Luigi Ferri<sup>105</sup>:

*El lector ha visto ya, al recorrer las páginas anteriores, que considero el negocio jurídico como fuente normativa, entendiendo tal expresión en el sentido de modo de manifestación de normas jurídicas. Pienso que la expresión fuente normativa es sinónima de fuente de conocimiento y, también, de fuente de producción. Cuando se habla de fuente normativa se pone de relieve el contenido del acto creador de derecho: el negocio jurídico es fuente normativa en cuanto tiene un contenido de normas. (nota) Así, entre otros, Santi Romano, Contractti collettivi di lavoro e norme giuridiche, en Arch, sutudi corp, 1930, p. 27, afirma que desde el punto de vista del derecho positivo ha de considerarse norma sólo aquella que, emanada de sujetos de derecho público, tenga los caracteres de generalidade ya abstracción.*

---

<sup>105</sup> FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Tradução para espanhol de Luis Sancho Mendizábal. Granada: Editorial Comares, 2001, p.27.

Para a corrente objetivista o negócio jurídico é o poder de autoregulação de interesses particulares dentro dos limites legais que retira sua força vinculante do direito positivo, estando em conformidade com o sistema normativo.

Para a teoria subjetivista, no negócio jurídico basta a declaração de vontade dirigida a uma fim prático, tutelado pelo ordenamento jurídico. Existe o efeito jurídico que decorre de lei e o efeito prático pretendido pelas partes no plano econômico ou social. As consequências jurídicas nem sempre coincidem com a vontade das partes. Os objetivistas acentuam que decorre da lei. Os subjetivistas pretendem o fim prático (econômico social) que as vezes não pode coincidir com o que está previsto em lei.

Os elementos acidentais do negócio jurídico são elementos facultativos e consistem em condição, termo e encargo. A condição subordina o efeito a um acontecimento futuro e incerto. Alguns negócios jurídicos não comportam condição, pois se condicionados forem podem violar a moral e o interesse público como no direito de família (adoção, casamento, etc.) Também não podem condicionar atos unilaterais receptícios. Poderia afetar relação patrimonial de outra pessoa, aceitação, recusa de legado, escolha de obrigação alternativa, onde aumenta o rol dos atos que não comportam condição como os direitos da personalidade direitos que concomitantemente são deveres (poder-dever), direitos de família em geral. Direitos que não comportam incertezas como aceitação e repúdio de herança. Condição em reconhecimento de filho não será aceita e será considerada inexistente ou não escrita. Emancipação convencional também não comporta condição e a emancipação legal também não.

A tutela e curatela se forem condicionadas as mesmas valerão mas a condição será cláusula não escrita. Não se pode colocar condição em aceitação de herança, condição de testamenteiro ou inventariante. Não pode haver condição em pacto antenupcial. A legítima de herdeiro pode ser restringida com cláusula de incomunicabilidade e inalienabilidade desde que seja justificado. Letra de Câmbio não comporta condição pois as relações cambiárias não podem possuir incertezas. A condição não se presume mas sim decorrerá de vontade entre as partes. Se houver dúvida o ato será entendido como puro e simples. Se entender a condição não escrita o negócio jurídico prevalece como puro e simples, mas se for nula será passível de atingir todo o ato.

Discorrendo brevemente ainda sobre elementos acidentais, tem-se a condição suspensiva ou resolutiva. Na condição suspensiva a eficácia do negócio jurídico fica adstrita a

evento futuro e incerto; a condição resolutiva faz cessar a eficácia do negócio jurídico mediante ocorrência de evento futuro e incerto. No direito romano as condições conhecidas eram apenas as suspensivas e não as resolutivas.

Existem também as condições positivas ou negativas. A condição positiva ocorrerá com a verificação de evento futuro e incerto, já a negativa o negócio ficará subordinado não verificação de acontecimento futuro e incerto. Condição potestativa decorre da verificação ou não do evento depender da vontade de uma das partes. Condição mista vem com a verificação ou não do evento depender da vontade, do acaso ou de terceiro. Condição casual a verificação ou não do evento não depende da vontade. Condição divisível pode ser cumprida por partes, já a condição indivisível deve ocorrer integralmente. Há condição conjunta se o negócio jurídico estiver sujeito a várias condições suspensivas ou resolutivas sendo que todas devem ser cumpridas. Na condição alternativa o negócio jurídico fica subordinado a várias condições, mas se ocorrer uma delas já vincula o efeito. A condição resolutiva pode ser expressa ou tácita. A condição resolutiva expressa, opera-se de pleno direito, já a condição resolutiva tácita por lei ou estando vinculada em contratos bilaterais e *ipso iur* deverá ser pleiteada a resolução.

Como requisitos da condição tem-se: evento determinado não podendo ser acontecimento indeterminado ou deliberado por outra pessoa. Futuro, pois acontecimento não pode ser presente ou passado. Admite-se evento passado mas ignorado pela parte como no código civil Francês, aí será condição imprópria suspendendo os efeitos do negócio até que as partes saibam da sua ocorrência. Incerteza do evento deve ser objetiva, mas não considera acontecimento incerto que advenha da causalidade ou decurso de tempo (termo).

No que diz respeito a possibilidade do evento: os romanos já falavam do evento que precisa ser possível como ato condicional *inter vivos*, atos condicionais causa mortis com condição impossível e não escrita. Quando a condição é inexistente preserva o negócio jurídico como puro e simples. Quando a condição é nula atinge o negócio jurídico também. A licitude da condição enseja que ela não pode contrariar a lei, a moral e os bons costumes.

Condições ilícitas não podem contrariar a lei e nem a ordem pública. Isto é condição ilícita que contraria a lei e prejudica interesse de particulares. Condição ilícita contraria a ordem pública e atinge interesses gerais e também de particulares. Normas de ordem pública são normas cogentes e também normas internacionais. Também é ilícita a condição que contraria os bons costumes. Alguns autores equiparam condição contrária aos bons costumes

com as condições juridicamente impossíveis, todavia, Vicente Ráo<sup>106</sup> entende que são inconfundíveis as condições ilícitas contrárias aos bons costumes e as condições ilícitas contrária por juridicamente impossível. Condição juridicamente impossível é nula e também anula o negócio jurídico. É válida a condição alternativa se uma é possível e a outra for impossível. Nulo é o negócio jurídico sob condição alternativa se uma delas for ilícita (contrária a lei, aos bons costumes e a ordem pública).

Já a condição ilícita resolutive não é válida (faz a doação caso venha a matar uma pessoa, por exemplo), e a condição resolutive válida (faz a doação caso não frequente lugar de corrupção). As condições contrárias aos bons costumes simplesmente potestativas, pois dependem da vontade exclusiva de uma das partes. Condições casuais são contrárias aos bons costumes enseja de nulidade a condição. Nula é a condição suspensiva ou resolutive que visar a prática de ato ilícito. Nula é a condição se a eficácia depender de ato das partes e for contrária aos bons costumes. A caracterização de prática de ato ilícito de outrem. As condições que privam o negócio jurídico do efeito, condições fisicamente e juridicamente impossíveis, condições perplexas (contraditórias e incompreensíveis) geram nulidade.

Condições mistas que dependem em parte de um dos contratantes, do acaso ou de terceiro são válidas. Condições potestativas puramente resolutive serão válidas e não anulam o ato. Na condição puramente potestativa resolutive o negócio jurídico produz efeito e sua cessação, todavia, na hipótese de condição puramente potestativa suspensiva há nulidade, pois condicionará os efeitos do negócio jurídico a vontade de uma das partes, todavia, anulará somente a cláusula.

Efeitos que podem surgir na pendência de condição suspensiva de acordo, haverá os efeitos, por exemplo, do crédito não exigível, o que já é um efeito. O titular tem todos os direitos e obrigações sob condição suspensiva, o que também já é um efeito. Pode ser transferido *inter vivos ou causa mortis*. Na pendência da condição há direito de receber garantias reais, pessoais, o crédito condicional não se compensa com dívida vencida. Perda da coisa certa antes da condição resolve a obrigação. O titular do direito sob condição suspensiva pode vigorar, pode conservá-lo.

O credor condicional pode intervir no concurso de credores quando o dono da coisa for inadimplente. Prescrição não corre na pendência de condição suspensiva. Antes da

---

<sup>106</sup> RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. Vol. II, 4ª ed. São Paulo: RT, 1997, p.794-796.

condição suspensiva os bens são do titular e não do outro. Se o credor, aquele que tem direito adquirido condicional, se apoderar da coisa antes do implemento da condição pode o titular da entrar com ação declaratória contra atos de terceiros que embarquem a condição.

Na pendência de condição resolutiva os efeitos existem, como por exemplo, o titular que tem todos os direitos e ações e pode usar de todos os frutos. O negócio jurídico produz efeitos sob condição resolutiva. Pode transmitir-se por atos *inter vivos ou causa mortis*. O proprietário tem *jus disponendi* e o negócio jurídico deverá dispor estes termos. Cessa o direito do titular sob a coisa condicionada resolutivamente. Pode conservar o bem, defender com ações possessórias, reivindicatórias e o titular da coisa sob condição resolutiva pode assim realizar todos esses atos de conservação do direito. O adquirente de coisa sob condição resolutiva assume o ônus, tem de respeitar a condição resolutiva. Será falha a condição positiva se seu implemento não der em tempo hábil. Será tida como não realizada a condição positiva se não havendo tempo marcado se for certo não se realizará a circunstância. Se a condição for negativa ela será tida como realizada se houver certeza que o acontecimento nunca se realizará. O tempo para ocorrência da condição só pode ser indicado pela natureza do acontecimento pela vontade das partes ou por lei.

Quando houver dolo, malícia de alguém no implemento ou não de condição e a lei nesse caso dá como verificada a condição. A não verificação da condição só é considerada juridicamente se houver dolo do prejudicado. O Código Civil de 2002 não dispõe acerca do tema. No dolo ou na malícia implementa-se a condição, por culpa e remete ao artigo 186 do Código Civil de 2002.

Retroatividade ou irretroatividade da condição se ela falhar não produz o negócio sob nenhum efeito e o negócio jurídico torna-se puro e simples. Na Alemanha, o BGB, nos artigos 158 e 159, na condição resolutiva é puro e simples e se implementar apaga os efeitos do negócio jurídico. Não há no Brasil retroatividade, salvo se as partes convencionarem (CC Suíço, arts. 151 e 154). A regra é a irretroatividade e a retroatividade é a exceção e depende da vontade das partes.

No direito comparado tem-se como itens comparativos com o brasileiro os seguintes: Código Civil da Itália, art. 1360; Código Civil da Argentina, art. 1553; Código Civil do Uruguai, art. 1427; Código Civil de Portugal, art. 678; Código Civil da Espanha, art. 1120; todos esses países diferem do Brasil, pois a regra é a retroatividade e não a irretroatividade, inverso do Brasil, Alemanha e Suíça.

No Brasil a irretroatividade da condição somente por vontade das partes poderá haver a retroatividade dos efeitos na condição suspensiva e resolutive. Vontade das partes que estabelece o momento que a condição verificada deve produzir efeitos. Se alguém dispor de coisa sob condição suspensiva na pendência dela elaborando novas condições ela pode não prevalecer se incompatíveis com as condições anteriores. Direito de conservar frutos colhidos e percebidos, direito de ser ressarcido de benfeitorias necessárias e úteis, na condição resolutive se operada a condição produz efeito ex nunc. Irretroatividade em relação a terceiro: coisa fungível se mantém, bens móveis ante a boa-fé de terceiro, quanto a imóveis se o título não tiver sido registrado antes de ato praticado por terceiro. Na pendência de condição suspensiva há expectativa e não se fala em direito condicional adquirido. O credor tem direito eventual, mas pode praticar ato de conservação.

Para encerrar este tópico da tese, ilustrando de maneira bem clara a posição doutrinária acerca da conformação do negócio jurídico atualmente, transcreve-se trecho de Maria Helena Diniz<sup>107</sup>, que pela resume basicamente toda a doutrina acerca do tema:

*O negócio jurídico típico é o contrato. Num contrato as partes contratantes acordam que devem conduzir-se de determinado modo, uma em face da outra. Kelsen entende que este dever ser é o sentido subjetivo do ato jurídico-negocial, mas também é seu sentido objetivo. Como é o negócio jurídico fato produtor do direito, é uma norma jurídica negocialmente criada, que não estatui sanções, mas uma conduta cuja violação é o pressuposto da sanção que as normas jurídicas gerais estatuem; não é, portanto, norma jurídica autônoma, mas não-autônoma, já que é apenas uma norma jurídica em combinação com as normas gerais que estatuem sanções para a conduta havida como contrária ao negócio jurídico. O tribunal que decidir um litígio surgido de um negócio jurídico tem de verificar não só a validade da norma jurídica geral com base na qual tal negócio foi realizado, mas também o fato da existência de uma conduta contrária ao negócio e a circunstância dos prejuízos por este último fato causados não terem sido indenizados e com base nestas averiguações fixar a norma individual, nos termos da qual, se o prejuízo pelo tribunal determinado não for ressarcido dentro de certo prazo, deve ser executada uma sanção estatuída na norma jurídica geral aplicada pelo tribunal. O negócio jurídico repousa na idéia de um pressuposto de fato querido ou posto em jogo pela vontade e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido. Seu fundamento é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu habitat é a ordem jurídica. Seu efeito é a criação de direitos e obrigações. É a norma jurídica que confere à vontade esse*

---

<sup>107</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral do direito civil. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.422-423.

*efeito, seja quando o agente procede unilateralmente, seja quando a declaração volitiva marcha em conformidade de outra congênere, concorrendo a dupla emissão de vontade. A presença necessária da emissão da vontade no negócio jurídico e sua conformidade com a lei sugere uma investigação desse elemento, pois, como logo mais veremos, casos há em que essa vontade falta, em que há vícios de consentimento e em que há vontade, mas com desvio de lei, causando anulação do negócio, por ser este defeituoso. Já os vícios de vontade são quase irrelevantes nos atos jurídicos stricto sensu, porque a intenção da parte situa-se em plano secundário.*

A caracterização do negócio jurídico, a rigor, decorre da autonomia privada à luz da doutrina de Luigi Ferri<sup>108</sup>. Sustenta-se nesta tese, pois, que o instrumento de conformação e análise do negócio jurídico deve levar em conta não só os elementos apresentados pela doutrina atual, como também deve considerar a teoria comunicacional do direito, ou seja, o fenômeno da linguagem como único meio de materialização e concreção do instituto negocial, na medida em que, em última análise, o habitat tanto do direito como do instituto do negócio jurídico é a linguagem, até porque o negócio jurídico é um fenômeno eminentemente comunicacional.

É necessário incursionar também sobre o negócio jurídico de trato sucessivo e execução continuada, especialmente, aqueles tipos contratuais de longa duração. A ação do tempo, nesses tipos negociais, ganha uma importância grande e a doutrina mais recente já vem enfrentando essa situação. Ricardo Lorenzetti<sup>109</sup>, por exemplo, argumenta que essa relação representa um *continuum* com grandes efeitos temporais que ensejam constantes adaptações. Nesse contexto, vale destaque a doutrina de Giovanni Ettore Nanni, que sustenta a obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro baseada na atuação do princípio da boa-fé (art. 422 Código Civil) destacando que o tempo é um fator que modificou o modo de analisar as obrigações na contratação moderna e destaca Giovanni Nanni: *“Por isso, muito apropriado que se estabeleça contratualmente um mecanismo de renegociação dessas vicissitudes, com a vantagem adicional de, concluídas com êxito, conservar vigente o negócio jurídico.”*<sup>110</sup>

<sup>108</sup> FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Granada: Editorial Comares, 2001, p.27.

<sup>109</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Vol.1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003, p.115-116. Cita o autor a doutrina de Clóvis do Couto e Silva nessa passagem no que tange a obrigação como um processo.

<sup>110</sup> NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro. **Revista do Advogado**. São Paulo, Ano XXXII, n.º. 116, Associação dos Advogados de São Paulo, jul./2012, p.91.

Enfim, após esse breve esboço histórico e com algumas incursões sobre os elementos caracterizadores do negócio jurídico, inclusive os acidentais, passa-se a enfrentar a questão atinente aos elementos volitivos e a declaração de vontade que tem total implicação com a teoria comunicacional do direito, no item seguinte.

### 2.3 A QUESTÃO DO CONFLITO ENTRE OS ELEMENTOS VOLITIVOS E A DECLARAÇÃO DE VONTADE

Sabe-se que as circunstâncias negociais têm forma e objeto. A vontade de declarar diz respeito às circunstâncias negociais e a vontade de conteúdo diz respeito ao objeto e a vontade de querer um comportamento é a forma. Para os alemães as ideias acima é que valem. Junqueira Azevedo<sup>111</sup> destaca que para os italianos (Ferrara) todo negócio jurídico pode haver vontade de manifestação e vontade de conteúdo; pode faltar vontade de manifestação e pode haver vontade de conteúdo; pode estar viciada a vontade de manifestação e faltar vontade negocial.

Pode estar perfeita a vontade de manifestação e faltar a vontade negocial. Nesse caso insere-se a reserva mental; o erro como vício de consentimento, pois existe a vontade de negociar, mas erro essencial no objeto; vontade negocial (Itália) e vontade de conteúdo (Alemanha).

Ainda, Junqueira<sup>112</sup> diz que a vontade de declarar está nas circunstâncias negociais, pois um comportamento jurídico econômico com reconhecimento social (teoria tridimensional do direito) onde a manifestação da vontade vem a ser tudo que for socialmente reconhecível para produzir efeito jurídico. Há que existir uma circunstância constituindo um elemento novo (*quid novi*) com modelo cultural de atitude na sociedade. No plano da existência é imprescindível a referência a padrões culturais que considere jurídico.

Nesse campo, há nítida conformação da teoria comunicacional do direito com a referida vontade de declarar, pois se caracteriza claramente a percepção dos elementos sociais e culturais como referenciais da manifestação de vontade para validação do negócio jurídico.

---

<sup>111</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p.41.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p.65.

A forma é o meio pelo qual o agente expressa sua vontade (oral, escrita, mímica, silêncio, ato indicativo de declaração de vontade). É livre ou prevista em lei, expressa ou tácita; expressa é verbal ou escrita; a tácita corresponde a prática de atos que indiquem uma declaração de vontade; se a forma for expressa a partir da recepção produz efeitos e se for tácita a partir percepção. O negócio jurídico tem forma ativa ou omissiva, portanto. Na forma ativa, o agente modifica o mundo exterior exprimindo a vontade e, às vezes, modifica o mundo exterior, mas não exclui a vontade aceitando a herança o que seria ativa tácita, por exemplo. A forma ativa omissiva indica a declaração de vontade pela inércia, pois o agente não modifica o mundo exterior mas não se manifesta. Omissiva expressa e omissiva tácita quando alguém provoca e dá uma prazo para resposta e o destinatário da provocação fica silente. O silêncio é uma forma omissiva tácita ou expressa de declaração da vontade.

O artigo 432 do Código Civil enseja a reflexão de que o silêncio é um fato jurídico e tem relevância, pois tem o dever de falar e assume o risco de ser interpretado o silêncio como manifestação de vontade. O ônus da manifestação de vontade pode estar em lei (renúncia à prescrição); às vezes, pode estar no costume (CC, art. 432); pode ser que o ônus seja o dever de declarar a vontade como ato unilateral imposto a uma das partes, por exemplo, veja artigo 539 do Código Civil. O negócio jurídico receptício existe e vale, mas depende para produção de efeitos da recepção da vontade do destinatário. Já, com relação ao objeto, tem-se que é o conteúdo do negócio jurídico, onde o agente escolhe o conteúdo em regra. É aquela vontade, por exemplo, nos contratos por adesão, no contrato aberto, no contrato autorizado, no contrato coletivo de trabalho; neles o conteúdo pode ser implícito, que são os elementos categoriais inderrogáveis, pois a lei é que os inclui no negócio e o conteúdo expresso é formal e relacionam-se o conteúdo expresso determinado se parte do conteúdo pode ser deixado em branco.

Há distinção entre forma e instrumento. Comunidade de instrumentação pode gerar dois negócios em um único instrumento, já a unidade instrumental não implica em unidade de negócio jurídico. Não pode ser relativa a unidade de conclusão do negócio; não pode ser relativa a instrumentação do negócio; não pode ser relativa ao conteúdo do negócio e também relativa ao trato do negócio, pois um negócio único pode apresentar elementos de diferentes negócios como no negócio atípico. A unidade do negócio diz respeito ao trato que pode ser um contrato atípico, pois tem um suporte fático que se funda em normas especiais e a especificidade dele diz respeito a parte preponderante e ao fim pretendido, por exemplo, como

no contrato de hospedagem (vários serviços num só contrato e com um elemento preponderante), ou seja, o trato do negócio jurídico que o torna único.

Pluralidade negocial pode abranger sujeitos, prestações e manifestações de vontades, pois existem negócios únicos, mas que podem apresentar vários sujeitos, prestações e manifestações, mas o negócio é único, com vários credores e um devedor, vários devedores e um único credor ou vários credores e vários devedores. A solidariedade decorre da lei ou da manifestação de vontade das partes contratantes podendo haver várias manifestações de vontade e um único negócio jurídico, existindo uma declaração de vontade multifacetada.

O negócio único pode ser unitário ou complexo e isto está incito na unitariedade negocial. Unitariedade de sujeito, objeto e elemento volitivo, em outras palavras, o negócio jurídico é único, mas os seus elementos não são unitários, com complexidade do suporte fático regidos por normas especiais. A separação externa não exclui a unidade. Dois negócios e um instrumento ou dois instrumentos e um negócio. Se uma vontade estiver viciada anula todo o negócio.<sup>113</sup>

No que toca aos elementos categoriais inderrogáveis do negócio jurídico e a causa são aqueles que caracterizam o tipo e o regime jurídico do negócio. A declaração de vontade apresenta três elementos para caracterizar o negócio: circunstâncias negociais, a forma e o objeto. O negócio jurídico que se prende a forma é o negócio abstrato. O negócio que se prende ao objeto é o negócio jurídico causal. O negócio jurídico abstrato tem elemento categorial inderrogável formal mas também tem um objeto e, todavia, se faltar a forma é inexistente. O negócio jurídico causal possui elemento categorial inderrogável objetivo, mas tem uma forma e se não cumprir a forma solene ele será nulo.

O negócio jurídico abstrato é praticamente recente e vem da Alemanha com Savigny sendo que os romanos não criaram o negócio abstrato. Os romanos desenvolveram como um tipo negocial (*negotia per aes et libram*). Os romanos agruparam um tipo de contrato próximo ao que seria abstrato como *emancipatio*, *sponsio jurio cessium e estipulatio*, que tinha forma verbal e era utilizada para qualquer tipo de convenção que envolve prestação de dar, fazer e não fazer. Só a promessa tornava obrigatório para os romanos.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p.118.

<sup>114</sup> Ibidem, p.38-39.

Na França, com Foignet, o contrato abstrato não é um contrato mas uma forma contratual geral que torna obrigatória uma convenção. O que seria o negócio jurídico abstrato é aquele cujos efeitos jurídicos se produzem independente da causa. Ele tem uma causa mas os efeitos dela são irrelevantes para validade e eficácia do negócio jurídico. Pode ser absolutamente ou relativamente abstrato. O negócio absolutamente abstrato a falta da causa é irrelevante para sua validade e eficácia e ele só existe na Alemanha e não existe no Brasil. Produz efeitos jurídicos indiretos. Se houver prejuízo ingressa com ação por enriquecimento sem causa. O relativamente abstrato a falta da causa já traz conseqüências jurídicas para as partes. Isso existe no mundo todo e no Brasil, por exemplo, títulos de crédito nominativo ou ao portador pode ser obstado se lhe faltar a causa desde que o título não tenha circulado passando a terceiro. Aqueles contratos acessórios que se ligam ao principal como a fiança é negócio jurídico relativamente abstrato. A fiança é contrato acessório onde tem relação entre fiador e afiançado mas não no principal. O motivo subjetivo é irrelevante para existência, validade e eficácia, pois a causa da fiança é o débito anterior existente entre credor e devedor, logo se o débito anterior que é a causa da fiança foi declarado nulo, nula será a fiança.<sup>115</sup>

Negócio jurídico causal tem como elemento categorial o objeto, por isso, o elemento objetivo é o conteúdo dele com caracteres que lhe dão um regime jurídico próprio tornando um tipo negocial com caracteres que levam a norma jurídica a dar-lhe um regime próprio. No direito romano clássico os tipos de negócio eram fixas as suas causas e eram típicas, logo no direito romano, todos os negócios eram tipificados por lei. Na época do imperador Justiniano o mesmo passou a admitir causas não tipificadas em lei, mas admitidas na sociedade em razão do interesse social e mereciam tutela jurídica. Os contratos inominados têm regime jurídico que está previsto em normas contratuais, pois o contrato faz lei entre as partes. Não há contrato inominado abstrato, porque isso traria risco para ordem jurídica e deve haver previsão na autonomia privada. Por isso não pode haver contrato inominado abstrato. O elemento categorial inderrogável objetivo é próprio do negócio jurídico causal e atípico se referir a um fato anterior ao próprio negócio jurídico que o justifica, caso em que se tem causa pressuposta, isso se referir a um fato futuro pretendido, tem-se causa final.

Consequentemente o negócio jurídico causal, o elemento categorial inderrogável, com elemento objetivo com causa pressuposta pode dizer respeito ao fato anterior como um débito existente como a transação, a fiança, reconhecimento de paternidade, etc. A causa

---

<sup>115</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p.41-45.

pressuposta pode ser decorrente de um fato normativo anterior. O negócio jurídico causal com elemento categorial inderrogável objetivo com causa final está ligada a um motivo final como na troca; se faz também no mandato, onde se tem prevalência o conteúdo; também no casamento, como negócio jurídico para Antônio Junqueira Azevedo, especialmente no aspecto patrimonial.<sup>116</sup>

O elemento categorial inderrogável próprio do negócio jurídico abstrato não se confunde com a causa mas pode haver confusão entre o elemento categorial inderrogável objetivo com a causa final, mas são diferentes, pois a causa é fato externo do negócio jurídico embora a justifique socialmente, pois o elemento categorial objetivo faz parte do negócio jurídico e se refere a uma causa. Ele não é causa mas faz referência como um fato anterior ou diz respeito ao conteúdo do próprio negócio jurídico ou elemento futuro. A causa é fato externo e o elemento categorial inderrogável está no âmbito interno, só se refere à causa. O elemento categorial objetivo faz parte do negócio jurídico causal porque faz referência ao tipo do negócio e fixa o regime jurídico. Motivo subjetivo não se confunde com causa final. Por exemplo, se a lei não tornasse típica a alienação fiduciária em garantia ela iria reger-se pela compra e venda. A hospedagem não tem norma específica, mas seu elemento categorial objetivo tem locação, prestação de serviços, compra e venda de alimentos, dependendo do objetivo que se determina o regime jurídico.

A causa pressuposta age no plano da validade e se faltar a mesma o negócio jurídico será nulo. A causa final age no plano da eficácia e se faltar a mesma o negócio jurídico será ineficaz. Causa pode ser motivo determinante do ato ilícito. Causa pode ser fato jurídico e pode ser causa obrigacional. Causa com sentido objetivo atrelado com função econômica e social do negócio jurídico. Antônio Junqueira Azevedo<sup>117</sup> entende que causa não é elemento constitutivo do negócio jurídico, pois o elemento que constitui o negócio jurídico é o elemento categorial inderrogável e se refere à causa, apenas, seja na causa pressuposta, seja na causa final.

No contrato bilateral o elemento categorial inderrogável é a prestação e o conteúdo, ou seja, a prestação de dar, obrigação de solver dívida em dinheiro. Se no contrato bilateral não houve a contraprestação pode rescindir o contrato evitando que o outro a cumpra (exceção do contrato não cumprido). E isso não é condição resolutiva tácita e como elemento

---

<sup>116</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p.149.

<sup>117</sup> Ibidem, p.150.

acidental do negócio jurídico deve ser expresso. A condição resolutiva não pode fazer parte do elemento categorial inderrogável mas apenas com elemento acidental expresso.

A causa final não atua só em contratos bilaterais, mas também irradia eficácia em outras modalidades de negócio jurídico, como por exemplo, acordo entre devedor e credor de alimentos em que uma das partes reconhece a necessidade da outra, e cessada a necessidade cessa a eficácia daquele acordo e a causa finalis também atua em atos unilaterais. Por exemplo, a criação de uma fundação por escritura pública ou por testamento sendo ato jurídico e não negócio jurídico. Antes que se dê a constituição da finalidade é ineficaz o ato. Por exemplo, destina-se bem para fundação para descoberta de um novo medicamento, todavia, antes de criar a fundação se descobre o medicamento, portanto, perde a causa final do ato jurídico. No mútuo, se alguém não entregar o objeto será nulo o negócio jurídico.

No plano de validade é vista socialmente a declaração de vontade que é reconhecida como produtora de efeitos ante o reconhecimento do ordenamento jurídico. Os requisitos de validade como qualidade do negócio jurídico estar em conformidade com a lei. O que seriam, portanto, os requisitos: são caracteres exigidos por lei para que o negócio jurídico seja válido e quais seriam eles: declaração de vontade decorrente de processo volitivo; declaração de vontade querida com plena consciência; declaração de vontade escolhida com liberdade, sem má-fé. Se não preencher tais requisitos pode haver a nulidade absoluta, enquanto a nulidade relativa pode-se anular por erro, dolo, coação, etc.

O requisito de validade não gira em torno só da declaração, requer que seja lícito, possível e determinado ou determinável. Forma prescrita ou não defesa em lei sendo livre ou determinável por lei. É preciso que se observe as circunstâncias negociais que é o que qualifica o negócio jurídico, a manifestação de vontade, transformando em uma declaração. Os denominados elementos gerais extrínsecos são o agente, o tempo e o lugar. O agente tem que ser capaz e legítimo; o tempo implica o negócio jurídico dentro dele, as vezes; o lugar pode implicar, as vezes, na validade.

Os requisitos de validade são elementos categoriais inderrogáveis. Todo negócio jurídico deve seguir um regime jurídico. Quais os requisitos de validade da compra e venda: coisa, preço e consentimento. Para que o negócio jurídico causal tenha validade e for com causa pressuposta para que ele tenha validade é preciso que ocorra causa. Os elementos categoriais derogáveis não tem requisitos de validade, pois dizem respeito aos elementos

naturais do negócio jurídico. O negócio jurídico além dos elementos sociais que requerem preenchimento de validade, pois como elementos categoriais inderrogáveis.

Os elementos acidentais ou particulares podem sofrer com relação a validade ou invalidade: condição, termo e encargo. A condição pode tornar nula a negociação se for “viciantur” e “viciante”.

A condição que apresentar um vício pode tornar nulo o negócio jurídico se for um fato impossível juridicamente, se for um ato proibido por lei, meramente potestativa; condição perplexa; condições apostas em instituições regidas por normas de ordem pública como adoção, casamento, reconhecimento de paternidade; condição *viciantur sed nom viciante*. Diz respeito a fato fisicamente impossível, como violação de norma ou fatos impossíveis.

O termo não será válido se impuser prazo a ato negocial sujeito a prazo legal. Se ilícito for o encargo ou impossível for o encargo o mesmo será nulo, mas liberalidade de doação será pura e simples. Afasta o encargo mas não a liberalidade. Plano eficaz diz respeito a eventos do negócio jurídico. Todo negócio jurídico pode ter uma eficácia jurídica, isto é, efeitos que decorrem da própria lei. Mas, às vezes, o negócio jurídico pode ter eficácia própria, querida pelas partes. Efeitos da lei e os efeitos determinados pelas partes. Pode existir ato válido mas ineficaz. Pode existir ato inválido mas eficaz (casamento putativo, por exemplo).

No direito alemão, o Código Civil (BGB) nos artigos 48 e 122, existem negócios jurídicos nulos mas eficazes, pois geram obrigação de indenizar terceiros de boa-fé. O Código Civil italiano faz com que atos nulos irradiem efeitos por força de lei. Contrato de trabalho nulo, todos os efeitos ocorrem, pois os efeitos ex nunc, a Lei 9868/99, artigo 27 na ADIN, no que tange a modulação dos efeitos. Analisa-se, pois, o negócio jurídico no plano eficaz, pois todo negócio jurídico deve produzir efeitos. Há negócios que só podem produzir efeitos sob condições (evento futuro e incerto) são válidos mas que para irradiarem efeitos requerem ratificação.

O negócio vale até terceiros, como por exemplo, a procuração, cessão de crédito. Junqueira sofisticada os fatores de eficácia que podem ser fatores de atribuição da eficácia em geral. Podem ser fatores de atribuição da eficácia em geral, ou aqueles sem os quais o ato não produz efeitos como negócio jurídico sob condição suspensiva. Fatores de eficácia ou atribuição diretamente visada (eficácia). O negócio jurídico é eficaz entre as partes, mas para

que alcancem outros precisa ratificar (exemplo mandato que extravasa poderes). Fatores de eficácia da atribuição de eficácia mais extensa torna oponível contra todos (efeitos erga omnis).<sup>118</sup>

A emissão volitiva de duas ou mais pessoas são os fatores de eficácia diretamente visada e podem abranger a legitimidade do agente. Por exemplo, o marido vende sem outorga uxória da esposa. A legitimidade do agente é imprescindível para prática de um determinado negócio ou por um estado ocupado pelo agente, bem como a legitimidade pode ser requisito de validade.

Legitimidade como fator de eficácia do negócio jurídico propriamente dito é possível exemplificar-se a hipótese de alguém pretender se casar sob procuração, mas não tiver poderes especiais para isso. A legitimação de mandatário com poderes especiais explica, também, que, às vezes, a falta de legitimidade é um fator de eficácia, como ratificação do ato e pode se referir no início de produção de efeitos. Já os fatores de atribuição de eficácia em quaisquer deles estão ligados ao início da produção de efeitos (em geral diretamente visada, extensa), ou seja, dizem respeito ao princípio da produção de efeitos, mas pode acontecer que o negócio jurídico exista, tenha validade e tenha eficácia e por uma causa superveniente deixe de produzir efeitos. Nesse caso, o negócio jurídico com a condição resolutive deixa de existir, ser válido e produzir efeitos. Se o contrato torna-se excessivamente oneroso, o negócio jurídico pode perder eficácia pela resolução eficaz. Podem surgir fatores de ineficácia que podem estar ligados a formação do negócio jurídico. Na hora que constitui o negócio jurídico coloca-se a condição resolutive.

Dentro do plano de existência o negócio existe ou não. Ele pode ser nulo ou válido. Pode ser eficaz ou ineficaz. Surge um dado no negócio jurídico e para analisar tem que utilizar a técnica de eliminação progressiva. Analisar o negócio jurídico no plano da existência, se superar vai para o plano da validade, se superar vai para o plano da eficácia.

Mas há objeções a esta técnica, pois pode haver negócio jurídico inexistente, válido e ineficaz. Ninguém duvida que o negócio jurídico existe, pode ser válido, eficaz, embora haja o negócio válido eficaz ou ineficaz. Azevedo sempre defendeu o princípio da conservação dos negócios jurídicos. O intérprete deverá conservar o negócio jurídico, mantê-lo nos planos de existência, validade e eficácia. A declaração de vontade negocial produz efeitos reconhecidos

---

<sup>118</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p.46-47.

socialmente e tanto o legislador quanto o intérprete devem fazer de tudo para manter o negócio jurídico indene. Se faltar o elemento categorial inderrogável a lei possibilita a conversão do negócio jurídico nulo (novidade no Código Civil de 2002, mas a doutrina já admitia). A conversão substancial no plano da validade abre a possibilidade de confirmação do negócio jurídico anulável.

É de se anotar que a jurisprudência reconhece o princípio da conservação do negócio jurídico. Veja-se o seguinte julgado:

*Ação de obrigação de fazer Contrato de Concessão de Uso de camarotes instalados nas dependências do Clube do Peão de Boiadeiro de Miguelópolis Onerosidade excessiva que autoriza a revisão do contrato Presentes os requisitos legais para tanto, quais sejam: presença de contrato comutativo de execução periódica; excessiva onerosidade da prestação de uma parte e extrema vantagem para a outra e acontecimentos extraordinários e imprevisíveis . Princípio da conservação dos negócios jurídicos autoriza o ajuste do contrato e não sua resolução Sentença mantida Recurso não provido. (TJSP, 10 Câmara, Apelação n. 0060982-05-2008-8.26.0000).*

*COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA RESCISÃO CONTRATUAL REINTEGRAÇÃO DE POSSE PERDAS E DANOS Caracterizado o inadimplemento recíproco Consolidação dos efeitos decorrentes do contrato Aplicação do princípio da conservação do negócio jurídico Cobrança da parcela paga ao agente financeiro e indenização por perdas e danos deve ocorrer em ação própria (se o caso) SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA RECURSO DOS AUTORES IMPROVIDO. (TJSP, 2 Câmara, Apelação n. 0107256-57-2009-8-26-0011)*

Já, o princípio da conversão no plano da existência, aplica-se quando faltar elemento categorial inderrogável. O princípio da confirmação, no plano da validade, se o negócio jurídico for anulável deverá ser confirmado o negócio jurídico se for em razão da invalidade por forma, como a conversão formal. Princípio da conservação no plano da eficácia, construção do negócio jurídico ineficaz como vem sendo reconhecido pela jurisprudência.

É interessante observar, neste ponto, a doutrina de Cláudio Luiz Bueno de Godoy<sup>119</sup> que expõe a evolução da teoria do negócio jurídico no âmbito do direito civil comparado citando expressamente o direito alemão e o direito francês. Pela clareza transcreve-se:

*[...] o negócio jurídico se define – e assim desde os trabalhos preparatórios do CC alemão, de cuja doutrina como se verá no subitem seguinte, se origina a figura, inclusive, tal qual observa Werner Flume, de acordo com o que constou da exposição de motivos do primeiro projeto de BGB – como uma declaração de vontade privada, dirigida à produção de um resultado jurídico, que tem lugar conforme o ordenamento jurídico. [...] Certo que, no Código Beviláqua, malgrado tratado o ato jurídico de maneira unificada, sem a distinção que hoje se contém no artigo 185, a conceituação que para ele se reservava, particularmente no artigo 81, coincidia com essa idéia de vontade manifestada de forma a atingir determinados efeitos jurídicos, tal como hoje se caracteriza o negócio jurídico. Mas isso fundamentalmente a um pressuposto teórico diverso. Projetado no final do século XIX e, por isso, herdando, como todos os Códigos a ele contemporâneos, da família romano-germânica do direito, clara influência do CC francês de 1804, o CC/16 sempre se assentou – coerente com o reclamo, da época, de valorização dos direitos individuais de primeira geração, e de sua afirmação em face da atuação da esfera do público, do Estado – sob a perspectiva individualista do titular do direito, o que significava, no negócio jurídico, admiti-lo como um ato de vontade, uma expressão da vontade jurígena, por isso que capaz, ela própria, de gerar os efeitos jurídicos queridos. Era a concepção voluntarista ou subjetiva do negócio, que fazia repousar sobre a vontade os seus efeitos jurígenos, como se a vontade não precisasse, para alcançar esses efeitos, ser declarada de modo consonante com as exigências valorativas do ordenamento. Ou como se a vontade fosse valorada juridicamente sem que como e enquanto declarada.*

Às vezes, os efeitos não correspondem aos previstos, mas alguns se produzem por força de lei; elementos naturais e os efeitos decorrem da lei, mas para respeitar o negócio jurídico o legislador no plano da eficácia, conserva o negócio jurídico optando entre o abatimento do preço ou resolução do negócio jurídico. Na evicção não precisa resolver o contrato, mas optar pela restituição do que foi pago. Despesas contratuais se o alienante estava de má-fé. Exemplo da onerosidade excessiva, se a norma permite o mais, pode-se buscar o menos.

---

<sup>119</sup> GODOY, Cláudio Luiz Bueno. Dos fatos jurídicos e do negócio jurídico. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni (Coords.). **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p.390-391.

Nesse campo também é interessante acrescentar as idéias de metodologia do direito privado que ganhou força no Brasil com a perspectiva civil-constitucional apresentada por alguns autores. Apresenta-se, assim, no âmbito do direito civil comparado a construção da referida análise pragmática do direito civil. Na apresentação da obra *Cadernos de Direito Civil Constitucional*, Renan Lotufo, na referência abaixo, nos dá a exata idéia da concepção do estudo do direito civil constitucional, que mostra-se recente entre nós, bem como no resto do mundo. Salienta que com o advento da Constituição de 1988 houve uma profunda modificação no âmbito do direito civil, especialmente no direito de família. Anota que classicamente o estudo do direito civil tinha início e término no exame do Código Civil, sem qualquer análise sistemática do sistema normativo vigente.

Essa visão ocorria por razões históricas por conta do Código Civil Francês (Napoleônico de 1804), visto que a intenção de reforma do povo francês na Revolução almejava a idéia de justiça, e por isso buscava-se uma lei única e renovada para todo o país. Daí uma busca pela efetivação de uma justiça legalista que não tivesse muita visão interpretativa o que operou uma verdadeira sacralização da lei com base até mesmo no artigo 6º, da declaração dos direitos.

Isso evidencia o primado da lei, pois não haveria nenhuma autoridade superior que a lei na França. Com isso tinha-se um direito comum e uniforme para todos os cidadãos, sendo referidos direitos claros e precisos, que não comportassem qualquer forma de interpretação. Isso impregnou a cultura de outros povos, tornando-se lugar comum ver que o direito civil estava exclusivamente no código e que nada além disso seria preciso para regular a vida entre as pessoas. Embora no Brasil a influência maior tenha sido do BGB Alemão, não há dúvida da influência cultural francesa especialmente no centro-sul do país, especialmente no campo doutrinário, que resultou na escola da exegese e do código civil como centro das relações privadas.

Baseado em muito estudo e baseado numa visão científica por meio da Teoria Geral do Direito e da Filosofia do Direito e até mesmo da lógica jurídica teve início uma visão mais ampla da ciência jurídica. Até mesmo os direitos individuais originados nas Constituições Americana e Francesa com vertentes diferentes por razões filosóficas, culturais, religiosas e valores éticos distintos, somente tiveram visibilidade após o advento da segunda grande

guerra mundial e com notória preponderância no direito internacional e no convívio entre os países.<sup>120</sup>

Daí que as constituições em geral passaram de mera forma de estruturação política do estado para uma função programática, com eficácia mais ampla e nossa Constituição de 1988 gerou até mesmo um choque de perplexidade no início, na medida em que passou a disciplinar questões que até então estava adstrita ao Código Civil de 1916, o que chegou até mesmo a chegar a equivocada conclusão de muitos da prevalência do código frente a constituição, o que seria incabível sob o ponto de vista da teoria geral do direito.<sup>121</sup>

Veja-se que segundo Renan Lotufo<sup>122</sup> surgiu então a concepção civil constitucional até pela abordagem das obras Tutela Constitucional da Autonomia Privada de Ana Prata, que ficou evidenciada na doutrina brasileira por poucos e muito mais conhecida na doutrina estrangeira, sendo que no Brasil, além do próprio Renan Lotufo, os doutrinadores Antônio Junqueira Azevedo, Gustavo Tepedino, Francisco Amaral, Luiz Edson Fachin, Maria Helena Diniz e outros abordam a questão da autonomia privada à luz da Constituição Federal, sendo que alguns como Francisco Amaral restringem o conceito de autonomia privada as relações patrimoniais e não ao campo do direito de família, não como faz o autor, pois este entende que os negócios jurídicos ocorrem em todas as matérias do direito civil. No direito estrangeiro, Lotufo menciona as obras de Pietro Perlingieri, Marc Frangi, Joaquim Arce e Flores Valdes, Konrad Hesse, Pierre Kayser, Antonio Baldassare, Rui Manoel Gens de Moura Ramos e Luigi Ferri, bem como a previsão de Karl Larenz a respeito dessa nova dinâmica de interpretação do direito civil, além da obrigatória leitura das obras do jurista Celso Lafer, com o propósito de sistematizar a matéria e trazer a lume essa nova concepção, de uma maneira sistemática sempre à luz da Constituição Federal.

No tópico seguinte, procura-se abordar a questão da invalidade do negócio jurídico e como é feita sua análise pela doutrina atualmente e como a ficaria a aplicação da teoria comunicacional do direito no negócio jurídico.

---

<sup>120</sup> LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**. Caderno I. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.1-5.

<sup>121</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p.10-15.

<sup>122</sup> LOTUFO, op. cit., p.7-12.

## 2.4 A INVALIDIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Sabe-se que o direito, enquanto objeto cultural, transita entre o ser e o dever-ser da ciência jurídica. Norberto Bobbio<sup>123</sup>, à luz da posição analítica exclusivamente normativa de Kelsen, expõe com clareza a leitura do ser e do dever-ser, apontando o seguinte:

*a) as normas, um determinado sistema de normas, são o ponto de vista do qual o jurista, diversamente do sociólogo, considera os comportamentos sociais, aparecem por meio de uma tela com certa estrutura narrativa, e os comportamentos interessam enquanto regulados e pelo modo como são regulados; b) são proposições normativas o resultado a que chega o jurista com sua obra de verificação, de interpretação e de sistematização de determinado ordenamento jurídico positivo. Talvez possamos dizer a mesma coisa assim: sendo descritiva a ciência jurídica, ela descreve fatos qualificados como normas, isto é, por meio de normas, ou então chega a formular proposições de dever ser por meio de asserções. Não quer dizer que estes dois significados de 'normativo' não se conjuguem na afirmação, feita várias vezes por Kelsen, que a ciência jurídica é normativa enquanto descreve aquilo que é, mas para descrever o que deve ser, vale-se de determinado sistema normativo.*

Em linhas gerais, a significação de invalidade do negócio jurídico repousa no fato de que o dever-ser contido na forma jurídica não foi observado, havendo um ruído no processo comunicacional de formação do negócio. Assim, por exemplo, se não preenchido os requisitos de existência e validade do negócio jurídico previstos no artigo 104 do Código Civil brasileiro, o dever-ser enunciado no sistema normativo não se implementa.

No âmbito do direito civil comparado, citam-se dois exemplos de dispositivos que enunciam um dever-ser para caracterização de existência e validade do negócio jurídico que são: o artigo 1325 do Código Civil italiano, artigos 1.101 e 1.108 do Código Civil francês e o artigo 277 do Código Civil paraguaio.

A título de direito comparado, para elucidar a evolução do negócio jurídico no direito civil brasileiro e no direito civil francês, transcrevem-se os dois dispositivos:

---

<sup>123</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Ed. Unesp, 2008, p.59.

*Art. 104 do Código Civil Brasileiro. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.*

*Art. 1.108 do Código Civil Francês. Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: Le consentement de la partie qui s'oblige; Sa capacité de contracter; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement; Une cause licite dans l'obligation.*<sup>124</sup>

Essencialmente, a invalidade compreende segundo ampla doutrina<sup>125</sup> (ou ineficácia lato sensu) o desfecho negativo padrão de formação do negócio jurídico onde se contrapõe à validade e à perfeição, a ensejar a nulidade ou anulabilidade.

Ao que se sustenta da tese de aplicação da teoria comunicacional do direito ao negócio jurídico, verifica-se que na formação do negócio jurídico depara-se com um ruído no processo comunicacional, seja no ato intelectual, seja no ato declarativo de emissão ao destinatário ou mesmo na recepção pelo destinatário da mensagem comunicacional do ato declarativo da vontade. Em um desses dois momentos o ruído no processo comunicacional pode ensejar a invalidade do negócio jurídico, seja pela nulidade, seja pela anulabilidade.

Há quem sustente na doutrina a figura de um *tertium genus* entre nulidade e a anulabilidade que seria o da inexistência.<sup>126</sup> Fundamentalmente, o que se aborda nessa questão é o conflito entre elementos volitivos e a declaração de vontade. Resumidamente, encontram-se algumas teorias que abordam a invalidade: a) teoria subjetiva (Savigny e Unger); b) atenuação da teoria subjetiva pela doutrina da culpa *in contrahendo* e a teoria da garantia tácita (Ihering, Regelsberger, Ferrara e Hartman); c) teoria da conjunção dos dois elementos (declaração e vontade adotada por Windcheild); d) teoria objetiva (Kohler, Bah, Rover, que a conceberam na Alemanha).<sup>127</sup>

<sup>124</sup> Tradução livre do artigo 1.108 do Código Civil francês: “Quatro condições são essenciais para a validade de um acordo: O consentimento da parte que assume as obrigações; sua capacidade de firmar contratos; um objeto definido que constitua a matéria do compromisso; uma causa lícita na obrigação.”

<sup>125</sup> Por todos: GAINO, Itamar. Invalidade do negócio jurídico. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni (Coords.). **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p.634-635. Nesse ponto remete-se à doutrina de: MESSINEO, Francesco. **Trattato di diritto civile e commerciale: il contratto in genere**. Vol. 21, t. 2. Milano: Giuffrè, 1973, p.167. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Tratado de direito privado**. t. 4. São Paulo: RT, 2012, p.6-7.

<sup>126</sup> GAINO, Itamar. Invalidade do negócio jurídico. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni (Coords.). **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p.634.

<sup>127</sup> Resumo das idéias extraídas das obras de: AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p.88-117. LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2004, p.456-490. GAINO, op. cit., p.633-650.

Passa-se a ilustrar, brevemente, os elementos principais de cada uma dessas teorias.

Pertinente a teoria subjetiva, a vontade interna é elemento essencial do negócio jurídico a ensejar efeito jurídico. Nela sustenta-se que a concordância entre a vontade e a declaração de vontade deve haver no negócio e se houver conflito surge a aparência de vontade. Declaração sem vontade onde esse conflito entre vontade interna e declaração de vontade só pode ser reconhecido por quem estiver na relação como declarante, mas juridicamente só prevalece a vontade interna. Porque esse conflito pode acontecer: as vezes a intenção do declarante quer um fim diferente do resultante da declaração de vontade; quando o declarante incide em erro sem ter consciência disso e o erro exclui sua vontade interna, com vício de consentimento ou declaração não intencional; pouco importa se há declaração intencional ou não, o que vale é a vontade interna, pois a preponderância da vontade interna sobre a declarada leva o juiz a um grande poder discricionário e isto coloca não só em risco a relação contratual, mas todo o alicerce de interpretação do negócio jurídico. Na Alemanha há predomínio da doutrina subjetiva e surgiram teorias para atenuar a mesma.

Já a teoria da culpa *in contrahendo* foi adotada na Colômbia (art. 1512 CC), na França (art. 1156 CC), na Itália (arts. 1362 a 1371 CC). Para esses países e inclusive no Brasil é preciso se atentar mais a intenção do que ao sentido literal da palavra (art. 112 CC); o contratante deve ser diligente, deve impedir a formação de contratos inválidos, as partes devem evitar invalidação posterior do contrato e assumir o ônus de reparar dano. Ela só resolve o problema de responsabilidade civil. Não resolve problema de vontade e declaração de vontade.

Por outro lado, a teoria de garantia tácita entende que o contratante tacitamente assume o dever de responder por danos para garantir a confiança depositada pela outra parte. Havendo conflito entre vontade interna e declarada o contratante vai assumir o dever de responder por dano em razão da confiança depositada, atenuando a teoria subjetiva; responde por dano para garantir a confiança depositada. Se declarar algo diferente da vontade assume o ônus de reparar o dano pela confiança depositada, pois na garantia tácita, as partes querem o efeito do negócio jurídico, sendo essa garantia uma ficção. Cria-se uma solução que no conflito entre a vontade declarada e a vontade interna, o juiz resolve o caso com base na boa-fé e na equidade.

A teoria da conjunção dos dois elementos dizendo que só há eficácia da declaração de vontade negocial se houver correspondência entre a vontade declarada e a vontade interna

havendo relevância jurídica nessa hipótese. Se não houver correspondência haverá irrelevância jurídica (declaração e vontade).

No contexto da teoria objetiva ou da declaração de vontade concebido na Alemanha, adotada pelo BGB, arts. 116 a 144; o que prevalece é a declaração de vontade, ou seja, é o que está expresso; a invalidação da declaração de vontade não se coaduna com a aplicação da reserva mental; também prevalece a declaração naquelas destinadas a produzir efeitos perante ausentes. Pode haver retratação desde que a mesma seja recebida antes ou ao mesmo tempo que a aceitação. A eficácia da declaração deve prevalecer ante a vontade interna, ante o princípio da solidariedade social, pois o negócio jurídico é reconhecido socialmente e economicamente.

Teoria italiana da auto-responsabilidade e da confiança privilegia a declaração de vontade sobre a vontade interna. Havendo conflito entre a vontade interna sobre a declarada, prevalece a declarada, em razão do fundamento social e econômico do negócio jurídico. Se o destinatário culposamente não analisa os elementos objetivos baseando-se na culpa imputável ao destinatário que teria a auto responsabilidade pelas consequências da confiança na teoria da declaração de vontade.

Da exposição das teorias<sup>128</sup>, verifica-se:

- a vontade interna e a declaração de vontade não se constitui em um só fenômeno;
- o agente antes de declarar a vontade deve averiguar suas necessidades com cautela para, então, autodeterminar-se;
- três são os elementos da declaração: vontade, vontade de declarar e vontade conteúdo; esses três elementos devem ser harmônicos;
- há situações anormais que quebram a harmonia: Cariota Ferrara (1º grupo) falta de vontade de declaração, por exemplo, coação absoluta, incapacidade natural da pessoa; (2º grupo) falta de vontade de conteúdo: representação teatral, gracejos, reserva mental;

---

<sup>128</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p.55-60.

Casos da exclusão do conflito entre a vontade interna e a vontade declarada (são lógicos):

- casos de inexistência da vontade: se não há vontade o ato é nulo absolutamente, coação ficta, incapaz, efeito de entorpecentes, embriaguez;
- casos de discordância entre a interna e a declarada: vontade de declarar e a declaração não tem natureza jurídica, ou seja, o negócio jurídico efetivado é inexistente; reserva mental, o agente tem vontade mas oculta ela, é uma emissão intencional de declaração não querida em seu conteúdo que é outra, não existe vontade de conteúdo, a vontade interna não gera efeito, mas a declaração sim;
- artigo 140 do CC onde o motivo determinante do negócio jurídico se declarado ele tem relevância jurídica se não, não terá relevância jurídica;
- discordância é acidental: afeta acidentalmente a vontade de conteúdo, erro não substancial não anula o negócio jurídico; dolo acidental também não anula o negócio jurídico mas pode dar origem a perdas e danos.
- dolo negativo anula o negócio jurídico ante o princípio da boa-fé objetiva, se omite para enganar terceiro;

Casos de discordância consciente: é consensual mas não é viciada, simulação inocente, invocando a doutrina do Enunciado 152 das Jornadas direito civil, pois simulação inocente anula o negócio jurídico. Coincidência da vontade interna e declarada com o conteúdo, mas as partes não querem apenas o resultado pretendido pelo negócio jurídico querem algo a mais que se não tiver problema jurídico não anula.

Norma de proteção à boa-fé e o conflito entre a vontade interna e a declarada enseja a concepção de normas de solução de conflito causados por vícios da vontade. O erro acidental, o substancial, o falso motivo e a transmissão errônea da vontade, o dolo malus (acidental) de ambas as partes, o bônus (positivo/negativo), o principal ou de terceiro

representante legal e convencional podem acarretar um ruído na comunicação entre as partes negociantes e ensejar uma nulidade no negócio jurídico.<sup>129</sup>

Na lesão especial, pode-se no âmbito do direito civil comparado fazer uma referência aos seguintes dispositivos legais: art. 138 da BGB (Código Civil alemão), art. 954 do Código Civil da Argentina, art. 1448 do Código Civil da Itália, art. 1118 do Código Civil da França.

As normas para solução de conflitos causados por vício social no direito civil comparado pode-se citar: par. 157 BGB (Código Civil alemão), art. 1156 Código Civil Francês, art. 1366 Código Civil Italiano, art. 236 Código Civil Português e artigos 113 e 422 do Código Civil Brasileiro. Comportamento com lisura indica a boa-fé objetiva. O erro é tratado nos artigos 1109 e 1110 do Código Civil Francês, art. 1265 do Código Civil Espanhol e art. 1439 Código Civil Italiano.

Daí é importante registrar que os pressupostos de validade negocial e desconstituição do negócio jurídico por invalidade. No primeiro, os elementos essenciais, ensejam a validade negocial, com a declaração de vontade sem vício de consentimento; capacidade do agente, representação ou assistência, legitimação em alguns casos, licitude do objeto de dar, fazer ou não fazer onde a validade negocial está ligada aos elementos essenciais. O negócio jurídico inválido entra no mundo jurídico por que no plano de existência ele existe. O negócio jurídico inválido será nulo ou anulável. No plano de existência não há distinção entre o nulo e anulável. No plano de validade há diferença entre o nulo e anulável, baseando-se na gravidade do defeito. No plano de eficácia o negócio jurídico inválido e inexistente não gera eficácia, já no plano da existência o nulo existe no negócio jurídico e no plano da existência a inexistência não existe no mundo jurídico. Decretada a anulabilidade gera a desconstituição de negócio existente e da eficácia, pois produz efeitos *ex nunc*. Decretada a nulidade absoluta, tem-se desconstituição de negócio jurídico existente, não desconstituição da eficácia, pois não se desconstitui o que não se constituiu. A eficácia é *ex tunc*, não há desconstituição eficaz, pois esta nunca houve e o negócio jurídico anulável existe, não vale, é eficaz *ex nunc* e pode ser revalidado por confirmação. O negócio jurídico nulo existe, não vale, é ineficaz e é insanável sendo *ex tunc*.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p.70-85.

<sup>130</sup> Conclusões obtidas à luz da doutrina de: Ibidem, p.73-75. MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**. Plano da existência. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.168-171.

Por exemplo, compra e venda de coisa alheia pode ser revalidada pela aquisição posterior do objeto alheio. Tem-se uma pseudo-sanação do defeito. O negócio jurídico mencionado nulo não tem sua eficácia deficitária e os efeitos ficam retardados no tempo sendo que as peculiaridades do Código Civil de 2002 estão no plano da eficácia. O nulo é passível de conversão e a conversão é regida pelo princípio da conservação dos negócios jurídicos, onde procura salvar-se o máximo de um negócio jurídico.

O anulável enseja o ressarcimento de interesses negativos. Surge o momento da decretação judicial da anulabilidade do negócio jurídico. A parte prejudicada pode ingressar em juízo pleiteando perdas e danos (todo dano provado até a perda de uma chance) surgindo a teoria da conversão do negócio jurídico nulo que decorre da premissa de conservação dos negócios jurídicos e da teoria da inexistência, invalidade e ineficácia. Invalidade gera anulação (art. 171 CC) e nulidade (art. 166 CC). Teoria da confirmação (art. 172 CC) e teoria da conversão (art. 170 CC).

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>131</sup> a validade está atrelada ao tridimensionalismo de Miguel Reale, onde a validade fática (eficácia – fato), a validade formal (vigência – norma) e ética (legitimidade – valor). Assim, sob o ponto de vista discursivo a análise será na norma, a semiótica abrange validade sintática, semântica e pragmática. Sintática é a relação da norma com outra, semântica é a relação da norma com o objeto e pragmática é a relação da norma com o emissor dela.

Sustenta-se que qualquer teoria pode-se aplicar a semiótica em razão da linguagem como no caso da teoria pura do direito de Kelsen. Por exemplo, a relação de norma superior e inferior é sintática. A relação entre norma e objeto/conduita é semântica, com o mínimo de eficácia para ter validade. A relação entre o controle da relação comunicativa recai no aspecto pragmático, ou seja, a decisão, isto é, a capacidade de terminar um conflito, estabelecendo um fim. É imprescindível a imunização, que vem a ser a conexão pragmática entre discursos normativos e a validade seria a propriedade do discurso normativo que exprime a conexão de imunização, que vem a ser o processo racional que capacita o editor a controlar as relações do endereçado eximindo-se de crítica. Uma norma imuniza outra norma e a validade vem a ser a conexão entre discursos normativos. Quando é válida uma norma quando o seu cometimento está imunizado por outra norma. Como uma norma imuniza outra?

---

<sup>131</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. Técnica, decisão, dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.284.

Se validade é a conexão pragmática entre discursos normativos há duas técnicas: uma técnica disciplina a edição da norma com programação condicionada. Estabelece condição para que se siga uma norma imunizante e norma imunizada, ou seja, é relação entre norma inferior e norma superior, sendo uma questão de competência. Outra técnica é delimitação do relato, do conteúdo da norma, ou seja, a programação finalística que estabelece os fins que se pretende atingir. A relação é entre o relato da norma imunizante com o cometimento da norma imunizada. A delimitação do relato pode estar na norma inferior. A validade será a relação do cometimento de uma norma com outra e a efetividade da norma seria a relação de adequação entre o relato e cometimento da norma, isto é, efetividade (desligue o celular e não fume na sala de aula). A eficácia é a possibilidade de aplicação da norma e a efetividade é a própria incidência da norma sendo que o tridimensionalismo privilegia a incidência (efetividade da norma) havendo efetividade sintática, semântica e pragmática.<sup>132</sup>

Norma plenamente eficaz produz efeito imediato. Norma contidamente eficaz tem possibilidade de produzir efeitos mas sujeitas as suas próprias restrições. Para isso, o princípio para ser aplicado somente em lacuna normativa. A ideologia no direito torna o valor jurídico objetivo sendo imprescindível a análise da eficácia e efetividade indicando a incidência da norma. Há imperatividade do discurso normativo e é necessário sempre estudar o discurso normativo em tríplice dimensão, pois a qualidade pragmática é a relação de calibração da norma e passa no fenômeno interpretativo, conforme entoa o artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Relações de calibragem que estão contidas na norma e a imperatividade indica relação de interação porque garante a possibilidade de impor comportamento independente da conduta e a calibração é um conjunto de regras lógicas responsáveis entre a relação de editor e endereçado. A calibração não supõe escalonamento, mas um padrão circular, todavia, não exclui o escalonamento mas o relativismo, logo o jurista não se preocupa com a hierarquia, mas com relacionamentos cruzados que pode até descontinuar hierarquias. A invalidade é uma imunização que repousa em regras de calibração que são regras lógicas atinentes a eficácia inadequada da norma. O importante é manter a imperatividade, a competência do emissor.

No campo específico do direito civil e perante uma abordagem no plano do direito civil comparado, vale invocar a percepção da doutrina italiana acerca de uma denominada

---

<sup>132</sup> FERRAZ JR., Tério Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. Técnica, decisão, dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.268-280.

“despatrimonialização” do direito civil. Um expoente dessa posição doutrinária é Pietro Perlingieri<sup>133</sup> onde se explica o conceito. Essa doutrina não defende uma redução do caráter patrimonial do direito civil, mas sim a mudança de focos de valores, não pela modificação dos institutos, mas sim com uma exigência de legislação comunitária que dê mais importância ao aspecto existencial que ao aspecto patrimonial e aponta de forma exemplificativa as regras trabalhistas que não podem perder o caráter patrimonial, mas tem que atender às exigências familiares e pessoais do empregado, como um ótimo exemplo.

Anota-se uma distribuição mais justa que vise não apenas diminuir a esfera de atuação patrimonial do direito civil, mas que qualitativamente dê mais atenção aos direitos da personalidade e, assim, da dignidade da pessoa humana, ou seja, é a tutela da pessoa natural. Retrata especial atenção ao método e esclarece que na maior parte das reflexões jurídicas fica de lado uma verdade fundamental, qual seja: que a ciência do direito é constituída por uma pluralidade de métodos e que a utilização de um só método implica na imobilização da ciência e tudo isso tem relevância metodológica na análise do negócio jurídico nos planos de existência, validade e eficácia.

Defende-se que a reflexão sobre o método não fica na escolha que é feita, mas sim na responsabilidade dessa escolha e também nos resultados em que tal escolha importará, visto que o civilista não deve acabar na pesquisa do conceito, mas sim em seu refinamento, com a inserção de elementos filosóficos e políticos, ou seja, mais do que discutir, o civilista deve desconfiar das categorias analisando o processo de origem e, por outro lado, respeitar as minúcias de cada hipótese avaliada.

Refere-se também a questão das ambigüidades na doutrina do direito civil e anota-se que somente por meio de um pensamento e de uma exposição é que se poderá eliminar referidas ambigüidades e para que isso ocorra é necessário que se inicie e encoraje análises corretas. Sustenta-se que a chamada “despatrimonialização” do direito é o meio adequado a ser percorrido para a reconstrução de um sistema sem ambigüidades e que tanto mais civil será a sociedade quanto mais ordenada ela for.

Enfim, a questão da invalidade é dimensionada de uma forma que havendo ruído no processo comunicacional de formação do negócio jurídico, ter-se-á a probabilidade de ocorrência de invalidade do mesmo e dependendo do grau desse ruído comunicacional

---

<sup>133</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civil nella legalità costituzionale**. Napoli: Scientifiche Italiane, 2001, p.55-61.

ensejará uma possível nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico, mas sempre voltando-se para as premissas de resgate e manutenção por força dos efeitos econômicos e sociais irradiados pelo negócio jurídico.

De tudo quanto exposto neste item, sustenta-se a perfeita aplicabilidade da teoria comunicacional do direito no negócio jurídico na medida em que o mesmo evidencia um fenômeno exclusivamente comunicacional, dotado de linguagem própria e competente.

No próximo capítulo apresenta-se uma perspectiva atual do negócio jurídico e em linhas de continuidade estabelece-se mais profundamente a abordagem do mesmo pela teoria comunicacional.

## CAPÍTULO III – A TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO E SUA PERSPECTIVA ATUAL

### 3.1 A AUTO-REGULAMENTAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Sabe-se que a auto-regulamentação do negócio jurídico decorre da autonomia privada conferida pelo ordenamento e sistema jurídico aos particulares para se auto determinarem segundo suas próprias intenções. Daí o porque o fenômeno deve ser visto como um processo comunicacional na linguagem própria do direito. A visão do fato jurídico como uma *fattispecie* já indica essa percepção enquanto linguagem jurídica própria e que enseja uma abordagem comunicacional. Na Itália Pietro Perlingieri<sup>134</sup> e Emilio Betti<sup>135</sup> sustentam há muito a estrutura do fato concreto subsumido à norma jurídica.

Ademais, é absolutamente oportuno ressaltar que atualmente no âmbito dos estudos do direito civil brasileiro, bem como no direito civil comparado, tem-se estabelecido na doutrina uma perspectiva do direito civil-constitucional, ou seja, o direito civil à luz da Constituição. No Brasil, Renan Lotufo e Maria Helena Diniz apresentam-se como doutrinadores que há muito valem-se dessa percepção. Já na Europa Pietro Perlingieri, Karl Larenz também defendem aludida perspectiva do direito civil que indica a autonomia privada como centro irradiador das relações jurídicas nascidas por força do negócio jurídico.<sup>136</sup>

Aliás, como reconhecido por parte da doutrina atualmente a evolução do negócio jurídico parte o conceito de autonomia privada com uma correlação clara e direta no plano constitucional (à luz das limitações impostas pela Constituição Federal), mas sem perder de vista o cunho privatista do instituto. Nesta tese defende-se uma abordagem evolutiva do fenômeno do negócio jurídico à luz de uma abordagem pela ótica da teoria comunicacional, o que até então não havia avançado até este ponto, apresentando uma evolução nos estudos do negócio jurídico, não só se baseando na autonomia privada, mas sim como essa autonomia

---

<sup>134</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civil nella legalità costituzionale**. Napoli: Scientifiche Italiane, 2001, p.89-90.

<sup>135</sup> BETTI, Emilio. **Teoria general del negocio juridico**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/d, p.50.

<sup>136</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civil nella legalità costituzionale**. Napoli: Scientifiche Italiane, 2001, p.55. LARENZ, Karl. **Derecho civil - Parte general**. Caracas: Edersa, 1978, p.30. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral do direito civil. 24ª ed., Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2007, p.50. LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2004, p.265-278.

privada se consubstancia pela ótica comunicacional do direito, visto tratar-se não só o direito como especificamente o negócio jurídico um fenômeno eminentemente comunicacional ensejando uma investigação da linguagem que o conforma pelos prismas sintático, semântico e pragmático.

Vale transcrever o que Federico Castro y Bravo<sup>137</sup> observa sobre a questão da autonomia privada e como esse fenômeno do negócio jurídico, à luz da ótica constitucional e à luz, agora, da teoria comunicacional do direito, vem passando por uma evolução:

*Par. 14. APORÍA DE LA AUTONOMIA PRIVADA. El siglo actual, con sus bruscas mudanzas y la pluralidade de ideologias en el operantes, ha hecho visible que la llamada crisis de la autonomia privada no procede de causas exteriores a ella, sino que dudas e incertidumbres proceden de sua própria naturaliza sociológica. Ninguna libertad se gana sin trabajo, ni se mantiene sin lucha. Resulta ella de un equilibrio entre tensiones o fuerzas contrarias. La defensa por ele Estado de la autonomia privada, supone y ala intervención de aquel; el que la califique, defina y limite. [...] Lo que puede explicarse por los encontrados intereses de las fuerzas sociales en 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 en principios de Justicia. De este valor transcendente del amparo de la autonomia privada, parecen conscientes los políticos, y así se há llevado a los textos constitucionales, como uno de los derechos naturales del hombre, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. (6) Art. 22, Declaración Universal de los Derechos del Hombre, Naciones Unidas, 10 diciembre 1948; art. 2º, Grundgesetz de la República federal alemana, 25 de mayo 1949 (el art. 53 de la Constitución de Weimar se limitaba a garantizar la libertad de contratar); art. 3, 2º, 13 v 41, Constitución italiana.*

É oportuno registrar também a questão da liberdade contratual e discorrer sobre sua amplitude na conformação do negócio jurídico, especificamente, o contrato. Nesse ponto registra-se a doutrina de Carlos Alberto Goulart Ferreira<sup>138</sup> que aborda a questão concernente ao fato de que a idéia de liberdade contratual teve sua origem na Revolução Francesa e apresenta uma evolução histórica do assunto. Com o tempo a liberdade contratual passou a ter contornos jurídicos de igualdade e função social, por conta da proteção da dignidade da

<sup>137</sup> CASTRO Y BRAVO, Federico. **El negocio jurídico**. Madrid: Civitas, 1985, p.17-18.

<sup>138</sup> FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Equilíbrio contratual. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**. Caderno I. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.55-148.

pessoa humana. Assim, a chamada igual dignidade social e objetivação do fenômeno apresentada por Pietro Perlingieri e Enzo Roppo, aborda a colocação dos contratantes no aspecto da lealdade e boa-fé. A concepção política de liberdade à luz da Revolução Francesa e das teorias de Savigny, Hobbes e os seus reflexos no direito brasileiro. No que diz respeito à concepção de liberdade aponta que sempre houve uma confusão com autonomia, consoante a filosofia de Kant. Anota com base na doutrina de Luigi Ferri, Kelsen e Thon, que a concepção objetiva da autonomia decorre do fato de que o direito subjetivo não pode existir sem o direito objetivo, baseado na constituição de normas e que com o nascimento de uma norma jurídica, ocorre também a modificação ou extinção de uma relação jurídica. Revela-se a ampla autonomia da vontade, apoiada na idéia do liberalismo puro que ocorre também na teoria geral dos contratos. Assim, a liberdade contratual abrange a própria faculdade de contratar ou não e a livre escolha da pessoa com quem se quer ou pretende contratar.

O contrato nascido do liberalismo econômico como um instituto jurídico surgiu efetivamente no Séc. XIX. Criou-se com ele a livre concorrência baseado na liberdade de mercado. Da liberdade francesa de contratar surge o dirigismo contratual para assegurar a igualdade entre os contratantes. Apesar de alguns falarem na morte do contrato o autor elucida que o dirigismo contratual ensejou o fortalecimento da autonomia privada.

A questão da autonomia privada e da igualdade enfocando a autonomia e a liberdade como figuras importantes na relação negocial, avaliando o conceito de autonomia privada na possibilidade de autoregulação de quaisquer interesses, não somente os econômicos.

Também se evidencia a evolução histórica do contrato e a influência do fenômeno econômico no direito contratual elucidando que a autonomia privada parte de uma raiz comum que é a liberdade que vem a ser a base que se assenta a auto-regulamentação e aponta dois tipos de liberdade: a liberdade natural e a liberdade jurídica.<sup>139</sup>

Concernente a liberdade natural acentua-se que a mesma decorre de um direito subjetivo da pessoa, à luz da escola do direito natural. É a liberdade em si mesma. Como a pessoa passa a viver em sociedade, a liberdade passa a ser vista como uma liberdade jurídica. Surge o direito para limitar essa liberdade sendo como os limites impostos pelo ordenamento jurídico para a vivência em sociedade. Elucida-se que o direito coordena, organiza e limita as

---

<sup>139</sup> FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Equilíbrio contratual. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**. Caderno I. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.60.

liberdades, para garantir a liberdade individual de cada pessoa, pois a liberdade é o fim almejado pelo direito.

Menciona-se conhecida frase de Lacordaire de que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta. Concernente a existência de delimitações ou dirigismo, elucida-se que a autonomia privada, tida como liberdade patrimonial ou não-patrimonial, não constitui, por si só, um valor jurídico. Somente passa ter um valor jurídico quando protegido pelo ordenamento jurídico. Nesse contexto, menciona-se o artigo 1322, par. 1º, do CC italiano que dispõe que as partes podem livremente determinar o conteúdo do contrato dentro dos limites impostos pela lei. Assim, a ampla autonomia da vontade revelada na idéia do liberalismo puro ocorre também nos contratos. Essa liberdade contratual deve ser vista sob o prisma da igualdade jurídica substancial. Assim, o Estado deve intervir nas relações privadas sempre que uma das partes estiver numa situação de inferioridade por conta da igualdade substancial decorrente da constituição, notadamente no aspecto econômico.

Essa intervenção também deve assegurar um equilíbrio entre as partes à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Essa dirigismo contratual fortalece a idéia de igualdade substancial e por conseqüência da autonomia privada.

Cita-se, ainda, Carlyle Popp<sup>140</sup> ao sustentar que a CF de 1988 motivou um redimensionamento conceitual e provocou uma revisitação de todo o sistema jurídico brasileiro. Sustenta que essa análise beneficia o homem, na medida em que essa releitura do sistema passa pelo princípio da dignidade da pessoa humana e o trabalho aborda isso no campo do direito contratual. Invocando a história elucida a importância do Estado Liberal baseado no tripé liberdade, igualdade e fraternidade e da não intervenção estatal, contudo, o desenvolvimento capitalista enseja a ocorrência do dirigismo contratual, no plano da liberdade e da autonomia privada. Assim, a constituição passa das idéias tradicionais para a visão de eficácia normativa defendida por Konrad Hesse. Aborda a questão no plano do direito público e do direito privado que especialmente pelo segundo pós-guerra veio a tomar a eficácia da constituição como programática tendo o ser humano como foco e não somente um texto constitucional que visasse estruturar o estado. No que diz respeito à eficácia jurídica das normas civis constitucionais Carlyle Popp aponta a existência dos princípios que não são

---

<sup>140</sup> POPP, Carlyle. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial: a proteção contratual no direito brasileiro.** In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional.** Caderno I. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.149-211.

incompatíveis entre si, mas sim concorrentes, sejam eles constitucionais ou civis, pois sempre terão relevo no ordenamento jurídico.

Diante deste contexto o direito privado sofre grande influência da Constituição, embora haja um caminho de mão dupla, visto que os princípios fundamentais do direito privado também oxigenam a Constituição, devendo haver uma harmonia na interpretação dos mesmos elucidando como princípios fundamentais do direito privado o reconhecimento da pessoa e dos direitos da personalidade como base da dignidade da pessoa humana, o princípio da liberdade contratual, baseado na iniciativa e de empresa, da responsabilidade civil, da concessão de personalidade jurídica às pessoas jurídicas, a propriedade privada, a família, o direito sucessório.

Como princípios de direito contratual moderno anotam-se os de direito comum e de consumo, observando a autonomia privada, a boa-fé e a justiça contratual. Há que se destacar, também, o relevante papel social do contrato. Ressalta-se, também, o princípio da confiança na formação do contrato, sua execução e após sua realização, bem como os deveres de comunicação, informação e esclarecimento. Chama-se atenção, também, para a existência do dever de guarda e restituição, dever de segredo, dever de clareza, de lealdade, de proteção e de conservação e a chamada responsabilidade pré e pós-contratual.

É fato, pois, que tem-se uma perspectiva constitucional do negócio jurídico pertinente sua auto-regulamentação, todavia, apresenta-se agora uma perspectiva pela ótica da teoria comunicacional do direito, que em nada conflita com a autonomia privada, mas vem estabelecer uma roupagem nova, enquanto um fenômeno linguístico-comunicacional, demonstrando uma evolução no processo de estudo do instituto do negócio jurídico.

Oportuna a menção, também, da obra de Denis Mazeud<sup>141</sup> que trata de homenagear um tema complexo e importante do direito privado que é o direito contratual no âmbito do direito contemporâneo. Resumidamente, pode-se evidenciar que o reconhecimento definitivo da divisa da liberdade, da igualdade e da fraternidade como uma linha que reforça a idéia diretiva do direito contratual contemporâneo, hoje se baseia na idéia cristalina da doutrina do solidarismo contratual, baseado entre um liberalismo e um socialismo do dirigismo contratual, ressaltando o altruísmo, a paciência e o respeito mútuo, bem como a indulgência, que

---

<sup>141</sup> MAZEAUD, Denis. Loyauté, solidarité, fraternité: La nouvelle devise contractuelle? In: FRISSON-ROCHE, Anne-Marie; LEQUETTE, Yves; ROBERT, Jacques-Henri (Org.). **L'Avenir du Droit**: mélanges em homage à François Terré. Paris: Dalloz-Paris, 1999, p.603-634.

juntamente com outros valores constituem o que o autor denomina de um código de conduta, uma ética que pertence ao universo contratual. Aponta-se a concepção de contrato providência, de contrato social, onde sustenta a possibilidade de revisão judicial dos contratos para manutenção do equilíbrio contratual, a transparência, lealdade contratual onde se insere a concepção de liberdade contratual, limitada no âmbito da conhecida autonomia privada. Aponta também a concepção de contrato solidário tudo a justificar e fundamentar a concepção social do contrato, à luz dos valores mencionados adremente, sempre buscando assegurar o moralismo e o solidarismo contratual e a segurança do mesmo, que é por excelência um negócio jurídico.

Assim, sustenta-se que para se ter a segurança jurídica, o equilíbrio contratual e tornar prática e efetiva a concepção de igualdade, fraternidade e liberdade, há de prevalecer essa visão doutrinária baseada no solidarismo contratual, revisitando a idéia do contrato rígido como até então concebido.

Incurtionando no campo do direito civil comparado é de se anotar a questão relativa a conformação do negócio jurídico contratual. Nesse ponto, no âmbito do direito italiano, há uma discussão doutrinária acerca dos artigos 1321 e 1325 do Código Civil quanto a existência dos elementos constitutivos do contrato, como um acordo entre as partes contratantes e a visão de imposição legal entre as partes à luz do artigo 1372 do Código Civil. Cita-se, assim, a doutrina de Andrea Belvedere e Carlo Granelli<sup>142</sup> que ora resumem-se nos seis parágrafos seguintes.

Os autores italianos sustentam que o escopo principal do contrato, aos moldes do artigo 1321 do CC italiano, vem a ser a constituição, regulamentação ou extinção da relação jurídica patrimonial que se encontram em distintos planos, na medida em que é mais comum a rescisão unilateral do contrato do que eventual modificação, ou mesmo extinção sendo que o ordenamento não tem uma preocupação grande com a questão da rescisão unilateral, mas sim com a possibilidade de modificação unilateral do contrato, vindo a inserir um conteúdo novo ao contrato firmado. Existe também uma preocupação com a possibilidade de se criar nova relação jurídica à partir do exercício unilateral de vontade de um dos contratantes, como a chamada prelação ou até mesmo a obrigação alternativa. Por outro lado, o sistema também tem o propósito de proteger os contratantes de eventuais surpresas que não são esperadas ou

---

<sup>142</sup> BELVEDERE, Andrea; GRANELLI, Carlo. **Confini attuali dell'autonomia privata**. Padova: Cedam, 2001, p.125-138, 140-157.

pelo menos que possam acontecer entre as partes e por conta disso o conteúdo do contrato deve ser pelo menos determinado ou determinável, devendo existir uma disposição contratual para que não ocorram situações potestativas.

Essas concepções têm por escopo proteger as partes e a própria autonomia privada, pois enseja eventual limitação da possibilidade de modificar unilateralmente, sendo para outra parte da doutrina não existe essa limitação. Ao final, os autores italianos elucidam que é possível conceber a alteração ou mesmo a rescisão contratual por conta de fato imprevisto, sendo que tanto a jurisprudência quanto a doutrina exigem para essa situação a ocorrência de uma onerosidade excessiva na obrigação assumida pela parte.

Os autores propõem uma releitura do artigo 1322 do CC italiano e não uma modificação do mesmo, pois pretende observar a relevância da autonomia privada no ordenamento jurídico. Essa revisitação seria concebida em uma nova visão de exegese e de aplicação do referido dispositivo, por conta do dispositivo legal até então não corresponder de maneira efetiva o reconhecimento do conteúdo adequado e à importância que era dado quando da análise concreta da doutrina e jurisprudência, sobre referido texto legal. No que tange a essa contradição, os autores italianos elucidam que o artigo 1322 CC dispõe acerca da liberdade das partes de estabelecerem o conteúdo do contrato, nos limites impostos pela lei; e de celebrarem contratos que não pertençam aos tipos que tenham uma regulamentação particular, desde que visem a realizar interesses mercedores de tutela de acordo com a ordem jurídica.

Assim, os autores registram que o artigo 1322 CC atende diretamente ao princípio ou valor constitucional da iniciativa privada, porque que se reconhece ao particular a possibilidade de regulamentar seu próprio interesse que é o fundamento e a norma da iniciativa privada na esfera patrimonial, bem como a fonte normativa do poder dispositivo do interesse privado. No que diz respeito a primeira parte do art. 1322, ou seja, acerca da liberdade das partes de estabelecerem o conteúdo do contrato, os autores italianos registram que o comum atualmente vem se caracterizando pelos contratos-tipo ou contratos estandarizados ou contratos de massa e essa circunstância não se coaduna bem coma livre iniciativa preconizada pelo legislador. Quanto a segunda parte do artigo que vem reconhecer aos contratantes a possibilidade ou o poder de celebrar contratos que não sejam típicos baseia-

se na idéia de proteção ou princípio do interesse digno de tutela, para alcançar uma segurança jurídica, uma proteção por meio de uma tutela jurídica.<sup>143</sup>

Com base na valoração teleológica ou mesmo a finalidade de pactuar um contrato, tem esteio na doutrina e na jurisprudência para se determinar ou não da tutela para o contrato atípico por conta da existência de um motivo lícito ou ilícito ou mesmo um negócio que esteja fora da lei, à luz dos artigos 1344 e 1345. Em outras palavras, explicam que o principal fundamento utilizado é a licitude do interesse e da vontade comum de pactuação que se forem lícitos não terá qualquer óbice legal. Todavia, na visão dos autores italianos citados na referência anterior (Andrea Belvedere e Carlo Granelli) esse argumento não é o correto, pois o que justifica a autonomia negocial são os valores constitucionais existentes e não o simples fato do objeto do contrato ser lícito ou não, pois isto é uma mera consequência.

Para os autores italianos ora explicados é necessário buscar a eficácia prática e operativa do artigo 1322 do CC e sua posição central no âmbito do direito contratual. O intérprete deve analisar o contexto no qual a norma está inserida, ou seja, elaborar uma análise sistemática para alcançar o sentido correto da mesma e isso deve prevalecer na interpretação do artigo 1322. A doutrina está atenta aos chamados contratos de massa que motivam uma aparente ruptura com art. 1322 CC – que estabelece a liberdade contratual – e o art. 41 da CF – que estabelece a iniciativa econômica e o princípio da autonomia privada, onde poderá haver uma troca até mesmo sem qualquer tipo de acordo, embora isso mostre-se contraditório. Isso não é razoável, pois as chamadas *clausole vessatorie* prevêm o contrato predisposto unilateralmente pelo profissional que é um especialista. Assim, o negócio jurídico contratual caracteriza-se por meio de uma parte que predispõe as cláusulas e outra adere ao mesmo, afastando-se a existência de diálogo, igualdade e equilíbrio, mas sim de adesão ao contrato. Para eles os chamados contratos massificados possuem a cláusula vessatoria, pois há nos mesmos um desequilíbrio por conta da ausência da participação do aderente na formulação das cláusulas e isso, em 1942, buscou-se dar um equilíbrio aos contratantes, todavia, sob o ponto de vista prático isso é muito difícil, pois remanesce a possibilidade de aderir ou não ao contrato. Essa tentativa do legislador, em 1942, não ajustou-se à concepção de autonomia privada em face das disposições unilaterais, devendo, portanto, ser reconhecido a existência do contrato plurisubscrito.<sup>144</sup>

---

<sup>143</sup> BELVEDERE, Andrea; GRANELLI, Carlo. **Confini attuali dell'autonomia privata**. Padova: Cedam, 2001, p.130-140.

<sup>144</sup> Ibidem, p.150.

Sustenta-se, pois que poderá haver uma redução nos meios de formação do contrato, mas ainda sim haverá negociação e não motivar a ocorrência de desequilíbrio, visto que o objeto do contrato será sempre controlado por meio da lei, apontando também a questão da elasticidade e pluralidade de modos de formação do contrato e se houve total desequilíbrio e anulação da manifestação de vontade do consumidor a lei considera ineficaz o negócio contratual, face a ausência da autonomia privada no contrato, que é indissociável da liberdade econômica da pessoa.

No tópico seguinte fala-se sobre a regularidade e o suporte fático do negócio jurídico, isto atrelado a sua auto-regulamentação, enquanto uma consequência da autonomia privada que todos possuem e que decorre da norma constitucional.

### 3.2 A REGULARIDADE E O SUPORTE FÁTICO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Defende-se que ato jurídico e negócio jurídico evidenciam manifestações de vontade. Todavia, há nítida distinção quanto à estrutura, quanto à função e quanto aos efeitos. Francisco Amaral doutrina:

*O negócio jurídico é, portanto, exercício da autonomia privada, tendo, por isso, conteúdo normativo. A sua essência está em dois elementos: vontade e autonomia privada. O ato jurídico em senso estrito não tem esse conteúdo. A vontade que exprime não se dirige à produção de efeitos jurídicos específicos desejados pelo agente. Eles dependem de lei ou já estão previstos.*<sup>145</sup>

O suporte fático do negócio jurídico reside justamente na contextualização efetiva dele no mundo fenomênico, onde as partes contratantes realizam o negócio por força de motivações psíquicas de vontade e exteriorizam através da declaração de vontade em um ambiente contextual específico que estão envolvidos.

Nessa medida do suporte fático há uma questão relevante que diz respeito à classificação do negócio jurídico. Renan Lotufo chama a atenção para a classificação

---

<sup>145</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.363.

realizada por dois juristas, um italiano e outro brasileiro, a saber: Cariota Ferrara e José de Abreu. Pela lucidez doutrinária quanto à classificação do negócio jurídico no ambiente contextualizado do mesmo transcreve-se<sup>146</sup>:

Pelo número de partes	Pelo número de partes
O conteúdo	Pela causa
A causa e os motivos	Pelos efeitos
A forma	Quanto ao tempo de produtividade dos efeitos
Os efeitos	Quanto ao conteúdo
A relatividade causal do evento morte	Quanto à causa de atribuição patrimonial
O vínculo com outros negócios	Quanto à forma

Ainda, no âmbito contextual do negócio jurídico é preciso identificar os limites do negócio jurídico na Constituição Federal de 1988, com a já falada visão constitucional do direito civil, que ganhou força com a doutrina de Luigi Ferri e Emilio Betti, em obras já referidas nesta tese.

É certo que embora o negócio jurídico tenha uma vocação privada, referida autonomia está limitada pelas diretrizes estabelecidas na Constituição Federal, sem perder o ideal privatístico do instituto e a aplicação da teoria comunicacional ao negócio jurídico não desfaz referido ideal, muito pelo contrário, o reforça dando um contorno diferenciado à formação da causa e da manifestação da vontade, como destaca-se no item seguinte, ao tratar da questão da pressuposição, da causa e da motivação do negócio jurídico.

### 3.3 A QUESTÃO DO MOTIVO, DA CAUSA E DA PRESSUPOSIÇÃO

Neste tocante é preciso identificar que a declaração de vontade no âmbito do negócio jurídico assume contornos de uma declaração de vontade qualificada, em outras palavras, uma manifestação de vontade qualificada. Vale para elucidar este ponto transcrever Antônio

<sup>146</sup> LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2004, p.272-273.

Junqueira de Azevedo<sup>147</sup> citando doutrina alemã baseada na interpretação dos parágrafos 116 a 144 do Código Civil alemão (BGB) onde diz:

*O negócio jurídico não é, por outras palavras, uma simples manifestação de vontade, mas uma manifestação de vontade qualificada, ou a uma declaração de vontade. Já dizia Saleilles, na abertura de seus comentários do Código Civil alemão: 'não é preciso apenas que (a vontade) seja revelada por um fato ou por uma atitude externa, é preciso que ela tenha querido se produzir externamente como vontade constitutiva de direito. E a palavra 'declaração de vontade' implica este elemento novo, que consiste numa finalidade de manifestação jurídica, não somente de irrevogabilidade de manifestação jurídica, mas, se pode dizer assim, de produção ou de eficácia jurídica.*

Causa, motivo e pressuposição do negócio jurídico tem como caracterização a causa eficiente (*efficiens*): fato jurídico, motivo psicológico, motivo objetivo; a causa faz a judicialização do ato (natureza das coisas e causa *civilis*); causa atribuição patrimonial (causa *credendi*, causa *debendi*, causa *donandi*); causa *finalis* é a finalidade pela qual se pretende efetuar o negócio jurídico, ou seja, os fins pretendidos. Todas, enfim, encontram-se na psique do participante e somente se exterioriza a declaração de vontade. Nesse ponto é absolutamente relevante a conformação do negócio jurídico pela ótica comunicacional analisando o instituo pelo prisma linguístico, seja no plano sintático, semântico e pragmático.

A causa, pois, é a razão objetiva do negócio jurídico. O motivo é a base subjetiva do negócio jurídico e tem origem no impulso psíquico. Pode como base do negócio jurídico não ser declarado como razão determinante, como pode ser declarado como razão determinante do negócio jurídico; motivo subjetivo aplica-se às pessoas naturais; motivo no sentido objetivo como justa causa; motivo ilícito como violação da lei, imoral, ilícito.

A doação, por exemplo, abrange causa *credendi* e causa *donandi*. A cessão de crédito tem causa *credendi* e causa *solvendi*; o motivo pode ser recompensar alguém de um favor. Para produzir algum efeito tem que ser a razão determinante e ser declarado expressamente. Para Junqueira Azevedo os motivos são classificados em objetivos e subjetivos e a pessoa jurídica não pode valer-se do artigo 140 do Código Civil, visto que apenas a pessoa natural

---

<sup>147</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p.17-18.

tem a psique, embora a gestão e administração da pessoa jurídica seja realizada por uma pessoa natural, necessariamente. O motivo no sentido objetivo é a justa causa (causa eficiente). Motivo ilícito é aquele contrário aos bons costumes, a ordem pública e que podem tornar nulo o negócio e não se confunde com o artigo 140 do Código Civil.<sup>148</sup>

A questão da pressuposição no negócio jurídico decorre da figura do Rei Inglês, Eduardo VII, cuja histórica marca que em 26/06/1802, haveria na Inglaterra o cortejo anual da realeza. Ocorriam aluguéis de apartamentos apenas para ver o desfile, todavia, o aluguel não foi pago porque não houve ingresso no imóvel e nem tampouco o desfile da realeza; o proprietário cobrou o aluguel dos inquilinos mas não conseguia receber dos mesmos. Para explicar o fenômeno, Windscheid criou a teoria da pressuposição, que é a condição não desenvolvida que autolimita o efeito do negócio jurídico ingressando, portanto, no plano da eficácia. Quem declara vontade sobre pressuposição de produção de efeito, que se persistir um estado de coisa; a locação fica sem efeito porque o desfile não passaria na rua que estava o apartamento locado. O BGB alemão não acatou a teoria da pressuposição. Mas recentemente a teoria é acatada como base do negócio jurídico, como motivo. O Código Civil alemão denominou como base do negócio jurídico. Fala-se em pressuposição como uma condição não desenvolvida que autolimita o efeito do negócio jurídico. Quem declara vontade espera o efeito. Exemplo é o contrato de propaganda para divulgar o produto novo e antes que se faça a publicidade o produto é proibido. Fato passado, como exemplo, a doação de um terreno a um afiliado pensando que o filho morreu, quando na verdade está vivo.

Quando o estado de coisas não persiste há o erro por pressuposição e o único artigo que trata disso é o artigo 152, II do Código Civil Português. Tem-se a teoria da base objetiva e subjetiva do negócio. A finalidade do negócio não persistiu. A ordem subjetiva é o motivo comum na ordem como razão determinante do negócio jurídico. A ordem objetiva é o estado de coisa, a circunstância que precisava persistir. Pressuposição há uma certeza de um fato ocorrido ou que está ocorrendo ou que ocorrerá sendo uma junção entre condição e motivo. No motivo há uma incerteza objetiva quanto a fato futuro e se o que pensa não ocorrer objetivamente está expresso no negócio jurídico.<sup>149</sup>

Segundo Junqueira Azevedo, no plano da existência surge o conflito entre a vontade interna e a vontade declarada. O que prevalece? No direito comparado a solução varia,

---

<sup>148</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p.15-16.

<sup>149</sup> Ibidem, p.20-25.

segundo ele. Na Alemanha existem duas correntes: o sistema da teoria de vontade e a teoria da declaração. Savigny, Windcheild e Witterman são adeptos da vontade interna. Daus e Blank da vontade declarada. Atualmente, na Alemanha prevalece a teoria da declaração. Na França prevalece a teoria da vontade interna, diante da força do princípio da autonomia da vontade como princípio político, jurídico e de liberdade, na verdade chega a ser até um dogma. Tem até um título no Código denominado do consentimento. O BGB quando fala sobre defeitos do negócio jurídico o denomina como defeitos de declaração. Na Alemanha há concessões sobre o erro obstativo onde prevalece a vontade interna. Declaração não seria feita em circunstâncias especiais.<sup>150</sup> A lei é parte do direito. É um esqueleto da ordem jurídica e quem dá vida é a doutrina e a jurisprudência. Na Alemanha, Windcheid é adepto da teoria da vontade e quando há conflito terá de haver prova do mesmo. E o BGB adotou essa posição de Windcheid. A jurisprudência influenciou o Código Civil Francês procurando privilegiar a vontade declarada para proteger a segurança negocial contra flutuações de foro íntimo. A autonomia da vontade é uma norma moral e social e da mais estabilidade ao contrato evitando pesquisas específicas no plano psíquico. Uma corrente entende que é a vontade interna. Outra corrente diz que é a vontade declarada. Para Junqueira Azevedo, ambas as teorias enxergam dois elementos: vontade e declaração. Para ele somente há um elemento que é a declaração de vontade, pois só assim é que haverá existência do negócio jurídico. A vontade faz parte do processo volitivo mas poderá influenciar a validade e a eficácia do negócio jurídico.

A vontade pode influenciar a eficácia determinando a não produção de efeitos. A vontade pode influenciar a validade do negócio jurídico, mas atribuindo nulidade ou anulabilidade. Assim, o negócio jurídico existente é aquele que apresenta declaração de vontade; se houver vontade viciada o negócio jurídico será nulo ou anulável. As vezes quando a vontade não é regular o negócio pode ser válido mas ser ilícito. Na Itália, Emilio Betti, para derrubar a teoria da vontade e privilegiar a teoria da declaração diz que todo negócio jurídico é fato social por exigir reconhecimento social como declaração ou como comportamento, logo é preciso buscar a declaração de vontade e não a vontade interna. Kohler considera a declaração de vontade. Betti e Kohler se esqueceram que a vontade é declarada mas que influencia a validade e eficácia. A vontade atua sobre o negócio jurídico corrigindo-o no

---

<sup>150</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p.74-80.

plano da validade; alguém que assina um documento sob hipnose, por exemplo. A vontade manifestada é viciada.<sup>151</sup>

Às vezes a vontade pode obrigar quando não mais existe testamento, mas ele tornou-se incapaz após a leitura do testamento, por exemplo. Explica Junqueira Azevedo as duas teorias não são únicas, mas existem variações. Duas intermediárias: a teoria da responsabilidade e a teoria da confiança. A teoria da responsabilidade, a vontade interna predomina sobre a declarada salvo se houver culpa do declarante onde prevalecerá a vontade declarada. A teoria da confiança prevalece a vontade declarada sobre a vontade interna e o declarante deve arcar com o ônus que provoca nos outros, mas a má-fé do destinatário autoriza que haja predomínio da vontade interna sobre a declarada. A primeira teoria funda-se na culpa e a segunda teoria funda-se na boa-fé.

No Brasil o Código Civil de 2002 (influenciado pelo Código Civil Italiano) fez uma adesão parcial a teoria da confiança no dolo, na coação (ato ilícito mais vício de consentimento). O ato ilícito enseja a anulação do negócio jurídico no plano de validade. A reserva mental anula o negócio jurídico se conhecida for da outra parte em razão da boa-fé. Declarações não sérias: a doutrina e jurisprudência se divide. Deve-se observar a circunstância em que o fato se dá como num teatro, numa sala de aula, avaliando-se o contexto em que foi produzido.

Se houver conflito entre o declarante e o destinatário como, por exemplo, a confusão entre a figura do empréstimo e a figura da doação apontam-se dois critérios. O primeiro no sentido de que não existe o negócio jurídico, pois se perceberia que nenhuma vontade foi declarada, como no exemplo de um casamento em um palco de teatro. O critério objetivo seria esse.

Já o critério subjetivo é de que há declaração de vontade mas o negócio jurídico não é sério, como na hipótese de um sonâmbulo. Na simulação a declaração de vontade existe e prevalece a declaração e não a vontade interna. Assim, a simulação é nula e a dissimulação é anulável.

A interpretação do negócio jurídico é que prevalece a vontade interna, a intenção; é semelhante ao Código Civil francês; o Código Civil Italiano influencia e por isso a teoria da

---

<sup>151</sup> BETTI, Emilio. **Teoria general del negocio juridico**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/d, p.68-72.

confiança entra na questão e exige boa-fé, bons costumes (artigo 110 a 114). Mesmo na interpretação do contrato o ponto de partida deve ser a declaração de vontade pela teoria da confiança. A declaração deve estar sempre em primeiro lugar, pois para descobrir a vontade interna é preciso que esteja declarado. Em caso de dúvida a boa-fé e a vontade declarada deve conduzir a investigação.<sup>152</sup>

No que tange à declaração de vontade é importante que em todas deve-se considerar a existência do texto e do contexto do negócio jurídico. O texto é a forma do negócio jurídico. O contexto são as circunstâncias que envolvem o negócio jurídico, a boa-fé, os usos e os costumes. São as circunstâncias essenciais para a declaração; primeiro se analisa o contexto (boa-fé, os usos e os costumes), dizer que é importante para o plano de existência a causa; a causa ilícita, busca-se o motivo determinante que levou o agente a concluir o negócio; deve-se averiguar o motivo que levou o agente a fazer o negócio jurídico. A causa subjetiva diz que o motivo determinante é psicológico, causa objetiva é o conteúdo do negócio jurídico.

Antônio Junqueira Azevedo<sup>153</sup> conclui que na causa ilícita o que importa é o motivo determinante do ilícito que contraria a lei, a ordem pública e os bons costumes e a moral. Para algumas legislações a causa ilícita, o motivo determinante ilícito influi na validade do negócio jurídico. Em outras só influi na validade se somados a outros caracteres como os previstos na lesão que requer desequilíbrio das prestações no momento da efetivação do negócio. No Brasil a anulação do negócio jurídico se houver motivo determinante ilícito as vezes somados a alguns caracteres previstos em lei. Mas, às vezes, mesmo que se apresente o motivo determinante ilícito o negócio jurídico será válido, mas com outras penas que a anulabilidade ou nulidade. Antônio Junqueira Azevedo cita Paulo Campos Filho e diz que objeto é tudo que pretende o agente e é lícito se não ferir interesses da sociedade. Junqueira analisa o objeto do negócio jurídico e diz ele que o objeto é o conteúdo dele e é parte do objeto o motivo; o conteúdo sim, mas o motivo do negócio jurídico não é parte do objeto pois o motivo está no agente. Poderá ser inserido no negócio jurídico pelo agente se o colocar no conteúdo e então fará parte do negócio jurídico. As vezes existe causa ilícita, o negócio tem motivação ilícita mas tem objeto lícito e, assim, não é nulo. Só terá nulidade absoluta ou relativa quando tiver motivação ilícita e objeto ilícito. Por exemplo, pagamento de pensão a uma prostituta é um

---

<sup>152</sup> BETTI, Emilio. **Teoria general del negocio jurídico**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/d, p.80-90.

<sup>153</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p.118.

negócio jurídico com motivação ilícita mas objeto lícito; subvenção a jornalista para não atacar uma determinada pessoa, no máximo haveria uma enriquecimento sem causa.

O erro obstativo não é causa de anulação, por exemplo, troca o lote 4 pelo 5, com uma mera retificação se resolve; o falso motivo só vicia se for razão determinante do negócio jurídico.

Como suporte para os argumentos lançados neste item apresenta-se a doutrina italiana que enseja uma análise do risco contratual frente a autonomia privada e para tanto a obra de Guido Alpa, Mario Bessone e Enzo Roppo é de suma relevância doutrinária.<sup>154</sup> Referidos autores registram a importância do acordo de vontade entre as partes na determinação do objeto do contrato, o que encontra consonância com o que se defende acerca do ato de intelecção realizado pelas partes ao emitirem a declaração de vontade, visando assegurar a integração entre boa-fé, equidade e justiça contratual, sustentado neste trabalho

Eis, pois, a questão da causa, do motivo e da pressuposição espelhada na doutrina, contudo, sustenta-se que não se precisa perquirir muito acerca da causa e motivação ou mesmo da pressuposição, na medida em que tratando-se a vontade de um ato intelectual, a subsunção do fato à norma contextualizada pelos interesses do participante ocorrem em um ato quase que instantâneo de pensamento e que é manifestado por meio da vontade declarada do participante que emite uma mensagem ao receptor que a aceita ou não, fazendo um processo intelectual igual, mas dentro de seu ambiente intelectual e contextual, isso tudo à luz do aspecto comunicacional do negócio jurídico, nos planos sintático, semântico e pragmático.

No capítulo que segue demonstrar-se-á uma nova perspectiva com a aplicação do fenômeno linguístico ao negócio jurídico.

---

<sup>154</sup> ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. **Rischio contrattuale e autonomia privata**. Napoli: Jovene Editore, 1982, p.3-81, 377-384.

## CAPÍTULO IV – A VONTADE E A DECLARAÇÃO DE VONTADE NO NEGÓCIO JURÍDICO: UMA NOVA PROPOSTA

### 4.1 A TEORIA COMUNICACIONAL E SUA APLICAÇÃO NO NEGÓCIO JURÍDICO

Nesse tocante, como adota-se uma definição estrutural do negócio jurídico sob o prisma de entender por negócio um ato de vontade do agente, mas sim um ato que socialmente é destinado a produzir efeitos jurídicos, transpondo-se de uma perspectiva psicológica para uma perspectiva social, justifica-se ainda mais a conformação da teoria comunicacional do direito. Como diz Antônio Junqueira de Azevedo<sup>155</sup>,

*[...] o negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê como a declaração de vontade do agente. Deixa-se, pois, de examinar o negócio através da ótica estreita do seu autor e, alargando-se extraordinariamente o campo de visão, passa-se a fazer o exame pelo prisma social e mais propriamente jurídico.*

Por outro aspecto, Lourival Villanova fazendo menção à doutrina de Pontes de Miranda já ao enfrentar a questão linguística no campo do direito acentuava:

*O deôntico na tese. A primeira parte da proposição jurídica completa (que se constitui de norma primária e norma secundária) é composta de hipótese e tese. A hipótese é descritiva de fato de possível ocorrência – o fato jurídico recortado sobre o suporte fático (Pontes de Miranda) – mas a tese, normativamente vinculada à hipótese, tem estrutura interna de proposição prescritiva. É a relação em que um sujeito S' fica face a outro sujeito S. A tese é proposição relacional (Garcia Maynez, Lógica del Juicio Jurídico, págs. 45-55).<sup>156</sup>*

---

<sup>155</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p.21.

<sup>156</sup> VILLANOVA, Louriva. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005, p.94.

Pretende-se, aqui, sustentar uma novação no âmbito da teoria geral do negócio jurídico, especialmente, o contratual com a introdução da semiótica, ou seja, da aplicação da teoria comunicacional do direito no negócio jurídico. Aliás, até a própria teoria geral do negócio jurídico contratual vem sendo debatida na França como um mito ou realidade, à luz do que denominou-se como uma filosofia contratual. Veja-se a doutrina de Éric Savaux.<sup>157</sup>

Ainda, no campo do direito civil comparado, na Itália a doutrina de Mario Allara<sup>158</sup> chama a atenção para o perigo de uma crise do negócio jurídico, ampliando sua percepção não apenas como elemento contratual como exclusivo do direito obrigacional. Outro autor italiano que merece análise é Massimo Bianca<sup>159</sup> quando faz uma digressão sobre o acordo e a promessa no quadro da autonomia privada como um elemento fundamentalmente de poder de autodeterminação do objeto e de decisão sobre a própria esfera jurídica que uma pessoa possui em razão do ordenamento jurídico.

Francesco Messineo<sup>160</sup> também explica que a relação jurídica negocial que decorre do contrato não pode ensejar um conflito de interesse entre a vontade interna e a vontade declarada e o faz quando discorre acerca da representação no âmbito contratual, trazendo mais uma prova da relevância da teoria comunicacional do direito para ajustar uma correta aferição da declaração de vontade para regular conformação do negócio jurídico.

A questão da conformação do negócio jurídico contratual ganha relevo quando se analisa o consenso da formação do contrato ampliando a leitura da negociação à responsabilidade pré-contratual e isso tem total pertinência com a correta conformação do contrato em sua fase inicial, no momento do ato de intelecção que as partes estão prestes a declarar a vontade um frente ao outro. Para Massimo Bianca a responsabilidade civil pré-contratual é relevante tanto para o direito privado quanto para o direito público incursionando sua análise para os contratos administrativos.<sup>161</sup>

Enzo Roppo<sup>162</sup> também registra a relevância da forma do contrato, inclusive do que denomina-se de contrato preliminar, acentuando a importância das tratativas pré-contratuais e

---

<sup>157</sup> SAVAUX, Éric. **La theorie generale du contrat, mythe ou réalité**. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1997, p.67-71.

<sup>158</sup> ALLARA, Mario. **Corso de Diritto Civile** – La teoria generale del contratto. Torino: G. Giappichelli Editore, s/d, p.20-24.

<sup>159</sup> BIANCA, Massimo. **Diritto civile** – il contratto. Milano: Dott Giuffré Editore, 1987, p.10 .

<sup>160</sup> MESSINEO, Francesco. **Il contratto in genere**. Milano: Dott Giuffré Editore, 1973, p.259.

<sup>161</sup> BIANCA, op. cit., p.181-184.

<sup>162</sup> ROPPO, Enzo. **Il contratto**. Bologna: Il Mulino, 1977, p.87.

o campo de responsabilização civil nessa seara, reforçando a tese de uma necessária e regular conformação do negócio jurídico contratual e não apenas sua correta interpretação.

Evidentemente que se o negócio jurídico tiver um conteúdo proibido, ilícito, seja pela causa, seja pelo motivo contrário à norma imperativa, à ordem pública, aos bons costumes ou mesmo fraudulento, ensejará uma invalidade ou ineficácia do mesmo, a ser dirimida pela aplicação dos conteúdos defendidos. Todavia, nesse tocante, vale a doutrina de Francesco Messineo<sup>163</sup> que incursiona acerca dessa invalidade negocial atrelada ao conteúdo proibido do negócio jurídico contratual.

Sustenta-se que a semiótica aplicada ao contrato, ou seja, a teoria comunicacional do direito aplicada ao negócio jurídico, faz com que a conformação e a interpretação do negócio jurídico esteja em consonância com a vontade declarada das partes, trazendo à lume a questão da boa-fé, da função social dos contratos e, principalmente, da confiança e probidade na relação negocial, que atualmente são cláusulas gerais nas relações contratuais. Veja-se que nesse sentido é oportuno invocar a doutrina de José de Oliveira Ascensão<sup>164</sup> apontando a relevância desses elementos no negócio jurídico e indicando uma crítica, que ora se transcreve:

*O art. 16 da lei portuguesa pretende concretizar o critério geral da boa-fé. Começa pela observação geral de que, na aplicação da norma do artigo anterior, se devem ponderar os valores fundamentais do direito. Afirmação que, de tão óbvia e genérica, não traz nenhuma concretização. Mas acrescenta depois dois vetores que teriam incidência especial. O primeiro seria o da confiança. Diz-se que se deve ponderar 'a confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis.' Começamos pelo próprio critério nuclear – a confiança. O critério da confiança é também de grande vacuidade. Só tem sentido como critério subjetivo. Mas não goza de valia generalizada na ordem jurídica portuguesa. De qualquer modo, esta relação não caracteriza nenhuma relevante. Pode o destinatário não depositar a menor confiança no predisponente e, todavia, celebrar o contrato, por não ter na prática outro remédio. Isso é de todo irrelevante para a apreciação da cláusula. Mais uma vez, acena-se para que só poderia ser uma posição subjetiva, quando está afinal em causa um julgamento objetivo dos termos predispostos. As especificações que subseqüentemente se fazem, para dar os*

---

<sup>163</sup> MESSINEO, Francesco. **Il contratto in genere**. t. 2. Milano: Dott Giuffré Editore, 1973, p.230-245.

<sup>164</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé**. Lisboa: Forense, s/d, p.40.

*fundamentos da confiança, não são também de nenhuma valia. A) o sentido global das c.c.g. em causa, é claro que todos os enunciados jurídicos se têm de apreciar à luz do seu sentido global. B) o processo de formação do contrato singular celebrado trata-se de um equívoco. Os aspectos individuais da relação são relevantes no momento da aplicação correta da cláusula, mas não para efeito da apreciação abstrata desta. C) o teor do contrato singular vale o que dissemos para a especificação anterior. D) quaisquer outros elementos atendíveis não adianta nada, pois o elemento auxiliar da confiança revela-se de nenhum valor. É um cego a guiar outro cego.*

Evidencia-se, pois, o estabelecimento de uma relação jurídica própria, com caracteres definidos que se entrelaçam no ato de conformação do negócio jurídico, dada a dialética que se trava entre o emissor e o receptor da declaração de vontade e os elementos por serem planejados como atos de inteligência das partes necessitam de parametrização por meio de critérios seguros que ao nosso sentir apresentam-se por meio da semiótica, mediante uma análise sintática, semântica e pragmática do negócio jurídico, nos planos de existência, validade e eficácia, ensejando, assim, a correta aplicação da teoria comunicacional do direito ao negócio jurídico.

No item seguinte procura-se atribuir os critérios e dimensões de análise e do corte metodológico da semiótica nos planos apresentados do negócio jurídico.

#### 4.2 AS DIMENSÕES DA SEMIÓTICA NO NEGÓCIO JURÍDICO

Sustenta-se que a conformação do negócio jurídico, à luz da teoria comunicacional do direito, ganha o seguinte contorno em razão da dialética comunicacional entre os participantes. Por um lado, tem-se a figura do *remetente* e do outro tem-se a figura do *destinatário*. Tanto no contexto do remetente, quanto do destinatário, caracteriza-se a conformação mental e linguística pelo que demonstrou-se no denominado triângulo semiótico (significante, significado e significação).

No ato de inteligência tanto do remetente quanto do destinatário evidencia-se uma vontade onde extrai-se a mensagem, o contexto e o código. O remetente e o destinatário, após a conformação no ato de inteligência evidenciam isso através da declaração de vontade, por meio do contato físico e mediante uma conexão psicológica.

Portanto, na conformação da vontade o remetente, mentalmente (ato de intelecção), consubstanciando a significação de seu querer dentro de uma mensagem, de um contexto e por meio de códigos, expressa todo seu pensar na declaração de vontade e o destinatário perpetra a mesma concepção, ao receber a declaração de vontade manifestada (pelo remetente), passa o destinatário, por sua vez, ensejar a conformação do ato de intelecção o mesmo processo mental (significante, significado e significação), ainda, de sua vontade com uma mensagem, contexto e código.

No plano da existência, tem-se a vontade consubstanciada no ato de intelecção onde o processo mental se traduz no triângulo semiótico tanto do remetente quanto do destinatário. Já, no plano de validade, o processo já sai do plano mental para a evidenciação da declaração de vontade (havendo contato físico e conexão psicológica), caracterizando a efetiva declaração da vontade pensada e tendo essa vontade declarada conformidade com o sistema jurídico. No que tange ao plano de eficácia, os efeitos pretendidos pela vontade declarada, atrelada a declaração enseja os efeitos pretendidos não só pelos agentes participantes da conformação do negócio jurídico, como também os efeitos concebidos pelo próprio sistema jurídico positivado, bem como os economicamente esperados do negócio jurídico.

Esse ambiente e processo de conformação do negócio jurídico é aplicável independente do direito positivado, ou seja, ele vale para o direito brasileiro, tanto quanto para o direito alemão ou direito espanhol, por exemplo.

Nesse ponto é importante sustentar como validade da tese a doutrina de Umberto Eco, J. Teixeira Coelho Neto e Paulo de Barros Carvalho.<sup>165</sup> Para eles, os componentes do processo comunicacional são seis: *remetente, mensagem, destinatário, contexto, código e contato*. O processo também tem implicação no repertório utilizado pelas partes envolvidas o que pode representar-se por um contexto que está assim representado: *contexto = emissor – canal – mensagem – código – receptor – conexão psicológica*.

Essa estrutura, como já sustentado, tem sido aplicada mais usualmente à interpretação da norma jurídica, onde, na verdade, tem-se inicialmente uma regra legal que, aplicada a um fato jurídico, enseja a caracterização da norma jurídica, ou seja, a norma jurídica decorre de um ato de inteligência, pois enquanto enunciado ela não se caracteriza automaticamente, é preciso que o aplicador abstraia do enunciado para uma proposição, quando, então, ter-se-á a norma jurídica. O mesmo raciocínio importa-se para o negócio jurídico. A princípio, sem a vontade interna, não há negócio jurídico, é preciso que o remetente desenvolva o ato mental que sugere a conformação de um negócio jurídico e, após a mensagem enviada ao destinatário, o mesmo também faça uma conformação mental da possibilidade de caracterização do negócio jurídico para, então, após a conjugação do querer se estabeleça efetivamente o nascimento, a conformação do negócio jurídico.

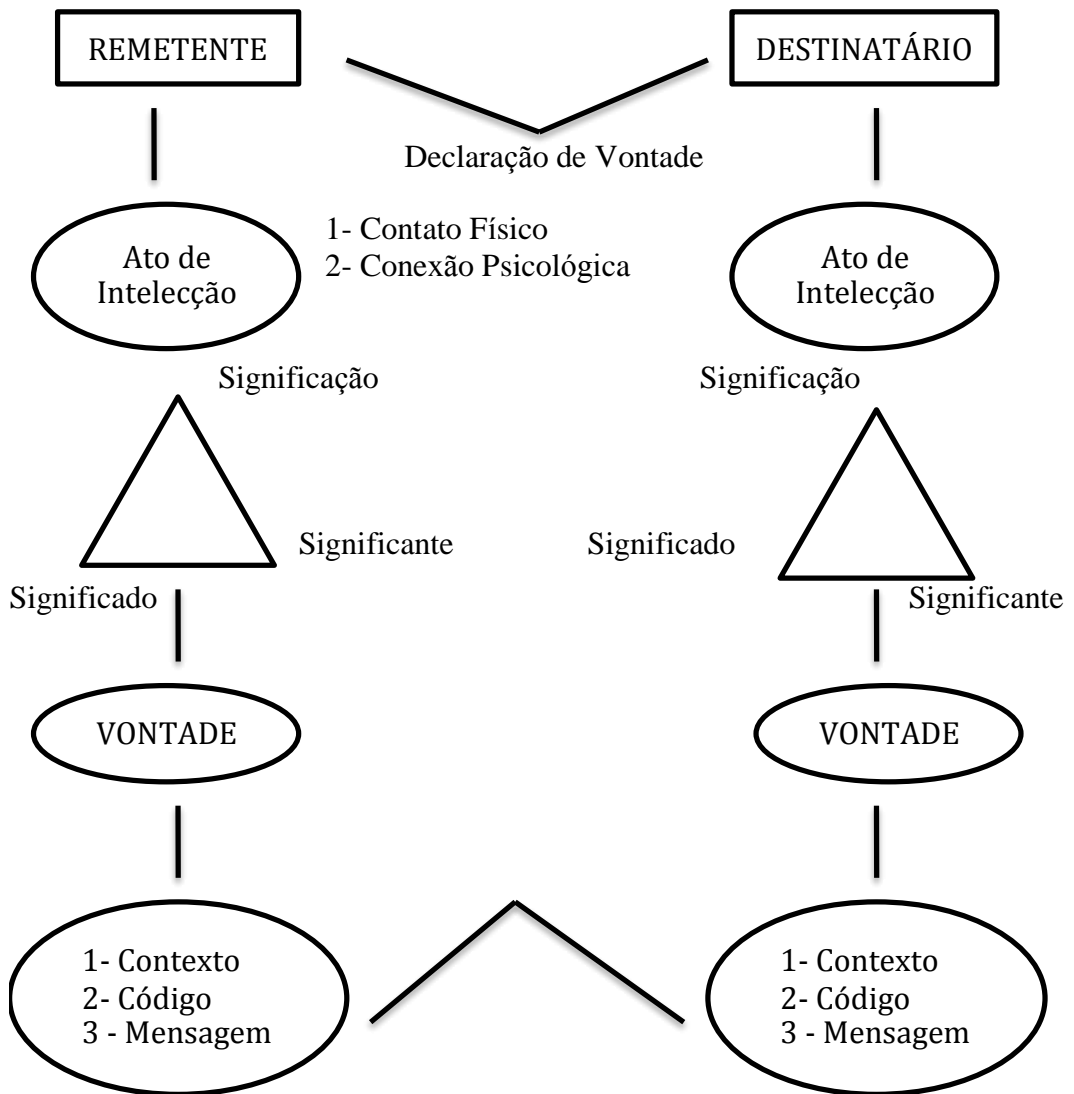
A rigor, a caracterização do negócio jurídico é mais complexa que a conformação e aplicação de uma norma jurídica. No primeiro, precisa-se da declaração de vontade de duas partes, no segundo, basta a incidência e aplicação do fato à norma que já se concretiza uma norma jurídica concreta.

A ilustração abaixo auxilia a visualizar todo esse processo de conformação do negócio jurídico, à luz da teoria comunicacional do direito, em ilustração desenvolvida originalmente nesta tese.

---

<sup>165</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p.166. ECO, Umberto. **Tratado geral de semiótica**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Perspectiva, 2007, p.5. COELHO NETTO, J. Teixeira. **Semiótica, informação e comunicação**. 3ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1990, p.123.

### NEGOCIO JURIDICO



Perceba-se, pois, que ilustrado o fenômeno jurídico negocial, evidencia-se a dialética do direito e da comunicação, levando-se a uma aproximação do dado jurídico como um efetivo fato comunicacional. Essa perspectiva de análise do negócio jurídico por meio de suas ações comunicativas envolvendo o remetente, mensagem, canal, código e destinatário e, ainda, a inserção do remetente e destinatário em contexto comunicacional e submetidos aos efeitos de uma conexão psicológica tem suporte em uma doutrina mais voltada à inteligência da norma jurídica, contudo, o negócio jurídico de longa data se perfaz como lei entre as partes (desde o direito romano já se sustenta a idéia de *pacta sunt servanda*). Vejamos a doutrina de Paulo Ayres Barreto<sup>166</sup>:

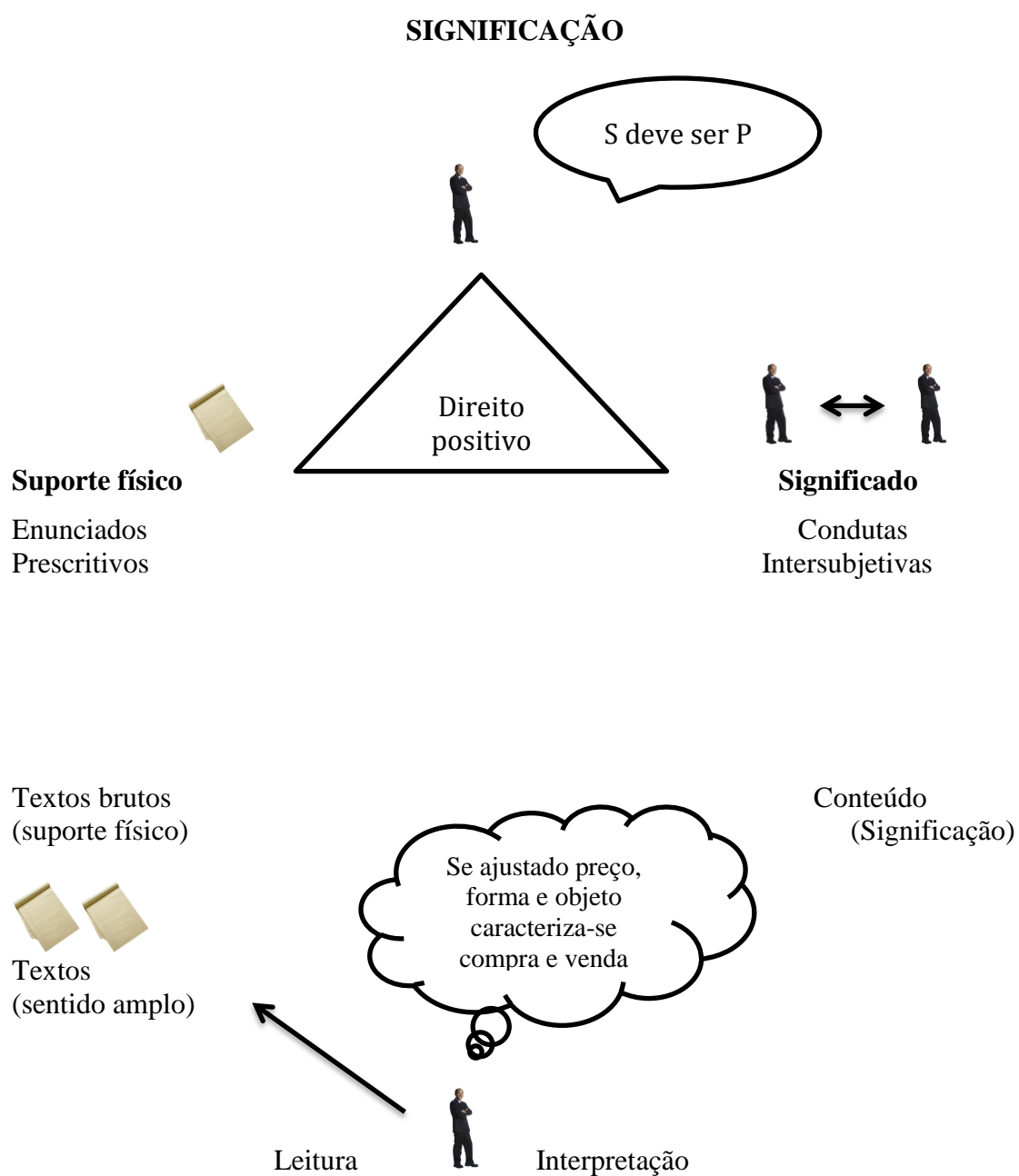
*Diante da plêiade de conceitos envolvidos, é necessário promover a elucidação de cada uma dessas etapas do processo de interação comunicacional. Consonante o escólio de Paulo de Barros Carvalho: 1) emissor: é a fonte da mensagem, aquele que comporta as informações a serem transmitidas; 2) canal: é o suporte físico necessário à transmissão da mensagem, sendo o meio pelo qual os sinais são transmitidos (é o 'r', para o caso da comunicação oral, mas pode apresentar-se em formas diversas, como faixas de frequência de rádio, luzes, sistemas mecânicos ou eletrônicos, etc.); 3) mensagem: é a informação transmitida; 4) código ou repertório (comum a ambos): é o conjunto de signos e regras de combinações próprias a um sistema de sinais, conhecido e utilizado por um grupo de indivíduos ou, em outras palavras, é o quadro das regras de formação (morfologia) e de transformação (sintaxe) de signos; 5) receptor: a pessoa que recebe a mensagem, o destinatário da informação; 6) conexão psicológica: é a concentração subjetiva do emissor e receptor na expedição e na recepção da mensagem; e 7) contexto: é o meio envolvente e a realidade que circunscreve o fenômeno observado.*

Importante, ainda, delimitar bem o processo de clarividência mental que ocorre na caracterização da vontade no negócio jurídico, antes de ser a mesma declarada. Para isso, o triângulo semiótico é de suma importância científica e ilustrativa para entendimento.

---

<sup>166</sup> BARRETO, Paulo Ayres. Comunicação, linguagem e direito. In: ROBLES, Gregório; CARVALHO, Paulo de Barros (Coords.). **Teoria Comunicacional do Direito**: diálogo entre Brasil e Espanha. São Paulo: Noeses, 2011, p.388.

Veja-se a figura a seguir:



Estes dois quadros ilustram muito bem o que vem a ser o ato mental de compreensão e caracterização da vontade interna que posteriormente se apresenta na vontade declarada. É importante destacar que estes dois últimos quadros ilustrativos são de autoria de Aurora

Tomazini de Carvalho<sup>167</sup>, havendo apenas adaptação quanto ao conteúdo da interpretação para o modelo civilista, visto que a mencionada autora utiliza um modelo no contexto do direito tributário.

Há que caminhar em termos de evolução no campo do direito civil, notadamente, no negócio jurídico contratual. Por exemplo, não se admite mais apenas aquela leitura tradicional do contrato baseado nos princípios da autonomia da vontade (já superado pela autonomia privada), supremacia da ordem pública, obrigatoriedade dos contratos e a boa-fé que a doutrina tradicional apresentava.<sup>168</sup> Obviamente, não significa dizer que aludida doutrina estava equivocada, muito pelo contrário, pois apresentaram elementos que permitiram uma evolução constante do instituto do negócio jurídico no direito civil, inclusive comparado. É que atualmente dispõe-se de elementos científicos novos e sofisticados que permitem uma revisitação de doutrinas há muito sustentadas, apresentando uma clara evolução da ciência do direito.

No direito civil comparado a percepção da declaração de vontade como elemento conformador do negócio jurídico, no conteúdo estrito, pode ser evidenciada próxima na doutrina alemã. Para o alemão Andreas V. Tuhr<sup>169</sup>, ao discorrer sobre a parte geral do direito civil, fica acentuado que:

*Hay una declaración de voluntad en sentido estricto cuando la voluntad se expresa mediante un acto ejecutado con el fin de poner en conocimiento de los demás un hecho de la vida interior. Este propósito puede denominarse 'voluntad de exteriorización', para diferenciarla de la voluntad exteriorizada (constitutiva del negocio jurídico). El medio principal de exteriorización es la palabra hablada o escrita, pero pueden utilizarse también ciertos signos o actos convenidos o usuales. Las declaraciones escritas quedan encarnadas en un documento y pueden comprobarse en todo momento, mientras el documento exista; en cambio, las declaraciones verbales sólo pueden tomarse en cuenta en el momento de emitirse. La declaración es inmediata cuando es el acto mismo en que se exterioriza la voluntad. A la que se destina a negar a conocimiento de B es lo que ocurre con las declaraciones hechas verbalmente o por carta. Es mediata la declaración citando el que ha de llegar a conocimiento de B nos es e*

<sup>167</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. A ideia de texto e sua potencialidade analítica para a teoria comunicacional do direito. In: ROBLES, Gregório; CARVALHO, Paulo de Barros (Coords.). **Teoria Comunicacional do Direito: diálogo entre Brasil e Espanha**. São Paulo: Noeses, 2011, p.196, 198, 203.

<sup>168</sup> WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.189.

<sup>169</sup> TUHR, Andreas. **Parte General del derecho civil**. Traducción de Wenceslao Roces. Granada: Comares, 2006, p.64-65.

*lacto de A, sino otro determinado por él, v. gr., la declaración hecha mediante mensajero o por telegrama.*

Na Colômbia, ainda no campo do direito civil comparado, é oportuna a visão doutrinária distinguindo o conteúdo objetivo e subjetivo dos negócios jurídicos contratuais. Veja-se a doutrina de Lenin Francisco Saavedra<sup>170</sup>:

*En primer lugar, con ele estudio de los elementos que integran el contenido objetivo de los contratos no se agota la normatividad genérica ni específica prevenida en el Código Civil. No puede ser así, pues la legislación no se refiere exclusivamente a ese contenido. Las referencias legales se relacionan con la validez, la capacidad, la manifestación de voluntad y sus vicios, situaciones jurídicas que escapan al contenido objetivo de los contratos y que hacen parte de un contenido subjetivo, que desde el punto de vista legal, aparece en el artículo 1502 del Código Civil colombiano.*

Ademais, no ato de conformação do negócio jurídico, a declaração de vontade se consubstancia também como uma prova acerca da existência do negócio jurídico. E, no que tange ao fenômeno da prova, é interessante buscar a leitura de Fabiana Del Padre Tomé<sup>171</sup> que indica ser a prova um elemento constitutivo do fato jurídico em sentido estrito e como experiência, tendo pertinência com a declaração de vontade enquanto elemento constitutivo probatório do negócio jurídico, ao nosso sentir. Veja-se Fabiana Tomé:

*Como anotamos no item 3.5. supra, a prova é fato: fato jurídico em sentido amplo que colabora na composição do fato jurídico em sentido estrito. Não é a prova, portanto, mera forma de averiguação da verdade dos fatos. Apresenta-se, ela própria, como um fato, cuja existência é imprescindível à constituição do fato jurídico que fundamenta a pretensão de um sujeito. [...] Para que se tenha fato jurídico em sentido estrito, é imprescindível seu relato em linguagem competente no corpo de norma em sentido estrito (mais especificamente, de norma individual e concreta). [...] A experiência sensorial é evento. Para ingressar no sistema jurídico, precisa ser relatado pela linguagem do direito. O fato de alguém presenciar um homicídio, por si só, não é prova jurídica. O ato de testemunhar um*

<sup>170</sup> SAAVEDRA, Lenin Francisco. **Contenido objetivo de los contratos**. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibanez, 2004, p.121.

<sup>171</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p.79, 84.

*acontecimento, compreendido em seu sentido lato, sem que o relato linguístico se realize conforme as regras sintáticas do direito, não atinge a condição de prova jurídica, conquanto possa servir para a constituição de fato social. É preciso que esse acontecimento, ou melhor, a percepção do expectador acerca da ocorrência que presenciou, seja reduzido a termo, segundo as regras inerentes ao procedimento organizacional da prova. Apesar da experiência sensorial muitas vezes ser tomada como prova, apenas seu relato linguístico, efetuado da forma prescrita pelo direito, cumpre a função de constituir o fato, caracterizando a prova jurídica. É uma decorrência do caráter autopoiético do sistema do direito.*

Ou seja, um evento ou fato social para se dizer válido enquanto negócio jurídico, compreendido este como fato jurídico estrito senso, somente será tido como válido e provado, se conformado mediante o relato linguístico prescrito pelo sistema de direito, preenchendo, assim, os requisitos de validade do artigo 104 do Código Civil, que requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei.

Portanto, a existência e validade do negócio jurídico, à luz da teoria comunicacional do direito, tem também como elemento conformador a prova do ato negocial, que pode caracterizar-se na linguagem própria prescrita pelo sistema positivado, delineado pela declaração de vontade, evidenciando a existência, validade e eficácia do negócio jurídico.

A distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada é relevante e deve ficar bem registrada no presente trabalho. Segundo Paulo Marcelo Wanderley Raposo<sup>172</sup> esta “*diferença está consubstanciada, porque a autonomia da vontade tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada estabelece o poder da vontade, enquanto direito objetivo, concreto e real.*”

É de se sustentar que a teoria comunicacional do direito também pode solucionar uma questão discutida no direito civil comparado acerca da extinção do negócio jurídico, pois a teoria comunicacional aplicada ao negócio jurídico indica um início, meio e fim, não só na análise, como também na interpretação do negócio jurídico, especialmente o contratual. Veja-

---

<sup>172</sup> RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e autonomia da vontade em face das normas constitucionais. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**. Caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002, p.84.

se o debate doutrinário no direito civil comparado na perspectiva de Konrad Zweigert e Hein Kotz<sup>173</sup>, a saber:

*Cuando diferentes teorías conducen a resultados muy similares, el comparatista debe escoger la teoría mas apropiada. En este sentido, nos parece que debe optarse por el enfoque del common law. En el mundo de hoy, los actos de compraventa han sido estandarizados en su mayoría, por lo que se les debe realizar de manera expedita y sin problemas: guardaremos más fidelidade a la realidad del 'contrato' como fenómeno social si consideramos que, las más de las veces, las partes se comprometen no sólo a realizar su mejor esfuerzo para obtener el resultado deseado, sino también a garantizar dicho resultado. Esto entrana, además, una mejor política legal.*

Neste ponto tem-se, pois, uma demonstração clara de aplicação da teoria comunicacional do direito ao negócio jurídico. No próximo item será feita uma abordagem acerca dos planos de existência, validade e eficácia com aplicação dos elementos da teoria comunicacional do direito expostos na tese.

#### 4.3 A QUESTÃO DA EXISTÊNCIA, DA VALIDADE E DA EFICÁCIA NO PLANO DA TEORIA COMUNICACIONAL

Demonstrou-se até aqui não só a importância, mas também a efetiva aplicação da teoria comunicacional do direito ao negócio jurídico e como veremos nos tópicos seguintes uma incursão maior sobre o tema. Aliás, a tese se desenvolve tendo como sistema de referencia a teoria comunicacional do direito aplicada à teoria do negócio jurídico pelos sistemas referenciais, respectivamente, da linguagem sintática, semântica e pragmática, com aplicação do denominado triângulo semiótico (significante, significado e significação) nos planos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico, referenciando também o tridimensionalismo fático, valorativo e normativo, eis que ocorre no mundo fenomênico social.

---

<sup>173</sup> ZWEIGERT, Konrad, KOTZ, Hein. **Introducción al derecho comparado**. México: Oxford University Press, 2002, p.540-547.

Um viés que sempre é importante anotar na questão do negócio jurídico reside no fato de que ele também pode ser fonte originária de uma obrigação, o que vem sendo sustentado no âmbito do direito comparado especialmente na Argentina. Veja-se a doutrina de Horácio Pedro Guillén<sup>174</sup> ao sustentar uma teoria geral das obrigações acentuando:

*La etimología de la palabra obligación deriva de ob-ligare: sujetar. La obligación determina la existencia de un vínculo jurídico entre dos o más personas, que se encuentran compelidas a obrar determinadas conductas a favor de otro. Existe obligación: 1. En el caso en que exista una convención anterior (campo contractual); 2. En caso de que surja de la producción de un ilícito civil (campo extracontractual). Cuando el obligado no ejecuta la conducta debida, sea porque no cumple con lo pactado en un acto jurídico, sea porque viola el deber general de no danar a otro, se abre su deber de responder, siempre que se presenten los elementos correspondientes (elementos de la responsabilidad civil). La teoría de las obligaciones, y del deber de responder que de ellas deriva, es la piedra angular de nuestro derecho.*

Não é demais reforçar que a tripartição de análise pelos planos de existência, validade e eficácia é clássica no Brasil. Renan Lotufo<sup>175</sup> explica muito bem essa leitura do negócio jurídico:

*Uma das obras primeiras do moderno e contemporâneo professor titular da USP Antônio Junqueira Azevedo é Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia, recentemente reeditada. Essa tripartição já é clássica no Brasil, onde teve como precursor Pontes de Miranda, devendo-se observar que é amplamente desenvolvida na Teoria Geral do Direito por Hans Kelsen, já na sua Teoria pura do direito. Na elaboração do Projeto do Código Civil, o Professor Moreira Alves preferiu ficar com a colocação bipartida, ou seja, deixando de tratar explicitamente da existência, argumentando que ao se legislar já se está no plano de validade, e, portanto, só se deve operar com os planos da validade e da eficácia. Tal colocação importa em presumir o campo da existência. O plano da existência é o dos elementos, porque elemento é tudo o que entra na composição de alguma coisa, é cada parte integrante da essência de um todo. O plano da validade é o dos requisitos do negócio jurídico, porque estes são condição necessária para a obtenção de certo objetivo, ou seja, para atingir certo fim. O plano de eficácia é o das circunstâncias, entendidas estas como as situações, estado ou condição das coisas, ou*

<sup>174</sup> GUILLÉN, Horácio Pedro. **Obligaciones**. Buenos Aires: Editorial BDF, 2008, p.01.

<sup>175</sup> LOTUFO, Renan. **Código civil comentado**. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2004, p.279-280.

*das pessoas, em um momento determinado. [...] Para o estudo do negócio jurídico há uma proposta de se utilizar o método de exclusão, ou seja, verificar progressivamente se o negócio é existente, depois, se é válido, e, finalmente, se é eficaz. Porque se não for existente, não será nem válido nem eficaz. Já se não for válido não deverá ser eficaz, e se não for eficaz, não deverá merecer a atenção do operador do Direito.*

Não se perca de mente, ainda, que as diretrizes de sistemas referenciais são fundamentais na lição de Goffredo Telles Júnior<sup>176</sup>: “a idéia de sistema de referência toma posição dominadora em todo o conhecimento humano. Sem sistema de referência, o conhecimento é desconhecimento.”

Na questão do sistema de referência, Paulo de Barros Carvalho<sup>177</sup>, invocando as lições de Goffredo Telles Junior e Miguel Reale<sup>178</sup>, narra exemplo sugestivo de Albert Einstein:

*[...] imaginando um trem muito comprido (5.400.000 km), a caminhar em velocidade constante e movimento retilíneo e uniforme (240.000km/s), que tivesse uma lâmpada bem no centro e duas portas, uma dianteira e outra traseira, que se abriam, automaticamente, assim que os raios de luz emitidos pela lâmpada as atingissem. Einstein demonstrou, com operações aritméticas bem simples, que um viajante desse trem, vendo acender-se a lâmpada, veria também, nove segundos depois, as duas portas se abrirem simultaneamente. Para um lavrador que estivesse no campo, a certa distância do trem, ainda que percebesse o acendimento da lâmpada no mesmo instante em que o viajante, cinco segundos após, veria a porta traseira abrir-se e somente quarenta e cinco segundos depois teria visto a abertura da porta dianteira. Anota Einstein: ‘Que acontecera? Einstein observou que os fatos presenciados pelo viajante e pelo lavrador foram rigorosamente os mesmos. Mas, disse Einstein, o lavrador não estava dentro do trem e, portanto, o seu sistema de referência não era o sistema de referência do viajante.*

Como demonstrado no item 4.2. sustenta-se que no plano de existência a vontade é que ganha conformação inicial, com a especificidade do ato mental que alinha o querer

<sup>176</sup> TELLES JR., Goffredo. **Direito quântico**. São Paulo: Max Limonad, 1985, p.289.

<sup>177</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**. Fundamentos jurídicos da incidência. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.2-3.

<sup>178</sup> REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1964, p.7.

interno da pessoa (natural ou jurídica)<sup>179</sup> onde se destaca o contexto que nada mais é do que as circunstâncias fáticas que se desenvolvem no momento do pensar, o código que nada mais é do que a linguagem que se utiliza no instante pensado e a mensagem produzida para representar-se na declaração de vontade.

Vale dizer que todo o processo mental da vontade, precedente à sua declaração ocorre mentalmente, de forma instantânea e se encerra por evidenciar a vontade declarada em conformidade com o sistema jurídico vigente.

No momento seguinte, já no ambiente externo da declaração da vontade a correção da mesma deve ser caracterizada não só pela conformidade com o sistema jurídico, como também, com a recepção pelo destinatário da vontade declarada, que, por sua vez, dá início a todo o processo mental de recepção e elaboração do processo mental de caracterização de sua vontade e posterior deságue na declaração da mesma, também em conformidade com o sistema jurídico vigente.

Sustenta-se, pois, que o processo intelectual que ocorre no remetente da vontade declarada acaba por repetir-se, no contexto próprio do destinatário da vontade, ou seja, ambientando-se no seu meio intelectual de conhecimento, onde diversos fatores influenciam e faz surgir a declaração de vontade do destinatário, no sentido positivo, parcial ou negativo de aceitação para celebração do negócio jurídico e, por conseguinte, o surgimento de uma nova relação jurídica.

Veja-se a questão da policitação, por exemplo, contida no artigo 427 do CC. Nela se evidencia uma intenção com vontade declarada e, à luz do quanto já foi exposto, demonstra que o veículo de introdutor da vontade declarada perfaz o caminho ilustrado no item anterior. O mesmo ocorre perante o receptor da proposta que traduz sua análise pelo seu referencial, pelo seu contexto e chega a uma significação para também declarar sua vontade em aceitar ou não a proposta, ou apresentar uma contraproposta.

As partes atuantes no ato negocial, no plano da existência e ainda no ato de intelecção buscam a significação à luz dos enunciados normativos vigentes e quando expressam a vontade, ou seja, declaram a vontade já ingressam no plano de validação do ato negocial já com proposições normativas concretizadas que são enviadas à outra parte que

---

<sup>179</sup> A pessoa jurídica é administrada, em sua essência, por pessoas naturais, a teor das modernas teorias sobre as mesmas e o raciocínio que se faz é o mesmo, não comportando diferenciação entre negócio jurídico celebrado por pessoas naturais ou pessoas jurídicas para aplicação da teoria comunicacional do direito no negócio jurídico.

aceita ou não a formação do negócio jurídico e conseqüente relação que ele estabelece. Havendo aceitação ingressa-se no plano da eficácia do ato negocial.

Pode-se exemplificar da seguinte forma: um contrato de compra e venda; o proponente da venda, ou seja, o vendedor apresenta seu produto: o ato de intelecção dele consiste na verificação do objeto, da forma e do preço e se isso está em conformidade com os enunciados normativos vigentes (venda de uma casa, por exemplo); apresenta-se a proposta ao comprador que, por sua vez, também realiza a mesma operação mental verificando o objeto, a forma, o preço e se isto está em conformidade com os enunciados normativos vigentes. Ao declararem a vontade (vendedor e comprador), já haverá uma proposição normativa e, se aceito e convalidado, o negócio jurídico terá sua eficácia implementada, com o surgimento de uma nova relação jurídica que estará albergada e protegida pelo sistema jurídico vigente.

Sabe-se que atualmente a doutrina civilista sustenta a existência de uma solidariedade e pressupostos de cooperação nas relações jurídicas negociais. Vale dizer que há um dever de cooperação nas relações obrigacionais, à luz do inciso I, artigo 3º, da Constituição da República e do artigo 421 e 422 do Código Civil brasileiro. A aplicação da teoria comunicacional ao negócio jurídico somente faz reforçar aludida tese de dever de solidariedade e cooperação entre as partes no negócio jurídico. Veja-se a doutrina civilista de Luiz Renato Ferreira da Silva<sup>180</sup> ora transcrita:

*Aceitando-se esta dupla faceta da relação contratual, tem-se que admitir a existência de uma relevância social dos contratos, extrapolando a esfera individual. Neste momento, o objetivo da solidariedade se projeta no plano contratual. O próprio Emile Durkheim afirma que 'é verdade que as obrigações propriamente contratuais podem fazer-se e desfazer-se unicamente com o acordo das vontades. Mas não se deve esquecer que, se o contrato tem o poder de ligar, é a sociedade que lhe confere esse poder [...] Portanto, todo o contrato pressupõe que, por trás das partes que o estabelecem, há a sociedade pronta para intervir a fim de fazer respeitar os compromissos assumidos; por isso ela só presta essa força obrigatória aos contratos que, por si mesmos, têm um valor social, isto é, que são conformes as regras de direito. [...] Nesta idéia de cooperação entre os contratantes, mas também em relação a terceiros, é que se concretiza, no direito contratual, a idéia solidarista*

---

<sup>180</sup> SILVA, Luiz Renato Ferreira. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.132-133.

*insculpida no inciso I do artigo 3º da Constituição Federal. Eu diria que, dentro da relação contratual entre os contratantes, atua a idéia de cooperação por intermédio do princípio da boa-fé (regra do artigo 422 do Novo Código). Já os reflexos externos das relações contratuais, ou seja, as relações contratuais enquanto fatos que se inserem no mundo de relações econômicas e sociais, com isto integrando-se à cadeia produtiva e afetando a esfera de terceiros, impõem um comportamento solidário, cooperativo, que é atuado pela idéia de função social no exercício da liberdade contratual (regra do artigo 421 do Novo Código).*

Miguel Reale já defendia que a relação negocial conformada por um contrato deveria possuir diretrizes hermenêuticas atribuindo um sentido social ao contrato, pela insuficiência literal e abstrata das cláusulas contratuais. Transcreve-se Reale<sup>181</sup>:

*É sobretudo nas épocas de frequentes e aceleradas mutações sociais e econômicas que é dever do intérprete, e especialmente do juiz, escapar à fácil tentação de resolver as questões judiciais tão-somente em função de declarações formais, tidas como claras, quando devem elas ser situadas no complexo unitário de seus motivos e circunstâncias. Aliás, o sentido social do contrato resulta logicamente do disposto no art. 5º da LICC, [...] uma vez que a significação e o alcance das normas contratuais se determinam à luz dos mandamentos legais a elas aplicáveis. A bem ver, não há sequer necessidade, hoje em dia, da ocorrência de alterações bruscas e sucessivas na ordem sócio-econômica para dever-se reconhecer que a interpretação de quaisquer avenças, notadamente daquelas de que participem entes públicos, importa na apreciação in concreto das cláusulas que as formalizaram. Nessa linha de ensinamento, nenhum jurisconsulto é mais lúcido e preciso do que Emilio Betti, o qual, na sua clássica monografia *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milão, 1949, após demonstrar que a mentalidade do jurista hodierno ‘é aderente ao dado fenomenológico e aos pressupostos sociológicos do direito, obedecendo a uma valoração concreta como ordenamento, isto é, como ordem institucional destinada à tutela de interesses e de certos fins sociais’, esclarece como deve ser interpretada uma declaração contratual.*

No capítulo seguinte, procura-se evidenciar que a interpretação do negócio jurídico não sofre alterações significativas pela aplicação da teoria comunicacional, eis que na verdade a vontade declarada é a que prevalece, todavia, a teoria comunicacional oferece meios mais eficazes para identificação da causa, da motivação, da pressuposição e até mesmo de identificação dos defeitos na formação do negócio jurídico.

---

<sup>181</sup> REALE, Miguel. **Questões de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.1-2.

## CAPÍTULO V – NOVOS CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

### 5.1 O MÉTODO HERMENÊUTICO ANALÍTICO NO ÂMBITO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Na medida em que se desenvolve a tese, chega-se, pois, no ponto que tem-se uma abordagem diferente daquela que doutrinariamente vem se apresentando quanto à conformação do negócio jurídico. Veja-se, que no direito comparado, especialmente na Espanha, a teoria comunicacional do direito vem sendo utilizada em larga escala, mas não diretamente no campo do negócio jurídico.

Em se tratando do direito civil, especialmente, do direito civil comparado, tem-se que o enfoque do negócio jurídico pela perspectiva da teoria comunicacional mostra uma abordagem inédita, pelo que se tem conhecimento.

É importante neste ponto anotar a doutrina de Tércio Sampaio Ferrar Jr. acerca das concepções de língua e definições no direito. Distingue o autor duas teorias: a essencialista, onde a língua é um instrumento que designa a realidade, com a possibilidade de conceitos linguísticos refletirem uma presumida essência das coisas e outra defendida pela chamada filosofia analítica com um viés convencionalista onde a língua é vista como um sistema de signos, cuja relação com a realidade é arbitrariamente difundida pelos homens.<sup>182</sup>

O negócio jurídico conforma-se dentro de um contexto delineado pelas partes pactuantes. Vale dizer o seguinte: o remetente da mensagem e o destinatário da mensagem estão delineando uma frequência específica onde o negócio jurídico vem a se estabelecer. De um lado, o proponente ao declarar sua vontade e, de outro, o destinatário ao declarar sua vontade em consonância com a do proponente estão inseridos em um mesmo campo dialético e a significação abstrai-se na interpretação vasada pelo ato intelectual de ambos, traduzida na declaração de vontade.

---

<sup>182</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. Técnica, decisão, dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.34-36.

Essa operação de lógica mental materializa um negócio jurídico. É dessa forma que os negócios jurídicos nascem, validam-se e produzem efeitos no seio do sistema jurídico positivado e no berço da ordem econômica em que se inserem, pois do negócio jurídico, especialmente, dos contratos, é que a economia se propaga e ganha dinamismo.

A doutrina de Niklas Luhmann é abordada com profundidade na obra de Marcelo Neves e no que toca ao aspecto da teoria comunicacional do direito e, especialmente, no sustentado no presente trabalho, atinente ao negócio jurídico, valendo-se dos aspectos sintático, semântico e pragmático na aplicação do direito. Demonstra-se, pois, a aplicação destes conceitos ao negócio jurídico. Transcreva-se Marcelo Neves<sup>183</sup>:

*O modo simbólico é apresentado como um procedimento de 'uso de texto', que pode ser aplicado a qualquer tipo de signo, 'mediante uma decisão pragmática' que produz no plano semântico a associação de 'novas porções de conteúdo' ao signo, 'omais possível indeterminadas e decididas pelo destinatário'. Dessa maneira, o modo simbólico, além de implicar a 'nebulosa de conteúdo' no nível semântico, depende uma postura pragmática determinada do utente do texto, sendo assim radicalmente contextualizado.*

Ainda em estudo no direito civil comparado invoca-se a doutrina de Robert-Joseph Pothier<sup>184</sup> contextualizando a obrigação como efeito da relação jurídico-negocial do contrato e a importância da correta sistematização da mesma para dimensionamento prático na vida social.

A questão de interpretação do negócio jurídico é absolutamente relevante e há muito a doutrina incursiona sobre o tema. Vale destaque aqui para a doutrina italiana de Franco Carresi<sup>185</sup> que assegura uma relevância ao significado juridicamente relevante da proposição decorrente do conteúdo contratual. Procura-se nesta tese estabelecer que isso somente é possível por meio da aplicação dos elementos apresentados da teoria comunicacional e no item seguinte se apresenta as questões dos valores no plano negocial.

---

<sup>183</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.17-18.

<sup>184</sup> POTHIER, Robert-Joseph. **Traité des obligations**. Paris: Dalloz, 2011, p.6-8.

<sup>185</sup> CARRESI, Franco. **Il contratto**. Vol. 2. Milano: Giuffrè, 1987, p.499-510.

## 5.2 A HERMENÊUTICA E OS VALORES NO NEGÓCIO JURÍDICO

À luz da doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Júnior e pela feição e contorno que se pretende apresentar com a teoria comunicacional do direito, surge uma hermenêutica atrelada aos valores contextualizados dos participantes do negócio jurídico.

Pretende-se, aqui, atribuir uma tentativa de definição de conceito do negócio jurídico à luz da aplicação da teoria comunicacional. Sustenta-se, pois, que o negócio jurídico consiste na declaração de vontade que tem origem no ato de intelecção de cada uma das partes negociantes, dentro de um contexto validado por um código e uma mensagem que convergem na significação do ato negocial à luz das proposições normativas vigentes, nascendo, validando-se e produzindo os efeitos esperado pelas partes, pela sociedade e pelo direito positivado.

É essa a definição de negócio jurídico que sustenta-se à luz da teoria comunicacional do direito, pois é absolutamente irrefutável que o fenômeno do negócio jurídico é também um fenômeno eminentemente comunicacional.

A doutrina reconhece que o momento interpretativo do negócio jurídico é de fundamental relevância para sua existência. Nelson Rosendal<sup>186</sup> explica:

*A importância do momento interpretativo para a existência de um negócio jurídico é atualmente um consenso. É pela interpretação que se determinam o alcance e o sentido da atuação que os particulares realizam. É com base nos resultados interpretativos que se produzirão os efeitos do negócio jurídico. [...] Daí a razão pela qual o negócio jurídico é a mais importante fonte de relações jurídicas, e categoria reluzente no universo dos fatos jurídicos. Na manifestação de autonomia privada o direito não recebe a conduta como mero pressuposto de efeitos preordenados, pois a vontade pode criar normas individuais e regular a amplitude dos efeitos da relação jurídica a ponto de modificar, ampliar ou restringir as consequências legais.*

---

<sup>186</sup> ROSENVALD, Nelson. Da interpretação do negócio jurídico. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008, p.409-410.

Ao aplicar os preceitos da teoria comunicacional do direito ao negócio jurídico, tem-se uma maneira mais segura de investigação do mesmo, repaginando inclusive a definição do conceito de negócio jurídico, como proposto nesta tese, evoluindo da perspectiva de autonomia privada para um patamar avançado do instituto.

A questão valorativa no processo hermenêutico à luz da teoria comunicacional do direito está presente não só pela concepção sintática, semântica quanto pragmática como é positivada no sistema legal vigente do Brasil e de outros sistemas no âmbito do direito comparado. Veja-se que os artigos 104 e 422 do Código Civil vigente veiculam e introduzem cargas valorativas relevantes na seara do negócio jurídico contratual. Ao se exigir a boa-fé como conteúdo de norma mandamental há quem sustente ser a boa-fé um fenômeno tripartite no espectro psicológico, ético e jurídico.

Celso Cintra Mori ao discorrer sobre a boa-fé no direito civil brasileiro apresenta a mesma com estas três percepções: psicológica, ética e jurídica. Para ele, a boa-fé indica, fundamentalmente, um posicionamento psicológico como um estado mental direcionador da conduta. A boa-fé, na seara psicológica, é a predisposição de quem age de forma a não causar dano ou desconforto. No viés ético, para Celso Mori, a boa-fé é um estado mental de relação, pois implica uma forma de se relacionar com outra pessoa com reciprocidade, confiança, bases fundamentais da convivência social harmônica. Já, enquanto valor jurídico, a boa-fé ganha contorno de princípio jurídico e de cláusula geral nas relações negociais<sup>187</sup>

Portanto, a própria circunstância de conformação da boa-fé na estruturação e execução do negócio jurídico contratual evidencia e comprova ser o mesmo um fenômeno exclusivamente comunicacional, cuja investigação pela ótica sintática, semântica e pragmática se justifica ainda mais.

A carga valorativa incidente sobre o negócio jurídico, enquanto exercício da autonomia privada, é significativa e comprovada pelos exercícios até aqui realizados, justificando, no item seguinte, incursionar sobre a zetética e a dogmática na interpretação do negócio jurídico.

---

<sup>187</sup> MORI, Celso Cintra. A boa-fé no direito civil. **Revista do Advogado**. São Paulo, Ano XXXII, nº. 116, Associação dos Advogados de São Paulo, jul./2012, p.53-54.

No que toca à boa-fé vale trazer à baila a questão da redução dogmática da boa-fé, sob os prismas da equidade, dos bons costumes e da ordem pública, estabelecendo uma correlação do princípio da confiança. A doutrina que mais aprofundou os estudos da boa-fé no âmbito do direito civil comparado é de Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro<sup>188</sup> e dele se extrai a definição do conceito do princípio da confiança, conforme segue:

*A idéia da confiança surgiu, de modo repetido, nas diversas manifestações da boa fé, seja como dado efectivo, depreendido de várias concretizações do fenómeno, seja como tentativa de explicação, apresentada em conjunturas controversas. Dispondo, neste momento, de material bastante, cabe indagar da possibilidade de, pela sua redução dogmática, elaborar um princípio da confiança, que integraria parte do conteúdo substancial da boa fé. A confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e a sua tutela.*

Em obra de autoria do autor desta tese<sup>189</sup>, foram elencadas algumas conclusões sobre a boa-fé no direito civil em citação também a Antônio Menezes Cordeiro. Vale nova transcrição:

*Como porte de sustentação das concepções extraídas no presente tópico, vale a transcrição de algumas conclusões a que chegou Antônio Manuel da Rocha Menezes Cordeiro em sua tese acerca da boa-fé no direito civil: 3. Há que praticar uma Ciência do Direito virada para a resolução de problemas concretos, com atenção particular aos fenómenos do pré-entendimento, das unidades previsão-estatuição e interpretação-aplicação e do ponderar das consequências da decisão, numa linha de consenso. 38. O BGB consagrou a boa-fé subjectiva em termos éticos e a objectiva no sector contratual; dificuldades metodológicas impediram-no de dar voz à jurisprudência que o antecedeu, mas que se manteria; a disparidade assim originada levou ao repartir da doutrina por posições juspositivas e metajurídicas. 41. A boa-fé conheceu uma expansão larga no Direito privado não civil no Direito Público, apesar de carências doutrinárias. 42. A boa-fé assina quase todas as inovações ocorridas no Direito civil desde o início do século; no entanto, não foi, nessa tarefa, conduzida por quaisquer orientações juscientíficas*

<sup>188</sup> CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Lisboa: Almedina, 1983, p.1.234.

<sup>189</sup> ESTEVES, Jean Soldi. A responsabilidade civil nos contratos bancários. São Paulo: LTr, 2011, p.76-77.

*que, tão pouco, explicam o fenômeno: é o irrealismo metodológico. [...] 54. Esse alargar funcional levou ao aparecimento de concepções dogmáticas novas, desde as relações contratuais de facto à doutrina da confiança; há que ir mais longe. 55. Fora do espaço alemão, a culpa in contrahendo teve alcance reduzido em França, mas aparenta certa implantação em Itália e em Portugal; a análise da jurisprudência portuguesa mostra não haver ainda um aproveitar total da figura, apesar de certos sinais animadores. 113. A boa-fé distingue-se dos bons costumes e da ordem pública. 114. A boa-fé distingue-se da culpa e da diligência. 115. A boa-fé distingue-se da chamada função social e econômica dos direitos. 120. A boa-fé tradu, no caso concreto, a projecção dos dados materiais relevantes do sistema, a cuja luz devem ser vistas a confiança e a materialidade da regulação jurídica.*

Por outro lado, é relevante frisar que, no Brasil e no âmbito da doutrina civilista, uma das primeiras juristas a enumerar relações entre a ciência jurídica e a linguagem foi Maria Helena Diniz. Segundo sua doutrina, a ciência jurídica encontra na linguagem a possibilidade de existir e tem relevância na interpretação, o que, sustenta-se nesta tese, aplicação na conformação e interpretação do negócio jurídico. Pela clareza doutrinária transcreve-se Maria Helena Diniz<sup>190</sup>:

*[...] não pode produzir seu objeto numa dimensão exterior à linguagem; onde não há rigor linguístico não há ciência; sua linguagem fala sobre algo que já é linguagem anteriormente a esta fala, por ter por objeto as proposições normativas (prescritivas), que do ângulo linguístico são enunciados expressos na linguagem do legislador; o elemento linguístico entra em questão como instrumento de interpretação; se a linguagem legal for incompleta, deverá o jurista indicar os meios para completá-la, mediante o estudo dos mecanismos de integração; o elemento linguístico pode ser considerado como um instrumento de construção científica, visto que se a linguagem legal não é ordenada, o jurista deve reduzi-la a um sistema.*

Ademais nunca é demais afirmar que os modais deônticos que se extrai dos enunciados normativos para conformação e interpretação do negócio jurídico levarão em conta sempre uma possibilidade de: obrigação, proibição e permissão. Vale dizer que dos enunciados legais prescritos no sistema de direito positivo, extraem-se proposições

---

<sup>190</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.190.

normativas que ensejam uma obrigação, uma permissão ou uma proibição que aplicadas à formação e interpretação do negócio jurídico autorizam a investigação pela aplicação da teoria comunicacional (nos planos sintático, semântico e pragmático) da existência, validade e eficácia do negócio jurídico.

É ilustrativa a doutrina de Karl Engisch no que toca a questão interpretativa e aqui delimita-se não só a conformação, como também a interpretação do negócio jurídico pelo aspecto linguístico, até porque ele já planifica sua análise no âmbito do *pensamento jurídico*. Veja-se Engisch<sup>191</sup>:

*Também podemos exprimir da seguinte forma o que significa logicamente a interpretação para as deduções jurídicas: a tarefa da interpretação é fornecer ao jurista o conteúdo e o alcance (extensão) dos conceitos jurídicos. A indicação de conteúdo é feita por meio duma definição, ou seja, pela indicação das conotações conceituais (espaço fechado é um espaço que...). A indicação do alcance (extensão) é feita pela apresentação de grupos de casos individuais que são de subordinar, quer dizer, subsumir, ao conceito jurídico. Uma simples vista de olhos lançada ao comentário feita a uma lei nos pode informar sobre este ponto. Como exemplo tomemos de novo o conceito jurídico de documento, relevante para efeitos da hipótese jurídico-penal da falsificação de documentos.*

Em homenagem à autenticidade e honestidade intelectual e citando também a defesa de pequena parte da presente tese em outros escritos, este autor já sustentou em breve artigo a importância da linguagem e o método na ciência do direito e suas inflexões na interpretação do negócio jurídico já demonstrando, em parte e resumidamente, a relevância da teoria comunicacional do direito na aplicação do negócio jurídico, tendo desenvolvido neste trabalho com bem mais profundidade e detalhes o tema ora em defesa.<sup>192</sup>

No próximo item apresenta-se um modelo que atrelado à teoria comunicacional e como decorrência da mesma permite um mecanismo seguro de investigação do negócio jurídico.

<sup>191</sup> ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.126.

<sup>192</sup> ESTEVES, Jean Soldi. A linguagem e o método na ciência do direito e suas inflexões na interpretação do negócio jurídico. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, nº. 40, jan.-jun./2012, p.85-96.

### 5.3 A ZETÉTICA E A DOGMÁTICA NA INTERPRETAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Para não se perder de enfoque o teor comunicacional do negócio jurídico, invoca-se, também, a doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>193</sup> permitindo-se transcrever a distinção e a relevância do enfoque zetético e dogmático na presente tese, onde inicia-se com uma percepção zetética e encerra-se com uma postura dogmática, pois sustenta-se que o negócio jurídico deve ser investigado pela teoria comunicacional do direito, atribuindo ao mesmo um novo enfoque. Veja-se a distinção:

*[...] usando uma terminologia de Viehweg, temos um enfoque zetético, no segundo, um enfoque dogmático. Zetética vem zetein, que significa perquirir, dogmática vem de dokein, que significa ensinar, doutrinar. Embora entre ambas não haja uma linha divisória radical (toda investigação acentua mais um enfoque que o outro, mas sempre tem os dois), sua diferença é importante. O enfoque dogmático releva o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. Nas primeiras, o problema tematizado é configurado como um ser (que é algo?). Nas segundas, a situação nelas captada configura-se como um dever-ser (como dever-ser algo?). Por isso, o enfoque zetético visa saber o que é uma coisa. Já o enfoque dogmático preocupa-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação.*

Até então o negócio jurídico passava por uma leitura atrelada à autonomia privada, após sua evolução da autonomia da vontade pura e simples. Atualmente, a autonomia privada do negócio jurídico vinha ganhando contornos zetéticos com as limitações constitucionais (à luz do chamado direito civil-constitucional) sem perder seu caráter privatístico. Apresenta-se, nesta tese, numa característica zetética ainda, uma leitura do negócio jurídico pela ação do triângulo semiótico, à luz da teoria comunicacional do direito, em diálogo zetético intenso com o direito civil comparado (especialmente Brasil – Espanha) e finaliza-se com um caráter dogmático quanto a nova conformação do negócio jurídico caracterizado pela comunicação.

---

<sup>193</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. Técnica, decisão, dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.40-41.

Já, no próximo item fala-se sobre a interpretação do instituto do negócio jurídico que na verdade não sofre maiores consequências pela aplicação da teoria comunicacional, pois a declaração de vontade remanesce indelevelmente segura no mesmo. É de se registrar, outrossim, que a mudança de paradigma da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem no campo do direito ainda está se iniciando. Lenio Luiz Streck<sup>194</sup> aponta essa questão:

*A não-recepção da viragem linguística pelo modelo interpretativo (ainda) dominante em terra brasílis. Embora tudo isto – e isto vale para o modo-de-fazer Direito nosso sistema jurídico brasileiro – a mudança de paradigma (da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem) não teve a devida recepção no campo da filosofia jurídica e da hermenêutica no cotidiano das práticas judiciais e doutrinárias brasileiras. Os juristas não se deram conta do fato de que ‘o direito é linguagem e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o direito o é numa linguagem e como linguagem, propõe-se sê-lo numa linguagem (nas significações linguísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é. [...] Tudo isto passa a ter influência e importância na análise do Direito em nosso país. Como os juristas pensam o mundo e o Direito? Como se inserem e como têm acesso ao mundo? Isto porque, conforme bem assinalam Castanheira Neves e Ferrajoli, o ‘universo jurídico deve ser compreendido como um universo linguístico’ e se inferedaí que o pensamento jurídico haverá de assumir como seu método específico a análise da linguagem – a análise da linguagem legal, isto é, a interpretação jurídica daqueles dados empíricos que consistem nas proposições normativas de que se compõem o discurso do legislador, e tendo decerto e radicalmente como objeto direto de análise o texto legal, os enunciados linguísticos objetivados prescritivamente nesse texto.*

Transcendendo o universo dos contratos-tipo, já na clássica linha dialética de Enzo Roppo<sup>195</sup> na Itália, quando incursiona sobre as transformações do contrato na sociedade contemporânea vislumbrando o “contrato-relação”, pois de negócio jurídico que é por excelência dele irradia uma relação jurídica, tal como sustentado por Clóvis do Couto e Silva<sup>196</sup>, no Brasil, identificando a obrigação como um processo, dele originado do negócio

<sup>194</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.65-66.

<sup>195</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p.36.

<sup>196</sup> SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Ed. FGB, 2007, p.10-12.

jurídico e isso mostra-se a relevância do fenômeno comunicacional para conformação e interpretação do negócio jurídico, como se vem sustentando nesta tese.

Também é importante registrar como fundamento para uma aplicação da teoria comunicacional do direito no negócio jurídico a doutrina de Alf Ross<sup>197</sup> que já fazia uma incursão acerca do fenômeno hermenêutico no direito à luz da linguagem jurídica. Vale a transcrição:

*[...] é raro uma lei estar linguisticamente estruturada (como os códigos penais). De ordinário, a lei se dirige a todos os cidadãos, fornecendo-lhes instruções relativamente a sua conduta mútua, de tal modo que a diretiva ao juiz emerge da lei de forma indireta. As diretivas aos cidadãos tampouco têm comumente a forma de instruções claras e diretas acerca de seu comportamento. Uma lei típica não é expressa em frases diretivas correntes (coloquiais) – isto é, em palavras que expressam de modo dirto uma chamada à ação (uma ordem, um desejo, um pedido) – mas, sim, descreve um mecanismo segundo o qual diversos acontecimentos (fatos ou ações) produzem efeitos invisíveis (denominados dever, faculdade (claim), potencia, validade, etc.). As normas (leis) falam, com frequência, como se por trás do mundo do tempo e do espaço existisse uma outra realidade, um mundo de relações jurídicas determinadas por forças desencadeadas, por fatos criadores (retificadores e dissolvedores). Falam, por exemplo, de certos fatos que obrigam uma pessoa, de outros que têm o efeito de liberação; podem dizer que certos fatos criam um direito a favor de uma pessoa, direito que pode ser alterado ou extinto por outros fatos e que pode prevalecer sobre o direito de outras pessoas ou ceder ante ele. Por exemplo, as normas falam de uma compra e venda como se o acordo produzisse uma relação jurídica entre as partes, consistente num conjunto de faculdades e deveres para cada uma delas.*

Válido também invocar a percepção doutrinária de Claus-Wilhelm Canaris acerca das possibilidades de evitar contradições de valores ou de princípios, através da interpretação criativa do direito (daí a importância do contexto da linguagem). Veja-se transcrição de Canaris<sup>198</sup>:

---

<sup>197</sup> ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edison Bini. Bauru: Edipro, 2003, p.189-191.

<sup>198</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Meneses Cordeiro. 3ª ed. Lisboa, 2002, p.207-208.

*Alcançou-se, com isto, o círculo seguinte de problemas: a questão de como se deve comportar o jurista, aquando da aplicação do Direito, perante tais contradições de valores e de princípios e em que dimensões devam, por conseguinte, manter-se as quebras de sistema. Engisch é de opinião de que as contradições de valores e de princípios devem, em geral, ser aceites. Isso não deve ser admitido. Semelhantes contradições representam uma violação da regra da igualdade à qual tanto o legislador como o juiz estão vinculados. O jurista tem, por isso, de recorrer a todo o seu arsenal metodológico para contrariar o perigo de contradições de valores e de princípios podendo, quando muito, perguntar-se que êxito já se obteve desse modo. Como meio auxiliar metodológico surge primeiro a interpretação sistemática.*

A leitura que Tércio Sampaio Ferraz Júnior faz acerca da justiça formal e justiça material indica que a relação jurídica jurídica que se abstrai de um negócio jurídico não deixa de ser uma evidência clara da relação comunicacional que se estabelece entre os sujeitos de direito privado em uma prova comprovação da aplicação da teoria comunicacional do direito ao negócio jurídico. Veja-se Tércio Ferraz<sup>199</sup>:

*Enquanto sistemas, justiça formal e justiça material constituem códigos (formal e material) que presidem a correta orientação de decisões no que respeita aos conflitos de distribuição na convivência. Entenda-se por código qualquer articulação de símbolos gerais, estabelecida por convenção explícita ou implícita, e que se destina a representar e transmitir uma mensagem a sua fonte e o ponto de destino (A transmite a B a mensagem X conforme o código Y que, se comum a A e B, será entendida). Assim se as normas jurídicas são mensagens prescritivas que devem disciplinar o os conflitos da convivência, justiça formal e justiça material são códigos a elas referentes, isto é, são codificações da emissão e recepção de normas enquanto mensagens. E o problema dessa codificação (norma justa, ordem justa) está em que a mensagem normativa admite outras codificações, além dos códigos da justiça, que, ademais, podem não ser os mesmos para o emissor e para o receptor. Nas interações humanas, portanto, ambos os códigos (justiça formal e material) são utilizados quando disciplinamos o entendimento e a orientação na solução dos conflitos gerados pela diversidade distributiva das organizações políticas e jurídicas da sociedade. Essa codificação disciplinar evoca o complexo problema da relação entre direito e justiça.*

---

<sup>199</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.252.

Na denominada filosofia da linguagem, anota-se, ainda, como base doutrinária e também de direito comparado a escola concebida por Herbert L. A. Hart na Inglaterra, especialmente na cátedra de Teoria do Direito da Universidade de Oxford florescida sob Wittgenstein, onde Hart registra a grande variedade de tipos de discurso humano e de comunicação e a importância de se investigar o direito pelo plano linguístico.<sup>200</sup> No item seguinte alguns exemplos de aplicação da teoria comunicacional do direito na interpretação do negócio jurídico.

#### 5.4 A INCIDÊNCIA DA TEORIA COMUNICACIONAL NA INTERPRETAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

É importante, inicialmente, anotar que a hermenêutica jurídica é um fenômeno científico que também sofreu uma evolução nos últimos anos, especialmente, após o que denominou-se como giro-linguístico, no campo da teoria comunicacional do direito. Antes, nas palavras sempre destacadas de Carlos Maximiliano,<sup>201</sup> a interpretação é a “teoria da arte de interpretar”. Contudo, não basta apenas extrair do texto a revelação do seu conteúdo, buscando uma significação preexistente ao texto.

No caso do negócio jurídico e em razão da mudança de paradigma da filosofia do conhecimento há uma conformação diferenciada, pois o negócio jurídico exteriorizado pela declaração de vontade dos agentes participantes do mesmo, com a aplicação da teoria comunicacional, passa a conformar-se pela concepção negocial contida no ato de intelecção dos participantes. Veja-se a doutrina de Aurora Tomazini de Carvalho<sup>202</sup> ao discorrer sobre a hermenêutica jurídica:

*Com a mudança de paradigma da filosofia do conhecimento, as palavras deixam de ter um significado ontológico (atrelado às coisas), vez que é a própria linguagem que cria o objeto. Sob esta nova perspectiva, o conteúdo dos textos deixa de ser algo dado,*

---

<sup>200</sup> HART, Herbert L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010, p. 2-3.

<sup>201</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.1.

<sup>202</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito**. O construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009, p.210-211.

*preexistente, para ser algo construído e vinculado aos referenciais do intérprete. O sentido não está mais escondido no texto (aqui considerado em acepção estrita), como algo a ser descoberto ou extraído pelo intérprete. Não há um sentido próprio (verdadeiro) para cada palavra, expressão ou frase. Ele é construído por meio de um ato de valoração do intérprete. Sobre este ponto, Paulo de Barros Carvalho esclarece: 'segundo os padrões da moderna ciência da interpretação, o sujeito do conhecimento não extrai ou descobre o sentido que se achava oculto no texto. Ele o constrói em função de sua ideologia e, principalmente, dentro dos limites de seu mundo, vale dizer, do seu universo de linguagem. [...] O intérprete constrói o conteúdo textual. O texto (em sentido estrito) é significativo, mas não contém, em si mesmo, significações (seu conteúdo). Ele serve como estímulo para a produção do sentido. As significações são construídas na mente daquele que interpreta o suporte físico, por este motivo requerem, indispensavelmente, a presença do homem. Assim sendo, podemos dizer que não existe texto sem conteúdo, mas também não existe conteúdo sem o ser humano. O conteúdo está no homem, apenas é atribuído ao texto. Transportando estas considerações para a especificidade dos textos jurídicos, vale a crítica de Paulo de Barros Carvalho sobre a afirmação segundo a qual: 'dos textos do direito positivo extraímos normas jurídicas'.*

À luz do giro-linguístico, considerando que o direito afigura-se como um objeto cultural, tem-se uma trilogia que conforma a hermenêutica consistente em: i) leitura; ii) interpretação; iii) compreensão. Assim, o intérprete lê, depois interpreta aquilo que lê e compreende aquilo que interpreta.<sup>203</sup>

Aplicado ao negócio jurídico, tem-se que o intérprete analisa uma determinada situação fática que lhe convêm psicologicamente, interpreta aquilo à luz do direito positivado e compreende aquilo que interpreta e decide emitir uma declaração de vontade consistente em uma proposta para celebração de um negócio jurídico. O mesmo processo se dá na parte destinatária da proposta, ou seja, o receptor que vai receber e ler a proposta ou conteúdo do contrato, interpretar o mesmo, compreendendo o que interpretou para então aceitar ou não a proposta e, caso aceita a mesma, ensejar o nascimento do negócio jurídico e, por conseguinte, de uma relação jurídica toda estruturada no direito positivado compreendido pelas partes, em conjunto com os efeitos sociais que decorrerão dela. É essa a dinâmica de conformação e interpretação do negócio jurídico que se sustenta neste trabalho.

---

<sup>203</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito**. O construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009, p.213.

A rigor, o negócio jurídico nasce da conformação e da compreensão que as partes contratantes fazem do direito positivado e do repertório cultural linguístico que os mesmos possuem (lembre-se que o direito é um objeto cultural e as partes possuem repertórios linguísticos e culturais distintos) calibrando e modulando mentalmente seus anseios de ordem social (valorativo) e decidem emitir declarações de vontade para firmar o negócio jurídico que mentalizaram previamente.

Na tradicional doutrina civilista há a indicação de uma interpretação subjetiva e outra objetiva do negócio jurídico contratual. Todavia, aludida forma de interpretação merece avançar, tal como se sustenta neste trabalho em linhas de continuidade evolutiva do direito civil. Lembrando a doutrina tradicional de Orlando Gomes<sup>204</sup> pela relevância e pertinência com a teoria comunicacional, transcreve-se:

*Constituindo, como consiste, em duas distintas declarações de vontade que se integram, contrato requerer, sempre interpretação, mormente quando são obscuras, ambíguas ou duvidosas. Interpretar um contrato é, afinal, esclarecer o sentido dessas declarações e determinar o significado do acordo ou consenso. Constituindo-se as declarações, como se constituem, de palavras com as quais as partes comunicam, uma à outra, o que querem, algumas vezes sem exprimir com exatidão a vontade, deve o intérprete iniciar sua tarefa pela averiguação do sentido destas. Dado esse passo, há de partir em busca de vontade real dos contraentes, sem esquecer as circunstâncias em que se formularam e outros fatos, como o comportamento anterior ou ulterior das partes, que possam servir à plena da idéia (intento) nascida na mente humana como representação interna.*

Há situações por vezes pactuadas entre as partes que por força de ruído comunicacional ou equivocada compreensão da interpretação realizada não se amoldam aos preceitos contidos no sistema de direito positivado ou mesmo nos valores de ordem social. Veja-se, como exemplo de aplicação desses conceitos, a Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal: “*Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar.*” Ainda, no mesmo sentido hermenêutico, a Súmula 379 do Supremo Tribunal Federal: “*No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais.*”

---

<sup>204</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.198.

Nesses dois exemplos das Súmulas do Supremo Tribunal Federal evidencia-se que houveram leituras, interpretações e compreensões que não se amoldaram aos preceitos do sistema positivado. A primeira dispendo sobre cláusula de não indenizar em contrato de transporte e a segunda sobre cláusula de renúncia aos alimentos em separação judicial. Em ambas situações as partes celebraram negócios jurídicos à luz de seus respectivos repertórios culturais e linguísticos, bem como atrelados aos seus interesses econômicos, contudo, o tribunal, por sua vez, ao interpretar o negócio jurídico pactuado entre as partes compreendeu que aludidas cláusulas pactuadas seriam inoperantes em face do direito positivado, ou seja, seriam inválidas ao talante do sistema de direito brasileiro.

O curioso que a tese se confirma pelos próprios enunciados das Súmulas exemplificadas, pois a interpretação e compreensão dos negócios jurídicos aludidos nas mesmas decorrem de interpretações e compreensões realizadas, respectivamente, entre as partes contratantes e depois pelo Tribunal, em contextos diferentes, com cargas valorativas distintas e repertório cultural e social diferenciado em cada interpretação e compreensão realizada, demonstrando, assim, a pertinência da tese que ora se sustenta de aplicação da teoria comunicacional do direito no negócio jurídico.

Anote-se que o processo de interpretação é inesgotável. Como explicam Aurora Tomazini de Carvalho e Paulo de Barros Carvalho<sup>205</sup>:

*A interpretação (processo) é inesgotável. Este, como explica Paulo de Barros Carvalho, é um de seus axiomas. Há sempre a possibilidade de atribuir novos valores aos símbolos e cada uma dessas possibilidades é uma interpretação diferente. Daí a idéia de inesgotabilidade: todo texto pode ser reinterpretado, infinitamente. Outro axioma da interpretação, como bem pontua o autor, é a intertextualidade, caracterizada pelo diálogo que os textos mantêm entre si e que determina todo processo gerador de sentido. Como já vimos (no capítulo sobre a teoria comunicacional do direito), temos uma contextualização interna ao texto, relativa à formação e estruturação de seus enunciados e uma contextualização externa, referente às relações do texto com outros preexistentes ou que ainda estão por existir. Ambos influem diretamente na construção de sentido vez que, nos moldes da filosofia da linguagem, este não se encontra atrelado aos vocábulos, é apontado em razão das formas de uso das palavras e dos referenciais do intérprete que, por sua vez, são determinados pelo contexto, isto é, pelas relações intra e inter-textuais que o sujeito interpretante estabelece.*

---

<sup>205</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p.215-216.

Importante afirmar novamente que a análise e interpretação do negócio jurídico passa sempre pelos planos de existência, validade e eficácia. Nesta tese, acrescenta-se a análise e interpretação, especialmente, da validade do negócio jurídico pelas perspectivas sintática, semântica e pragmática. Valendo-se do conceito de validade relacional e sendo o negócio jurídico um fenômeno comunicacional eminentemente relacional invoca-se os exemplos doutrinários de Tácio Lacerda Gama<sup>206</sup>, embora utilizado no âmbito do direito tributário, com as adaptações necessárias para o campo do direito civil. Por consequência, devem ser feitas as seguintes indagações:

No plano de análise sintática: verificam-se as regras de construção da linguagem normativa no negócio jurídico (art. 104, 421 e 422 do CC) para ver se há correspondência válida formal do negócio jurídico aos enunciados legais. Nesse plano pergunta-se: os enunciados do negócio jurídico estão de acordo com os padrões da sintaxe vigente? Os sujeitos e procedimentos utilizados para produção do negócio jurídico foram aqueles previstos pelas normas positivadas? Caso as respostas sejam positivas, tem-se validade e caso negativas tem-se invalidade.

No plano de análise semântica: verificam-se a significação do negócio jurídico, a declaração de vontade perpetrada pelos agentes atuantes no negócio. Nesse ponto formula-se a seguinte indagação: os enunciados contidos na declaração de vontade do negócio jurídico são compatíveis com o direito positivado? Se positivo, tem-se um fato possível, certo, determinado ou determinável, caso contrário não.

Por último, no viés da análise pragmática verificam-se o uso que já foi dado no campo interpretativo acerca daquele negócio jurídico, ou seja, como tem sido interpretado o negócio jurídico, as opiniões sobre validade ou invalidade do negócio jurídico. Dentre esses juízos de validade, apenas aquele que é formulado pelo Poder Judiciário tem força jurisprudencial.

Identifica-se, pois, a denominada aplicação da teoria comunicacional do direito ao negócio jurídico reforçando o que denominou-se de reviravolta linguístico-pragmática não só na filosofia contemporânea<sup>207</sup>, como explica Manfredo Araújo de Oliveira: “[...] *contrariamente a quanto se fazia no passado, perguntar pela essência da causalidade ou pelo*

---

<sup>206</sup> GAMA, Tácio Lacerda. **Contribuição de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p.53-55.

<sup>207</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996, p.12.

*conteúdo do conceito causalidade, pergunta-se agora pelo uso da palavra causalidade”*. No caso dessa tese, sustenta-se uma reviravolta na investigação conformadora e interpretativa do negócio jurídico.

A teoria comunicacional do direito, pelo prisma sintático, semântico e pragmático, atrelada à investigação do negócio jurídico nos planos de existência, validade e eficácia, enseja uma interpretação contextual segundo o repertório do intérprete e as relações inter e intra-textuais correlatas à *fattispecie* apresentada. Veja-se esse julgado do Supremo Tribunal Federal interpretando negócio jurídico à luz da situação fática e dos enunciados legais sobre o assunto:

*STF - EMENTA: ATO ADMINISTRATIVO. Terras públicas estaduais. Concessão de domínio para fins de colonização. Área superiores a dez mil hectares. Falta de autorização prévia do Senado Federal. Ofensa ao art. 156, § 2º, da Constituição Federal de 1946, incidente à data dos negócios jurídicos translativos de domínio. Inconstitucionalidade reconhecida. Nulidade não pronunciada. Atos celebrados há 53 anos. Boa-fé e confiança legítima dos adquirentes de lotes. Colonização que implicou, ao longo do tempo, criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc. Situação factual consolidada. Impossibilidade jurídica de anulação dos negócios, diante das consequências desastrosas que, do ponto de vista pessoal e socioeconômico, acarretaria. Aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, como resultado da ponderação de valores constitucionais. Ação julgada improcedente, perante a singularidade do caso. Votos vencidos. Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do Legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa-fé e convicção de validez dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc. (ACO 79, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2012 PUBLIC 28-05-2012).*

Nesse outro acórdão abaixo, a Suprema Corte ao interpretar negócio jurídico, inclusive a declaração de vontade das partes, incursiona no plano pragmático e eficaz do negócio, sobretudo nos efeitos sociais decorrentes do mesmo. Veja-se:

*STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - TRÂNSITO. O trancamento de recurso extraordinário calcado nas alíneas "a" e "c" do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal implica usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Apreciação do tema de fundo ante o provimento de agravo. ICMS - BASE DE INCIDÊNCIA - CORREÇÃO - VENDA PARA ENTREGA FUTURA - OPERAÇÃO VERSUS FATO GERADOR. A consideração do tributo a partir do valor do negócio jurídico, atualizado na data da saída da mercadoria do estabelecimento, além de alimentar a nefasta cultura inflacionária, discrepa da ordem natural das coisas, resultando em indevido acréscimo ao total da operação, porque não querido pelas partes, e em violência ao princípio da não-cumulatividade. O figurino constitucional do tributo impõe, como base de cálculo, o montante da operação relativa à circulação da mercadoria, à quantia recebida pelo vendedor. (RE 210876, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2002, DJ 08-11-2002 PP-00026 EMENT VOL-02090-04 PP-00723).*

Embora sob a égide do Código Civil de 1916, a interpretação, à luz da teoria comunicacional, também pode ser identificada nos julgados abaixo da Suprema Corte brasileira:

*STF - EMENTA: CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. PREÇO. CONDIÇÃO RESOLUTIVA. I. Recebimento do preço da venda condicionado à lavratura do contrato e seu registro imobiliário, não tendo o promitente-vendedor, não obstante depositado o preço, deixado de agir conforme pactuara. A falta de recebimento do preço, em conseqüência, é fato imputável ao autor. O acórdão rescindendo, ao considerar satisfeito o pagamento do preço, aplicou, com acerto, as disposições inscritas nos arts. 119 e 120, do Cód. Civil. II. - Ação rescisória julgada improcedente. (AR 1263, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 07/08/2002, DJ 06-09-2002 PP-00066 EMENT VOL-02081-01 PP-00114).*

*STF - EMENTA:- Ação rescisória. Simulação fraudulenta. 2. Acórdão do TJDF confirmou sentença que anulou ato jurídico, tendo em conta que restou provada a simulação entre os então réus, além de a compra e venda ter sido realizada com infringência do disposto no art. 1133 do Código Civil. 3. Recurso extraordinário inadmitido, havendo o Relator no STF negado seguimento ao agravo de instrumento interposto. 4. Aresto da Segunda Turma, objeto da rescisão, desproveu o agravo regimental, examinando os fundamentos do acórdão recorrido. 5. Na ação rescisória, sustenta-se violação a literal disposição de lei (CPC, art. 485, V), porque as decisões deixaram de reconhecer a ilegitimidade ativa ad causam dos autores da ação de nulidade, arts. 3º e 267, VI, do CPC, e 1133 do Código Civil; dos arts. 128, 264 e 282 do CPC, porque houve decisão extra petita, e dos arts. 235, II, e 146 do CCB, porque nula, por falta de*

*outorga uxória a procuração do ora autor, com base na qual houve a promessa de cessão de direitos, ao ora réu, relativa ao imóvel, anteriormente à venda anulada. 6. Questões reagitadas, efetivamente examinadas no acórdão rescindendo. Matéria referente às Súmulas 279 e 454, não versada na presente ação. 7. Inocorrência de julgamento extra petita, que se ateve tão somente à anulação das escrituras posteriores, tal como pedido. 8. Inegável, no caso, o interesse dos ora réus para a propositura da ação de nulidade. Na hipótese dos autos, firmou-se a jurisprudência do STF no sentido da validade do negócio celebrado pelo marido, relativo à cessão de direitos de promessa de compra e venda, independentemente de outorga da mulher. Precedentes. 9. Ação rescisória julgada improcedente. (AR 1152, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2001, DJ 27-09-2002 PP-00081 EMENT VOL-02084-01 PP-00035)*

A aplicação da teoria comunicacional ao negócio jurídico significa um avanço intrerpretativo em um campo do direito marcado pela imprecisão e pouca clareza, ensejando variáveis interpretativas sobretudo por se tratar o negócio jurídico de exercício da autonomia privada pelos particulares. O negócio jurídico contratual possui uma dialética extremamente aberta, embora limitado pelos enunciados normativos do sistema positivado, que demanda uma investigação de sua conformação e interpretação por meio de instrumentos mais seguros, especialmente por se tratar de um fenômeno comunicacional e relacional.

Invoca-se a doutrina de Sônia Maria Brogila Mendes que realizou uma leitura da validade jurídica pré e pós giro linguístico à luz das teorias de validade de Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart originadas do *Tractatus logico-philosophicus e investigações* de Ludiwig Wittgenstein. Vale destaque Vale a transcrição das conclusões de Sônia Mendes<sup>208</sup>:

*Concluindo, podemos dizer que a utilização de conceitos da filosofia da linguagem contribuem para uma melhor compreensão do Direito, pois este se exprime por meio da linguagem comum, cuja característica é a imprecisão e falta de clareza. [...] Em suma, os critérios sintáticos apontados por Kelsen constituem uma importante contribuição para o exame de validade da norma jurídica. Se na linguagem a utilização de critérios lógico-formais foi abandonada, no Direito isso não pode ser feito. Esse é um poderoso instrumento metodológico objetivando a cientificidade e segurança na aplicação do Direito positivo. Contudo, não resolve todos os problemas e, nesse sentido, os critérios pragmáticos de Hart fornecem importante complementação. O giro linguístico deve ser interpretado no direito não como o abandono da objetividade científica, mas do abandono*

<sup>208</sup> MENDES, Sônia Maria Brogila. **A validade jurídica e o giro linguístico**. São Paulo: Noeses, 2007, p.211.

*dos critérios lógico-sintáticos como critério exclusivo. A comparação de teorias do direito com a teoria de Wittgenstein nos permite observar preocupações e soluções semelhantes, o que nos leva a concluir que é extremamente importante não esquecer que, na determinação da validade da norma jurídica pelos critérios pragmáticos, conforme observa o filósofo da linguagem, deve-se estar atento ao fato que, no contexto jurídico, apenas devem ser usadas regras do jogo jurídico, sob pena de criação de sem sentidos jurídicos.*

Também é relevante registrar à luz da aplicação da teoria comunicacional do direito no negócio jurídico, pela perspectiva da semiótica e invocando as lições de Umberto Eco quando descreve em seu tratado geral de semiótica a perspectiva da comunicação e/ou significação aproximando do contexto de interpretação, que vem confirmar a tese ora defendida de que o negócio jurídico se consubstancia no plano comunicacional entre emitente e destinatário, sendo que em ambos se instaura a significação do negócio jurídico nos planos de existência, validade e eficácia. Pela relevância transcreve-se Umberto Eco:<sup>209</sup>

*Quando o destinatário é um ser humano (e não é preciso que também a fonte o seja para emitir um sinal conforme às regras conhecidas do destinatário humano), vemo-nos, ao contrário, em presença de um processo de significação, desde que o sinal não se limite a funcionar como simples estímulo, mas solicite uma resposta interpretativa do destinatário. O processo de significação só se verifica quando existe um código. Um código é um sistema de significação que une entidades presentes e entidades ausentes. Sempre que, com base em regras subjacentes, algo materialmente presente à percepção do destinatário está para qualquer outra coisa, verifica-se a significação. Fique bem claro, porém, que o ato perceptivo do destinatário e seu comportamento interpretativo não são condições necessárias da relação de significação: basta que o código estabeleça uma correspondência entre o que está para o seu correlato, correspondência válida para todo destinatário possível, ainda que não exista ou não possa existir nunca um destinatário. Um sistema de significação é, por isso, um construto semiótico autônomo, com modalidades de existência de todo abstratas, independentes de qualquer ato de comunicação possível que as atualize. Ao contrário (e exceto para os processos de estimulação simples), todo processo de comunicação entre seres humanos – ou entre quaisquer outros tipos de aparelhos ‘inteligentes’, tanto mecânicos quanto biológicos – pressupõe um sistema de significação como condição necessária.*

---

<sup>209</sup> ECO, Umberto. **Tratado geral de semiótica**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson C. C. Souza. São Paulo: Perspectiva, 2007, p.06.

Vale dizer, pois, que a significação, ou seja, a conformação do negócio jurídico ocorre em ato mental no emitente e no destinatário da relação comunicacional. De um lado, o proponente do negócio jurídico, de outro lado, o destinatário da proposta, onde, ambos, mentalmente, vislumbram a conformidade, a pertinência, a causalidade, a motivação para celebração ou não do negócio jurídico segundo seus referenciais próprios e respeitando os limites legais existentes. No plano de existência, o negócio jurídico inicia sua caracterização na mente do emitente e do destinatário e no plano de validade com a exteriorização através da declaração de vontade o negócio jurídico se conforma, se consubstancia e pode então produzir os efeitos que dele se espera.

Ainda, outro viés que se sustenta com a aplicação da teoria comunicacional do direito no negócio jurídico reside justamente na possibilidade de se assegurar a denominada eficácia privada ou horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a problemática vinculação dos particulares às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Há pouco enfrentamento na doutrina nacional acerca desta temática, como ressalta Ingo Wolfgang Sarlet<sup>210</sup> explicando o seguinte:

*Para além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares. Esta temática, por sua vez, tem sido versada principalmente sob os títulos eficácia privada, eficácia externa (ou eficácia em relação a terceiros) ou horizontal dos direitos fundamentais, encontrando o seu maior desenvolvimento no âmbito da doutrina e jurisprudência constitucional alemã da segunda metade deste século, passando também a atrair – embora mais recentemente – as atenções da doutrina europeia em geral, além de constituir um dos mais controversos temas da dogmática dos direitos fundamentais. Sem que se vá aqui adentrar mais as questões de ordem terminológica e conceitual e considerando os diversos desdobramentos que a matéria suscita, não nos será possível lançar aqui mais do que algumas considerações gerais a respeito da vinculação das pessoas privadas aos direitos fundamentais, assunto que, aliás, inobstante alguns estudos pioneiros de inequívoco valor, (ainda) reclama o devido enfrentamento no direito pátrio. Neste sentido, já que onde não se controverte talvez não haja o que controverter, é até mesmo de indagar até que ponto a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas não poderia ser até um problema meramente ilusório. Não nos parece, contudo, que seja este o caso, razão pela qual não nos furtamos – ainda que de forma virtualmente*

---

<sup>210</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 15ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.374-375.

*tangencial – a abordar o tema. SE até mesmo no direito lusitano, no qual a Constituição vigente expressamente consagra uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais (art. 18/1), não se registra um consenso quanto ao alcance e à forma desta vinculação, o que não quer dizer do direito constitucional pátrio, no qual inexistente cláusula similar?*

Nesse tocante, a conformação do negócio jurídico por um prisma de ato de inteligência prévio à declaração de vontade que não respeite um direito fundamental positivado no direito pátrio pode ensejar um vício grave que invalide o negócio jurídico. Por exemplo, se um particular celebrar um negócio jurídico contratual que tenha por objeto algo que contrarie um direito fundamental, como o direito à vida ou mesmo a dignidade da pessoa humana, no plano de validade, certamente aludido negócio não se convalidará. Sustenta-se, pois, que a abordagem pela teoria comunicacional facilita a interpretação do negócio jurídico à luz dos direitos fundamentais, pois os modais deônticos atribuídos pela norma jurídica são três, como já falado e ensejam uma obrigação, uma permissão ou uma proibição. É claro que os direitos fundamentais elencados no texto constitucional se veiculam no sistema positivado obrigando e vinculando os particulares a respeitá-los na celebração dos negócios jurídicos, seja por proibirem algo, seja por permitirem algo.

No que diz respeito à incidência dos direitos fundamentais ao direito privado é relevante a argumentação desenvolvida por Claus-Wilhelm Canaris acerca da influência dos direitos fundamentais sobre o comportamento dos sujeitos de direito privado, o que notadamente se amolda ao contexto de aplicação da teoria comunicacional do direito ao negócio jurídico, por tudo quanto exposto no presente trabalho. Nessa perspectiva, transcreve-se Canaris<sup>211</sup>:

*Até agora falamos dos efeitos dos direitos fundamentais sobre as normas do direito privado e sobre a sua aplicação e desenvolvimento. Em contrapartida, não tratamos, até ao presente momento, da questão de saber se, e como, os sujeitos de direito privado se encontram, eles próprios, vinculados aos direitos fundamentais. Esta problemática – e, num correcto entendimento, apenas ela – é que constitui o objeto da discussão em torno da chamada ‘eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros’ (Drittwirkung). A sua compreensão é muito facilitada se distinguirmos, claramente, três*

---

<sup>211</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2003, p.52.

*perguntas e respondermos a cada uma explicitamente. Primeira: quem é destinatário dos direitos fundamentais – apenas o Estado e os seus órgãos, ou também os sujeitos de direito privado? Segunda: o objeto de controle segundo os direitos fundamentais é o comportamento de quem – o comportamento de um órgão do Estado, ou de um sujeito de direito privado? Terceira: em que função são aplicados os direitos fundamentais – como proibições de intervenção ou como imperativos de tutela?*

As respostas as aludidas perguntas residem justamente na aplicação da teoria comunicacional do direito, tal como sustentado neste trabalho, fundamentalmente ao negócio jurídico, na medida em que os participantes da relação negocial subsumem-se na conformação e interpretação do negócio jurídico aos limites delineados no sistema normativo vigente para que possa então haver validade eficaz ao negócio, inclusive por expressa determinação dos artigos 104, 421 e 422 do Código Civil que inserem no âmbito contratual princípios oriundos dos direitos fundamentais.

Na sequência, propõe-se algumas alterações legislativas como forma de atribuir um contexto prático e evolutivo à aplicação da teoria comunicacional do direito no negócio jurídico.

## CAPÍTULO VI – PROPOSTAS DE *LEGE FERENDA*

### 6.1 EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Considerando que diversos blocos econômicos se formaram na segunda metade do século XX e início do século XXI, notadamente, nas Américas e na Europa, fica evidente que atualmente não se sustenta mais uma visão privatística do negócio jurídico contratual sem uma consideração dos nítidos efeitos que ocorrem sobre as relações negociais de natureza contratual. Existem questões afetas à tributação, tarifas, zonas portuárias e alfandegárias, moedas aplicáveis, questões de importação e exportação, todavia, não há um regramento próprio e específico para isso que estabeleça uma possível padronização âmbito dos blocos econômicos.

Do ponto de vista conceitual, de formação e caracterização do negócio jurídico contratual afigura-se de forma inequívoca que a teoria comunicacional do direito consegue atribuir um suporte seguro e único a qualquer sistema normativo vigente, pois independe do país, tanto é que consegue-se estabelecer um forte diálogo doutrinário entre Brasil e Espanha acerca da aludida teoria. No campo do negócio jurídico demonstrou-se que independente do país, ou melhor, do direito positivado, a conformação do negócio jurídico se dá pelo prisma comunicacional, pois na verdade ele é um fenômeno eminentemente comunicacional.

Todavia, é preciso estabelecer ao menos um balizamento comum aos países integrantes dos blocos econômicos, pois o negócio jurídico contratual é mola propulsora das relações econômicas contratuais e que possa dar uma estabilidade nas relações contratuais, visto que os sistemas normativos não se assemelham. Há disposições comuns, por exemplo, entre o direito positivado no Brasil, com o direito positivado no Uruguai, na Espanha, etc., mas muitas questões positivadas lá diferem das que são positivadas aqui no Brasil, embora haja intensa relação negocial entre os países.

Vejamos a questão dos contratos e sua harmonização no âmbito dos blocos econômicos mundiais no tópico seguinte, destacando os continentes americano e europeu.

## 6.2 OS CONTRATOS E A QUESTÃO DE SUA HARMONIZAÇÃO NOS BLOCOS ECONÔMICOS MUNDIAIS

Na Europa já existem estudos avançados acerca da harmonização das relações negociais contratuais na Zona do Euro. Há estudos na França que sugerem a padronização de sistemas normativos para assegurar melhor aplicação e eficácia aos contratos, sobretudo, em momentos de crise econômica. Nesse sentido, exemplifica-se a recente obra produzida na França, pela Université de Savoie, que trata especificamente sobre *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats* sobre a coordenação de Christophe Quézel-Ambrunaz.<sup>212</sup>

Na referida obra diversos autores discorrem acerca da necessidade de suprimir o déficit de harmonização do direito contratual na Europa e indicam diversas situações correlatas que ora são sustentadas na presente tese. Aliás, são mencionados dois autores brasileiros que em estudo de direito civil comparado discorrem sobre as iniciativas de harmonização regional adotadas no âmbito do Mercosul e da Organização dos Estados Americanos (OEA).<sup>213</sup>

Como proposta de atualização da Convenção Interamericana sobre direito aplicável aos contratos internacionais, vigente acerca dos contratos no âmbito da Organização dos Estados Americanos propõe-se a alteração de alguns artigos da Convenção que segue abaixo, para amoldar-se à teoria comunicacional do direito, notadamente quanto a conformação do negócio jurídico contratual.

---

<sup>212</sup> QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe (Orgs.). **Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats**. Savoie: Université de Savoie, 2012, p.7-13. Tradução livre: “o déficit de harmonização europeia no direito contratual”.

<sup>213</sup> GRAEFF, Bibiana; PEREIRA, Wellerson M. Iniciativas d'harmonisation régionale du droit de la consommation: les exemples du Mercosur et de L'OEA. In: *Ibidem*, p.25-35.

Veja-se a redação atual e na íntegra da Convenção datada de 17/03/1994 da qual o Brasil é signatário conjuntamente com Bolívia, México, Uruguay e Venezuela:

**CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE  
DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS  
INTERNACIONALES**

*Suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994, en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V)*

*Los Estados Partes de esta Convención,  
REAFIRMANDO su voluntad de continuar el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional privado entre Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos;*

*REITERANDO la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional;*

*CONSIDERANDO que la interdependencia económica de los Estados ha propiciado la integración regional y continental, y que para estimular este proceso es necesario facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico,*

*HAN CONVENIDO aprobar la siguiente Convención:*

**CAPITULO PRIMERO**

*Ámbito de aplicación Artículo 1*

*Esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales.*

*Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.*

*Esta Convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente. Sin embargo, cualquier Estado Parte podrá declarar en el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención que ella no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte.*

*Cualquier Estado Parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherir a la presente Convención, declarar a qué clase de contratos no se aplicará la misma.*

**Artículo 2**

*El derecho designado por esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte.*

**Artículo 3**

*Las normas de esta Convención se aplicarán, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional.*

**Artículo 4**

*Para los efectos de interpretación y aplicación de esta Convención, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación.*

#### Artículo 5

*Esta Convención no determina el derecho aplicable a:*

- a) las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes;*
- b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia;*
- c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito;*
- d) las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores;*
- e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro;*
- f) las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general.*

#### Artículo 6

*Las normas de esta Convención no se aplicarán a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados Partes de esta Convención.*

#### CAPITULO SEGUNDO

*Determinación del derecho aplicable*

#### Artículo 7

*El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.*

*La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.*

#### Artículo 8

*En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.*

#### Artículo 9

*Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos.*

*El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.*

*No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.*

#### Artículo 10

*Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las*

*exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.*

#### *Artículo 11*

*No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo.*

*Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.*

### **CAPITULO TERCERO**

#### *Existencia y validez del contrato*

#### *Artículo 12*

*La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo.*

*Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte.*

#### *Artículo 13*

*Un contrato celebrado entre partes que se encuentren en el mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige dicho contrato según esta Convención o con los fijados en el derecho del Estado en que se celebre o con el derecho del lugar de su ejecución.*

*Si las personas se encuentran en Estados distintos en el momento de la celebración del contrato, éste será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos establecidos en el derecho que rige según esta Convención en cuanto al fondo o con los del derecho de uno de los Estados en que se celebra o con el derecho del lugar de su ejecución.*

### **CAPITULO CUARTO**

#### *Ámbito del derecho aplicable*

#### *Artículo 14*

*El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención regulará principalmente:*

- a) su interpretación;*
- b) los derechos y las obligaciones de las partes;*
- c) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria;*
- d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones;*
- e) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato.*

#### *Artículo 15*

*Lo dispuesto en el artículo 10 se tomará en cuenta para decidir la cuestión acerca de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica.*

#### *Artículo 16*

*El derecho del Estado donde deban inscribirse o publicarse los contratos internacionales regulará todas las materias concernientes a la publicidad de aquéllos.*

*Artículo 17*

*Para los efectos de esta Convención se entenderá por "derecho" el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.*

*Artículo 18*

*El derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.*

*CAPITULO QUINTO**Disposiciones generales**Artículo 19*

*Las disposiciones de esta Convención se aplicarán en un Estado Parte a los contratos concluidos después de su entrada en vigor en ese Estado Parte.*

*Artículo 20*

*Esta Convención no afectará la aplicación de otros convenios internacionales que contengan normas sobre el mismo objeto en los que un Estado Parte de esta Convención es o llegue a ser parte, cuando se celebren dentro del marco de los procesos de integración.*

*Artículo 21*

*En el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención, los Estados podrán formular reservas que versen sobre una o más disposiciones específicas y que no sean incompatibles con el objeto y fin de esta Convención.*

*Un Estado Parte podrá retirar en cualquier momento la reserva que haya formulado. El efecto de la reserva cesará el primer día del tercer mes calendario siguiente a la fecha de notificación del retiro.*

*Artículo 22*

*Respecto a un Estado que tenga en cuestiones tratadas en la presente Convención dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes: a) cualquier referencia al derecho del Estado contempla el derecho en la correspondiente unidad territorial; b) cualquier referencia a la residencia habitual o al establecimiento en el Estado se entenderá referida a la residencia habitual o al establecimiento en una unidad territorial del Estado.*

*Artículo 23*

*Un Estado compuesto de diferentes unidades territoriales que tengan sus propios sistemas jurídicos en cuestiones tratadas en la presente Convención no estará obligado a aplicar las normas de esta Convención a los conflictos que surjan entre los sistemas jurídicos vigentes en dichas unidades territoriales.*

*Artículo 24*

*Los Estados que tengan dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes en cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.*

*Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto noventa días después de recibidas.*

## CAPITULO SEXTO

### Cláusulas finales

#### Artículo 25

*Esta Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.*

#### Artículo 26

*Esta Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.*

#### Artículo 27

*Esta Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado después que haya entrado en vigencia. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.*

#### Artículo 28

*Esta Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.*

*Para cada Estado que ratifique esta Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.*

#### Artículo 29

*Esta Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante.*

#### Artículo 30

*El instrumento original de esta Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto para su registro y publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiera y el retiro de las últimas.*

*EN FE DE LO CUAL los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, firman esta Convención.*

*HECHO EN LA CIUDAD DE MÉXICO, D.F., MÉXICO, el día diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro.*

Veja-se, a seguir, a tradução livre da Convenção para a língua portuguesa e, posteriormente, as propostas de alterações aqui realizadas.

*CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE A LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS*

*Assinado na Cidade do México, México, em 17 de março de 1994, na Quinta Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP-V)*

*Os Estados Partes na presente Convenção, reafirmando a sua vontade de continuar o desenvolvimento progressivo e a codificação do direito internacional privado entre os Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos; reiterando a oportunidade de harmonizar as soluções das questões de comércio internacional; CONSIDERANDO que a interdependência econômica dos estados levou a integração regional e continental, e para estimular esse processo é necessário para facilitar contratos internacionais, eliminando as diferenças no quadro legal, concordaram em adotar a seguinte convenção:*

*CAPÍTULO I*

*Âmbito de aplicação*

*Artigo 1º*

*Esta Convenção determina a lei aplicável aos contratos internacionais. Entende-se que um contrato é internacional, se as Partes têm a sua residência habitual ou estabelecimento em diferentes Estados Partes, ou se o contrato tem objetivo mais do que um Estado Parte. Esta Convenção aplica-se aos contratos celebrados ou a ser estados de peças, entidades ou órgãos, a menos que as partes no contrato o excluam expressamente. No entanto, qualquer Estado Parte poderá, no momento da assinatura, ratificação ou adesão à presente Convenção, que não se aplica a todas ou algumas categorias de contratos em que os órgãos ou entidades estaduais ou estado são partes. Qualquer Estado Parte poderá, no momento da assinatura, ratificação ou adesão à presente Convenção, declarar que tipo de contratos não aplicá-la.*

*Artigo 2º*

*A lei designada pela presente Convenção é aplicável mesmo que a lei é a de um não-Parte.*

*Artigo 3º*

*As disposições da presente Convenção são aplicáveis, com as necessárias adaptações possíveis, a novas formas de contratos utilizados como resultado de desenvolvimento de negócios internacionais.*

*Artigo 4º*

*Para fins de interpretação e aplicação da presente Convenção, devem ter em conta o seu carácter internacional e a necessidade de promover a uniformidade na sua aplicação.*

*Artigo 5º*

*Esta Convenção não determina a lei aplicável a:*

- a) As questões decorrentes do estado civil dos indivíduos, a capacidade das partes ou as conseqüências de nulidade ou anulação do contrato, como resultado da incapacidade de uma das partes;*
- b) as obrigações contratuais que tinha como principal objeto de herança, questões de inventário, matrimonial ou aqueles derivados das relações de família;*
- c) as obrigações decorrentes de obrigações de dívida;*
- d) as obrigações decorrentes da venda, transferência ou venda de valores mobiliários nos mercados de valores mobiliários;*
- e) acordos de arbitragem sobre a escolha de foro;*

*f) as questões de direito empresarial, incluindo a existência, capacidade, operação e dissolução de parcerias empresariais e pessoas jurídicas em geral.*

*Artigo 6º*

*As disposições da presente Convenção não se aplicam aos contratos que têm regulamentos autônomos no direito internacional convencional existente entre os Estados Partes na presente Convenção.*

#### **CAPÍTULO DOIS**

*Escolha da Lei*

*Artigo 7º*

*O contrato é regido pela lei escolhida pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, na ausência de acordo expresso, deve lançar, como é evidente a partir da conduta das partes e das cláusulas contratuais, tomadas em conjunto. A escolha pode se referir ao contrato inteiro ou uma parte dele.*

*A seleção de um fórum em particular pelas partes não implica, necessariamente, a escolha da lei.*

*Artigo 8º*

*A qualquer momento, as partes podem acordar que o contrato está sujeito, no todo ou em parte, a uma lei diferente daquela para a qual foi anteriormente sujeito, ou não, ele escolhida pelas partes. No entanto, a alteração não afetar a validade formal do contrato original, ou os direitos dos outros.*

*Artigo 9º*

*Se as partes não tiverem escolhido a lei aplicável, ou se a sua seleção revele ineficaz, o contrato é regido pela lei do Estado com o qual ele tem a conexão mais estreita. O tribunal terá em conta todos os elementos objetivos e subjetivos decorrentes do contrato para determinar a lei do Estado com o qual ele tem uma conexão mais estreita. Também levará em conta os princípios gerais do direito comercial internacional reconhecido por organizações internacionais. No entanto, se uma parte do contrato for separável do resto do contrato e tinha uma conexão mais estreita com outro país pode, por meio de exceção à lei desse Estado a esta parte do contrato.*

*Artigo 10º*

*Além do disposto nos artigos anteriores aplica-se, conforme o caso, as regras, os costumes e os princípios do direito comercial internacional e de uso comercial e práticas geralmente aceitas, a fim de cumprir as exigências da justiça e equidade na resolução do caso.*

*Artigo 11º*

*Não obstante o disposto nos artigos anteriores, aplicam-se necessariamente disposições da lei do fórum quando são obrigatórios. Será a critério do fórum, quando julgar necessário, aplicar as regras imperativas da lei de outro Estado com o qual o contrato tem laços estreitos.*

#### **CAPÍTULO TRÊS**

*A existência e a validade do contrato*

*Artigo 12*

*A existência e a validade do contrato ou de qualquer das suas disposições e a validade substantiva do consentimento das partes em relação à escolha da lei deve ser regida pelas regras que se aplicam no âmbito da presente Convenção, em conformidade com os termos do seu Capítulo Dois. No entanto, para estabelecer que um partido tenha devidamente consentido, o juiz deve determinar a lei aplicável*

*tendo em conta a sua residência habitual ou estabelecimento de tal partido.*

#### *Artigo 13*

*Um contrato entre as partes que estão no mesmo estado será válido em termos de forma, se cumprirem os requisitos da lei que rege o contrato nos termos da presente Convenção ou aqueles por lei estadual a ser realizada ou o direito do lugar da execução. Se as pessoas estão em diferentes estados, no momento da celebração do contrato, deve ser válida quanto à forma se ele atende as exigências da legislação aplicável por esta Convenção, em princípio, ou com o direito de um dos Estados, realizada ou a lei do lugar da execução.*

### *CAPÍTULO QUATRO*

#### *Âmbito de aplicação da lei*

#### *Artigo 14*

*A lei aplicável ao contrato por força do disposto no Capítulo II da presente Convenção, regula, nomeadamente:*

- a) interpretação;*
- b) os direitos e obrigações das partes;*
- c) a execução das obrigações impostas e as consequências do incumprimento do contrato, incluindo a avaliação do dano, na medida em que se pode determinar o pagamento de indenização;*
- d) As diversas causas de extinção das obrigações e, prescrição e prescrição das ações;*
- e) As consequências da invalidade ou nulidade do contrato.*

#### *Artigo 15*

*As disposições do artigo 10 devem ser levadas em conta na decisão sobre a questão de saber se um agente pode ligar ao seu cliente ou de uma agência, uma empresa ou uma entidade legal.*

#### *Artigo 16*

*A lei do Estado onde se encontram registados ou publicados acordos internacionais regulam todas as questões relativas à publicidade desses.*

#### *Artigo 17 °*

*Para os fins da presente Convenção, o termo "lei" em vigor em um Estado com exclusão das normas relativas ao conflito de leis.*

#### *Artigo 18 °*

*A lei designada pela presente Convenção poderá ser excluído apenas quando é manifestamente contrária à ordem pública do foro.*

### *CAPÍTULO CINCO*

#### *Disposições gerais*

#### *Artigo 19*

*As disposições desta Convenção serão aplicadas em um Estado Parte aos contratos celebrados após a sua entrada em vigor para esse Estado Parte.*

#### *Artigo 20*

*A presente Convenção não prejudica a aplicação de outros acordos internacionais que contêm disposições sobre o mesmo assunto em que um Estado Parte da presente Convenção é ou pode tornar-se um partido e são celebrados no âmbito dos processos de integração.*

#### *Artigo 21 °*

*No momento da assinatura, ratificação ou adesão à presente Convenção, os Estados podem fazer reservas que versem sobre uma ou mais disposições específicas e não é incompatível com o objeto e ao propósito da presente Convenção. Um Estado Parte pode, a qualquer momento, retirar uma reserva que tenha feito. O efeito da*

*reserva cessará no primeiro dia do terceiro mês seguinte à data da notificação da retirada.*

#### *Artigo 22*

*Em relação a um Estado que, em matéria tratada na presente Convenção, dois ou mais sistemas jurídicos aplicáveis em diferentes unidades territoriais: a) qualquer referência à lei estadual prevê o direito na unidade territorial pertinente; b) qualquer referência à residência habitual ou o estabelecimento no Estado deve significar residência habitual ou estabelecimento em uma unidade territorial do Estado.*

#### *Artigo 23*

*Um estado composto por diferentes unidades territoriais tenham seus próprios sistemas jurídicos em matéria de que trata a presente Convenção não serão obrigados a aplicar as disposições da presente Convenção aos conflitos que surgem entre os sistemas jurídicos em tais unidades.*

#### *Artigo 24*

*O Estado que tem duas ou mais unidades territoriais em que diferentes sistemas de direito aplicáveis em matéria de que trata a presente Convenção poderá declarar, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, declarar que a presente Convenção se aplicará a todas as suas unidades territoriais ou somente um ou mais de entre eles. Tais declarações poderão ser modificadas mediante declarações ulteriores, que especificarão expressamente a ou as unidades territoriais a que se aplicará esta Convenção. Tais declarações ulteriores serão transmitidas à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos e entrarão em vigor noventa dias após recebido.*

### *CAPÍTULO SEIS*

#### *Cláusulas finais*

#### *Artigo 25*

*Esta Convenção está aberta à assinatura dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos.*

#### *Artigo 26*

*Esta Convenção está sujeita a ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos.*

#### *Artigo 27*

*Esta Convenção estará aberta à adesão de qualquer outro Estado após a sua entrada em vigor. Os instrumentos de adesão serão depositados na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos.*

#### *Artigo 28*

*A presente Convenção entrará em vigor para os Estados ratificantes no trigésimo dia após a data do depósito do segundo instrumento de ratificação. Para cada Estado que ratificar a presente Convenção ou a ela aderir após o depósito do segundo instrumento de ratificação, a Convenção entrará em vigor no trigésimo dia após a data em que esse Estado tenha depositado seu instrumento de ratificação ou adesão.*

#### *Artigo 29 °*

*A presente Convenção permanecerá em vigor indefinidamente, mas qualquer dos Estados Partes poderá denunciá-la. O instrumento de denúncia será depositado na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos. Depois de um ano a partir da data do depósito do instrumento de denúncia, a Convenção cessará seus efeitos para o Estado denunciante.*

*Artigo 30º*

*O instrumento original desta Convenção, cujos textos em espanhol, francês, inglês e Português são igualmente autênticos, será depositado na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, que enviará cópia autenticada do texto para registro e publicação Secretariado das Nações Unidas, de acordo com o artigo 102 da Carta. A Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos notificará os Estados-membros da Organização e aos Estados que houverem aderido à Convenção, as assinaturas, depósitos de instrumentos de ratificação, adesão e denúncia, bem como as reservas, se houver, e sua retirada. EM FÉ DO QUE os plenipotenciários abaixo assinados, devidamente autorizados por seus respectivos Governos, assinaram a presente Convenção. FEITO EM CIDADE DO MÉXICO, DF, México, em 17 de março de 1994.*

Como proposta de *lege ferenda* e visando apresentar uma contribuição através da presente tese para o aperfeiçoamento da ciência do direito e indicando um viés prático para a tese, ao buscar o aprimoramento da conformação e interpretação do negócio jurídico, especialmente o contratual, apresenta-se uma nova redação ao tratado acima, inserindo as premissas desenvolvidas ao longo da tese para buscar a aplicação da teoria comunicacional do direito no negócio jurídico e indicando uma aplicação para o campo do direito civil comparado especificamente.

Veja-se em língua portuguesa, para facilitar a compreensão, a sugestão de redação ora proposta destacando as sugestões sublinhadas:

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE A CONFORMAÇÃO E A INTERPRETAÇÃO APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

CONSIDERANDO que os Estados Partes na presente Convenção, reafirmando a sua vontade de continuar o desenvolvimento progressivo e a codificação do direito internacional privado entre os Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos e buscando a harmonização e padronização para conformação e interpretação dos negócios jurídicos contratuais; CONSIDERANDO a oportunidade de harmonizar as soluções das questões de comércio internacional; CONSIDERANDO que a interdependência econômica dos estados levou à inevitável integração regional e continental; CONSIDERANDO que para estimular esse processo é necessário para facilitar a conformação e interpretação dos contratos internacionais, eliminando as diferenças no quadro legal, concordaram em adotar a seguinte convenção:

## CAPÍTULO I

### Âmbito de aplicação

#### Artigo 1º

Esta Convenção determina a lei aplicável aos negócios jurídicos contratuais de âmbito internacional. Entende-se que um contrato é internacional, se as Partes têm a sua residência habitual ou estabelecimento em diferentes Estados Partes, ou se o contrato tem objetivo o alcance de seus efeitos em mais do que um Estado Parte. Esta Convenção aplica-se aos contratos celebrados ou a serem celebrados em Estados participantes, entidades ou órgãos, a menos que as partes no contrato o excluam expressamente. No entanto, qualquer Estado Parte poderá indicar, no momento da assinatura, ratificação ou adesão à presente Convenção, que não se aplica a todas ou algumas categorias de contratos em que os órgãos ou entidades estaduais ou estado são partes. Qualquer Estado Parte poderá, no momento da assinatura, indicar ratificação ou adesão à presente Convenção, declarando que tipo de contratos não irá aplicá-la. Visando harmonizar a conformação e a interpretação dos negócios jurídicos contratuais a presente CONVENÇÃO vale-se de critérios linguísticos da teoria comunicacional do direito para determinar a existência, a validade e a eficácia dos contratos pelos aspectos sintático, semântico e pragmático evidenciando a relevância da declaração de vontade apresentada pelas partes contratantes no momento de celebração do contrato, bem como para interpretação da intenção das partes.

#### Artigo 2º

A lei designada pela presente Convenção é aplicável mesmo que a lei é a de um Estado não-Parte.

#### Artigo 3º

As disposições da presente Convenção são aplicáveis, com as necessárias adaptações possíveis ao aspecto cultural e legal, a novas formas de contratos utilizados como resultado de desenvolvimento de negócios internacionais.

#### Artigo 4º

Para fins de interpretação e aplicação da presente Convenção, devem ter em conta o seu carácter internacional e a necessidade de promover a uniformidade na sua aplicação valendo-se da teoria comunicacional para alcançar a conformação e a vontade declarada pelas partes.

#### Artigo 5º

Esta Convenção não determina a lei aplicável, contudo atribui relevância metodológica à conformação e à interpretação dos contratos no que tange ao aspecto da linguagem, sobretudo a declaração de vontade das partes:

- a) As questões decorrentes do estado civil dos indivíduos, a capacidade das partes ou as conseqüências de nulidade ou anulação do contrato, como resultado da incapacidade de uma das partes;
- b) as obrigações contratuais que tinha como principal objeto de herança, questões de inventário, matrimonial ou aqueles derivados das relações de família;
- c) as obrigações decorrentes de obrigações de dívida;
- d) as obrigações decorrentes da venda, transferência ou venda de valores mobiliários nos mercados de valores mobiliários;
- e) acordos de arbitragem sobre a escolha de foro;

f) as questões de direito empresarial, incluindo a existência, capacidade, operação e dissolução de parcerias empresariais e pessoas jurídicas em geral.

#### Artigo 6º

As disposições da presente Convenção não se aplicam aos contratos que têm regulamentos autônomos no direito internacional convencional existente entre os Estados Partes na presente Convenção, todavia, atribui aplicação dos aspectos da linguagem na conformação e interpretação dos contratos no que diz respeito à declaração de vontade nos planos de existência, validade e eficácia.

### CAPÍTULO DOIS

#### Escolha da Lei

#### Artigo 7º

O contrato é regido pela lei escolhida pelas partes segundo seus referenciais devendo a declaração de vontade expressar referida escolha. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, na ausência de acordo expresso, deve lançar, como é evidente a partir da conduta das partes e das cláusulas contratuais, tomadas em conjunto. A escolha pode se referir ao contrato inteiro ou uma parte dele. A seleção de um fórum em particular pelas partes não implica, necessariamente, a escolha da lei, devendo a conformação e interpretação do negócio jurídico levar em conta os aspectos de linguagem, abordando-se os parâmetros sintático, semântico e pragmático na interpretação do contrato.

#### Artigo 8º

A qualquer momento, as partes podem acordar que o contrato está sujeito, no todo ou em parte, a uma lei diferente daquela para a qual foi anteriormente sujeito, ou não, ainda que já escolhida pelas partes. No entanto, a alteração não pode afetar a validade formal do contrato original, ou os direitos de terceiros sempre buscando a percepção interpretativa contida na declaração de vontade.

#### Artigo 9º

Se as partes não tiverem escolhido a lei aplicável, ou se a sua seleção se revele ineficaz, o contrato é regido pela lei do Estado com o qual ele tem a conexão mais estreita. O tribunal terá em conta todos os elementos objetivos e subjetivos decorrentes do contrato para determinar a lei do Estado com o qual ele tem uma conexão mais estreita. Também levará em conta os princípios gerais do direito comercial internacional reconhecido por organizações internacionais. No entanto, se uma parte do contrato for separável do resto do contrato e tenha uma conexão mais estreita com outro país pode, por meio de exceção à lei desse Estado a esta parte do contrato. Deverá também ser levado em conta a declaração de vontade, mas pelo contexto da teoria comunicacional do direito buscando uma análise pelos aspectos sintático, semântico e pragmático da relação contratual e investigando os planos de existência, validade e eficácia do contrato.

#### Artigo 10º

Além do disposto nos artigos anteriores aplica-se, conforme o caso, as regras, os costumes e os princípios do direito comercial internacional e de uso comercial e práticas geralmente aceitas, a fim de cumprir as exigências da justiça e equidade na resolução do caso. Aplica-se, também, a teoria comunicacional do direito ao investigar a formação e a interpretação do contrato, tomando por base a declaração de

vontade, pelos aspectos sintático, semântico e pragmático nos planos de existência, validade e eficácia.

Artigo 11 °

Não obstante o disposto nos artigos anteriores, aplicam-se necessariamente disposições da lei do fórum quando são obrigatórios. Será a critério do fórum, quando julgar necessário, aplicar as regras imperativas da lei de outro Estado com o qual o contrato tem laços estreitos.

CAPÍTULO TRÊS

A existência, a validade e a eficácia do contrato pelos aspectos sintático, semântico e pragmático atrelada a declaração de vontade.

Artigo 12

A existência, a validade e a eficácia do contrato ou de qualquer das suas disposições e a validade substantiva do consentimento das partes em relação à escolha da lei deve ser regida pelas regras que se aplicam no âmbito da presente Convenção, em conformidade com os termos do seu Capítulo Dois. No entanto, para estabelecer que um partido tenha devidamente consentido, o juiz deve determinar a lei aplicável tendo em conta a sua residência habitual ou estabelecimento de tal partido, mas deverá considerar como aplicação da teoria comunicacional o aspecto sintático, semântico e pragmático pela declaração de vontade das partes investigando a conformação e interpretação do contrato no plano de existência, validade e eficácia.

Artigo 13

Um contrato entre as partes que estão no mesmo estado será válido em termos de forma, se cumprirem os requisitos da lei que rege o contrato nos termos da presente Convenção ou aqueles por lei estadual a ser realizada ou o direito do lugar da execução. Se as pessoas estão em diferentes estados, no momento da celebração do contrato, deve ser válida quanto à forma se ele atende as exigências da legislação aplicável por esta Convenção, em princípio, ou com o direito de um dos Estados, realizada ou a lei do lugar da execução.

CAPÍTULO QUATRO

Âmbito de aplicação da lei

Artigo 14

A lei aplicável ao contrato por força do disposto no Capítulo II da presente Convenção, regula, nomeadamente:

- a) interpretação;
- b) os direitos e obrigações das partes;
- c) a execução das obrigações impostas e as consequências do incumprimento do contrato, incluindo a avaliação do dano, na medida em que se pode determinar o pagamento de indenização;
- d) As diversas causas de extinção das obrigações e, prescrição e prescrição das ações;
- e) As consequências da invalidade ou nulidade do contrato.

f) a declaração de vontade das partes com sua investigação na conformação e na interpretação pelos aspectos sintático, semântico e pragmático, o fazendo pelos planos de existência, validade e eficácia.

Artigo 15

As disposições do artigo 10 devem ser levadas em conta na decisão sobre a questão de saber se um agente pode ligar ao seu cliente ou de uma agência, uma empresa ou uma entidade legal.

#### Artigo 16

A lei do Estado onde se encontram registados ou publicados acordos internacionais regulam todas as questões relativas à publicidade desses.

#### Artigo 17 °

Para os fins da presente Convenção, o termo "lei" em vigor em um Estado com exclusão das normas relativas ao conflito de leis.

#### Artigo 18 °

A lei designada pela presente Convenção poderá ser excluído apenas quando é manifestamente contrária à ordem pública do foro.

### CAPÍTULO CINCO

#### Disposições gerais

#### Artigo 19

As disposições desta Convenção serão aplicadas em um Estado Parte aos contratos celebrados após a sua entrada em vigor para esse Estado Parte.

#### Artigo 20

A presente Convenção não prejudica a aplicação de outros acordos internacionais que contêm disposições sobre o mesmo assunto em que um Estado Parte da presente Convenção é ou pode tornar-se um partido e são celebrados no âmbito dos processos de integração.

#### Artigo 21 °

No momento da assinatura, ratificação ou adesão à presente Convenção, os Estados podem fazer reservas que versem sobre uma ou mais disposições específicas e não é incompatível com o objeto e ao propósito da presente Convenção. Um Estado Parte pode, a qualquer momento, retirar uma reserva que tenha feito. O efeito da reserva cessará no primeiro dia do terceiro mês seguinte à data da notificação da retirada.

#### Artigo 22

Em relação a um Estado que, em matéria tratada na presente Convenção, dois ou mais sistemas jurídicos aplicáveis em diferentes unidades territoriais: a) qualquer referência à lei estadual prevê o direito na unidade territorial pertinente; b) qualquer referência à residência habitual ou o estabelecimento no Estado deve significar residência habitual ou estabelecimento em uma unidade territorial do Estado.

#### Artigo 23

Um estado composto por diferentes unidades territoriais tenham seus próprios sistemas jurídicos em matéria de que trata a presente Convenção não serão obrigados a aplicar as disposições da presente Convenção aos conflitos que surgem entre os sistemas jurídicos em tais unidades.

#### Artigo 24

O Estado que tem duas ou mais unidades territoriais em que diferentes sistemas de direito aplicáveis em matéria de que trata a presente Convenção poderá declarar, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, declarar que a presente Convenção se aplicará a todas as suas unidades territoriais ou somente um ou mais de entre eles. Tais declarações poderão ser modificadas mediante declarações ulteriores, que especificarão expressamente a ou as unidades territoriais a que se aplicará esta Convenção. Tais declarações ulteriores serão transmitidas à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos e entrarão em vigor noventa dias após recebido.

## CAPÍTULO SEIS

### Cláusulas finais

#### Artigo 25

Esta Convenção está aberta à assinatura dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos.

#### Artigo 26

Esta Convenção está sujeita a ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos.

#### Artigo 27

Esta Convenção estará aberta à adesão de qualquer outro Estado após a sua entrada em vigor. Os instrumentos de adesão serão depositados na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos.

#### Artigo 28

A presente Convenção entrará em vigor para os Estados ratificantes no trigésimo dia após a data do depósito do segundo instrumento de ratificação. Para cada Estado que ratificar a presente Convenção ou a ela aderir após o depósito do segundo instrumento de ratificação, a Convenção entrará em vigor no trigésimo dia após a data em que esse Estado tenha depositado seu instrumento de ratificação ou adesão.

#### Artigo 29 °

A presente Convenção permanecerá em vigor indefinidamente, mas qualquer dos Estados Partes poderá denunciá-la. O instrumento de denúncia será depositado na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos. Depois de um ano a partir da data do depósito do instrumento de denúncia, a Convenção cessará seus efeitos para o Estado denunciante.

#### Artigo 30°

Esta Convenção adota como critério de conformação e interpretação do negócio jurídico contratual a teoria comunicacional do direito para investigação do contrato e da relação contratual tomando por base a declaração de vontade das partes investigando o contrato pelos aspectos linguísticos que ensejam uma análise sintática, semântica e pragmática nos planos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico contratual.

#### Artigo 31 °

O instrumento original desta Convenção, cujos textos em espanhol, francês, inglês e Português são igualmente autênticos, será depositado na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, que enviará cópia autenticada do texto para registro e publicação Secretariado das Nações Unidas, de acordo com o artigo 102 da Carta. A Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos notificará os Estados-membros da Organização e aos Estados que houverem aderido à Convenção, as assinaturas, depósitos de instrumentos de ratificação, adesão e denúncia, bem como as reservas, se houver, e sua retirada. EM FÉ DO QUE os plenipotenciários abaixo assinados, devidamente autorizados por seus respectivos Governos, assinaram a presente Convenção.

Na sequência, a tradução para a língua espanhola da proposta de Convenção ora apresentada na tese:

## CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE LA CONFORMACIÓN E INTERPRETACIÓN APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

CONSIDERANDO, que los Estados Partes en la presente Convención, reafirmando su voluntad de continuar con el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional privado entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos y la búsqueda de la armonización y la normalización de la conformación y la interpretación del contrato del asunto legal, mientras que la oportunidad de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional y que la interdependencia económica de los Estados ha llevado a la inevitable integración regional y continental; CONSIDERANDO que para estimular este proceso es necesario para facilitar la elaboración y la interpretación de los contratos internacionales, la eliminación de las diferencias dentro de fresco, acordó adoptar el siguiente criterio:

### CAPÍTULO I

#### Alcance

##### Artículo 1

El presente Convenio determina la ley aplicable a los negocios jurídicos contractuales a nivel internacional. Se entiende que un contrato es internacional si las partes tengan su residencia habitual o de negocios en diferentes Estados Partes, o si el objetivo del contrato es el alcance de sus efectos en más de un Estado Parte. Este Convenio se aplica a los contratos celebrados o que se consignarán en los países participantes, entidades u organismos, a menos que las partes en el contrato excluyen expresamente. Sin embargo, cualquier Estado Parte podrá indicar el momento de firmar, ratificar o adherirse al presente Convenio, que no se aplica a todas o algunas categorías de contratos en los que los órganos o entidades estatales o estatales sean parte. Todo Estado Parte podrá, al firmar, ratificar o adherirse a la presente Convención indicar, señalando que dichos contratos no aplicarla. Para armonizar la conformación e interpretación del presente contrato legal empresarial CONVENIO basa en criterios lingüísticos de la teoría comunicativa del derecho a determinar la existencia, validez y eficacia de los mismos por los aspectos de la evidencia sintáctica, semántica y pragmática de la importancia de la declaración de intención presentadas por las partes contratantes en el momento de celebración del contrato, así como la interpretación de la intención de las partes.

##### Artículo 2

La ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si la ley es la de un Estado no parte.

##### Artículo 3

Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán mutatis mutandis a los posibles aspectos culturales y legales de las nuevas formas de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo de negocios internacionales.

#### Artículo 4

Para efectos de interpretación y aplicación del presente Convenio, se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación haciendo uso de la teoría de la comunicación para llegar a la conformación y la intención manifestada por las partes.

#### Artículo 5

El presente Convenio no determina la ley aplicable, no obstante la pertinencia metodológica atributos a la conformación y la interpretación de los contratos en relación con el aspecto de la lengua, especialmente la declaración de la intención de las partes:

- a) Las cuestiones derivadas del estado civil de las personas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o anulación del contrato como consecuencia de la incapacidad de una parte;
- b) las obligaciones contractuales con el objeto principal de la herencia, los problemas de inventario, matrimoniales o aquellas derivadas de las relaciones familiares;
- c) las obligaciones de deuda;
- d) las obligaciones derivadas de la venta, transferencia o venta de valores en los mercados de valores;
- e) los acuerdos de arbitraje sobre la elección de foro;
- f) las cuestiones de derecho de negocios, incluyendo la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las asociaciones empresariales y otras entidades jurídicas.

#### Artículo 6

Las disposiciones del presente Convenio no se aplicarán a los contratos que tengan una regulación autónoma en el tratado internacional vigente entre los Estados Partes en la presente Convención, sin embargo, se encarga de la aplicación de los aspectos del lenguaje en la formación y la interpretación de los contratos en cuanto a la declaración de voluntad de planos de la existencia, validez y eficacia.

### CAPÍTULO DOS

#### Elección de la ley

#### Artículo 7

El acuerdo se rige por la ley elegida por las partes de acuerdo con sus puntos de referencia, y el impuesto se expresará esa elección. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, a falta de pacto expreso, que se espera poner en marcha, como se desprende de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, en su conjunto. La elección puede referirse a todo el contrato o parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no implica necesariamente la elección de la ley, y la conformación e interpretación de los negocios jurídicos teniendo en cuenta los aspectos de la lengua, frente a los parámetros de interpretación sintáctica, semántica y pragmática del contrato.

#### Artículo 8

En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato está sujeta en su totalidad o en parte, a una ley distinta de aquella para la que estaba sujeto, o no, incluso ahora elegida por las partes. Sin embargo, el cambio no puede afectar a la validez formal del contrato original, o los derechos de los demás buscando siempre una visión interpretativa que figura en la declaración de voluntad.

#### Artículo 9

Si las partes no han elegido la ley aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por la ley del Estado con el que tenga una mayor vinculación. El tribunal tendrá en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos en el marco del contrato para determinar el derecho del Estado con el que tenga una mayor vinculación. También tener en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. Sin embargo, si una parte del contrato es separable del resto del contrato y tenía una conexión más estrecha con otro país, podrá aplicarse como excepción a la ley de ese Estado a esta parte del contrato. También debe tenerse en cuenta la declaración de voluntad, sino por el contexto de la teoría del derecho de comunicación pretendiendo que los aspectos sintácticos, semánticos y pragmáticos relación contractual y la investigación de los planos de la existencia, validez o exigibilidad del contrato.

#### Artículo 10

Además de las disposiciones anteriores se aplicarán, según proceda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional y la utilización comercial y los métodos generalmente aceptados con el fin de cumplir con las exigencias de la justicia y la equidad en la resolución del caso. Se aplica también a la teoría del derecho de comunicación para investigar la formación y la interpretación del contrato, sobre la base de la declaración de voluntad de los aspectos sintácticos, semánticos y pragmáticos planes de existencia, validez y eficacia.

#### Artículo 11

Sin perjuicio de los artículos anteriores, se aplican necesariamente disposiciones de la ley del foro cuando se le pide. Será a discreción del foro, cuando lo considere necesario, aplicar las disposiciones imperativas de la ley de otro Estado con el que el contrato tenga vínculos estrechos.

### CAPÍTULO TRES

La existencia, vigencia y ejecución del contrato de los aspectos sintácticos, semánticos y pragmáticos ligados a la declaración de voluntad.

#### Artículo 12

La existencia, vigencia y ejecución del contrato o de cualquiera de sus disposiciones y la validez sustancial del consentimiento de las partes en relación con la elección de la ley deben regirse por las normas que se aplican en virtud del presente Convenio, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo dos. Sin embargo, para establecer que una parte haya accedido correctamente, el juez debe determinar la ley aplicable en lo que respecta a su residencia habitual o de establecimiento de un grupo tal, pero se debe tener en cuenta cómo la aplicación de la teoría del aspecto comunicacional de sintáctico, semántico y pragmático de la declaración voluntad de las partes que investigan la conformación e interpretación del contrato en cuanto a la existencia, validez y eficacia.

#### Artículo 13

Un contrato entre las partes que se encuentran en el mismo estado será válido en cuanto a la forma, que cumplan con los requisitos de la ley aplicable al contrato en virtud del presente Convenio o de las de la ley estatal que se celebrará o el derecho del lugar de la ejecución. Si las personas se encuentran en diferentes estados en el momento de

celebración del contrato, será válido en cuanto a la forma si cumple con los requisitos de la ley aplicable en virtud del presente Convenio, en principio, o el derecho de un Estado o la ley celebrada el lugar de la ejecución.

#### CAPÍTULO CUATRO

##### Ámbito de aplicación de la ley

###### Artículo 14

La ley aplicable al contrato en virtud de las disposiciones del capítulo II del presente Convenio regirá en particular:

- a) la interpretación;
- b) los derechos y obligaciones de las partes;
- c) el cumplimiento de las obligaciones y las consecuencias del incumplimiento del contrato, incluida la evaluación del daño en la medida en que pueden determinar el pago de la indemnización;
- d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, y prescripción y caducidad de las acciones;
- e) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato.
- f) una declaración de la intención de las partes con su investigación de la conformación y la interpretación de los aspectos sintácticos, semánticos y pragmáticos, haciendo los planos de la existencia, validez y eficacia.

###### Artículo 15

Lo dispuesto en el artículo 10, deben tenerse en cuenta en la decisión de si un agente puede conectarse a su cliente o una agencia, una empresa o una entidad legal.

###### Artículo 16

La ley del estado en el que se registran y publican los acuerdos internacionales regulan todo lo relativo a la publicidad de los mismos.

###### Artículo 17

A los efectos del presente Convenio, el término "ley" en vigor en un Estado, con exclusión de las normas sobre conflictos de leyes.

###### Artículo 18

La ley designada por el presente Convenio podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contraria al orden público del foro.

#### CAPÍTULO CINCO

##### Disposiciones generales

###### Artículo 19

Las disposiciones de este Convenio se aplicarán en un Estado Parte a los contratos celebrados después de su entrada en vigor para ese Estado Parte.

###### Artículo 20

El presente Convenio no afectará a la aplicación de los acuerdos internacionales que contienen disposiciones sobre el mismo tema en el que un Estado Parte en la presente Convención es o puede llegar a ser una fiesta y se otorgan en el marco del proceso de integración.

###### Artículo 21

En el momento de firmar, ratificar o adherirse a la presente Convención, los Estados podrán formular reservas que versen sobre una o más disposiciones específicas y no sea incompatible con el objeto y propósito de la presente Convención. Todo Estado Parte podrá, en cualquier momento, retirar una reserva que hubiera hecho. El efecto de la reserva cesará el primer día del tercer mes siguiente al de la notificación de la denuncia.

#### Artículo 22

En relación con un Estado que en materia tratada en la presente Convención, dos o más sistemas jurídicos aplicables en unidades territoriales diferentes: a) cualquier referencia a la ley estatal establece el derecho de la unidad territorial pertinente; b) cualquier referencia a la residencia habitual o establecimiento el Estado debe significar residencia o permanencia en una unidad territorial del Estado.

#### Artículo 23

Un Estado compuesto de diferentes unidades territoriales tengan sus propios sistemas jurídicos en términos de tratar con la presente Convención no estará obligado a aplicar las disposiciones del presente Convenio a los conflictos que surgen entre los sistemas jurídicos de tales unidades.

#### Artículo 24

El Estado tiene dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas de derecho aplicables en relación con el tratamiento de este Convenio, podrá declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o Sólo uno o más de ellos. Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplica el presente Convenio. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la OEA, y entrará en vigor noventa días después de recibido.

### CAPÍTULO SEIS

#### Cláusulas Finales

#### Artículo 25

La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

#### Artículo 26

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

#### Artículo 27

El presente Convenio estará abierto a la adhesión de cualquier Estado después de su entrada en vigor. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

#### Artículo 28

El presente Convenio entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha de depósito del segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a él después del depósito del segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día después de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

#### Artículo 29

El presente Convenio permanecerá en vigor indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Después de un año a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en vigor para el Estado denunciante.

#### Artículo 30

La Convención adopta como criterio para la formación e interpretación de los negocios jurídicos contrato teoría comunicacional de la ley de contratos de investigación y desarrollo de relaciones contractuales en la declaración de la intención de las partes del contrato mediante la investigación de los aspectos lingüísticos que dan lugar a la sintaxis, la semántica y la pragmática los planos de la existencia, validez y eficacia del contrato de negocio jurídico.

#### Artículo 31

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto para su registro y publicación de la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con El artículo 102 de la Carta. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados Miembros de la Organización ya los Estados que se han adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere, y su eliminación. EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios abajo firmantes, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, firman el presente Convenio.

Eis, portanto, uma sugestão prática em sede uma visão macro-legislativa e de direito civil comparado, levando em conta uma tentativa de harmonização e padronização de conformação e interpretação do negócio jurídico, especialmente o contratual, como uma forma de atribuir um caráter prático à teoria comunicacional aplicada ao negócio jurídico para implementar um avanço não só teórico, mas prático à ciência do direito indicando uma evolução no âmbito do direito civil comparado, especificamente do instituto do negócio jurídico contratual que é extremamente relevante para a vida em sociedade e também no aspecto econômico.

No item seguinte busca-se tratar também da relevância metodológica da teoria comunicacional sustentada nesta tese para alcançar o aprimoramento da relação contratual no âmbito eletrônico, ou seja, na internet, algo extremamente difundido nos dias atuais.

### 6.3 PADRONIZAÇÃO DE NORMAS DE DIREITO CONTRATUAL NO ÂMBITO ELETRÔNICO

Atualmente, sabe-se que grande parte das relações contratuais são formalizadas por meio eletrônico até pela iteratividade e facilidade que isso enseja, notadamente com a globalização das relações negociais. Portanto, seria utilíssimo para os blocos econômicos ensejarem estudos de padronização das normas internas comuns aos países integrantes dos blocos mundiais, de maneira a harmonizar as regras, tornando-as comuns e facilitando a troca de informações negociais evitando, assim, dispêndio de divisas e trabalho.

Constata-se claramente que há uma certa padronização cultural no que diz respeito às relações de consumo atualmente, especialmente e tomando por base os continentes americano e europeu. Vale dizer que atualmente as pessoas tem hábitos parecidos de consumo o que enseja uma cultura consumerista que guarda certa similaridade entre os diferentes povos do continente europeu e americano. Um dos elementos que confirmam esta similaridade consiste na aquisição de bens e serviços por meio eletrônico.

Esta perspectiva cultural e natural do ser humano é reconhecida pela doutrina civilista quando se identificam estudos acerca dos aspectos da formação e interpretação dos contratos eletrônicos, formação dos contratos de consumo celebrados via internet e algumas propostas de regulação de marco civil da internet.

Alberto Gosson Jorge Júnior<sup>214</sup> ilustra que não há uma diferença relevante entre o contrato tradicional e aquele constituído e executado por meio eletrônico. Veja-se:

*Seguimos José Rogério Cruz e Tucci (2005, p. 313) quando, com apoio em Navarrete, afirma que a inexistência de diferença essencial entre o contrato tradicional e aquele constituído e executado por meio eletrônico, pois 'o que afasta um contrato tradicional de um contrato eletrônico, sob a perspectiva estrutural, é apenas a formação do mesmo, quanto ao modo de manifestação do consentimento e de aperfeiçoamento do negócio, bem como de sua respectiva prova, tanto judicial como extrajudicial'. Já no que diz respeito à interpretação do contrato eletrônico, deve-se ter o cuidado de verificar em qual das modalidades o mesmo se insere: intersistêmico, interpessoal ou*

---

<sup>214</sup> JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. Aspectos da formação e interpretação dos contratos eletrônicos. **Revista do Advogado**. Ano XXXII, nº. 115, abr./2012, p.16.

*interativo. Importante distinguir se há relação de consumo ou se os contratantes podem ser considerados em pé de igualdade tanto em termos de discussão do conteúdo contratual como de conhecimento da matéria e liberdade para exteriorização da vontade. A falta ou comprometimento do contato pessoal, quando verificada entre os contratantes, faz por acentuar a importância da presença dos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio do contrato e da função social. Mais do que a configuração abstrata entre contratação 'entre presentes' ou 'entre ausentes' deve-se atentar para o caso concreto e verificar que grau de interação volitiva pode ser observado entre os contratantes na formação do contrato. Parece intuitivo que o desenvolvimento tecnológico, aparentemente ilimitado, deverá reforçar a confiança e a autenticidade da contratação por meio eletrônico de maneira a inserir definitivamente o 'virtual' no 'real'.*

Vale anotar, outrossim, que ainda que o contrato celebrado pela via eletrônica seja identificado como uma relação de consumo, sustenta-se que isso não interfere ou altera a conformação do contrato pela aplicação da teoria comunicacional do direito, na medida em que a aplicação da mesma é uma evidência prática de que não há distinção de incidência de um contrato pela estrutura do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor, muito pelo contrário, a aplicação da teoria comunicacional faz uma aproximação pelos planos sintático, semântico e pragmático na conformação do negócio jurídico, seja ele pelo prisma do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor.

Aliás, no âmbito eletrônico de formação e execução do contrato tem-se uma clara e nítida percepção que a declaração de vontade, ao que se sustenta nesta tese pela aplicação da teoria comunicacional do direito, no âmbito mental dos contratantes não sofre alteração alguma, ainda que o contratante seja um consumidor que não discute as cláusulas contratuais com o fornecedor. Veja-se a doutrina de Carolina Dias Tavares Guerreiro<sup>215</sup> quando discorre sobre a formação dos contratos de consumo celebrados via internet:

*O que importa salientar, no entanto, não é o pretendido comprometimento do contrato como tal (ou seja, como acordo de vontades) em razão da alegada falta de manifestação volitiva por parte do consumidor, pelo fato de este não ter a oportunidade de discutir e negociar cada cláusula do contrato ou de alterar o standard proposto pelo fornecedor. Trata-se, na hipótese, de modalidade especial de consentimento, característica, aliás, das relações de consumo, para a qual a lei exige requisitos mais rigorosos para aferir*

---

<sup>215</sup> GUERREIRO, Carolina Dias Tavares. Formação dos contratos de consumo celebrados via internet. **Revista do Advogado**. Ano XXXII, nº. 15, abr./2012, p.41-42.

*a realidade e o alcance da declaração da parte mais fraca. Exemplo desse maior rigor está no art. 46 do CDC. A circunstância de o destinatário da proposta de contrato não discutir individualmente cada cláusula não é, por si só, motivo para considerar inválido o próprio contrato. Como assinala Rezzónico (1987, p. 312), fundamentando na doutrina francesa, a discussão prévia das cláusulas contratuais jamais foi considerada condição de validade do contrato, não se podendo dizer, em caso semelhante, que a vontade da parte aderente não tenha qualquer função na celebração de determinada convenção.*

No campo regulatório, sabe-se que o Projeto de Lei 2126/2011 em tramitação no Congresso Nacional pretende estabelecer um marco civil para a internet no Brasil e como proposta de avanço para regulação sugere-se a inclusão das propostas de *lege ferenda* apresentadas nesta tese para a Convenção Americana sobre a conformação e a interpretação aplicável aos contratos internacionais, onde sugere-se também a inclusão do seguinte artigo no aludido projeto de lei, no que diz respeito à aplicação da teoria comunicacional do direito ao negócio jurídico, especificamente, ao contrato celebrado pela internet. Sustenta-se a inclusão de um artigo, notadamente, contendo o item “f” abaixo, com a seguinte redação:

*Art. A lei aplicável ao contrato celebrado pela internet regula, nomeadamente:*

- a) a sua formação e interpretação;*
- b) os direitos e as obrigações das partes;*
- c) a execução das obrigações impostas e as consequências do incumprimento do contrato, incluindo a avaliação do dano, na medida em que se pode determinar o pagamento de indenização;*
- d) as diversas causas de extinção das obrigações e, prescrição e prescrição das ações;*
- e) as consequências da invalidade ou nulidade do contrato.*
- f) a declaração de vontade das partes com sua investigação na conformação e na interpretação pelos aspectos sintático, semântico e pragmático, o fazendo pelos planos de existência, validade e eficácia.*

A doutrina já vem sustentando essa necessidade de regulamentação e estabelecimento de um Marco Civil da Internet e o Projeto de Lei 2126/2011 que se encontra em tramitação no Congresso Nacional pode muito bem já avançar com essa perspectiva da teoria comunicacional do direito como defendido nesta tese. Nesse ponto, vale destacar a

doutrina de Marcel Leonardi<sup>216</sup> que acentua o bom exemplo e a necessidade da regulação da internet:

*O modelo adotado pelo Marco Civil da Internet contempla adequadamente todos os participantes do ecossistema on-line. O texto atual do projeto de lei assegura a proteção da rede, fomenta a inovação on-line e protege os direitos dos usuários, sempre com observância do devido processo legal, e, com isso, estabelece a imprescindível segurança jurídica necessária para o crescimento da economia digital e da internet no Brasil. Por esses motivos, pensamos que o Marco Civil da Internet é um bom exemplo do melhor caminho a seguir quando se pensa em regulação da internet.*

É útil também apresentar a doutrina de Newton de Lucca, também no campo do direito civil comparado, exteriorizando uma preocupação acertada acerca da ausência de regulação e até mesmo de doutrina e jurisprudência sobre a seriedade das celebrações de negócios jurídicos contratuais no ambiente eletrônico, baseando suas conclusões também nas palavras de Ricardo Luiz Lorenzetti, que ora se transcreve. Ouça-se Newton de Lucca<sup>217</sup>:

*Muitos pronunciamentos que tenho visto a respeito do tema revelam, a todo momento, seja uma cândida ignorância sobre o mesmo e uma ingenuidade que chega a ser, no mínimo, desconcertante, seja, finalmente, uma retórica que não se compadece com a seriedade requerida pelo problema. Extremamente apropriadas, como sempre, as palavras de Ricardo Luiz Lorenzetti, eminente Professor Titular em Direito Civil da Universidade de Buenos Aires. ‘O surgimento da era digital tem suscitado a necessidade de repensar importantes aspectos relativos à organização social, à democracia, à tecnologia, à privacidade, à liberdade e observa-se que muitos enfoques não apresentam a sofisticação teórica que semelhantes problemas requerem; esterilizam-se obnubilados pela retórica, pela ideologia e pela ingenuidade. [...] Fernando Araújo, em Portugal, faz uma síntese feliz dessa evolução gradativa que se operou no estudo da matéria: ‘perdas as primeiras ilusões sobre ‘poderes mágicos’ dos computadores, reação de ignorância que foi sendo substituída por uma progressiva familiarização, não isenta de resistências e sobressaltos, dos juristas com a informática, parece hoje mais definível a vocação desta no domínio jurídico em quatro vertentes*

---

<sup>216</sup> LEONARDI, Marcel. Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet. **Revista do Advogado**. Ano XXXII, nº. 115, abr./2012, p.112.

<sup>217</sup> LUCCA, Newton. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e suas consequências para pesquisa jurídica. In: LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & Internet**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.41-42.

*principais: a) a do emprego técnico, não jurídico (processamento de texto, gestão, comunicações); b) a do apoio passivo à decisão (acesso a bases de dados, simulações e cálculo de estratégias); c) a da aprendizagem do sistema jurídico através da análise da sua estrutura lógica (estruturando a pedagogia do direito); d) a da tomada activa de decisões periciais (empregando dados e algoritmos na construção de inferências que permitem alcançar o nível de proficiência – de coerência formal e de congruência com a base de conhecimentos disponível – próprios de um especialista.)*

Na verdade, o ambiente de conformação do negócio jurídico contratual que se veicula por um meio eletrónico é a internet, o que o distingue daquele contrato celebrado pelo meio tradicional. No modelo que se apresenta neste trabalho, o contato físico que se estabelece entre as partes se perpetra pelo meio eletrónico, onde se veicula a declaração de vontade. O ato de intelecção continua tendo a mesma conformação, não se diferenciando. Sustenta-se, pois, que a aplicação da teoria comunicacional terá a mesma incidência no negócio jurídico contratual celebrado pela internet.

Aliás, esta é uma das vantagens de se estabelecer a abordagem da competência e desempenho da linguagem como veículo conformador e interpretativo do negócio jurídico, pois ela é composta por um conjunto de signos que tem organização estabelecida, sendo que o veículo de introdução e conformação somente se altera de acordo com o ambiente em que se encontram as partes. Vale dizer o seguinte: não há distinção conceitual no plano da linguagem (teoria comunicacional do direito tal como sustentado nesta tese) entre um negócio jurídico contratual firmado entre duas partes presentes e um negócio jurídico contratual firmado pela internet, pois o ato de intelecção dos contratantes sempre existirá, no plano da declaração de vontade, tal como ilustrado adredemente, onde indica-se o triângulo semiótico como ato de intelecção que precede a declaração de vontade.

Veja a doutrina de Tácio Lacerda Gama<sup>218</sup>, invocando Roland Barthes, quando discorre sobre a competência e desempenho da linguagem:

*A linguagem é composta por um conjunto de signos que se organizam segundo regras de formação e derivação, bem como pelo uso que os sujeitos fazem deles para enviar e receber informações. Essa parte estática pode ser chamada de língua, sistema ou competência*

---

<sup>218</sup> GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária**. Fundamentos para uma teoria da nulidade. São Paulo: Noeses, 2009, p.284-285.

*linguística. A parte dinâmica, por sua vez, é sinônimo de fala, uso ou desempenho da linguagem. O conjunto de signos que forma a parte estática da linguagem, simultaneamente, como uma instituição social e como um sistema de valores: 'A língua [...] é, ao mesmo tempo, uma instituição social e um sistema de valores. Como instituição social, ela não é absolutamente um ato, escapa a qualquer premeditação; é a parte social da linguagem; o indivíduo não pode, sozinho, nem criá-la nem modificá-la. Trata-se essencialmente de um contrato coletivo ao qual temos de submeter-nos em bloco se quisermos comunicar; além disso, este produto social é autônomo, à maneira de um jogo com as suas regras, pois só se pode manejá-lo depois de uma aprendizagem. Como sistema de valores, a Língua é constituída por um pequeno número de elementos de que cada um é, ao mesmo tempo, um valor e o termo de uma função mais ampla onde se colocam, diferencialmente, outros valores correlativos; sob o ponto de vista da língua, o signo é como uma moeda: esta vale por certo bem que permite comprar, mas vale também com relação a outras moedas, de valor mais forte ou mais fraco.' Ser instituição social e, simultaneamente, sistema de valores são aspectos distintos de um mesmo objeto. No primeiro caso, destaca-se o caráter objetivo e socialmente condicionado da língua. No segundo, o fato de a língua ser um conjunto de signos. As duas perspectivas, porém, enfatizam a circunstância de a língua ser percebida como um conjunto de elementos postos à disposição da fala.*

Eis, enfim, a questão da necessidade de aprimoramento e padronização das normas de direito contratual no ambiente eletrônico, ou seja, da internet sendo que a contribuição que aqui se pretende outorgar, reside justamente na aplicação da teoria comunicacional do direito como um elemento que facilita a conformação e interpretação da relação jurídica advinda de um contrato que tenha sua origem na internet.

## CAPÍTULO VII – CONCLUSÕES

À guisa de conclusões desta tese tem-se, inicialmente, uma perspectiva histórica do negócio jurídico, sendo possível identificar uma evolução bem evidente do instituto. Entre os séculos XVII e IX havia uma identificação do negócio jurídico apenas como uma livre manifestação de vontade à luz dos sistemas normativos daqueles períodos. Já no século XX passou-se a identificar uma caracterização fundamental do negócio jurídico como uma declaração de vontade preponderantemente. Com o advento do Século XXI, nos seus primeiros anos ganhou peso a percepção do negócio jurídico como pleno exercício da autonomia privada, todavia, sempre à luz das limitações impostas pela Constituição Federal, no denominado direito civil-constitucional. Sustenta-se, nesta tese, que o negócio jurídico não obstante ser uma decorrência da autonomia privada com as limitações constitucionais que lhe são próprias, o mesmo é, na verdade, um fenômeno exclusivamente comunicacional, que deve ser investigado e compreendido no âmbito da teoria comunicacional do direito, com os parâmetros da semiótica ou, do que denominou-se chamar de *giro-linguístico e pelo triângulo semiótico*.

A investigação da formação do negócio jurídico requer sua análise pelo prisma comunicacional, no âmbito da linguagem que o veicula, o conforma e o instrumentaliza, sempre analisando o instituto negocial pelos planos da existência, da validade e da eficácia em aplicação dos contextos da linguagem pelos prismas sintático, semântico e pragmático como demonstrado.

Sustenta-se, pois, haver a almejada cientificidade<sup>219</sup> na aplicação da teoria comunicacional do direito no negócio jurídico, na medida em que é possível identificar um objeto reconhecível e definido de tal forma que se reconhece igualmente pelos outros, mediante uma abordagem nova, que torna-se útil aos operadores do direito, possuindo, ainda, elementos de verificação e contestação das hipóteses apresentadas.

Por outro lado, na filosofia moderna, a doutrina acerca do conhecimento indica que conhecer é uma operação de identificação que assume três formas: a criação que o sujeito faz do objeto, a consciência e, por fim, a linguagem<sup>220</sup>. Portanto, o conhecimento do negócio

---

<sup>219</sup> ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 15ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1999, p.21-22.

<sup>220</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.176.

jurídico necessariamente veicula-se pela linguagem que o conforma e apresenta uma forma consistente de lhe atribuir uma interpretação em consonância com a vontade declarada das partes.

Como demonstrado ao longo da tese e sustentado no item 5.2., propõe-se uma nova definição de conceito do negócio jurídico à luz da teoria comunicacional, a saber: o negócio jurídico consiste na declaração de vontade que tem origem no ato de intelecção de cada uma das partes negociantes, dentro de um contexto validado por um código e uma mensagem que convergem na significação do ato negocial à luz das proposições normativas vigentes, nascendo, validando-se e produzindo os efeitos esperados pelas partes, pela sociedade e pelo direito positivado.

Por derradeiro, sustenta-se que a aplicação da teoria comunicacional do direito ao negócio jurídico contribui também para a almejada eficácia privada dos direitos fundamentais, promovendo, assim, uma vinculação dos particulares às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tema este que ganha contornos da perspectiva civil-constitucional do instituto.

Eis, pois, a tese de aplicação da teoria comunicacional do direito ao negócio jurídico com o escopo de desenvolver e apresentar algo novo para o avanço teórico e prático da ciência do direito, especialmente no campo do direito civil comparado.

**FONTES E BIBLIOGRAFIA**

ABBAGNANO, Nicola. **Diccionario de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugênio. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALLARA, Mario. **Curso de Diritto Civile** – La teoria generale del contratto. Torino: G. Giappichelli Editore, s/d.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. **Rischio contrattuale e autonomia privata**. Napoli: Jovene Editore, 1982.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé**. Lisboa: Forense, s/d.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARRETO, Paulo Ayres. Comunicação, linguagem e direito. In: ROBLES, Gregório; CARVALHO, Paulo de Barros (Coords.). **Teoria comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha**. São Paulo: Noeses, 2011.

BELVEDERE, Andrea; GRANELLI, Carlo. **Confini attuali dell'autonomia privata**. Padova: Cedam, 2001.

BETTI, Emilio. **Teoria general del negocio juridico**. Tradução para o espanhol de A. Martin Perez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/d.

BIANCA, Massimo. **Diritto civile** – il contratto. Milano: Dott. Giuffré Editore, 1987.

BIONDI, Biondo. **Istituzioni di diritto romano**. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1965.

BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1991.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo e Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Batista. 3ª ed. Bauru: Edipro, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito e poder**. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Ed. Unesp, 2008.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Meneses Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**. 3ª ed. Roma: Foro Italiano, 1951.

CARRESI, Franco. **Il contratto**. Vol.2. Milano: Ed. Giuffrè, 1987.

CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de teoria geral do direito**. O construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009.

\_\_\_\_\_. A ideia de texto e sua potencialidade analítica para a teoria comunicacional do direito. In: ROBLES, Gregório; CARVALHO, Paulo de Barros (Coords.). **Teoria comunicacional do direito**. São Paulo: Noeses, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTRO Y BRAVO, Federico. **El negocio jurídico**. Madrid: Civitas, 1985.

COELHO NETTO, J. Teixeira. **Semiótica, informação e comunicação**. 3ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1990.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Lisboa: Almedina, 1983.

DIÉZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antônio. **Sistema de Derecho Civil**. Vol. I. Madrid: Tecnos, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **A ciência jurídica**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. I. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 15ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Tratado geral de semiótica**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson C. C. Souza. São Paulo: Perspectiva, 2007.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ENRIQUE AFTALIÓN, José Vilanova e Júlio Raffo. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Abeldo-Perrot, 1988.

ESTEVES, Jean Soldi. **A responsabilidade civil nos contratos bancários**. São Paulo: LTr, 2011.

\_\_\_\_\_. A linguagem e o método na ciência do direito e suas inflexões na interpretação do negócio jurídico. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, nº. 40, jan.-jun./2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Epistemologia jurídica y garantismo**. México: Distribuciones Fontamara, 2004.

FERRAZ JR., Tério Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. Técnica, decisão, dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Estudos de filosofia do direito**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Equilíbrio contratual. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**. Caderno I. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FERRI, Luigi. **La Autonomia Privada**. Granada: Comares, 2001.

FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. São Paulo: Ática, 2008.

FLUSSER, Vilém. **Língua e Realidade**. 3ª ed. São Paulo: Annablume, 2007.

GAINO, Itamar. **Invalidade do negócio jurídico**. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni (Coords.). **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, Tácio Lacerda. **Contribuição de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

\_\_\_\_\_. **Competência Tributária** – fundamentos para uma teoria da nulidade. São Paulo: Noeses, 2009.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. Dos fatos jurídicos e do negócio jurídico. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo; Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAEFF, Bibiana; PEREIRA, Wellerson M. Initiatives d'harmonisation régionale du droit de la consommation: les exemples du Mercosur et de L'OEA. In: QUÉZEL-AMBRUMAZ, Christophe (Org.). **Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats**. Savoie: Université de Savoie, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo**. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999.

\_\_\_\_\_. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERREIRO, Carolina Dias Tavares. Formação dos contratos de consumo celebrados via internet. **Revista do Advogado**. Ano XXXII, nº. 15, abr./2012,

GUILLÉN, Horácio Pedro. **Obligaciones**. Buenos Aires: Editorial BDF, 2008.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

\_\_\_\_\_. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010.

HESSE, Johannes. **Filosofia dos valores**. Coimbra: Almedina, 2001.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. Aspectos da formação e interpretação dos contratos eletrônicos. **Revista do Advogado**. Ano XXXII, nº. 115, abr./2012.

KAUFMAN, A.; HASSERMAER, W. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. **Derecho civil**. Parte general. Tradução espanhola. Caracas: Edersa, 1978.

LEONARDI, Marcel. *Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet*. In Revista do Advogado. Ano XXXII, n. 115, abril de 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. Vol.1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003.

LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**. Caderno I. São Paulo: Max Limonad, 1999.

\_\_\_\_\_. **Código Civil comentado**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2004.

LUCCA, Newton. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e suas consequências para pesquisa jurídica. In: LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & Internet**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MAZEAUD, Denis. Loyauté, solidarité, fraternité: La nouvelle deide contractuelle? In: FRISSON-ROCHE, Anne-Marie; LEQUETTE, Yves; ROBERT, Jacques-Henri (Org.). **L'Avenir du Droit: mélanges em homage à François Terré**. Paris: Dalloz-Paris, 1999.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**. Plano da existência. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Sônia Maria Brolgia. **A validade jurídica pré e pós giro-linguístico**. São Paulo: Noeses, 2007.

MESSINEO, Francesco. **Trattato di diritto civile e commerciale: il contratto in genere**. Vol. 21, t. 2. Milano: Giuffrè, 1973.

\_\_\_\_\_. **Il contratto in genere**. Milano: Dott Giuffrè Editore, 1973.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **Tratado de direito privado**. t. III e IV. São Paulo: RT, 2012.

MORI, Celso Cintra. A boa-fé no direito civil. **Revista do Advogado**. São Paulo, Ano XXXII, nº. 116, Associação dos Advogados de São Paulo, jul./2012.

MOUSSALLEM, Tárek. **Revogação em materia tributária**. São Paulo: Noeses, 2005.

NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro. **Revista do Advogado**. São Paulo, Ano XXXII, nº. 116, Associação dos Advogados de São Paulo, jul./2012.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civil nella legalità costituzionale**. Napoli: Scientifiche Italiane, 2001.

\_\_\_\_\_. **Perfis do Direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POPP, Carlyle. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial: a proteção contratual no direito brasileiro. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**. Caderno I. São Paulo: Max Limonad, 1999.

POTHIER, Robert-Joseph. **Traité des obligations**. Paris: Dalloz, 2011.

QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe (Org.). **Les defies de l'harmonisation européenne du droit des contrats**. Savoie: Université de Savoie, 2012.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. Vol. II, 4ª ed. São Paulo: RT, 1997.

RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e autonomia da vontade em face das normas constitucionais. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**. Caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1964.

\_\_\_\_\_. **Questões de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROBLES, Gregório; CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha**. São Paulo: Noeses, 2011.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSEVALD, Nelson. Da interpretação do negócio jurídico. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edison Bini. Bauru: Edipro, 2003.

SAAVEDRA, Lenin Francisco. **Contenido objetivo de los contratos**. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibanez, 2004.

SANDEL, Michael J. **Justiça**. O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 15ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SAVAUX, Éric. **La théorie generale du contrat, mythe ou réalité**. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1997.

SAVIGNY, M. F. C. von. **Sistema del derecho romano actual**. Tradução de Jacinto Messia y Manoel Poley Centro. 2ª ed. Madrid: Góngora, s/d.

SCAVINO, Dardo. **La filosofía actual: pensar sin certezas**. Santiago del Estero: Paidós Postales, 1999.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Ed. FGB, 2007.

SILVA, Luiz Renato Ferreira. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TELLES JR., Goffredo. **Direito quântico**. São Paulo: Max Limonad, 1985.

TICIANELLI, Joelma. Limites objetivos e subjetivos do negócio jurídico na CF88. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**. Caderno I. São Paulo: Max Limonad, 1999.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008.

TUHR, Andreas. **Parte General del derecho civil**. Traducción de Wenceslao Roces. Granada: Comares, 2006.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: RT, 2000.

\_\_\_\_\_. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ZWEIGERT, Konrad; KOTZ, Hein. **Introducción al derecho comparado**. México: Oxford University Press, 2002.