

**Antônio Junqueira de Azevedo**

# NEGÓCIO JURÍDICO

Existência, Validade e Eficácia

4ª edição, atualizada de acordo  
com o novo Código Civil  
(Lei n. 10.406, de 10-1-2002)

2002

Editora  
**Saraiva**

Azevedo, Antônio Junqueira de, 1939-  
Negócio jurídico : existência, validade e eficácia / Antônio Junqueira de Azevedo. — 4. ed. atual, de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). — São Paulo : Saraiva, 2002.

Bibliografia.

1. Atos jurídicos 2. Atos jurídicos - Jurisprudência - Brasil 3. Atos jurídicos - Leis e legislação - Brasil I. Título.

02-0684

CDU-347.13

índice para catálogo sistemático:

1. Negócios jurídicos : Direito civil 347.13

0262

Editora

**i Saraiva**

Avenida Marquês de São Vicente, 1697 — CEP 01139-904 — Barra Funda — São Paulo - SP  
Tel.: PABX (11) 3613-3000 — Fax: (11) 3611-3308 — Fone Vendas: (11) 3613-3344  
Fax Vendas: (11) 3611-3268 — Endereço Internet: <http://www.editorasaraiva.com.br>

Filiais

**AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE**

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro  
Fone/Fax: (92) 633-4227/633-4782  
Manaus

**BAHIA/SERGIPE**

Rua Agripino Dórea, 23 — Brotas  
Fone: (71) 381-5854/381-5895  
Fax: (71) 381-0959 — Salvador

**BAURÍ/SÃO PAULO**

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 — Centro  
Fone: (14) 234-5643 — Fax: (14) 234-7401  
Bauri

**CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO**

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarecanga  
Fone: (85) 238-2323/238-1384  
Fax: (85) 238-1331 — Fortaleza

**DISTRITO FEDERAL**

SIG QD 3 Bl. B - Loja 97 — Setor Industrial Gráfico  
Fone: (61) 344-2920/344-2951  
Fax: (61) 344-1709 — Brasília

**GOIAS/TOCANTINS**

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto  
Fone: (62) 225-2882/212-2806  
Fax: (62) 224-3016 — Goiânia

**MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO**

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro  
Fone: (67) 382-3682 — Fax: (67) 382-0112  
Campo Grande

**MINAS GERAIS**

Rua Padre Eustáquio, 2818 — Padre Eustáquio  
Fone: (31) 3412-7080 — Fax: (31) 3412-7085  
Belo Horizonte

**PARÁ/AMAPÁ**

Travessa Apinagés, 186 — Batista Campos  
Fone: (91) 222-9034/224-9038  
Fax: (91) 241-0499 — Belém

**PARANÁ/SANTA CATARINA**

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho  
Fone/Fax: (41) 332-4894  
Curitiba

**PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE**

Rua Corredor do Bispo, 185 — Boa Vista  
Fone: (81) 3421-4246  
Fax: (81) 342M510 — Recife

**RIBEIRÃO PRETO/SÃO PAULO**

Rua Padre Feijó, 373 — Vila Tibério  
Fone: (16) 610-5843

**RIO DE JANEIRO/ESPIRITO SANTO**

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel  
Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867/2577-9565  
Rio de Janeiro

**RIO GRANDE DO SUL**

Av. Ceará, 1360 — São Geraldo  
Fone: (51) 3343-1467/3343-7563  
Fax: (51) 3343-2986 — Porto Alegre

**SÃO PAULO**

Av. Marquês de São Vicente, 1697  
(antiga Av. dos Emissários) — Barra Funda  
Fone: PABX (11) 3613-3000 — São Paulo

## APRESENTAÇÃO DA 1ª EDIÇÃO

O presente trabalho baseia-se na idéia de que o exame do negócio jurídico deve ser feito em três planos: existência, validade e eficácia. Somente quando completa todo o ciclo de sua realização é que um negócio existe, vale e é eficaz. Há, porém, negócios que existem e não valem, ou que existem, valem e não são eficazes.

Essa idéia do exame do negócio em três planos não é propriamente nova. Pontes de Miranda, por exemplo, em toda a sua imensa obra, continuamente fala nos "três momentos" por que passa o negócio, e a doutrina, de modo geral, tanto brasileira quanto estrangeira, há muito tempo vem procurando distinguir, uns dos outros, os negócios inexistentes, os negócios inválidos (nulos ou anuláveis) e os negócios ineficazes. O que, porém, nos pareceu conveniente tentar, porque até hoje não foi feito, pelo menos de forma sistemática, é estudar a questão do *lado positivo*: existência, validade e eficácia, antes que inexistência, invalidade e ineficácia.

A possibilidade de se examinar o negócio jurídico, separadamente e de forma positiva, em cada um desses três planos não só esclarece a teoria das nulidades, que, ainda nos dias atuais, apesar de sua fundamental importância, é considerada obscura, como também abre perspectivas de solução para dois temas controvertidíssimos: o papel da vontade e o papel da causa no negócio jurídico.

O debate sobre a vontade (vontade interna), travado entre os partidários da teoria da vontade (*Willenstheorie*) e os da teoria da declaração (*Erklärungstheorie*), os primeiros defendendo a predominância da vontade sobre a declaração, e os segundos, a tese inversa, resolve-se da seguinte forma: a vontade não faz parte da *existência* do negócio, mas influi sobre sua *validade e eficácia* (sendo somente uma questão de grau saber até que ponto essa influência ocorre, ou deve ocorrer, num dado ordenamento jurídico).

## CAPÍTULO PRIMEIRO DEFINIÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

*Considerações gerais e plano do capítulo* — Boa parte das questões fundamentais sobre o negócio jurídico, como o papel da vontade na criação de efeitos jurídicos, as limitações à vontade, a influência da causa na validade ou na eficácia do negócio, depende, para sua solução, da idéia que dele se faça. Por isso, neste capítulo inicial, depois de corrermos os olhos, sem espírito polêmico, pelos dois grandes campos em que, hoje, na concepção do negócio jurídico, se biparte a doutrina, procuraremos conceituá-lo.

Evidentemente, nem tudo poderá ser dito no capítulo introdutório; reservamo-nos, pois, para expor melhor nosso pensamento durante o desenrolar dos capítulos seguintes, especialmente quanto aos pontos que dizem respeito à definição, durante o Capítulo Terceiro, quando, ao procedermos à análise dos elementos do negócio jurídico no plano da existência, examinaremos não só se a vontade e a causa são seus elementos constitutivos, como também em que consistem as *circunstâncias negociais*, que, a nosso ver, e adiantando o que diremos depois, constituem o verdadeiro elemento definidor do negócio.

A doutrina atual, ao definir o negócio, adota geralmente uma posição que, ou se prende à sua *gênese*, ou à sua *função*; assim, ora o define como *ato de vontade* que visa produzir efeitos, com o que atende principalmente à formação do ato, à vontade que lhe dá origem (autonomia da vontade), ora o define como um *preceito* (dito até mesmo "norma jurídica concreta") que tira a sua validade da norma abstrata imediatamente superior, dentro de uma concepção escalonada de normas jurídicas supra e infra-ordenadas, com o que

atende, principalmente, ao caráter juridicamente vinculante de seus efeitos (auto-regramento da vontade)<sup>1</sup>.

As próprias expressões *autonomia da vontade* e *auto-regramento da vontade*, apesar de aparentemente sinônimas, dão o sentido de ambas as concepções: a primeira, ligada ao momento inicial, à liberdade ("autonomia") para praticar o ato, e a segunda, ao momento final, aos efeitos ("regras") que do ato resultam.

Ainda que as duas posições se apresentem como pretendendo revelar a estrutura do negócio, parece-nos que, pela acentuada preponderância, ou da gênese, ou da função, ambas acabam deixando escapar justamente o que pretendiam revelar, ou seja, a *estrutura*.

Neste capítulo, portanto, faremos um rápido apanhado das definições formuladas pela gênese, ou "voluntaristas" (§ 1<sup>2</sup>), e das definições pela função, ou "objetivas" (§ 2<sup>2</sup>), acompanhadas das respectivas críticas, após o que daremos nossa definição do negócio jurídico, que é essencialmente estrutural (§ 3<sup>2</sup>)<sup>2</sup>.

---

1. Como diz Orlando Gomes (*Introdução ao direito civil*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971, p. 249), as concepções sobre o negócio jurídico estão divididas em duas correntes principais: a "voluntarista" e a "objetiva". No mesmo sentido é a opinião de Scognamiglio (*Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, Jovene, 1950), que trata das teorias voluntaristas no n. I e das teorias objetivas no n. II do capítulo "Crítica das principais concepções do negócio jurídico". Leiam-se suas palavras (p. 34): "Altre due teorie si delineano, relativamente al problema del rapporto tra il negozio e i suoi effetti, anche questo intimamente connesso con la questione della definizione della figura: l'una, di gran lunga dominante, che ravvisa nel negozio soltanto una fattispecie giuridica, l'altra, sostenuta da pochi, ma valenti scrittori, che lo identifica addirittura con la norma o fonte del diritto".

2. Nossa posição, portanto, de início, diverge da de Scognamiglio (*Contributo*, cit., p. 27), porque, conscientemente, nos propomos a revelar a *estrutura* do negócio jurídico. A nosso ver, o negócio jurídico tem gênese e função, mas é essencialmente uma estrutura (é uma estrutura, que tem gênese e função). Scognamiglio, porém, procurando salientar o aspecto dinâmico (especialmente funcional) do negócio jurídico, tal e qual resulta das normas jurídicas, opta por uma visão mais "dinâmica" (mas, no nosso entendimento, menos jurídica). São suas palavras, à p. 27:

"Restano così fermi due punti: dalle norme considerate si potrà ricavare, più che una nozione strutturale del negozio, come fattispecie, un concetto che esprima la sua specifica rilevanza; e, ancora, tale rilevanza si esplica sul piano dinamico, corrisponde alla forza operativa della figura. Dunque, adoperando esattamente il materiale normativo a disposizione si otterrà una raffigurazione del negozio, rispondente proprio alla realtà giuridica, che tenga conto altresì della sua peculiare

essenza dinamica. Può affermarsi perciò, fin da ora, che la soluzione della questione proposta — e al contempo l'esatta definizione del negozio — si realizzano solo attraverso un concetto inteso a rendere immediatamente la essenza dinamica della figura. Il che non toglie, beninteso, che il negozio, poichè riceve dalle norme la sua rilevanza giuridica, costituisca sempre una fattispecie — nel senso lato di fatto rilevante per il diritto — contrapposta, come tale, alla norma che del diritto è fonte".

## § 1<sup>2</sup>

### *Definições pela gênese, ou voluntaristas. Crítica*

As definições do negócio jurídico, como ato de vontade, são as mais antigas na ordem histórica e talvez se possa dizer que, até hoje, mesmo na doutrina estrangeira, são elas ainda as mais comuns. Fala-se, então, para conceituar o negócio jurídico, em manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, ou em ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico, ou, ainda, em declaração de vontade (adotada, porém, esta última expressão em sentido pouco preciso, através do qual não se a distingue de manifestação de vontade).

As definições voluntaristas são indubitavelmente dominantes na doutrina brasileira, na qual, aliás, com poucas exceções, nem sequer se cogita da concepção oposta; correspondem elas, *grosso modo*, à definição que o art. 81 no Código Civil brasileiro dá ao "ato jurídico"<sup>3</sup>. Deixando de lado as obras mais antigas, quando a concepção em pauta era a única existente<sup>4</sup>, basta, para confirmar o estado atual

3. Código Civil, art. 81: "Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico".

O novo Código Civil adotou a categoria "negócio jurídico", distinguindo-a do que denominou "atos jurídicos lícitos"; assumiu, pois, posição dicotômica na classificação dos atos humanos. Não definiu, porém, os dois tipos de atos.

4. Veja-se, por exemplo, Teixeira de Freitas, em comentário ao art. 437 do *Esboço* (Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1952, p. 235): "Os atos jurídicos são declaração de vontade, têm por fim imediato criar, modificar, ou extinguir direitos, porque nesse sentido se exprime a vontade dos agentes".

Também José Augusto César (*Ensaio sobre os atos jurídicos*, Campinas, Tip, Casa Genoud, 1913, p. 29-31), com base em Savigny: "*Atos ou negócios jurídicos*

da doutrina brasileira, examinarmos as definições dadas ao negócio jurídico (muitas vezes ainda chamado de ato jurídico) em alguns dos livros mais difundidos para o estudo do direito civil nas faculdades de direito do País. "O ato jurídico deve ser conforme a vontade do agente e as normas de direito; é toda manifestação da vontade individual, a que a lei atribui o efeito de movimentar as relações jurídicas"<sup>5</sup>. "Ato jurídico, portanto, é a manifestação lícita de vontade, tendo por fim imediato produzir um efeito jurídico"<sup>6</sup>. "A característica primordial do ato jurídico é ser um ato de vontade"<sup>7</sup>. "O ato jurídico é fundamentalmente um ato de vontade visando a um fim"\* etc.<sup>9</sup>.

são, pois, as declarações de vontade simples ou ligadas a outros fatos, as quais se destinam a constituir, modificar ou extinguir as relações de direito.

Uma notificação promovida pela parte, uma oferta de pagamento são negócios jurídicos. Não importa que todos os efeitos desses atos sejam estabelecidos pela lei, porquanto o que põe em movimento a disposição legal, o que determina a aplicação da norma é um ato da vontade do interessado. Ao inverso, a aquisição da propriedade mediante usucapião não constitui um negócio jurídico, pois não deriva de uma declaração de vontade.

A teoria do ato jurídico é criação moderna. Alguns autores recentes têm negado a utilidade e mesmo a possibilidade de uma condensação sistemática de regras comuns a todas as espécies de negócios jurídicos, entre os quais há, dizem eles, diversidades fundamentais. Este modo de ver é infundado. Se todos os negócios jurídicos são declarações de vontade, não podem deixar de existir entre eles afinidades profundas. Estas se traduzem em princípios gerais sobre a capacidade de agir, a vontade e sua declaração, as nulidades etc. O Cód. Civ. alemão consagrou às declarações de vontade as disposições do tit. 2, arts. 116-144 da Parte Geral. O Cód. chileno regula o assunto na parte relativa às obrigações — arts. 1445-1469".

5. Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, 4. ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1931, v. 1, p. 318-20, art. 81.

6. João Franzen de Lima, *Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral*, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1960, p. 279.

7. Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*; parte geral, 5. ed. rev. e aum., São Paulo, Saraiva, 1966, v. 1, p. 183.

8. Silvio Rodrigues, *Direito civil*; parte geral, 5. ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 1974, v. 1, p. 145.

9. Orlando Gomes (*Introdução*, cit., p. 249) cita as duas concepções, e Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*; introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil, 3. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 1971, v. 1, p. 283), com base em Enneccerus, dá definição que se atem mais, como queremos, à estrutura do negócio que propriamente à sua gênese: "(negócio jurídico) é *wcapres-*

Considerando que o presente trabalho visa expor o negócio jurídico nos três planos em que ele se projeta — existência, validade e eficácia —, não nos estenderemos sobre a evolução da concepção voluntarista, nem muito menos sobre os vários matizes com que cada autor a apresenta<sup>10</sup>. Não discutiremos, sequer, a debatida questão entre os seus partidários, consistente em saber se a vontade visa obter efeitos *jurídicos* ou efeitos *práticos*“, por-

---

*suposto de fato*, querido ou posto em jogo pela vontade, e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido”. Observamos, porém, que Enneccerus (*Derecho civil*, parte general, rev. por Hans Carl Nipperdey, trad. de la 39ª ed. por Blas Pérez Gonzalez y José Alquer, in Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martin Wolff, *Tratado de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1950, v. 2, t. 1, p. 55, § 136) não fala propriamente em “efeitos perseguidos” ou efeitos queridos, mas sim em efeitos *qualificados* como queridos (grifos do autor à nota 2, p. 56), o que coincide, embora timidamente, com nossa idéia de que mais importante do que o negócio *ser* um ato de vontade é o fato de ele *ser visto socialmente* como um ato de vontade.

10. Veja-se, a respeito, para a doutrina alemã e italiana, Scognamiglio, *Contributo*, cit., p. 35. Também Castro y Bravo (*El negocio jurídico*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967, p. 56).

11. Diz, por exemplo, entre os primeiros, Windscheid (*Diritto delle pandette*, trad. Cario Fadda e Paolo Emilio Bensa, Torino, UTET, 1902, v. 1, parte 1, p. 264): “Negozio giuridico è una dichiarazione privata de volontà, che mira a produrre un effetto giuridico. Il negozio giuridico mira a produrre un *EFFETTO* giuridico. Lo scopo ultimo dei negozio giuridico è sempre la nascita l'estinzione, la modificazione di un diritto (o di un complesso di diritti). Ma non occorre, che il negozio giuridico miri immediatamente a creare ecc. un diritto. Il negozio giuridico *MIRA* a produrre un effetto giuridico. Che l'effetto giuridico voluto sia dal negozio giuridico realmente prodotto, e sia prodotto súbito, non appartiene al concetto dei negozio giuridico”. Vittorio Scialoja (*Negozi giuridici*, 5. reimpr., Roma, Foro Italiano, 1950, p. 29) define o negócio jurídico com as mesmas palavras de Windscheid. Cf. também Stolfi (*Teoria dei negozio giuridico*, Padova, CEDAM, 1947, p. 5). Veja-se, ainda, Von Tuhr (*Tratado de las obligaciones*, trad. W. Roces, Madrid, Ed. Réus, 1934, t. 1, p. 110): “... todos los negocios jurídicos han de encerrar necesariamente la voluntad decidida de producir efectos de derecho, tienen por fuerza que estar animados de una *intención jurídica*. Una manifestación de voluntad que no se erija sobre esta base no transciende al mundo dei Derecho”.

Entre os últimos, diz Cariota Ferrara (*Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, [Napoli], Morano, s. d., p. 54): “Tra gli atti giuridici hanno particolare natura e valore i negozi giuridici. Questi sono manifestazioni de volontà dirette ad un fine pratico tutelato dall'ordinamento giuridico”.

Para a exposição e crítica de ambas essas posições, veja-se Matteo Ferrante, *Negozio giuridico: concetto*, Milano, Giuffrè, 1950, caps. I e II, parte I.

que, na verdade, em qualquer dos dois casos, parte-se da vontade particular. Discutir esta questão significaria aceitar o pressuposto básico da concepção voluntarista, ou seja, de que é a *vontade dos efeitos* (jurídicos ou práticos) que caracteriza o negócio jurídico<sup>12</sup>.

Passaremos, pois, imediatamente à crítica da concepção voluntarista; ora, aí, do ponto de vista da lógica, em primeiro lugar, suas definições são imperfeitas, na medida em que ora abrangem mais que o definido e ora deixam de abranger todo o definido. Realmente, basta, quanto ao primeiro caso, pensar nas hipóteses teóricas de *atos lícitos não negociais realizados por alguém que deseja exatamente os efeitos que a lei prevê*; nesse caso, estaremos diante de um ato de vontade lícito que visa produzir efeitos, sem que estejamos diante de negócio jurídico. Nem há que se cogitar, aí, se os efeitos visados são jurídicos ou práticos. Por exemplo: o caçador, que, conhecendo o direito positivo, no momento mesmo de atingir a caça, pensa simultaneamente em fazer atuar o art. 595 do Código Civil<sup>12A</sup> e em se tornar proprietário do animal, atirando com essa dupla intenção, e nisso, portanto, deseja ao mesmo tempo, com toda clareza, os efeitos jurídicos e os efeitos práticos do ato a realizar, nem por isso realiza um negócio jurídico. Quanto ao segundo caso, de não abranger a definição todo o definido, lembramos a hipótese de *conversão substancial*, na qual, por definição, o negócio, que dela resulta, não era o desejado pelas partes, ou seja, na conversão substancial, se o negócio efetivamente realizado for ineficaz (no sentido amplo desta palavra), mas contiver os pressupostos para que seja eficaz como

---

12. Ferrante (*Negozio giuridico*, cit., p. 50): “La ragione per la quale nessuna delle due indagini sulla essenza dei negozio giuridico è riuscita a darei un concetto scientifico dello stesso è, indubbiamente, da ricercare nella considerazione che ambedue sono partite dallo studio dei particolare, cioè dall'analisi dei processo psicologico della volontà individuale, di cui la prima tesi ha messo in evidenza l'impulso a procurarei effetti giuridici; la seconda, invece, l'impulso a procurarei effetti economici”.

12-A. O texto do art. 595 do Código Civil prescreve: “Pertence ao caçador o animal por ele apreendido. Se o caçador for no encalço do animal e o tiver ferido, este lhe pertencerá, embora outrem o tenha apreendido”. No novo Código Civil, não há dispositivo específico sobre a aquisição de animais pela caça; há somente um dispositivo genérico que disciplina a ocupação, o art. 1.263, que determina: “Quem se assenhorear de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei”.

outro negócio, não previsto, nem desejado, e se houver razões para se presumir que as partes, se por acaso soubessem da ineficácia do negócio realizado, desejariam este outro, converte-se nele o negócio realizado. Ora, o negócio resultante da conversão não foi previsto nem querido (essa situação é um pressuposto da conversão) e, ainda assim, ele é um negócio jurídico<sup>13</sup>. Mesmo que se argumente com o fato de os efeitos do negócio, resultante da conversão, serem semelhantes aos do negócio ineficaz, a verdade é que não são eles idênticos; do contrário, como é evidente, não teria havido conversão, mas apenas mudança de *nomen juris*, por onde se vê que também nessa hipótese, e pelo defeito inverso, peca a definição do negócio jurídico feita através da vontade de produção dos efeitos<sup>14</sup>.

Muito mais grave que esses defeitos lógicos é, porém, a própria perspectiva, através da qual a concepção tradicional examina o negó-

13. Leia-se as seguintes palavras de Saleilles (*De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Paris, LGDJ, 1929, p. 314), ao comentar o § 140 do BGB (primeiro código moderno a agasalhar a conversão):

"Dans ce cas il eût été vraidedire que cet acte nouveau n'apas été Vobjet, ni de la volonté, ni même des prévisions, des parties (grifos nossos); et que le juge, en le substituant au premier, ne peut pas prétendre présumer ce que les parties peuvent avoir voulu, mais ce qu'elles auraient, sans doute, voulu, si elles eussent prévu la nullité. Il semble bien que cette substitution eût dépassé alors les pouvoirs d'interprétation du juge, en tant qu'on voudrait les limiter à une recherche de volonté réelle. Or, c'est, précisément, pour écarter cette méthode étroite d'interprétation, que le Code Civil a tenu à formuler sur ce point une disposition qui, s'il n'y avait eu le risque de se heurter à une opposition d'école, eût été parfaitement inutile, mais qui devient, précisément à cause de cela, d'une importance doctrinale considérable".

É verdade que o pensamento de Saleilles prende-se mais à divergência entre teoria da vontade e teoria da declaração que, propriamente, a uma crítica geral das concepções voluntaristas. Ademais, salienta ele adiante (*De la déclaration*, cit., p. 315) que a possibilidade de conversão demonstra que "il faut s'attacher en matière d'interprétation des actes prives, moins au *but juridique*, qui n'est qu'une forme et un moyen de technique spéciale, qu'au *but économique* poursuivi".

14. Além das hipóteses de conversão, são inúmeros os casos de negócio, sem que haja, em diversos graus, vontade. Por exemplo, os atos sob hipnose, coação absoluta, erro obstativo, reserva mental etc. A alegação de que muitos deles são negócios nulos não destrói a objeção lógica quanto à definição, já que um negócio mesmo nulo é ainda negócio jurídico. Veja-se também *infra* nota 195, sobre o silêncio como declaração de vontade (Capítulo Terceiro, § 2<sup>o</sup>, Título II).

cio jurídico. Trata-se de *perspectiva psicológica*, fundada no dogma de vontade, contra o qual se exerceu a incisiva crítica de Betti, em toda sua obra sobre o negócio jurídico e, ainda, no verbete "negozio giuridico" do *Novissimo Digesto Italiano*<sup>15</sup>. Todavia, por ora, não desenvolveremos esse ponto e limitar-nos-emos a essas breves considerações, uma vez que, mais adiante<sup>16</sup>, ao examinarmos o exato papel da vontade no negócio jurídico, procuraremos demonstrar que a vontade não é elemento necessário para a existência do negócio (plano da existência), tendo relevância somente para a sua validade e eficácia; segue-se daí que, não fazendo ela parte da existência do negócio, muito menos poderá ser elemento definidor ou caracterizador do negócio.

15. Para uma exposição sucinta das teses de Betti (*Teoria generale dei negozio giuridico*, 3. ed., in Filippo Vassalli (dir.), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, UTET, 1960, v. 15, t. 2), veja-se a ótima resenha feita por Cariota Ferrara (*Il negozio giuridico*, cit., p. 76 e s. e 95 e s.). A crítica à crítica de Betti, que, em seguida, esse autor faz não consegue, mesmo se socorrendo dos princípios da "responsabilità (autoresponsabilità) ed affidamento", restaurar a concepção voluntarista. Por outro lado, porém, isso não quer dizer que, na parte construtiva, devam ser aceitas as teses "objetivas", ou preceptivas; o que nos parece realmente irresponsável é, pois, a parte destrutiva (do dogma de vontade), na obra de Betti. Falando, por exemplo, do que chama de dupla exigência no tratamento do negócio jurídico: necessidade de reconhecimento social e necessidade de "despsicologização", diz Betti (*Negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, [Torino], UTET, s. d., v. 11): "Per rendersi conto della duplice, indefettibile esigenza, basta riflettere che, compiendo il negozio, l'autore non si limita a dichiarare che vuole alcunchè, ma dichiara ed opera senz'altro la cosa che vuole; e questa consiste in un assetto d'interessi propri in rapporto con altri, *che il privato deve non tanto volere quanto disporre o sia attuare obiettivamente* (grifos nossos). Non si nega, come fatto normale, che il privato dichiari o faccia qualcosa di voluto; *si nega soltanto che la volontà si trovi, nel negozio, in primo piano* (grifos nossos). La ragione comune della duplice esigenza sta in un fenomeno di tutta evidenza, che purtroppo viene spesso dimenticato: ed è che oggetto d'interpretazione e di valutazione nel mondo sociale non può essere un mero fatto psicologico interno, ma solo un dato oggettivo riconoscibile nell'ambiente e nella vita di relazione, attraverso forme di contegno. Il che vale in special modo per le svariate configurazioni dell'autonomia privata: negozio, contratto, testamento, atto di destinazione, statuti di società, di cooperative di consorzi, di fundazioni, dichiarazioni alla generalità (condizioni generali di contratto, moduli di contratti tipo, in quanto proposte contrattuali promesse al pubblico ecc). Rilevante socialmente e legalmente non è il mero fatto psicologico interno, come stato d'animo che sia dimostrabile all'infuori della sua enunciazione o riconoscibilità".

16. *Infra* "Vontade e declaração da vontade" (Título I do § 1<sup>o</sup> do Capítulo Terceiro).

## §2<sup>2</sup> Definições pela função ou objetivas. Crítica

Segundo Scognamiglio<sup>17</sup>, as primeiras concepções do negócio jurídico que se afastaram da visão voluntarista e que, portanto, o encararam de forma mais objetiva foram as de Brinz e Thon; ambos viram, no negócio, antes um meio concedido pelo ordenamento jurídico para produção de efeitos jurídicos que propriamente um ato de vontade. Posteriormente, o ataque às concepções tradicionais agravou-se com o debate entre a teoria da vontade (*Willenstheorie*) e a teoria da declaração (*Erklärungstheorie*); embora tal assunto, nesta obra, seja desenvolvido mais adiante, porque diz respeito diretamente a qual papel atribuir à vontade no negócio jurídico, não podemos deixar de apontar, desde agora, que os partidários da teoria da declaração, mesmo admitindo que, nas situações normais, o negócio jurídico corresponde à vontade, ao defenderem, por uma proteção ao comércio jurídico, a predominância da declaração objetiva sobre a vontade subjetiva, em caso de divergência entre ambas, abriram larga brecha para que o negócio jurídico deixasse de ser visto como um ato de vontade<sup>18</sup>.

17. Scognamiglio, *Contributo*, cit., p. 66.

18. Castro y Bravo (*El negocio jurídico*, cit., p. 15) atribui à "comercialização" do direito as concepções da segunda geração de pandectistas, que sustentaram, por causa da segurança do comércio jurídico, a teoria da declaração. Segundo seu ponto de vista, as concepções 'preceptivas', que vieram depois, teriam ido ainda mais longe na 'mercantilização' do direito privado.

De fato, embora se possa ver a teoria da declaração como uma fase para se chegar às concepções objetivas, convém insistir, porém, em que os partidários da teoria da declaração não se afastaram demasiado da concepção voluntarista tradicio-

Concepção, porém, realmente oposta à referida no § 1<sup>o</sup> é a que Scognamiglio denomina "teoria preceptiva"; enumera o mesmo autor, entre os seguidores dessa teoria, Bulow, Henle e Larenz, na Alemanha, e, na Itália, Betti<sup>19</sup>. Para os partidários dessa teoria, o negó-

nal, como a princípio poderia parecer. Basta pensar que a divergência entre eles e a corrente adversária (teoria da vontade) se colocou como: "qual a vontade que deve prevalecer, a vontade interna ou a vontade declarada?", para se perceber que o ângulo é ainda voluntarista. O debate entre as duas teorias muitas vezes foi mesmo posto como: "qual a vontade que deve prevalecer, a vontade de conteúdo ou a vontade de declarar!" (veja-se Scialoja, *Negozi giuridici*, cit., p. 29).

19. A nosso ver, a posição de Betti oferece matizes que podem afastá-lo de uma concepção "preceptiva" pura; ademais, há algumas mudanças, pelo menos de terminologia, entre a *Teoria generale dei negozio giuridico* e o verbete "Negozio giuridico" que escreveu para o *Novissimo Digesto Italiano*. Assim, na primeira obra, diz Betti (*Teoria*, cit., p. 70), textualmente:

"Per tutte queste ragioni, che si compendiano in una elementare esigenza di sincerità costruttiva, noi eviteremo accuratamente nella nostra trattazione la qualifica dei negozio come 'dichiarazione di volontà' qualifica dottrinarina, che per fortuna non è penetrata nella pratica nè nel linguaggio legislativo — e parleremo sempre di 'dichiarazione' senz'altra aggiunta, restando inteso che trattasi di dichiarazione preceptiva, regolatrice di rapporti privati".

Ora, Scognamiglio censurou, aos seguidores da teoria preceptiva, a manutenção da expressão "declaração", com a substituição da referência à vontade por outra (*declaração com conteúdo preceptivo*); ou, segundo suas palavras (*Contributo*, cit., p. 74):

"Si osserva, a questo propósito, che tale nozione consente un distacco solo parziale dalla dichiarazione di volontà, dando luogo, riguardo ai punti nei quali ad essa deve ricondursi, a ulteriori e più gravi difficoltà. Così, parlandosi di dichiarazione o comportamento, si fa pur sempre riferimento all'azione in senso psico-fisico, naturalistico, postulandosi, e Io si ammette dei resto *ex adverso*, come concettualmente necessaria, la volontà dell'atto. E, ancora, concepito il negozio come dichiarazione con contenuto preceptivo, non si supera in effetti la c.d. *Offenbarungstheorie*, ma solo si sostituisce ai dualismo tradizionale tra dichiarazione e volontà, quello più oscuro, ma innegabile, tra dichiarazione e precepto. Chè, anzi, non può negarsi una certa fondatezza ai rilievo corrente come si è detto, nella dottrina tedesca secondo il quale il precepto costituisce próprio la forma più intensa dei volere. In definitiva, la teoria criticata non fa secondo le osservazione fin qui mosse — che porre in luogo della formula chiara e sintética di dichiarazione di volontà, indicativa ad un tempo della volontarietà del fatto e dei suo peculiare contenuto, l'altra di '*gewollte Sollenserklärung*' o precepto voluto, che appare, già a prima vista, involuta ed oscura, costituendo, sotto questo riguardo, un regresso della scienza". Já no citado verbete do *Novissimo Digesto Italiano*, Betti preferiu referir-se à "assetto d'interesse", atuado objetivamente, que propriamente à "declaração com conteúdo preceptivo". De qualquer forma, é inegável a declarada oposição de Betti ao dogma da vontade.

cio jurídico constitui um comando concreto ao qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante. Kelsen<sup>20</sup>, discorrendo sobre o negócio jurídico, coloca como primeiro subtítulo do tema "o negócio jurídico como fato criador de Direito", onde já se percebe a atenção voltada antes aos efeitos (função), que à vontade (gênese); em seguida, diz: "Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos, que lhe estão subordinados, o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de *normas criadas pela via jurídico-negocial*. Essas normas jurídico-negocialmente criadas, que não estatuem sanções, mas uma conduta cuja conduta oposta é o pressuposto da sanção que as normas jurídicas gerais estatuem, não são normas jurídicas autônomas. Elas apenas são normas jurídicas em combinação com as normas gerais que estatuem as sanções"<sup>21</sup>.

Ora, a perspectiva do negócio assim concebido muda inteiramente; todavia, nem por isso essa caracterização nos parece melhor que a anterior. Parece-nos, pelo contrário, que as concepções ditas objetivas do negócio pecam pelo mesmo unilateralismo das concepções subjetivas. A transformação do negócio em norma jurídica concreta é *artificial*, na medida em que a expressão *norma jurídica* implica sempre *um jubere* que o negócio jurídico não possui. Esse o seu principal defeito<sup>22</sup>. O próprio Betti, dado como partidário da teo-

20. Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, trad. João Baptista Machado, 2. ed., Coimbra, Armênio Amado, 1962. v. 2, p. 123 e s.

21. Guggenheim (*U invalidité des actes juridiques: en droit suisse et compare*, Paris, Pichon & Auzias, 1970, p. 66), por exemplo, adota concepção preceptiva para definir o negócio jurídico válido: "Au terme de cette breve recherche, il est possible de conclure qu'un acte juridique valable consiste en une déclaration de volonté d'une ou de plusieurs personnes à laquelle l'ordre juridique *impute* l'effet juridique designe comme voulu par la ou les parties à l'acte, si cet acte est conforme aux conditions posées pour sa validité par la norme hiérarchiquement supérieure. L'effet juridique impute à l'acte aboutira soit à une norme soit à une modification directe d'un rapport de droit".

22. A idéia de "norma jurídica concreta" pode ser aceita, mas acreditamos que, como tal, somente se pode entender a sentença judicial, ou outro ato equivalente, no qual o agente se coloca *super partes*, nunca o negócio jurídico, que é *inter partes*.

ria preceptiva, reconhece as diferenças entre norma jurídica e negócio, ao dizer expressamente que o conteúdo do negócio é "elevado a preceito jurídico" por um processo de recepção do ordenamento, mas que esse conteúdo, por si só, não é preceito jurídico. Procedem, nesse passo, pois, as críticas que Cariota Ferrara faz a essa maneira de ver, *in verbis*<sup>23</sup>: "A nós parece que, do negócio, podem surgir somente *relações jurídicas*, e não *preceitos*, e que, se surgem uns, não podem surgir outros, e vice-versa. Uma idéia fundamental da qual *ex adverso* se iniciam as críticas deve ser meditada: a ordem jurídica reconhece a autonomia privada, não como fonte de normas jurídicas, mas como fonte criadora de relações jurídicas. Até aqui pode-se estar de acordo e se pode repetir que se pode admitir, sem mais, a ilação de que em tal sentido o negócio é considerado como ato de autonomia com o qual o particular regula os próprios interesses nas relações com outrem: de fato, o assim chamado regulamento teria lugar por meio de *relações jurídicas*. Mas como se concilia isso com a natureza preceptiva do negócio? Como se pode passar da idéia de que o regulamento de interesses tem lugar por meio de *relações jurídicas*, ou, como também se diz, por meio de situações aptas a criar *vínculos* entre os próprios interessados, com a idéia de que o negócio tem essência preceptiva? A resposta a tais questões não pode, certamente, obter-se do fenômeno da recepção antes referido, porque já se está no terreno da ordem jurídica quando se considera que dela é que surgem as relações jurídicas". E, mais adiante, continua o mesmo autor: "Um preceito, que tenha imediata eficácia constitutiva, isto é, que produz diretamente os efeitos... não é preceito, não é norma; pelo contrário, uma relação jurídica não pode ter valor normativo, porque já é efeito de uma norma. 'Norma, preceito' e 'relação jurídica' são termos não equivalentes e não são conceitos que especificam um ao outro; a relação jurídica não é nunca normativa"<sup>24</sup>.

Por outro lado, além desse defeito fundamental, o unilateralismo das definições pela função, ou preceptivas, acaba acarretando os

23. Cariota Ferrara, // *negozio jurídico*, cit., p. 104 (tradução nossa).

24. Veja-se também Scognamiglio, *Contributo*, cit., p. 71 e s. e 76. Castro y Bravo (*El negocio jurídico*, cit., p. 31) é outro autor recente a não admitir que o negócio jurídico seja fonte de direito objetivo.

mesmos defeitos lógicos das definições pela gênese, ou voluntaristas. Ficam, por exemplo, fora das definições preceptivas, que, assim, não abrangem todo o definido, os negócios nulos; de fato, em virtude de sua situação irregular, é preciso cortar sua ligação com a norma superior, isto é, no encadeamento de normas superiores e inferiores, deve ser feita, aqui, uma ruptura, para que o que seria o último elo normativo não venha prender-se a toda a cadeia; segue-se daí que, para se manter a coerência, os negócios nulos (ou os anuláveis, anulados) somente podem ser vistos como não-normas, ou não-negócios. Ora, nessa situação, o negócio nulo somente há de ser visto como simples fato; ele é, se pudermos dizer assim, despido de suas vestes como negócio jurídico, para, desclassificado, jazer, no mundo jurídico, como fato jurídico de outra espécie. Isso, porém, contradiz todo o sistema atual, no qual o negócio nulo, ainda que sem os requisitos de validade (e tirando daí sua nulidade), continua a ser visto e classificado como negócio, seja na doutrina, seja na jurisprudência.

Terminando, pois, este § 2<sup>a</sup>, podemos concluir que as duas concepções do negócio são insuficientes<sup>25</sup>; impõe-se a adoção de uma terceira concepção, que, aproveitando o material já fornecido pelas outras duas, favoreça uma visão completa do negócio jurídico. Esse ideal, a nosso ver, somente pode ser obtido se nos fixarmos na sua estrutura, entendida essa palavra em seu significado comum, de composição, isto é, se nos fixarmos propriamente no que estrutura, ou compõe, o negócio.

---

25. Além das duas concepções fundamentais citadas no texto, há outras, cumprindo lembrar a de Carnelutti (*Teoria generale dei diritto*, 3. ed. ampl., Roma, Foro Italiano, 1951, p. 220), que define o negócio jurídico como "exercício de um direito subjetivo", no que, porém, ao que parece, não foi seguido por ninguém (veja-se Scognamiglio, *Contributo*, cit., p. 162). Sua concepção, de resto, procura colocar-se numa perspectiva conscientemente funcional do negócio. A definição que Scognamiglio dá ao negócio é: "atto d'autoregolamento dei privati interessi, come tale giuridicamente rilevante o, senz'altro, atto di autoregolamento dei privati interessi, intendendosi che si ha riguardo alia realtà giuridica" (*Contributo*, cit., p. 138).

### §3<sup>2</sup>

#### *Definição do negócio jurídico. Definição pela estrutura*

Embora as definições genéticas e funcionais muito revelem sobre o negócio jurídico, esclarecendo qual o seu sentido e sua significação como fenômeno que se produz no campo do direito, acreditamos que sua definição deva ser formulada de um ponto de vista estritamente estrutural<sup>26</sup>. Não se procurará mais saber como o negócio surge, nem como ele atua, mas sim, simplesmente, o que ele é. Não mais — exagerando as implicações — a vontade, a psique e a psi-

---

26. Stolfi (*Teoria*, cit., p. 1), considera "original" a definição de Betti ("atto di autonomia privata, cui il diritto ricollega la nascita, la modificazione o l'estinzione di rapporti giuridici fra singolo"), mas acrescenta: "Non la direi però esatta in linea lógica: il richiama alia funzione dei negozio non serve a nulla quando si deve definirlo, perchi in tal caso la qualificazione che gli si dia dipende non dalla funzione ma dalla struttura di esso" (grifos nossos).

Santoro Passarelli (*Dottrine generali dei diritto civile*, 9. ed., Napoli, Jovene, 1966, p. 125), ao iniciar o parágrafo em que trata do negócio jurídico, também se propõe a dar os caracteres *estruturais*, além *dos funcionais*, do negócio jurídico. São suas palavras: "Una sommaria analisi di questa nozione ei consentirà di stabilire fin d'ora i caratteri *struturali e funzionali* dei negozio giuridico. Sotto il primo aspetto va anzitutto rilevato che il negozio è un *atto e*, come tale, appartiene alia categoria dei fatti giuridici. Ciò vale a stabilire che anche qui, per la produzione di effetti giuridici, è necessaria un'*attività*, un'azione materiale: non basta uno stato d'animo o psicologico, in particolare il cosiddetto interno volere. Questo deve tradursi in azione". Em seguida, porém, este autor, a pretexto de continuar a falar sobre a estrutura do negócio, cai, claramente, numa *análise genética* do negócio. Eis o que diz: "La *volontà è pero determinante* degli effetti: e qui stà la característica própria dei negozio. Non solo l'azione è voluta come negli atti giuridici in senso stretto, ma l'azione è espressione di una volontà diretta a uno scopo e come tale è giuridicamente rilevante. Il negozio consta, pertanto, di questi due elementi: Funo esterno, che è Fatto, e Faltro interno, che è la volontà".

cologia, nem o auto-regramento, a sociedade e a sociologia, mas sim a declaração de vontade, o fato jurídico e a ciência do direito.

O negócio jurídico, estruturalmente, pode ser definido ou como categoria, isto é, como fato jurídico abstrato, ou como fato, isto é, como fato jurídico concreto.

Como categoria, ele é a hipótese de fato jurídico (às vezes dita "suporte fático"), que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (*as circunstâncias negociais*) que fazem com que *socialmente* essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos; 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.

*In concreto*, 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.

Visto através do próprio ângulo do direito, estática, ou formalmente, se quiserem, o negócio, *in abstrato* ou *in concreto*, coloca-se portanto, antes de mais nada, debaixo da rubrica mais ampla do fato jurídico.

Como categoria, por sua previsão normativa tomar em consideração a existência de um fato, que é visto socialmente como *ato de vontade* (já que ele é declaração de vontade), o negócio jurídico distingue-se claramente, em primeiro lugar, dos fatos jurídicos em sentido estrito. Não se trata, aqui, de verificar quais os fatos que *in concreto* são, ou não, atos de vontade, mas sim verificar se, *pela estrutura normativa*, se toma, ou não, em consideração a existência do que

socialmente se vê como ato ou manifestação de vontade. Determinados fatos que, *na realidade*, são atos voluntários poderão entrar no inundo jurídico como fatos em sentido estrito, por a norma jurídica não levar em conta, na sua composição, nem o elemento "declaração de vontade", nem sequer a simples manifestação de vontade; por exemplo, a morte, para efeitos sucessórios, é fato involuntário (fato jurídico em sentido estrito), quer se esteja diante de morte natural, quer de morte provocada por terceiros, quer, finalmente, se trate de suicídio e, portanto, neste último caso, ela tenha sido, na realidade, ato de vontade<sup>27</sup>.

Ainda como categoria, o negócio jurídico, em segundo lugar, não é um simples fato, no qual a norma jurídica leva em consideração a existência de vontade (um ato); ele é mais do que isso; ele é uma *declaração de vontade*, isto é, uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias, *as circunstâncias negociais*, que fazem com que ela seja vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos<sup>28</sup>. 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<sup>29</sup>, na abertura de seus comentários aos §§ 116 a 144 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

27. No mesmo sentido, Santoro Passarelli (*Dottrine generali*, cit., p. 106). Também Betti (*Teoria*, cit., p. 8), que classifica os fatos jurídicos segundo dois critérios diversos: a) segundo sua natureza objetiva; e b) segundo o ordenamento jurídico considera e dê valor ao que na realidade se passa, especialmente ao comportamento humano. A classificação dos fatos jurídicos, em fatos em sentido restrito e em atos jurídicos, se faz pelo segundo critério. Em contrário: Cariota Ferrara (*Il negozio giuridico*, cit., p. 110).

28. Veja-se, *infra*, "Circunstâncias negociais" (Título I do § 2º do Capítulo Terceiro).

29. Saleilles, *De la déclaration*, cit., p. 2.

irrevogabilidade de manifestação jurídica, mas, se se pode dizer assim, de produção ou de eficácia jurídica"<sup>30</sup>.

Ao falarmos, portanto, em declaração de vontade, estamos utilizando esta expressão como uma espécie de manifestação de vontade que socialmente é vista como destinada a produzir efeitos jurídicos<sup>31</sup>. A declaração é, do ponto de vista social, o que o negócio é, do ponto de vista jurídico, ou seja, *a declaração tende a coincidir com o negócio na medida em que a visão jurídica corresponde à visão social*. O ordenamento jurídico procura tomar a declaração de vontade como hipótese normativa (hipótese legal) dessa espécie de fato jurídico, que é o negócio jurídico. Por isso mesmo, num contrato, por exemplo, não há, como às vezes se diz, duas ou mais declarações de vontade; há, nele, mais de uma vontade e mais de uma manifestação de vontade, mas essas manifestações unificam-se a visão social de *uma só declaração*, que juridicamente será um só fato jurídico<sup>32</sup>.

---

30. Ainda Saleilles (*De la déclaration*, cit, p. 263), tratando do § 138 do BGB (interpretação e lesão): "... et par là s'exprime une fois de plus le rapport à établir entre manifestation et déclaration de volonté. L'une est l'expression réelle de la volonté, dans sa constatation objective: L'autre est son expression juridique".

31. A precisão feita no texto, sobre o significado da expressão "declaração de vontade", limita o que muitos autores vêem como declaração de vontade, isto é, muitos autores (Scialoja, Vittorio, p. 29, nota 2, op. cit. nota 11; Windscheid, p. 266, nota 1, § 69, op. cit. nota 11) procuram caracterizar a declaração como aquela manifestação de vontade *tornada clara a outrem*, como, por exemplo, se a dona de casa ordena à empregada que lhe passe o vestido, que deverá usar a noite: aí a vontade foi tornada clara a outrem e haveria declaração de vontade sem que houvesse negócio jurídico. O sentido, porém, que demos à expressão "declaração de vontade" é mais restrito, de forma que a hipótese formulada não se subsume no que procuramos definir como declaração de vontade.

32. O contrato consiste, pois, em uma declaração (comum) de vontades (diversas) e não em declarações (diversas) de uma vontade (comum). Como diz Betti (*Teoria*, cit., p. 60), não há, no contrato, uma "vontade unitária, ou vontade contratual, resultante da fusão (mística ou mitológica) das vontades dos contratantes: *essa vontade unitária é inteiramente falsa*. Trata-se de explicação resultante do dogma de vontade, sem nenhuma aderência à realidade. Afastada, porém, essa concepção, podemos, sem falsear o que na realidade se passa, afirmar que, mesmo sendo diversas as vontades (internas) e suas manifestações (externas), o contrato é um fato jurídico único, portanto, *urrrf só ato jurídico e uma só declaração de vontade*. Pelo interesse que a crítica de Betti ao dogma de vontade pode ter, transcrevemos o trecho: "Inoltre, il dogma della volontà non è in grado di spiegare se non con metafore

Por outro lado, sendo a declaração de vontade um ato que, em virtude das circunstâncias em que se produz, *é visto socialmente como dirigido à produção de efeitos jurídicos*, o direito segue a visão social e encobre aquele ato com seu próprio manto, atribuindo-lhe normalmente (isto é, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia) os efeitos que foram manifestados como queridos. Tais efeitos são imputados à declaração *em correspondência* com os manifestados como queridos. Essa correspondência não é um simples paralelismo, como a que pode existir no exemplo já dado do caçador, ou em outros, tão teóricos quanto este, como o do criminoso que mata alguém com o fim de ir para a prisão, e nos quais não há negócio jurídico. O importante na caracterização do negócio é salientar que, se, em primeiro lugar, ele é um ato cercado de circunstâncias que fazem com que socialmente ele seja visto como destinado a produzir efeitos jurídicos, em segundo lugar, a correspondência, entre os efeitos atribuídos pelo direito (efeitos jurídicos) e os efeitos manifestados como queridos (efeitos manifestados), existe, porque a regra jurídica de atribuição procura seguir a visão social e liga efeitos ao negócio *em virtude* da existência de manifestação de vontade sobre eles.

Exatamente porque o direito procura seguir a visão social, que vê em certas manifestações de vontade declarações destinadas a produzir efeitos jurídicos, pode-se afirmar que, em geral, o negócio jurídico é um ato *lícito*. Todavia, ousamos dizer que a caracterização do negócio como ato lícito, unanimemente feita pela doutrina, e até pela

---

di carattere mitológico e místico certe configurazione di negozi che presentano un distacco netto fra la volontà, come fatto psichico attuale, e il precetto dei negozio: tali, il negozio condizionale, il negozio *mortis causa*, il contratto. Nel contratto, secondo i seguaci dei dogma, dall'incontro della volontà dei due contraenti sorgerebbe una 'volontà unitaria': la volontà contrattuale. Ora è evidente che qui si confonde fra la volontà come fatto psichico interno (quella che Vincontra) e la 'volontà' come precetto dell'autonomia privata (quella che sorge dall'incontro'). In realtà ciò che genera il precetto contrattuale non è un 'incontro' occulto o una mística 'fusione dei voleri', ma lo scambio delle rispettive dichiarazioni (offerta e accettazione) e la loro consapevole congruenza (che è ciò che si dice accordo o consenso), o la intenzionale reciprocità e congruenza dei rispettivi comportamenti. L'accordo delle intenzioni ('comune intenzione dei contraenti') non ha valore giuridico se non in quanto sia reciprocamente riconoscibile, e quindi in funzione di tale scambio o reciprocità e di tale congruenza".

legislação, não é, em pleno rigor da lógica, correta. Ser lícito ou ilícito é *qualificação* que se dá a certos fatos jurídicos, conforme sejam aprovados ou reprovados pelo ordenamento jurídico; ora, a qualificação dada a um fato não pode, evidentemente, fazer parte da sua estrutura; a qualificação é sempre extrínseca à composição interna do fato. Um exame empírico de certas situações revela o acerto dessas afirmações; se houver um caso que seja de negócio ilícito, evidentemente, a licitude não poderá fazer parte de sua definição; seria ilógico que o negócio fosse lícito, por definição, e que, ao mesmo tempo, pudesse haver um negócio ilícito. Pois bem, *há casos de negócios ilícitos*. Evidentemente, ao empregarmos essa expressão, não queremos dizer os casos de negócios nulos, por terem objeto ilícito, ou outro defeito semelhante, mas, sim, queremos mesmo dizer negócios ilícitos, isto é, negócios que são *também* atos ilícitos, delitos, crimes<sup>33</sup>. Muitos negócios são, simultaneamente, casos de crime, por exemplo: compra e venda ou locação de escrito, desenho, pintura, estampa ou objetos obscenos (art. 234 do CP), o segundo casamento do bigamo (art. 235 do CP), o registro de nascimento inexistente (art. 241 do CP), a compra e venda ou o empréstimo de entorpecente, e inúmeros outros. Tais atos, que são crimes, são também negócios jurídicos (e não é naturalmente por serem negócios nulos que eles perdem o caráter de negócio jurídico; pelo contrário, o fato de serem nulos comprova que é de negócio jurídico que se trata, pois aos atos não negociais não se aplica a idéia de válido ou nulo). Mas há até mesmo os casos de negócios jurídicos válidos e, ainda assim (ou até por isso mesmo), ilícitos. Por exemplo, a venda de imóvel próprio, mas que anteriormente fora prometido à venda, mediante prestação, a terceiro (art. 171, § 2<sup>a</sup>, II, do CP). Nesse caso, normalmente, o segundo negócio será válido, e, se a promessa, anterior à venda, não estiver inscrita ou averbada, o segundo adquirente deverá tornar-se proprietário<sup>34</sup>. Tudo isso demonstra a desnecessidade, e até o erro, de se colocar a licitude como uma das características definidoras do negócio jurídico.

33. Betti (*Teoria*, cit., p. 114) chama aos primeiros "negócios ilegais", e reser-va, aos segundos, a expressão "negócios ilícitos".

34. Os casos do inciso III do mesmo § 2<sup>o</sup> do art. 171 do Código Penal são também, a nosso ver, casos de negócios válidos e, ao mesmo tempo, ilícitos. A única

Finalizando o capítulo, quer-nos parecer que uma concepção estrutural do negócio jurídico, sem repudiar inteiramente as concepções voluntaristas, dela se afasta, porque não se trata mais de entender por negócio um ato de vontade do agente, mas sim um ato que *socialmente* é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos. *A perspectiva muda inteiramente, já que de psicológica passa a social*. 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 lado, rejeitada como artificial a idéia do negócio como "norma jurídica concreta", nem por isso a visão ora apresentada deixa de ser menos objetiva que a das concepções preceptivas. Não ficam, através dela, de forma alguma esquecidos os efeitos que do negócio resultam; esses efeitos, porém, não estão presos, como normas, a outras normas, mas sim, mais simplesmente, são relações jurídicas (em sentido lato) que o ordenamento jurídico, respeitados certos pressupostos (de existência, validade, eficácia), atribui ao negócio, em correspondência com os efeitos manifestados como queridos.

Como desenvolveremos no decorrer do trabalho, somente uma concepção estrutural do negócio jurídico (como fato jurídico, que,

---

diferença, porém, entre eles e o caso do texto está em que, por serem eles *a non domino*, não terão a *eficácia* para a qual surgiram. Aliás, completando o que afirmamos acima, acrescentamos que, justamente por nos parecer que a licitude é uma *qualificação*, e não um elemento estrutural dos atos jurídicos, é que consideramos que *a grande divisão dos atos jurídicos em sentido lato não é, como quase-unanimemente se diz, em atos lícitos e ilícitos, mas sim em negócios jurídicos e atos jurídicos não negociais* (ditos atos jurídicos em sentido estrito). *Tanto uns quanto outros podem ser lícitos ou ilícitos*; todavia, a maior parte dos primeiros é de atos lícitos e, dos últimos, é de atos ilícitos (a diferença entre negócios jurídicos e atos não negociais se faz pelas circunstâncias negociais, somente existentes nos primeiros). Os crimes, em geral, são atos jurídicos não negociais; a ocupação, a gestão de negócios, a constituição de servidão por destinação do pai de família, a constituição de domicílio são também atos jurídicos não negociais, mas lícitos (seja em uns, seja em outros, não há as circunstâncias negociais). Veja-se Santoro Passarelli (*Dottrine generali*, cit., p. 106), que também, tal e qual o dissemos no texto, não subdivide os atos, do ponto de vista da "essência", em lícitos e ilícitos, mas sim em atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos.

por causa de suas circunstâncias, é visto socialmente como declaração de vontade), conjugada com o exame de sua projeção nos três planos (existência, validade e eficácia), resolve com clareza, entre outras, duas tormentosas questões, uma muito cara às concepções genéticas, e outra, às concepções funcionais; são elas o papel da vontade e o papel da causa do negócio jurídico. *Vontade e causa*, como veremos, *não fazem parte do negócio jurídico*, isto é, o negócio existe independentemente delas (plano da existência); uma e outra são somente *meios de correção do negócio*, no sentido de que elas, agindo de fora do negócio, seja no plano da validade, seja no da eficácia, evitam, ora mais, ora menos, efeitos não queridos (isto é, ou não queridos *subjetivamente*, pelo agente — vontade, ou não queridos *objetivamente*, pela ordem jurídica — causa)<sup>35</sup>.

35. Pode-se dizer que *vontade e causa agem sobre o negócio da mesma forma que, no direito romano, o direito honorário agiu sobre o "jus civile"*. Segue-se daí que, assim como, por maior que tenha sido a importância do direito honorário, dele tem de se afirmar que supõe necessariamente *ojus civile*, com a vontade e a causa, em relação ao negócio acontece o mesmo. A vontade e a causa poderão ter importância muito grande, mas delas se deve dizer que, do ponto de vista científico, funcionam como "meios de correção" (em sentido amplo), isto é, agem sobre uma base da qual não participam (*adjuvandi vel supplendi vel corrigendi*). Aliás, a semelhança entre a ação da vontade sobre o negócio e a ação *aojus honorarium* sobre *ojus civile* nos ocorre, porque, na ordem histórica, *a vontade passou a influir sobre o negócio justamente através do direito honorário*. Veja-se Salvatore Riccobono, apud Vittorio Scialoja, Prefácio, in *Negozi giuridici*, cit., p. VII.

## CAPÍTULO SEGUNDO EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

*Considerações gerais e plano do capítulo* — Fato jurídico é o nome que se dá a todo fato do mundo real sobre o qual incide norma jurídica. Quando acontece, no mundo real, aquilo que estava previsto na norma, esta cai sobre o fato, qualificando-o como jurídico; tem ele, então, *existência jurídica*. A incidência da norma determina, como diz Pontes de Miranda<sup>36</sup>, sua entrada no mundo jurídico. O fato jurídico entra no mundo jurídico para que aí produza efeitos jurídicos. Tem ele, portanto, *eficácia jurídica*. Por isso mesmo, a maioria dos autores define o fato jurídico como o fato que produz efeitos no campo do direito. "Fatos jurídicos são os acontecimentos em virtude dos quais relações de direito nascem e se extinguem"<sup>37</sup>. Há até mesmo, quem veja nessa eficácia jurídica dos fatos jurídicos a sua essência<sup>38</sup>. Em tese, porém, o exame de qualquer fato jurídico deve ser feito em dois planos: primeiramente, é preciso verificar se se reúnem os elementos de fato para que ele exista (*plano da existência*); depois, su-

36. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 3. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, v. 1 e 2.

37. Frédéric Charles de Savigny, *Droit romain*, § 104, apud Beviláqua, Clóvis, *Código*, cit., p. 310, § 74.

38. Francesco Carnelutti, *Teoria*, cit., p. 200:

"Conviene poi aggiungere che la giuridicità del fatto veramente consiste in ciò che ai mutamento materiale si accompagna il mutamento giuridico, e perciò il fatto è giuridico proprio in virtù di tale mutamento onde il fatto giuridico assai più esattamente va definito come il mutamento di una situazione giuridica o, in altre parole, come un fatto materiale in quanto vi si accompagna il mutamento di una situazione giuridica".