

Francisco Amaral

*Doutor Honoris Causa da Universidade de Coimbra e Católica Portuguesa.
Professor Titular de Direito Civil e Romano na Faculdade
de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro
Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas
Da Accademia dei Giurprivatisti Europei*

DIREITO CIVIL INTRODUÇÃO

7ª Edição

Revista, modificada e aumentada

RENOVAR

Rio de Janeiro São Paulo Recife
2008

abdr 
ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA
DE DIREITO
Respeite o direito autor!

Nascida no direito alemão, primeiro na doutrina, depois objetivada no Código Civil (BGB), a teoria do negócio jurídico passa à doutrina italiana, à espanhola e à portuguesa.³¹ O direito francês permanece, porém, com a figura unitária do ato jurídico, não distinguindo o Código os atos jurídicos em senso estrito do negócio jurídico. O Código Civil de 1916 não adotava expressamente a figura, seguindo a posição unitária francesa, embora seu art. 81, dedicado ao ato jurídico, já contivesse a definição de negócio. O Código Civil de 2002 já consagra, porém, a posição dualista, com referência expressa aos negócios e aos atos jurídicos lícitos deles diversos,³² de acordo com a doutrina brasileira contemporânea, que é dominante no preferir esta concepção.

De tudo isto se conclui que o conceito de negócio jurídico é um fato histórico³³ e uma categoria lógica. Como fato histórico representa o envolver de uma experiência em que se reuniram circunstâncias de natureza filosófica, política e econômica, até o surgimento, a cristalização do conceito. Como categoria lógica, produto desse fato histórico, representa uma síntese, uma “redução à unidade” das diversas posições subjetivas que se podem configurar na atividade jurídica, de que a declaração de vontade é uma das causas imediatas. “Construída com a noção de negócio uma figura concreta, composta de elementos especificamente individualizáveis, essenciais, acidentais e naturais, podem-se reconduzir a este esquema todas as modalidades da atividade humana e estudá-las com critérios e métodos unitários.”³⁴

5 Crítica e superação do conceito de negócio jurídico

O negócio jurídico permanece ainda hoje como instrumento unitário do poder da vontade individual no campo da dinâmica jurídica, isto é, como poder criador de efeitos jurídicos. Tem sido, porém, objeto de alguma oposição, dirigida tanto ao caráter abstrato da figura — que os críticos consideram incapaz de englobar uni-

31 Cf. nota 1.

32 Código Civil, art. 185.

33 Calasso, p. 345.

34 Mirabelli, p. 2.

tariamente figuras diversas como os contratos, testamentos, promessas, convenções etc. — quanto à sua função ideológica, que o caracterizou como símbolo de um liberalismo econômico jurídico superado pela presença crescente do Estado na organização e direção da economia. Essa intervenção reduz o campo da autonomia privada e, conseqüentemente, a importância do negócio jurídico, como categoria, não obstante a utilidade crescente de uma de suas espécies, o contrato, em todos os regimes — capitalistas ou socialistas.

O conceito de negócio jurídico é uma categoria técnico-jurídica que tem sua razão de ser em argumentos de natureza filosófica, política e econômica, como já visto. É, assim, uma categoria histórica e lógica. E, como categoria lógica, ou se a aceita ou se a recusa.³⁵

Como categoria lógica, é instrumento de atuação dos interesses econômicos individuais, dentro do sistema de produção e distribuição de bens, traduzindo a concepção de um direito igual para todos, capaz de realizar, na igualdade, os interesses contrapostos das diversas classes sociais, formulado pelos juristas que eram, à época, os intérpretes privilegiados da realidade social e econômica.³⁶

Mudaram porém as condições favoráveis ou determinantes desse notável trabalho intelectual, que foi o esforço de abstração jurídica que resultou no conceito de negócio jurídico. Não mais existem as condições políticas e econômicas que justificaram essa criação, assim como os juristas que a fizeram não mais detêm o monopólio da reflexão e da disciplina da vida social. O direito compartilha hoje, com outras ciências sociais (a sociologia, a antropologia, a psicologia etc.), o universo sócio-cultural que até o início do século XX lhe competia como campo de atuação e controle.

Mudando tais circunstâncias, muda-se a construção jurídica correspondente, o negócio jurídico, surgindo dúvidas quanto à conveniência atual dessa figura, dúvidas essas de natureza sistêmica e de natureza político-social.

Do ponto de vista sistêmico, contesta-se a possibilidade de redução a uma única figura, de todas as espécies de declarações de vontade. Afirma-se a “impossibilidade de reduzir à unidade as posições subjetivas dos contratantes”.

Do ponto de vista político-social, que suscita o problema da correspondência entre a categoria do negócio jurídico e as exigências

35 Calasso, p. 345, nota 41.

36 Mario Bellomo. *Negozió giuridico (Diritto intermedio)*, p. 931.

da sociedade, considera-se ter sido essa figura, no nascimento da moderna sociedade industrial, o instrumento da classe proprietária dos bens de produção e da burguesia comercial, para transferência do seu direito de propriedade por simples declaração de vontade, sem necessidade de forma especial. Nessa época, o indivíduo era um ser isolado, protegido pelos ideais de liberdade e de igualdade que o Estado de direito garantia com o reconhecimento de uma esfera de ampla autonomia. Hoje as condições são diversas. Os indivíduos não se situam como átomos isolados, em regime de concorrência que a publicidade e os acordos entre os grupos econômicos eliminaram. Suas relações têm secundária importância em face dos conflitos de interesses entre os grupos privados, entre empresários e trabalhadores, entre empresários e consumidores. E os interesses que atualmente o direito protege são os das pessoas que desempenham funções na sociedade, não os indivíduos em si, isolados, átomos da vida social. Cai por terra o mito do sujeito jurídico como figura unitária e abstrata, assim como o da igualdade de todos perante o direito (igualdade formal), que procura hoje realizar a igualdade material, isto é, a igualdade de oportunidade para satisfação das necessidades fundamentais. E não sendo mais o ato individual de troca o “fenômeno central das relações econômico-sociais”, estaria superada a figura do negócio jurídico e destinada ao ocaso, juntamente com o mito da unidade do sujeito jurídico e com a ilusão da igualdade formal de direito.³⁷

De tudo isto se conclui que, sendo o negócio jurídico uma categoria histórica e lógica, foi válida e útil enquanto vigentes as condições que a determinaram. Mudadas as condições e destituído o conceito de sua função ideológica, não se justificaria a sua manutenção. O que permanece com pleno vigor, como causa da dinâmica jurídica, é o *ato jurídico* como gênero, e, como categoria específica de crescente importância, o *contrato*.

A doutrina, no entanto, divide-se, sendo ainda majoritária a corrente que acredita na utilidade do conceito e na possibilidade de

37 “Eis por que, tanto do ponto de vista teórico como prático, político, ou técnico, a conservação da categoria negócio jurídico é a consagração de um retrocesso, e o propósito de reintonizá-lo numa parte geral do Código Civil despropositada não passa de vã tentativa para salvar valores agonizantes do capitalismo adolescente, quando não seja crassa ignorância em doutores de que a categoria pandectística foi elaborada num contexto jurídico ultrapassado, e para atender às exigências de uma ordem econômica e social que deixou de existir.” Orlando Gomes. *Novos Temas de Direito Civil*, p. 89.

sua reconstrução,³⁸ tanto que essa figura foi adotada no Código Civil de 2.002, com precisa justificativa do legislador.³⁹

6. *A importância da vontade e da declaração na teoria do negócio jurídico. Concepções subjetiva e objetiva*

O negócio jurídico é declaração de vontade que se destina à produção de certos efeitos jurídicos que o sujeito pretende e o direito reconhece. Seu elemento essencial é a vontade, que se dá a conhecer pela respectiva declaração e que tem, por isso, relevante significado econômico e social, por ser meio de se alcançar o efeito jurídico pretendido.

No caso de a vontade exteriorizada ser diversa da vontade real, consciente ou inconscientemente por parte do declarante, surge o problema de saber-se o que deve prevalecer — a vontade ou a declaração —, isto é, qual o elemento que na verdade produz os efeitos jurídicos, matéria de significativa importância para as partes, para terceiros e para o comércio jurídico em geral.

Acerca do predomínio de um destes elementos, a vontade ou a declaração, existem duas concepções opostas: a *subjetiva*, que dá realce à vontade, e a *objetiva*, que enfatiza a declaração, levando, respectivamente, à *teoria da vontade* e à *teoria da declaração*. Para a primeira, subjetiva, voluntarista,⁴⁰ de Savigny e seus imediatos seguidores (Windscheid, Dernburg, Unger, Oertmann, Enneccerus), o negócio jurídico é essencialmente vontade, a que deve corresponder exatamente a sua forma de declaração, que é simples instrumento de manifestação dessa vontade.

Essa teoria protege, naturalmente, os interesses do declarante. Por isso, todas as questões acerca da formação ou do conteúdo do ato levam à pesquisa da real intenção do agente. É no âmbito dessa teoria que surge o problema e a discussão dogmática em torno do que deve prevalecer, no caso de divergência — a vontade ou a declaração —, independentemente do declarado ser ou não o preten-

38 Mirabelli, p. 16. Caio Mário da Silva Pereira. *Reformulação da Ordem Jurídica e Outros Temas*, p. 221; José Abreu, p. XI; Maria Helena Diniz, p. 212; Serpa Lopes, p. 358.

39 José Carlos Moreira Alves. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*, p. 101.

40 É a chamada *Willenstheorie* (teoria da vontade).