

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

7ª tiragem

2010

 **Editora
Saraiva**

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909
PABX: (11) 3613 3000
SACJUR: 0800 055 7688
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro
Fone: (92) 3633-4227 — Fax: (92) 3633-4782 — Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dória, 23 — Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 — Salvador

BAURUR (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 — Centro
Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401 — Baurur

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIG QD 3 Bl. B - Loja 97 — Setor Industrial Gráfica
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro
Fone: (67) 3382-3682 — Fax: (67) 3382-0112 — Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 — Logoinha
Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 — Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 — Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 — Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510 — Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro
Fone: (16) 3610-5843 — Fax: (16) 3610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

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

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 — Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567
Porto Alegre

SÃO PAULO

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Azevedo, Antonio Junqueira de, 1939-

Negócio jurídico: existência, validade e eficácia / Antonio 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

Data de fechamento da edição: 1º-2-2002

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

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).

Por seu turno, a discussão sobre a causa, com os juristas e as legislações da família romano-germânica divididos em causalistas e anticausalistas, pode encontrar sua solução se admitirmos que há, em todo negócio jurídico, examinado no plano da existência, além de elementos gerais (comuns a todo e qualquer negócio jurídico) e de elementos particulares (individualizadores de cada negócio efetivamente realizado), *elementos categoriais*, isto é, elementos próprios de cada categoria de negócio. A causa não se confunde com o elemento categorial e, portanto, tal e qual a vontade, não faz parte da *existência* do negócio. Todavia, através da referência que, em certos negócios (ditos negócios causais), esse elemento categorial a ela faz, ou como fato pressuposto ou como fim a atingir, poderá a falta de causa agir sobre a *validade* ou sobre a *eficácia* do negócio.

São esses os temas fundamentais desenvolvidos no presente trabalho.

Pelo exposto, vê-se bem que este livro não é uma obra completa sobre o negócio jurídico; diz respeito somente ao negócio *de direito privado* e nem mesmo como esboço desenvolve todo o assunto. Tem apenas três capítulos: um sobre a definição; outro, sobre os três planos; e um terceiro, no qual tentamos fazer a análise do negócio no plano da existência. Um dia, se Deus quiser, o completaremos com mais quatro capítulos: análise do negócio no plano da validade; análise do negócio no plano da eficácia; inexistência, invalidade e ineficácia; e interpretação e classificação do negócio jurídico. Não chegamos, pois, quanto ao número de capítulos, sequer à metade do caminho. Entretanto, como o que já foi escrito não é pouco e toca de perto a própria orientação a seguir, pareceu-nos melhor submeter a idéia central, desde já, à apreciação de todos, a fim de que, havendo nela, realmente, algum valor, os indispensáveis aperfeiçoamentos imediatamente se façam.

Antes do término desta apresentação, queremos agradecer a todos que, direta ou indiretamente, nos ajudaram; na impossibilidade de enumerar cada um, fazemos somente uma referência especial a dois grupos de pessoas: nossos alunos e nossos companheiros de escritório, uns e outros, alegres incentivadores de nosso esforço.

São Paulo, 1974.

ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO

ÍNDICE

<i>Apresentação da 1ª edição</i>	V
--	---

CAPÍTULO PRIMEIRO DEFINIÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Considerações gerais e plano do capítulo	1
§ 1º — Definições pela gênese, ou voluntaristas. Crítica	4
§ 2º — Definições pela função ou objetivas. Crítica	10
§ 3º — Definição do negócio jurídico. Definição pela estrutura	15

CAPÍTULO SEGUNDO EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA

Considerações gerais e plano do capítulo	23
§ 1º — Elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia	26
§ 2º — Plano da existência. Os elementos do negócio jurídico	31
§ 3º — Plano da validade. Os requisitos do negócio jurídico ..	41
§ 4º — Plano da eficácia. Os fatores de eficácia do negócio jurídico	49
§ 5º — Inexistência, invalidade e ineficácia	62

CAPÍTULO TERCEIRO ANÁLISE DO NEGÓCIO JURÍDICO NO PLANO DA EXISTÊNCIA

Considerações gerais e plano do capítulo	73
§ 1º — Vontade e declaração de vontade	74

Título I — Teoria da vontade e teoria da declaração	74
Título II — Influência da vontade sobre a declaração no direito brasileiro	88
§ 2º — Os elementos constitutivos do negócio jurídico: circunstâncias negociais, forma e objeto	117
Plano do parágrafo	117
Título I — As circunstâncias negociais	118
Título II — A forma	126
Título III— O objeto	134
§ 3º — Os elementos categoriais inderrogáveis do negócio jurídico e a causa	139
Plano do parágrafo	139
Título I — Ensaio de classificação dos elementos categoriais inderrogáveis	140
Título II — Relações entre elemento categorial inderrogável e causa	149
Título III— O papel da causa no negócio jurídico	152
<i>Bibliografia</i>	163
<i>Legislação</i>	169
<i>Jurisprudência</i>	171

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 correremos 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)¹.

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^o), e das definições pela função, ou “objetivas” (§ 2^o), acompanhadas das respectivas críticas, após o que daremos nossa definição do negócio jurídico, que é essencialmente estrutural (§ 3^o)².

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”. Leia-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, a 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 otterà 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 é fonte”.

§ 1º

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”³. Deixando de lado as obras mais antigas, quando a concepção em pauta era a única existente⁴, 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 Cesar (*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*”⁵. “Ato jurídico, portanto, *é a manifestação lícita de vontade, tendo por fim imediato produzir um efeito jurídico*”⁶. “A característica primordial do ato jurídico *é ser um ato de vontade*”⁷. “O ato jurídico *é fundamentalmente um ato de vontade visando a um fim*”⁸ etc.⁹.

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 tít. 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 até mais, como queremos, à estrutura do negócio que propriamente à sua gênese: “(negócio jurídico) é um pres-

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 matices com que cada autor a apresenta¹⁰. Não discutiremos, sequer, a debatida questão entre os seus partidários, consistente em saber se a vontade visa obter efeitos *jurídicos* ou efeitos *práticos*¹¹, 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. Carlo 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 del 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 subito, non appartiene al concetto del 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 del negozio giuridico*, Padova, CEDAM, 1947, p. 5). Veja-se, ainda, Von Tuhr (*Tratado de las obligaciones*, trad. W. Roces, Madrid, Ed. Reus, 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 transcende al mundo del 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 1.

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 jurídico¹².

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^{12-A} 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 (*Negozió giuridico*, cit., p. 50): “La ragione per la quale nessuna delle due indagini sulla essenza del negozio giuridico è riuscita a darci un concetto scientifico dello stesso è, indubbiamente, da ricercare nella considerazione che ambedue sono partite dallo studio del particolare, cioè dall’analisi del processo psicologico della volontà individuale, di cui la prima tesi ha messo in evidenza l’impulso a procurarsi effetti giuridici; la seconda, invece, l’impulso a procurarsi 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 adquiere 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 jurídico¹³. 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 efeitos¹⁴.

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 vrai de dire que cet acte nouveau n'a pas été l'objet, 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 privés, 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, § 2º, 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*¹⁵. Todavia, por ora, não desenvolveremos esse ponto e limitar-nos-emos a essas breves considerações, uma vez que, mais adiante¹⁶, 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 del 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 irrespondível 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 contrattuale 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 § 1º do Capítulo Terceiro).

§ 2º

Definições pela função ou objetivas. Crítica

Segundo Scognamiglio¹⁷, 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 vontade¹⁸.

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^o é a que Scognamiglio denomina “teoria preceptiva”; enumera o mesmo autor, entre os seguidores dessa teoria, Bullock, Henle e Larenz, na Alemanha, e, na Itália, Betti¹⁹. 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 del 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 del 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 proposito, 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, parlando di dichiarazione o comportamento, si fa pur sempre riferimento all’azione in senso psico-fisico, naturalistico, postulandosi, e lo si ammette del 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 al dualismo tradizionale tra dichiarazione e volontà, quello più oscuro, ma innegabile, tra dichiarazione e precepto. Chè, anzi, non può negarsi una certa fondatezza al rilievo corrente come si è detto, nella dottrina tedesca secondo il quale il precepto costituisce proprio la forma più intensa del volere. In definitiva, la teoria criticata non fa secondo le osservazione fin qui mosse — che porre in luogo della formula chiara e sintetica di dichiarazione di volontà, indicativa ad un tempo della volontarietà dell’atto e del 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 prefere referir-se à “assetto d’interesse”, atuando 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. Kelsen²⁰, 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”²¹.

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 defeito²². O próprio Betti, dado como partidário da teo-

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

21. Guggenheim (*L'invalidité des actes juridiques: en droit suisse et comparé*, 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 designé 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 imputé 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*²³: “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 especificuem um ao outro; a relação jurídica não é nunca normativa”²⁴.

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

23. Cariota Ferrara, *Il 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 § 2º, podemos concluir que as duas concepções do negócio são insuficientes²⁵; 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 Canelutti (*Teoria generale del 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 alla realtà giuridica” (*Contributo*, cit., p. 138).

§ 3º

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 estrutural²⁶. 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 logica: il richiamo alla funzione del negozio non serve a nulla quando si deve definirlo, perchi in tal caso la qualificazione che gli si dia *depende non dalla funzione ma dalla struttura di esso*” (grifos nossos).

Santoro Passarelli (*Dottrine generali del 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 ci consentirà di stabilire fin d’ora i caratteri *struturali* e *funzionali* del negozio giuridico. Sotto il primo aspetto va anzitutto rilevato che il negozio è un *atto* e, come tale, appartiene alla 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 caratteristica propria del 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: l’uno esterno, che è l’atto, e l’altro 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.

CATEGORIA

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). Seu *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.

DEFINIÇÃO

→ *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 mundo 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 vontade²⁷.

↳ modo como a norma trata um fato é do modo como o ato se apresenta.

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 jurídicos²⁸. 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 Saleilles²⁹, 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 jurídica³⁰.

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 jurídicos³¹. 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 jurídico³².

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 declaration 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, um 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 mitologico e mistico certe configurazione di negozi che presentano un distacco netto fra la volontà, come fatto psichico attuale, e il precetto del negozio: tali, il negozio condizionale, il negozio *mortis causa*, il contratto. Nel contratto, secondo i seguaci del 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 's'incontra') 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 mistica 'fusione dei voleri', ma lo scambio delle rispettive dichiarazioni (offerta e accettazione) e la loro consapevole congruenza (che è ciò che ci 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, crimes³³. 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, § 2º, 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 proprietário³⁴. 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 reserva, aos segundos, a expressão “negócios ilícitos”.

34. Os casos do inciso III do mesmo § 2º 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)³⁵.

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 o *jus 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 do *jus honorarium* sobre o *jus 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 Miranda³⁶, 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”³⁷. Há até mesmo, quem veja nessa eficácia jurídica dos fatos jurídicos a sua essência³⁸. 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 al 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”.

posta a existência, verificar se ele passa a produzir efeitos (*plano da eficácia*).

Sendo o negócio jurídico uma espécie de fato jurídico, também o seu exame pode ser feito nesses dois planos. Entretanto, e essa é a grande peculiaridade do negócio jurídico, sendo ele um caso especial de fato jurídico, já que seus efeitos estão na dependência dos efeitos que foram manifestados como queridos, o direito, para realizar essa atribuição, exige que a declaração tenha uma série de requisitos, ou seja, exige que a declaração seja válida. Eis aí, pois, um plano para exame, peculiar ao negócio jurídico — o *plano da validade*, a se interpor entre o plano da existência e o plano da eficácia.

Plano da existência, plano da validade e plano da eficácia são os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização.

Se tomarmos, a título de exemplo, um testamento, temos que, enquanto determinada pessoa apenas cogita de quais as disposições que gostaria de fazer para terem eficácia depois de sua morte, o testamento não existe; enquanto somente manifesta essa vontade, sem a declarar, conversando com amigos, parentes ou advogados, ou, mesmo, escrevendo em rascunho, na presença de muitas testemunhas, o que pretende que venha a ser sua última vontade, o testamento não existe. No momento, porém, em que a declaração se faz, isto é, no momento em que a manifestação, dotada de forma e conteúdo, se caracteriza como *declaração de vontade* (isto é, encerra em si não só uma forma e um conteúdo, como em qualquer manifestação, mas também as circunstâncias negociais, que fazem com que aquele ato seja visto socialmente como destinado a produzir efeitos jurídicos), o testamento entra no plano da existência; ele existe. Isso, porém, não significa que ele seja *válido*. Para que o negócio tenha essa qualidade, a lei exige requisitos: por exemplo, que o testador esteja no pleno gozo de suas faculdades mentais, que as disposições feitas sejam lícitas, que a forma utilizada seja a prescrita. Por fim, ainda que estejam preenchidos os requisitos e o testamento, portanto, seja válido, ele ainda não é *eficaz*. Será preciso, para a aquisição de sua eficácia (eficácia própria), que o testador mantenha sua declaração, sem revogação, até morrer; somente a morte dará eficácia ao testamento,

Exemplo

projetando, então, o negócio jurídico, até aí limitado aos dois primeiros planos, no terceiro e último ciclo de sua realização.

O que acontece com o testamento, ocorre, com clareza mais ou menos idêntica, em todos os negócios jurídicos. Todos eles somente atingem sua plena realização após passarem, sucessivamente, pelo plano da existência, pelo da validade, e atingirem o da eficácia.

A doutrina alemã, em sua generalidade, e, na sua esteira, muitos juristas italianos e alguns brasileiros e de outras nacionalidades vêm, há muito tempo, falando em negócios inexistentes, negócios inválidos e negócios ineficazes, procurando caracterizar como não sinônimas essas expressões; todavia, não se tem conseguido fixar, com precisão, em que cada situação se distingue da outra. Talvez por causa dessa dificuldade, a doutrina francesa, em sua quase-totalidade, e a maior parte dos autores de outras nacionalidades somente se refiram a negócios inexistentes e a negócios inválidos, ignorando os ineficazes (isso quando não preferem limitar-se à categoria dos negócios inválidos, subdivididos em absolutamente nulos e relativamente nulos). Essa divergência, essa aparente impossibilidade de se chegar a uma clara definição dos termos, tem levado toda a doutrina da família romano-germânica a considerar das mais difíceis e intrincadas a teoria das nulidades. Sobre ela, pode-se dizer, sem *blague*, que o único ponto em que todos estão de acordo é que não há acordo a seu respeito.

A nosso ver, o aparentemente insolúvel problema das nulidades está colocado de pernas para o ar. É preciso, em primeiro lugar, estabelecer, com clareza, quando um negócio existe, quando, uma vez existente, vale, e quando, uma vez existente e válido, ele passa a produzir efeitos. Feito isto, a inexistência, a invalidade e a ineficácia surgirão e se imporão à mente com a mesma inexorabilidade das deduções matemáticas.

No presente capítulo, procuraremos, pois, fixar a terminologia para os caracteres necessários à existência, validade e eficácia do negócio jurídico (§ 1º); depois, trataremos separadamente dos elementos de existência (§ 2º), dos requisitos de validade (§ 3º) e dos fatores de eficácia (§ 4º); finalmente, retomaremos a questão, em termos globais, mas, sob o ângulo negativo, e falaremos da inexistência, da invalidade e da ineficácia (§ 5º).

§ 1º

Elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia

Tradicionalmente, distinguem-se, no negócio jurídico, determinados elementos, que são classificados em três espécies: essenciais, naturais e acidentais. Usam-se mesmo as expressões latinas *essentialia negotii*, *naturalia negotii* e *accidentalia negotii* para caracterizá-los. Denominando-os “elementos constitutivos”, assim os define Washington de Barros Monteiro³⁹: “Os primeiros são os elementos essenciais, a estrutura do ato; que lhe formam a substância e sem os quais o ato não existe. Numa compra e venda, por exemplo, os elementos essenciais são a coisa, o preço e o consentimento (*res, pretium et consensus*). Faltando um deles, o ato não existe. Os segundos (*naturalia negotii*) são as conseqüências que decorrem do próprio ato, sem que haja necessidade de expressa menção. Na mesma compra e venda, por exemplo, são elementos naturais, resultantes do próprio negócio, a obrigação que tem o vendedor de responder pelos vícios redibitórios (art. 1.101)^{39-A} e pelos riscos da evicção (art. 1.107)^{39-B}; a obrigação que tem o comprador de dar a garantia a que se refere o art. 1.092, 2ª alínea^{39-C}, caso lhe sobrevenha diminuição patrimonial, capaz de comprometer a prestação a seu cargo. Os ter-

39. Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*; parte geral, cit., p. 184.

39-A. No novo Código Civil, o artigo equivalente é o 441.

39-B. No novo Código Civil, o artigo equivalente é o 447.

39-C. No novo Código Civil, o artigo equivalente é o 477.

ceiros (*accidentalia negotii*) são estipulações que facultativamente se adicionam ao ato para modificar-lhe uma ou algumas de suas consequências naturais, como a condição, o termo e o modo, ou encargo (arts. 114, 123 e 128)^{39-D}, o prazo para entregar a coisa ou pagar o preço”.

Entretanto, basta ter-se em mente que a categoria do negócio jurídico era estranha aos romanos, os quais, como diz Biondo Biondi⁴⁰, somente conheceram atos típicos, tendo cada um sua própria estrutura e regime jurídico, para se concluir que as fontes romanas ou os intérpretes mais antigos, quando falavam em elementos essenciais, naturais ou acidentais, não podiam estar referindo-se a elementos do negócio jurídico (visto que não conheciam essa categoria); referiam-se, na verdade, a elementos de determinadas categorias de negócio. Segue-se daí que não é possível, pura e simplesmente, transplantar esse esquema de classificação para o estudo do negócio jurídico.

Por causa disso, procuram os diversos autores fazer as indispensáveis adaptações. A esse respeito, há, porém, grandes divergências. Washington de Barros Monteiro⁴¹, por exemplo, subdivide os elementos essenciais em *gerais e particulares*: “os primeiros são comuns a todos os atos, enquanto os segundos são peculiares a determinadas espécies”. Silvio Rodrigues⁴², por sua vez, distingue *elementos constitutivos e pressupostos de validade*, e o faz nos seguintes termos: “O Código Civil, em seu art. 82, menciona quais os pressupostos de validade do ato jurídico, determinando serem: a) a capacidade do agente; b) o objeto lícito; e c) a forma prescrita em lei. A doutrina, entretanto, distingue os *elementos* estruturais do negócio jurídico, isto é, os elementos que constituem seu conteúdo, *dos pressupostos* ou *requisitos de validade*, que são os mencionados no alu-

39-D. No novo Código Civil, os artigos equivalentes são o 121, 131 e 136, respectivamente.

40. Biondo Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, 4. ed., Milano, Giuffrè, 1965, p. 176, § 42.

41. Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*; parte geral, cit., p. 185.

42. Silvio Rodrigues, *Direito civil*; parte geral, cit., v. 1, p. 147.

dido art. 82”^{42-A}. Moreira Alves⁴³, afirma: “nos negócios jurídicos, distinguimos três espécies de elementos: a) elementos essenciais; b) elementos naturais; e c) elementos acidentais. Em rigor, elementos essenciais são aqueles sem os quais o negócio jurídico não existe. A expressão *elemento essencial* é, no entanto, as mais das vezes usada, não para exprimir os *elementos essenciais à existência do negócio jurídico*, mas para designar os *elementos essenciais à validade dele*. Temos, portanto, *elementos essenciais à existência* e *elementos essenciais à validade do negócio jurídico*. Existente é, por exemplo, o negócio jurídico em que há manifestação de vontade obtida por dolo, pois o elemento essencial à sua existência (*manifestação de vontade*) está presente. Mas esse negócio jurídico não é válido, porque o elemento essencial à sua validade é a *manifestação de vontade isenta de vícios* (e o dolo, ao lado do erro e da coação, é um dos três vícios da vontade)”.

Outros autores falam em “requisitos” como termo mais amplo que elementos: “aceitamos, como critério de classificação, não o conceito de elementos, mas, por sua maior compreensão, o de requisito” (Vicente Ráo)⁴⁴.

Carnelutti — seja-nos permitida essa última citação —, em seu livro *Teoria generale del diritto*, no qual tentou uma elaboração comum do ato jurídico, abrangendo tanto os atos lícitos quanto os ilícitos, tanto os atos jurídicos negociais quanto os não negociais, após salientar que o ato jurídico não é uma realidade, mas apenas “uno schema della realtà, ossia un’astrazione”⁴⁵, ou, como já havia dito em outro lugar⁴⁶, “uma caricatura da realidade” (por conter o ato jurídico apenas aqueles *traços fundamentais*, que são os necessários e suficientes para os efeitos jurídicos), diz: “Requisitos do ato não

42-A. No novo Código Civil, o dispositivo equivalente ao art. 82 é o art. 104.

43. José Carlos Moreira Alves, *Direito romano*, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971, v. 1, p. 172, § 110.

44. Vicente Ráo, *Ato jurídico*, 2. ed., São Paulo, Max Limonad, 1961, p. 99.

45. Francesco Carnelutti, *Teoria*, cit., p. 229.

46. Francesco Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1938, v. 2, p. 129, n. 440.

são, pois, todos os seus caracteres, mas somente aqueles que são juridicamente relevantes, ou seja, aqueles dos quais dependem os efeitos jurídicos: que, por exemplo, a subtração de uma coisa seja realizada por um homem, ou por uma mulher, é certamente um caráter do ato, mas não um requisito, porque esse modo de ser é indiferente para o efeito jurídico; pode, pelo contrário, ser um caráter relevante e, por isso, um requisito, a idade, uma vez que, se o autor da subtração é maior ou menor de certa idade, o efeito penal produz-se ou não, ou, então, produz-se com intensidade maior ou menor”⁴⁷. E, mais adiante, classifica os requisitos com as seguintes palavras: “No ponto a que chegamos, a classificação é notavelmente mais simples do que a proposta nas edições precedentes. Ela está agora colocada sobre um sistema ternário, segundo o qual se distinguem os *pressupostos*, os *elementos* e as *circunstâncias*. Com a ressalva de esclarecer melhor cada um desses conceitos, em cada um dos capítulos que se seguem, saliento aqui que a categoria central (*elementos*) compreende os modos de ser do *ato em si*, isolado, assim, da relação jurídica, que nele se desenvolve e de outros fatos a ele externos; por sua vez, a primeira categoria (*pressupostos*) toma o ato em relação com a relação jurídica da qual constitui o desenvolvimento; e a última (*circunstâncias*), por sua vez, diz respeito aos modos de ser do ato em relação com o resto do mundo externo”⁴⁸.

Todas essas citações mostram como é grande a indecisão da doutrina sobre uma questão tão importante e fundamental na teoria do negócio jurídico.

Se, porém, tivermos em mente que o negócio jurídico deve ser examinado em três planos sucessivos de projeção (existência, validade e eficácia), que elementos, em seu sentido próprio, são, como diz o mesmo Carnelutti⁴⁹, *principia omnia rerum, ex quibus reliqua omnia componuntur et in quibus resolvuntur*, portanto, que elemento

47. Francesco Carnelutti, *Teoria*, cit., p. 230, tradução nossa.

48. Francesco Carnelutti, *Teoria*, cit., p. 253, tradução nossa.

Entre parêntesis, acrescenta-se que não foi apenas de uma edição para outra que Carnelutti fez modificações na classificação, mas também, de uma obra para outra.

49. Francesco Carnelutti, *Teoria*, cit., p. 111.

é tudo aquilo de que algo mais complexo se compõe (pense-se nos elementos simples, ou puros, da química), que, por outro lado, requisitos (de *requirere*, requerer, exigir) são condições, exigências, que se devem satisfazer para preencher certos fins, e, finalmente, que fatores é tudo que concorre para determinado resultado, sem propriamente dele fazer parte, temos que o negócio jurídico, examinado no plano da existência, precisa de *elementos*, para existir; no plano da validade, de *requisitos*, para ser válido; e, no plano da eficácia, de *fatores de eficácia*, para ser eficaz.

Elementos, requisitos e fatores de eficácia são respectivamente os caracteres de que necessita o negócio jurídico para existir, valer e ser eficaz. Passaremos a ver separada e sucessivamente cada um deles.

§ 2º

Plano da existência. Os elementos do negócio jurídico

Elemento do negócio jurídico é tudo aquilo que compõe sua existência no campo do direito. Antes de classificarmos esses elementos, é preciso considerar, em primeiro lugar, que a expressão *negócio jurídico* exprime uma abstração; *in concreto*, o que há são negócios jurídicos particulares (por exemplo, a compra e venda realizada entre A e B). Em segundo lugar, devemos ter em mente que os negócios individualizados, se subirmos gradualmente na escala de abstração, enquadram-se em categorias intermediárias cada vez mais genéricas, até se atingir a categoria do negócio jurídico (por exemplo: da compra e venda realizada entre A e B passa-se à compra e venda; daí, ao contrato em geral; e, do contrato, finalmente, ao negócio jurídico). Ou, como diz Biondo Biondi⁵⁰: “a noção de negócio jurídico é uma fase de abstração em matéria de atos jurídicos. Da venda realizada entre A e B, entre C e D (figuras concretas), se sobe à noção de compra e venda (primeira abstração); considerando, depois, a compra e venda, a locação e outras figuras similares, se atinge uma segunda abstração, que determina a noção de contrato; considerando, ainda, os contratos e os outros atos jurídicos, como, por exem-

50. Biondo Biondi, *Istituzioni*, cit., p. 176.

O mesmo autor completa seu pensamento dizendo: “Logicamente si può procedere verso astrazioni ancora più alte (atto giuridico, fatto giuridico sia pubblico che privato ecc.): si formano così categorie sempre più vaste, le quali naturalmente perdono di concretezza, a misura che si procede verso l’astrazione; allora si tratta di vedere fino a qual punto tali astrazioni possano essere vantaggiose per la scienza giuridica, se non vuole essere scienza puramente astratta”.

plo, o testamento, o casamento, a aceitação de herança, se atinge uma ulterior abstração, constituída precisamente pelo negócio jurídico”.

Logo, ao estabelecermos a classificação dos elementos do negócio jurídico, precisamos ter uma noção clara sobre a que negócio nos estamos referindo: se à categoria abstrata final, se a alguma categoria intermediária, ou se ao negócio particular. Pois bem, se elemento do negócio jurídico é tudo aquilo que compõe sua existência no campo do direito, e se, nesses diversos graus de abstração (deixando de lado o que está acima do negócio, isto é, o ato e o fato jurídico), considerarmos, no ápice, a categoria do negócio jurídico, e descermos pelas categorias intermediárias até o negócio jurídico concreto, torna-se claro que a primeira classificação lógica dos elementos há de ser gradual, isto é, pelos *graus de abstração* com que se vai do negócio jurídico, passa-se pelos tipos abaixo dele, e se atinge o negócio jurídico particular.

Assim, a classificação que fazemos dos elementos do negócio jurídico é: a) elementos gerais, isto é, comuns a todos os negócios; b) elementos categoriais, isto é, próprios de cada tipo de negócio; c) elementos particulares, isto é, aqueles que existem em um negócio determinado, sem serem comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócio.

Os elementos gerais são aqueles indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio. Quais são eles exatamente? A rigor, tomada a palavra *elemento*, em seu significado já definido, somente aquilo que efetivamente *constitui* o negócio é que poderia ser considerado elemento, ou seja: a *forma*, que a declaração toma, isto é, o tipo de manifestação que veste a declaração (escrita, oral, mímica, através do silêncio etc.), o *objeto*, isto é, o seu conteúdo (as diversas cláusulas de um contrato, as disposições testamentárias, o fim que se manifesta na própria declaração etc.) e, finalmente, as *circunstâncias negociais*, ou seja, o que fica da declaração de vontade, despida da forma e do objeto, isto é, aquele *quid*, irredutível à expressão e ao conteúdo, que faz com que uma manifestação de vontade seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos.

Todavia, embora somente esses três sejam os elementos gerais *intrínsecos*, ou *constitutivos*, de todo e qualquer negócio jurídico, a

verdade é que pelo menos mais três elementos existem, que, não fazendo parte integrante do negócio, são, porém, indispensáveis à sua existência; trata-se dos elementos comuns às categorias colocadas acima do negócio jurídico e que este, por nelas estar enquadrado, também possui. Assim, se o negócio jurídico é uma espécie de ato jurídico, torna-se óbvio que não há negócio sem um *agente* (do verbo *agere*, cujo particípio passado é *actum*); e se o ato jurídico, por sua vez, é espécie de fato jurídico, considerando que não há fato que não ocorra em determinado ponto do espaço e em determinado momento, todo negócio jurídico tem também, indispensavelmente, *lugar* e *tempo*. Os elementos gerais *extrínsecos*, portanto, são três: tempo, lugar e agente, dos quais os dois primeiros são comuns a todo fato jurídico e o último, ao ato jurídico em sentido amplo. Esses elementos são não apenas *extrínsecos*, mas também elementos pressupostos, no sentido preciso de que existem *antes* de o negócio ser feito⁵¹.

Se o fato jurídico é um fato do mundo real sobre o qual a norma jurídica incide, torna-se de intuitiva evidência que não há fato jurídico sem data e sem lugar. O que tem confundido esse assunto é a circunstância de que não é muito comum o legislador estabelecer um *requisito* para os elementos tempo e lugar do negócio jurídico; segue-se daí que, na hipótese normativa do fato jurídico (isto é, no seu “suporte fático”), os elementos tempo e lugar ficam, em geral, apenas implícitos. Por outras palavras, se todo fato jurídico tem data e lugar, isso significa que ambos são *elementos* de todo fato jurídico (inclusive do negócio jurídico), ainda que raramente a eles se imponham requisitos. Entretanto, a importância de ambos esses elemen-

51. Cf. Carnelutti (*Teoria*, cit., p. 236). Todavia, Carnelutti emprega o termo “pressuposto” como uma espécie de requisito, e não de elemento, daí que enumera, por exemplo, entre os pressupostos, não o agente, mas sim a capacidade e a legitimidade do agente. Além disso, não coloca o tempo e o lugar do fato jurídico entre os pressupostos, mas sim entre o que chama de “circunstâncias”; na realidade, o tempo em geral e o espaço são circunstâncias, mas, a nosso ver, o tempo e o lugar do fato jurídico já não são propriamente circunstâncias senão elementos do fato jurídico; aliás, à p. 307 da *Teoria generale del diritto*, o próprio Carnelutti aproxima o que chama de “circunstâncias” dos “pressupostos”. Observamos, por fim, que, mais adiante, à p. 308, Carnelutti diz também, como fizemos no texto, que o tempo e o lugar são *extrínsecos* ao ato jurídico.

tos é, ainda assim, não pequena; mesmo quando não há qualquer requisito a seu respeito, eles servem inegavelmente para a exata *identificação* do negócio; isto é evidente diante do costume jurídico notório de se datar e colocar o lugar de feitura em todos os documentos.

Quanto ao agente, cumpre dizer que ele é em ato o que a pessoa é em potência. Não é aqui o lugar apropriado para se desenvolver a teoria das pessoas, mas a personalidade, do ponto de vista jurídico, é justamente a *possibilidade de agir* no campo do direito, que a ordem jurídica atribui a certos entes. Por possibilidade de agir entende-se (é tautológico) a possibilidade de praticar atos jurídicos (negociais ou não negociais). É verdade que, em geral, define-se a personalidade, no direito brasileiro, como a aptidão para adquirir direitos (ou para ser sujeito de direitos, ou para ser sujeito de relação jurídica)⁵²; entretanto, essa definição peca por ser excessivamente ampla, já que há sujeitos de direito que não são pessoas, como o nascituro, entre os entes assemelhados às pessoas físicas, e o condomínio em edificações, as sociedades de fato, e a própria família, entre os entes assemelhados às pessoas jurídicas. Pessoa, portanto, é o ente que pode praticar atos jurídicos, e não propriamente o sujeito de direito.

Os *elementos gerais*, sintetizando o que foi dito neste parágrafo até aqui, são, pois, aqueles sem os quais nenhum negócio existe. Podem ser: a) *intrínsecos* (ou constitutivos): forma, objeto e circunstâncias negociais; e b) *extrínsecos* (ou pressupostos): agente, lugar e tempo do negócio.

Sem os citados elementos gerais, qualquer negócio torna-se impensável. Basta a falta de um deles para inexistir o negócio jurídico. Aliás, precisando ainda mais: se faltarem os elementos tempo ou lugar, não há sequer fato jurídico; sem agente, poderá haver fato, mas não ato jurídico; e, finalmente, sem circunstâncias negociais, forma ou objeto, poderá haver fato ou ato jurídico, mas não negócio jurídico. A falta de qualquer um desses elementos acarreta, pois, a

52. Vide Augusto Teixeira de Freitas, *Esboço*, cit., art. 16.

Clóvis Beviláqua, *Código*, cit., v. 1, p. 165, com. do art. 2º.

Vicente Ráo, *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo, Max Limonad, 1952/1958, v. 2, p. 154.

inexistência do negócio, seja como negócio, seja até mesmo como ato ou fato jurídico; nesse sentido, são eles elementos *necessários* e, se nos ativermos ao negócio jurídico como categoria geral, são também *suficientes*.

Se, porém, descermos na escala de abstração, como é indispensável, já que um negócio jurídico determinado nunca existe *in abstracto*, e passarmos às diversas categorias de negócio, esses elementos gerais, sempre necessários, já não serão suficientes. A eles se deverão acrescentar os elementos próprios de cada categoria, isto é, os *elementos categoriais*. Quais são esses elementos? São os que caracterizam a *natureza jurídica* de cada tipo de negócio. Os elementos categoriais são revelados pela análise doutrinária da estrutura normativa de cada categoria de negócio. São exemplos de categorias de negócio: compra e venda, doação, depósito, comodato, mútuo, locação e os contratos em geral; distratos; casamento; pactos antenupciais; emancipação; reconhecimento de filho ilegítimo; adoções; testamentos; codicilos; aceitação e abstenção de herança.

Os elementos categoriais não resultam da vontade das partes, mas, sim, da ordem jurídica, isto é, da lei e do que, em torno desta, a doutrina e a jurisprudência constróem. Na esteira dos juristas romanos e com base na idéia de *natura* de cada tipo de negócio, a análise revela duas espécies de elementos categoriais: os que servem para definir cada categoria de negócio e que, portanto, caracterizam sua essência são os *elementos categoriais essenciais* ou *inderrogáveis*; e os que, embora defluindo da natureza do negócio, podem ser afastados pela vontade da parte, ou das partes, sem que, por isso, o negócio mude de tipo, são os *elementos categoriais naturais* ou *derrogáveis*⁵³.

São exemplos dos primeiros, no nosso direito atual: o consenso sobre coisa e preço, na compra e venda; a manifestação do *animus donandi* e o acordo sobre a transmissão de bens ou vantagens, na doação; o consenso sobre a entrega e a guarda de objeto móvel, no

53. Art. 1.135 do Código Civil francês: “Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l’équité, l’usage, ou la loi donnent à l’obligation d’après sa nature”.

depósito⁵⁴; o acordo sobre a entrega e o uso gratuito de coisa infungível, no comodato; a declaração de comunidade de vida entre um homem e uma mulher com celebração pela autoridade, no casamento; a disposição de bens para depois da morte, no testamento etc.⁵⁵.

Se subirmos na escala de abstração, verificaremos que as categorias mais altas têm também seus elementos categoriais essenciais. Assim, o acordo sobre o sinalagma genético nos contratos onerosos (prestação e contraprestação, uma como causa da outra, por ocasião da formação do contrato); o acordo sobre o sinalagma funcional, nos contratos bilaterais (prestação e contraprestação, uma como causa da outra, não só na formação, mas também na execução do contrato). Ou, ainda, a *forma negocial*, nos negócios abstratos, e a *referência à causa*, nos negócios causais.

São exemplos de elementos categoriais naturais: a responsabilidade pela evicção, na compra e venda e nos contratos onerosos de disposição de bens; a responsabilidade pelos vícios redibitórios, nos contratos comutativos; a gratuidade, no depósito, no mútuo e no mandato etc. Também as categorias mais altas podem ter elementos categoriais naturais. Assim, a resolução, ou a revisão judicial, por excessiva onerosidade (dita cláusula *rebus sic stantibus*), quando o ordenamento jurídico a admite, nos contratos onerosos a trato suces-

54. A entrega da coisa nos contratos reais e *causa* pressuposta deles, mas, como veremos adiante, a causa, quando pressuposta, não é elemento do negócio, senão requisito de validade. A nosso ver, a efetiva entrega da coisa não faz parte, portanto, da existência dos “contratos reais”, mas sim somente influi sobre sua validade.

55. A obrigação de segurança nos contratos de transporte é elemento categorial *inderrogável*, que, no direito brasileiro, não resulta da lei. Veja-se a Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal: “Em contrato de transporte é inoperante a cláusula de não indenizar”. Também: TRANSPORTE — *Cláusula restritiva de responsabilidade do transportador*. “Cláusula restritiva de responsabilidade considera-se não escrita” (STF, 1ª T., RE 43.659-SP, rel. Min. Pedro Chaves, j. 5-9-1963, não conheceram, v. u., DJU, 10 out. 1963, p. 3419, súmula). Como se percebe, trata-se de elemento categorial *inderrogável* que não resulta da “lei”, mas da doutrina e da jurisprudência. De qualquer forma é elemento *inderrogável*, porque resulta do ordenamento jurídico, do direito objetivo (idéias mais amplas que a de lei), e não da vontade das partes. Para o direito francês, sobre a obrigação de segurança, veja-se Alfred Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, LGDJ, 1961, p. 246.

sivo ou com execução diferida (art. 1.467 do CC italiano, por exemplo)⁵⁶; a suposição de que prestação e contraprestação devam ser cumpridas simultaneamente, nos contratos bilaterais (primeira parte do art. 1.092^{56-A} do CC, execução *donnant donnant*, possibilitando a *exceptio non adimpleti contractus*).

A doutrina tradicional romanística estava absolutamente certa, portanto, quando, com base nas fontes romanas, distinguia, *em cada tipo de negócio*, os elementos essenciais e os naturais. Afinal, não se havia, ainda, chegado à categoria mais abstrata (negócio jurídico); o que havia eram tipos de negócio. Ora, realmente, cada tipo de negócio tem elementos que lhe caracterizam a essência (*essentialia negotii*) e elementos que resultam de sua natureza, sem que, porém, se afastados pela vontade das partes, o negócio mude de figura (*naturalia*

56. No direito brasileiro, é pacífica a admissão, pela jurisprudência, da regra *rebus sic stantibus*, mas exige-se que os contratos tenham prazo longo e que haja alteração imprevisível das circunstâncias existentes ao tempo da celebração do negócio. A aplicação da regra é feita com cautela pelos nossos tribunais, considerando-se, por exemplo, que não preenche o pressuposto de imprevisibilidade o engano a propósito da intensidade da causa inflacionária. Vejam-se a respeito as seguintes decisões: STF, 1ª T., RE 71.443-SP, rel. Min. Aliomar Baleeiro, 15-6-1973, DJU, 28 set. 1973, p. 7213, unânime; STF, 1ª T., RE 75.511-PR, rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 29-5-1973, DJU, 14 set. 1973, p. 6742, ementa; TJSP, 6ª Câmara, AC 146.749-SP, rel. Des. Nogueira Garcez, 28-12-1965, v. u.; TJSP, 5ª Câmara, AC 157.480-SP, rel. Des. J. G. R. de Alckmin, j. 9-12-1966, v. u.; TACSP, 1ª Câmara, AC 103.075-SP, j. 29-4-1968, rel. Min. Evaristo dos Santos, v. u.; TASP, 2ª Câmara, AC 89.976-Santos, rel. Min. Henrique Machado, j. 17-4-1967, v. u.; TASP, 5ª Câmara, AC 88.928-Santos, rel. Min. J. M. Arruda, j. 10-3-1967, v. u.; TACSP, 6ª Câmara, AC 98.743-Santos, j. 4-12-1967, rel. Min. Alves Barbosa, v. u.; TACSP, 4ª Câmara, AC 112.909-Santos, rel. Min. Batalha de Camargo, j. 9-10-1968, v. u.; TACSP, 4ª Câmara, AC 111.771-SP; rel. Min. Batalha de Camargo, j. 11-9-1968, v. u.

Decisão interessante que comprova não ser a chamada “cláusula *rebus sic stantibus*” uma cláusula, mas sim, mais propriamente, elemento categorial derogável (*naturalia negotii*) e, como tal, suprimível pela vontade das partes, é: — REVISÃO DE PREÇO — Contrato de construção — Da aplicação da cláusula “*rebus sic stantibus*”. “O direito brasileiro admite, em princípio, a aplicação da cláusula ‘*rebus sic stantibus*’. Mas tal cláusula é tão equitativa quanto é necessária a sua aplicação cautelosa. Uma vez excluído pelo contrato, de modo expresso, o direito a reajuste, a esta consequência não se poderá chegar sob a invocada proteção à teoria da imprevisão” (TJSP, 2ª Câmara, AC 172.247-SP, rel. Des. Cordeiro Fernandes, j. 27-8-1968, v. u.).

56-A. No novo Código Civil, o artigo correspondente é o 476.

negotii). Os primeiros são *inderrogáveis*, no sentido de que, se derogados, já não teremos aquele negócio, enquanto os segundos são *derrogáveis*, no sentido de que, mesmo repelidos pelas partes, seu regime jurídico continuará o mesmo (logo, quanto a estes elementos, há, para as partes, uma situação de *onus de se manifestar*, se quiserem afastá-los).

Ainda sobre a distinção dos elementos categoriais em inderrogáveis e derrogáveis, leia-se o seguinte trecho de Biondo Biondi⁵⁷: “Nas fontes, fala-se frequentemente de natureza (*natura actionis, contratus, servitutis* etc.) para indicar a estrutura do instituto; ... Deixando de lado a terminologia, a crítica não pode negar a distinção entre elementos derrogáveis e elementos inderrogáveis; nessa discriminação decide sempre a vontade da lei, a qual pode dispor diversamente na época clássica e no tempo de Justiniano, como demonstra o caso do depósito irregular; mas *isso não leva a renegar o caráter clássico da distinção, que tem caráter universal e vale para o direito moderno*” (grifos nossos).

Finalmente, quanto aos *elementos particulares*, são eles aqueles que, apostos pelas partes, existem em um negócio concreto, sem serem próprios de todos os negócios ou de certos tipos de negócio. Esses elementos são sempre voluntários e, por isso, distinguem-se claramente dos elementos categoriais. Os elementos particulares, por serem colocados no negócio pelas partes, são em número indeterminado, tornando impossível o seu estudo completo. Entretanto, pelo menos três, a condição, o termo e o encargo, por serem mais comuns, foram bem sistematizados na doutrina e estão regulados nas diversas legislações. Condição é a cláusula, que subordina os efeitos do negócio jurídico a evento futuro e incerto; termo, a cláusula que subordina os efeitos do negócio jurídico a evento futuro e certo; e encargo, a cláusula que restringe uma liberalidade⁵⁸. Todos

57. Biondo Biondi, *Istituzioni*, cit., p. 192, § 47, nota 34, tradução nossa.

58. Silvio Rodrigues, *Direito civil*, parte geral, cit., v. 1, p. 231: “Encargo ou modo e uma limitação trazida a uma liberalidade, quer por dar destino ao seu objeto, como, por exemplo, dão a A uma casa, contanto que ele aí vá morar; quer por impor ao beneficiário uma contraprestação, como, por exemplo, deixo a B cinco milhões, mas ele terá de educar meus filhos até a maioridade. É um ônus que diminui a extensão da liberalidade”.

os três são cláusulas, já que resultam da vontade das partes. Outro elemento accidental bem sistematizado, mas que não é estudado de baixo da rubrica do negócio jurídico, por somente se aplicar à matéria contratual, é a cláusula penal.

Os elementos particulares coincidem com os chamados *accidentalialia negotii* da classificação tradicional; todavia, o abandono da expressão *elementos accidentais* justifica-se não só porque esta não tem a conotação que interessa na classificação dada para os elementos do negócio jurídico e segundo a qual se desce do geral ao particular, como também o adjetivo *accidentais*, dela constante, pode levar, nas línguas latinas, os menos avisados a pensar que se trata de elementos de secundária importância. Nesse sentido, diz ainda Biondo Biondi⁵⁹: “Essa qualificação (accidentais) não significa que sejam elementos de importância secundária; eles fazem parte integrante do negócio concreto; não pertencem à estrutura típica do negócio, mas podem intervir sem que esta resulte alterada. Fala-se também de limitações voluntárias aos efeitos do negócio, de vez que eles visam limitar as consequências legais do ato. Em geral, são modalidades que dão ao negócio uma fisionomia particular, a que corresponde um regime particular, sempre no quadro do tipo de negócio. Enquanto que os elementos essenciais e naturais são legais, os accidentais são sempre voluntários”. E também José Carlos Moreira Alves⁶⁰: “Mas é preciso fazer uma advertência a respeito dos elementos accidentais; eles somente são accidentais se considerados abstratamente; se, num caso concreto, forem apostos ao negócio jurídico, tornam-se seus elementos essenciais, porque ficam intimamente ligados a eles. Assim, se se apuser uma condição ilícita (Caio pagará certa quantia a Tício, *se este matar alguém*) a um negócio jurídico, não apenas a condição será nula, mas todo o negócio jurídico”.

Resumindo este parágrafo, podemos, pois, dizer que elemento do negócio jurídico é tudo aquilo que lhe dá *existência* no campo do direito. Classificam-se, conforme o grau de abstração, em *elementos gerais*, isto é, próprios de todo e qualquer negócio; *categoriais*, isto é, próprios de cada tipo de negócio; e *particulares*, isto é, existentes,

59. Biondo Biondi, *Istituzioni*, cit., p. 194, § 48, tradução nossa.

60. José Carlos Moreira Alves, *Direito romano*, cit., v. 1, p. 173, n. 110.

sem serem gerais ou categoriais, em determinado negócio. Os elementos gerais subdividem-se em intrínsecos (ou constitutivos), que são a forma, o objeto e as circunstâncias negociais, e extrínsecos, que são o agente, o lugar e o tempo do negócio. Os categoriais subdividem-se em inderrogáveis (ou essenciais) e derogáveis (ou naturais); os primeiros definem o tipo de negócio e os segundos apenas defluem de sua natureza, sem serem essenciais à sua estrutura. Os elementos particulares, finalmente, são em número ilimitado, podendo, porém, ser estudados três, a condição, o termo e o encargo, que, por serem mais comuns, estão sistematizados.

A importância de toda essa classificação é muito grande do ponto de vista prático (para não falarmos nos aspectos meramente didáticos que só por si a justificariam). Assim, se faltar, em determinado negócio jurídico, um *elemento geral*, ele não existirá como negócio; será um caso de negócio dito inexistente e, como tal, as regras jurídicas a aplicar não serão sequer as das nulidades; além disso, se o elemento geral faltante for intrínseco (ou constitutivo), aquela aparência de negócio (“negócio inexistente”) será fato jurídico, ou, quem sabe, se houver agente, poderá ser um ato jurídico não negocial, e a cada uma dessas situações corresponderão regras específicas. A exata identificação do negócio dentro de uma categoria, por outro lado, através da exata consciência dos *elementos categoriais*, é fundamental para se saber qual o *regime jurídico* a ele aplicável. Além disso, se, num negócio de certo tipo, faltar um elemento categorial inderrogável (ou se, mesmo sem faltar, se puder dar esse elemento como inexistente, para evitar que o negócio seja considerado nulo), aquele ato não existirá como negócio daquele tipo, mas há a possibilidade de convertê-lo em negócio de outro tipo (conversão substancial). O estudo dos elementos particulares, por seu turno, é de fundamental importância para saber se o caso comporta, ou não, nulidade parcial, ineficácia etc.

Segundo o plano exposto, passaremos, agora, no parágrafo seguinte, a expor e classificar, como fizemos com os elementos, os requisitos de validade; depois, no seguinte, faremos o mesmo com os fatores de eficácia, e, finalmente, no último, retomaremos todo o tema do capítulo, em tentativa de síntese, através do exame da inexistência, da invalidade e da ineficácia.

§ 3º

Plano da validade. Os requisitos do negócio jurídico

Após o exame da existência do negócio, o problema seguinte, que se propõe ao jurista, é o de sua validade. Realmente, entre existir e produzir efeitos, interpõe-se a questão de valer; é justamente o plano da validade a *principal consequência* da característica específica do negócio, ou seja, de ser, entre os fatos jurídicos, o único que consiste em *declaração de vontade*, isto é, numa manifestação de vontade vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos.

O plano da validade é próprio do negócio jurídico. É em virtude dele que a categoria “negócio jurídico” encontra plena justificação teórica. O papel maior ou menor da vontade, a causa, os limites da autonomia privada quanto à forma e quanto ao objeto são algumas das questões que se põem, quando se trata de validade do negócio, e que, sendo peculiares dele, fazem com que ele mereça um tratamento especial, diante dos outros fatos jurídicos.

Entende-se perfeitamente que o ordenamento jurídico, uma vez que autoriza a parte, ou as partes, a emitir declaração de vontade, à *qual serão atribuídos efeitos jurídicos de acordo com o que foi manifestado como querido*, procure cercar a formação desse especialíssimo fato jurídico de certas garantias, tanto no interesse das próprias partes, quanto no de terceiros e no de toda a ordem jurídica. Afinal — e, nesse ponto, as análises das definições “objetivas”, “preceptivas” ou “normativistas” do negócio são esclarecedoras —, se a parte ou as partes podem criar direitos, obrigações e outros efeitos jurídicos (relações jurídicas em sentido amplo, ditas erroneamente “normas jurídicas concretas”), através do negócio, isto é, for-

mulando declaração de vontade, essa verdadeira fonte jurídica não pode entrar a funcionar, dentro do ordenamento como um todo, sem qualquer regulamentação, sob pena de ser total a anarquia; há de se proibir a declaração contrária às normas superiores, há de se cercar de segurança certas declarações que interessam a todos. Se, sob outro ângulo, se permite à vontade humana fixar, em larga escala, o conteúdo da declaração — e aqui são as definições “voluntaristas” que muito revelam —, e se os efeitos são imputados à declaração segundo o seu conteúdo, é evidente que se há de tentar evitar que ocorram declarações decorrentes de vontades débeis, ou não correspondentes à exata consciência da realidade, ou provenientes de violência imposta sobre a pessoa que a emitiu etc. Pois bem, o direito, ao estabelecer as exigências, para que o negócio entre no mundo jurídico com formação inteiramente regular, está determinando os *requisitos de sua validade*.

A validade é, pois, a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (“ser regular”). Validade é, como o sufixo da palavra indica, *qualidade* de um negócio existente. “Válido” é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas.

Os requisitos, por sua vez, são aqueles caracteres que a lei exige (requer) nos elementos do negócio para que este seja válido. Há certo paralelismo entre o plano da existência e o plano da validade: o primeiro é um plano de substâncias, no sentido aristotélico do termo⁶¹: o negócio existe e os elementos são; o segundo é, *grosso modo*, um plano de adjetivos: o negócio é válido e os requisitos são as *qualidades que os elementos devem ter*. Há, no primeiro plano: a existência, o negócio existente e os elementos sendo. Há, no segundo: a validade, o negócio válido e os requisitos como qualidades dos elementos⁶².

Por isso mesmo, se o negócio jurídico é declaração de vontade e se os elementos gerais intrínsecos, ou constitutivos, são essa mes-

61. “Organon” 5, 11.

62. Veja-se também Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 116.

ma declaração tresdobrada em objeto, forma e circunstâncias negociais, e se os requisitos são qualidades dos elementos, temos que: a *declaração de vontade*, tomada primeiramente como um todo, deverá ser: a) *resultante de um processo volitivo*; b) *querida com plena consciência da realidade*; c) *escolhida com liberdade*; d) *deliberada sem má fé* (se não for assim, o negócio poderá ser nulo, por exemplo, no primeiro caso, por coação absoluta, ou falta de seriedade; anulável por erro ou dolo, no segundo; por coação relativa, no terceiro; e por simulação, no quarto). O *objeto* deverá ser *lícito, possível e determinado* ou *determinável*; e a *forma*, ou será *livre*, porque a lei nenhum requisito nela exige, ou deverá ser *conforme a prescrição legal*. Quanto às *circunstâncias negociais*, não têm requisitos exclusivamente seus, já que elas são o elemento caracterizador da essência do próprio negócio, são aquele *quid* que qualifica uma manifestação, transformando-a em declaração⁶³.

Quanto aos elementos gerais extrínsecos, temos que: a) o *agente* deverá ser *capaz* e, em geral, *legitimado* para o negócio; b) o *tempo*, se o ordenamento jurídico impuser que o negócio se faça em um determinado momento, quer essa determinação seja em termos absolutos, quer seja em termos relativos (isto é, por relação a outro ato ou fato), deverá ser o *tempo útil*; e c) o *lugar*, se, excepcionalmente, tiver algum requisito, há de ser o *lugar apropriado*.

Passando aos *elementos categoriais*, somente os inderrogáveis (*essentialia negotii*) possuem requisitos; os derogáveis (*naturalia negotii*), por serem determinados pela própria ordem jurídica, não os possuem; é o direito que integra esses elementos ao negócio e, evidentemente, ficando eles implícitos por disposição do próprio direito, não há, para eles, exigência de caracteres. O mesmo, porém, não se pode dizer dos elementos categoriais inderrogáveis; as partes, ao escolherem determinado tipo de negócio, deverão ter em mente que o negócio escolhido deverá seguir determinado regime jurídico. Ora, entre as regras a que o tipo escolhido está submetido estão aquelas que prevêm as qualidades que seus elementos categoriais precisam ter para os negócios serem válidos como aquele tipo de negócio;

63. *Infra*, Título I do § 2º do Capítulo Terceiro.

assim, se o negócio for causal, com causa pressuposta, a existência da causa será requisito de validade, por exemplo: a existência do débito a ser extinto, na novação (art. 1.007 do CC)^{63-A}, a existência de litígio, atual ou potencial, na transação (art. 1.036 do CC)^{63-B} etc. Naturalmente, não vamos, nesse trabalho sobre o negócio jurídico, tratar dos requisitos de cada categoria, pois isso nos obrigaria a percorrer quase todo o campo do direito civil. Apenas daremos mais um exemplo, desta vez fora de qualquer questão ligada à causa; se, na compra e venda, *res, pretium et consensus* são os elementos categoriais essenciais, que o preço seja *determinado* ou, pelo menos, *determinável* (através de terceiro, cotação em bolsa, catálogo etc., mas nunca deixado exclusivamente ao arbítrio de uma das partes) é requisito de um de seus elementos. Diz, por exemplo, Washington de Barros Monteiro⁶⁴. “O segundo elemento do contrato de compra e venda é o preço (*sine pretio nulla vendito est*). Tão essencial é esse elemento que dele chegou Papiniano a afirmar ser a sua própria substância (*emptionis substantia consist ex pretio*). O preço é, efetivamente, o elemento vital, o traço mais característico da compra e venda; é a soma do dinheiro que o comprador paga, ou se obriga a pagar ao vendedor, em troca da coisa adquirida... Os escritores antigos exigiam que o preço se revestisse de três atributos: que fosse *certo* (conhecido desde logo), *justo* (de valor correspondente à coisa vendida) e *verdadeiro* (real e exato). Os dois primeiros deixaram de ser essenciais no direito moderno, que optou por critérios diferentes... Por sua vez, o preço pode ser *determinado*, desde logo conhecido de ambas as partes contratantes no momento da celebração do contrato, como *indeterminado*, mas determinável *a posteriori*, pelos critérios convencionados... O que não é possível é a indeterminação absoluta, como a constante da seguinte estipulação: pagarás o que quiseres. Em tal caso, não se pode afirmar que haja venda, pois, se convier ao adquirente nada pagar, transmudar-se-á unilateralmente em simples doação o primitivo negócio jurídico. Tal estipulação é nula, porque

63-A. Ver novo Código Civil, *caput* do art. 367.

63-B. Ver novo Código Civil, art. 850.

64. Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*; direito das obrigações. 9. ed., São Paulo, Saraiva, 1973, v. 5, 2ª parte, p. 94.

submetida ao arbítrio exclusivo de uma das partes, configurando, pois, condição potestativa, proibida pela lei (CC, art. 115)^{64-A}. Prescreve, aliás, o art. 1.125^{64-B} do mesmo Código que ‘nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a taxaço do preço’. Esse dispositivo tem por fim evitar que a parte, a quem fosse cometido o arbítrio, fixasse exagerada ou irrisoriamente o preço, ao seu benefício e detrimento do outro contratante”. Isso, dito por duas palavras, significa que: a) o preço é *elemento* categorial inderrogável do contrato de compra e venda; b) antigamente, eram *requisitos* desse elemento o ser certo, justo e verdadeiro; hoje, porém, quanto à certeza, contenta-se o ordenamento em que o preço seja determinável; c) todavia, não é possível que a determinação seja deixada ao arbítrio exclusivo de uma das partes.

Muitas vezes, diríamos até que ordinariamente, os requisitos dos elementos gerais do negócio jurídico são repetidos, pela legislação ou pela doutrina, dentro do quadro específico de cada instituto. Rigorosamente falando, essa repetição seria inútil, já que, aparentemente, somente se deveria tratar daquilo que é peculiar, exclusivo da categoria do negócio em pauta. Entretanto, a repetição deve-se à natureza da relação entre os elementos gerais e os elementos categoriais, que é relação de gênero e espécie, com características próprias, como veremos no capítulo seguinte (os elementos categoriais dos negócios abstratos e dos negócios causais, por exemplo, prendem-se aos elementos gerais, forma e objeto, respectivamente); assim, aquilo que era exigido para o mais, feitas as necessárias adaptações, será exigido também para o menos. Por ora, salientamos que essa repetição não só não traz prejuízo algum como, principalmente, serve para esclarecer certos pontos próprios ao tipo de negócio. Trata-se, por outras palavras, de um desenvolvimento, para aquele tipo de negócio, do que já foi visto sobre o negócio jurídico como categoria mais alta. A propósito da certeza do preço, na compra e venda, por exemplo, se fôssemos limitar-nos ao caráter “determinado ou determinável”, que deve ter o objeto de todo negócio jurídico, o mí-

64-A. No novo Código Civil, o artigo equivalente é o 122.

64-B. No novo Código Civil, o artigo equivalente é o 489.

nimo que se poderia dizer é que haveria dúvida sobre se a fixação do preço por uma das partes não seria caso de preço determinável. O mesmo raciocínio (sobre essa insuficiência do exame dos requisitos dos elementos gerais do negócio, quando se trata do estudo de cada instituto em particular) é inteiramente aplicável, ainda exemplificando, quando o assunto versa sobre os requisitos da coisa, no contrato de compra e venda; que ela seja *in commercio*, e não *extra commercium*, coincide certamente com a exigência de licitude do objeto de todo negócio jurídico, mas que dizer do fato de ser a coisa alheia? É requisito ou não? Aí, se há quem veja também objeto ilícito, parece-nos, porém, que não é o caso. A nosso ver, basta, sob esse aspecto, que a coisa a ser comprada não pertença ao próprio comprador; não há necessidade de que ela pertença ao vendedor⁶⁵. De qualquer forma, essas considerações mostram que os requisitos dos elementos gerais do negócio jurídico necessitam quase sempre de *desenvolvimento específico* no quadro de cada tipo de negócio.

Quanto aos elementos particulares, finalmente, também têm eles os seus requisitos. No estudo das condições, é sabido que há dois tipos diferentes de falta dos requisitos de validade; há as condições que *vitiantur et vitiant* e há as que *vitiantur sed non vitiant*. As primeiras, contaminando de nulidade todo o negócio, demonstram muito bem como, afinal, o elemento particular do negócio nem sempre tem caráter “acidental”, quando se tem em vista o negócio concreto⁶⁶; as condições têm tanta ou mais importância que as outras cláusulas do

65. PRESCRIÇÃO — Venda “*a non domino*”. “É perfeitamente razoável a interpretação segundo a qual se rege pela prescrição do art. 179, e não pela do art. 178, § 9º, nº V, ‘b’, do Código Civil, a ação de indenização contra quem vendeu coisa que lhe não pertencia. O caso é de nulidade do art. 145, nº II, do Código Civil, e não de anulabilidade por dolo ou simulação” (STF, 1ª T., RE 71.091-BA, j. 8-6-1973, rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJU, 10 set. 1973, p. 6517, ementa). A nosso ver, contrariamente ao que diz essa decisão, o caso de venda *a non domino* não é de nulidade (plano da validade — falta de requisitos), mas sim de ineficácia (plano da eficácia); há, apenas, ineficácia para os efeitos finais visados pelo negócio (transferência de propriedade). O negócio em si, porém, é válido e, até mesmo, eficaz, como qualquer outro negócio que, realizado, não é cumprido; ele admite rescisão com perdas e danos (e o inadimplemento supõe negócio válido).

66. Vide trechos de Biondo Biondi e José Carlos Moreira Alves, acima citados (§ 2º do Capítulo Segundo, notas 59 e 60, respectivamente).

negócio, não só para as partes, mas, também, às vezes, como os casos abaixo revelam, para a própria lei. Estão entre as condições que *vitiantur et vitiant*, segundo o direito positivo brasileiro, as que subordinam os efeitos do negócio a fato juridicamente impossível (por exemplo, se vender uma *res extra commercium*), e as chamadas condições ilícitas, isto é, as que fazem a eficácia do negócio depender de fato contrário à lei ou aos bons costumes (por exemplo, se cometer crime, ou se se prostituir, se se mutilar, se viver em concubinato)⁶⁷. Estão, também, entre as que contaminam de nulidade todo o negócio: as meramente potestativas (ditas arbitrárias, por exemplo, “se eu quiser”⁶⁸ e as que privarem de todo efeito o ato (art. 115^{68-A} do CC), pois ambas revelam a total falta da vontade de obrigar-se. São, ainda, desse tipo, as chamadas condições perplexas, isto é, as incompreensíveis ou contraditórias; finalmente, há de se considerar que também *vitiantur et vitiant* qualquer condição aposta aos *actus legitimi*, ou seja, àqueles atos, em geral de direito de família, cuja natureza, por lei, não admite condição: casamento, emancipação, reconhecimento de filho, adoção etc.; na verdade, quando esses atos têm seus efeitos subordinados à condição, uma dúvida se poderia propor: considerar nulo todo o ato ou considerar nula apenas a condição? O direito positivo sendo omissivo, o melhor é aplicar subsidiariamente o direito romano, no qual o ato todo ficava viciado (D. 50, 17, 77)⁶⁹. Por outro

67. As condições seguintes dão margem a dúvida sobre se são, ou não, ilícitas: a de casar com pessoa determinada, ou por consentimento e aprovação de um terceiro, ou em certo tempo; a de celibato, perpétuo ou temporário; a de não casar com pessoa determinada ou em certo lugar ou em certo tempo, e a de permanecer no estado de viuvez, “ainda mesmo que seja imposta a viúvo ou a viúva que tenha filhos de seu primeiro casamento e que os filhos sejam menores”. Teixeira de Freitas (art. 633 do *Esboço*) coloca-as entre as proibidas. Veja-se também Washington de Barros Monteiro, p. 240, op. cit., nota 64.

68. Todavia, como observa Trabucchi (*Istituzioni di diritto civile*, 15. ed. rin., Padova, CEDAM, 1966. p. 186), não haverá nulidade quando a condição meramente potestativa é colocada como vantagem da parte que não assume nenhuma obrigação (p. ex., dar-lhe-ei cem, se você quiser).

68-A. No novo Código Civil, o artigo equivalente é o 122.

69. “Actus legitimi, qui recipiunt diem vel conditionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, *in totum vitiantur per temporis, vel conditionis adjectionem*”.

lado, estão entre as condições que *vitiatur sed non vitiant* as cujo evento consiste em fato fisicamente impossível e as de não fazer coisa impossível.

Os termos, tanto quanto as condições, têm seus requisitos. Não são válidos, por exemplo, e, aliás, *vitiatur et vitiant*, os termos colocados em *actus legitimi*, como se depreende do mesmo texto do Digesto já citado.

Finalmente, o encargo não escapa às exigências de requisitos; se ilícito ou impossível, ele será, evidentemente, nulo, mas o ato de liberalidade, em princípio, será válido (*vitiatur sed non vitiat*)⁷⁰. Esta observação, aliás, demonstra que há diferença de regime jurídico entre o encargo e a condição, o que se explica pela natureza diversa de ambos (a condição é determinação anexa, e o encargo determinação anexa, na linguagem de Pontes de Miranda)⁷¹.

70. Trabucchi, *Istituzioni*, cit., p. 192.

71. Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., 3. ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, v. 5, caps. 5^o e 7^o, parte 1.

§ 4º

Plano da eficácia. Os fatores de eficácia do negócio jurídico

O terceiro e último plano em que a mente humana deve projetar o negócio jurídico para examiná-lo é o plano da eficácia. Nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão-só, da sua *eficácia jurídica* e, especialmente, da sua *eficácia própria* ou *típica*, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos. Feita essa advertência preliminar, e antes de tratarmos da situação normal, que é a da eficácia dos atos válidos, lembramos duas situações excepcionais: a eficácia do nulo e a ineficácia do válido. Ambas são, a nosso ver, provas cabais de que não se pode confundir válido com eficaz e nulo com ineficaz; não só há o ato válido ineficaz como, também, o nulo eficaz.

Às vezes, pode ocorrer que, por exceção, um negócio nulo produza efeitos jurídicos (são os chamados efeitos do nulo), embora nem sempre esses efeitos sejam os efeitos próprios, ou típicos, como acima definidos. Exemplo conhecido é o do casamento putativo, que tem “eficácia civil”, em relação ao cônjuge de boa fé (ou aos dois se ambos estavam de boa fé) e em relação aos filhos⁷². Trata-se de hipó-

72. O fato de os efeitos do casamento putativo serem imputados ao casamento, *por causa da boa fé*, não quer dizer que tais efeitos resultem diretamente da boa fé; eles resultam, em pleno rigor das palavras, do próprio casamento. Ademais, é sabido que, em alguns ordenamentos jurídicos, os filhos, mesmo sendo nulo o casamento de seus pais e ainda que não haja boa fé, são legítimos (§ 25 da Lei do Casamento — *Ehegesetz*, de 20-2-1946, na Alemanha; art. 69 do Código Civil espanhol etc.).

tese em que, aliás, os efeitos são os manifestados como queridos; não é, porém, o único exemplo. A verdade é que todo casamento nulo, putativo ou não, produz efeitos. Trata-se de negócio jurídico que produz efeitos até ser julgado por sentença, pois as nulidades, e não apenas as anulabilidades, somente podem ser reconhecidas, em matéria matrimonial, através de sentença em ação ordinária (art. 222^{72-A} do CC). Além disso, um casamento nulo, com boa ou má fé, mesmo já reconhecido como nulo por sentença, ainda produz o efeito de impedir legalmente a mulher de se casar no prazo de dez meses (“não pode casar... a mulher cujo casamento se desfez por nulo, até dez meses *depois* da dissolução da sociedade conjugal” — art. 183, XIV^{72-B}, do CC).

Fora da matéria matrimonial, é caso também de efeitos do nulo a caducidade do legado, quando o testador, depois de haver feito a deixa testamentária, pratica ato nulo de disposição sobre o bem legado; nesse caso, a alienação, mesmo sendo nula, faz o legado caducar, pois, como diz o art. 1.038 do Código Civil francês: “Toda alienação... acarreta a revogação do legado em relação a tudo que foi alienado, *mesmo que a alienação posterior seja nula* e que o objeto tenha voltado às mãos do testador”⁷³.

O art. 17 do Decreto n. 3.708, de 1919 (Lei das Sociedades Limitadas)^{73-A}, também consagra hipótese de efeitos do nulo, ao prescrever: “A nulidade do contrato social não exonera os sócios das

72-A. Não há dispositivo semelhante no novo Código Civil.

72-B. No novo Código Civil, a hipótese não é disciplinada como impedimento, mas vem tratada como *causa suspensiva*, no art. 1.523, II, cujo texto é: “Art. 1.523. Não devem casar: (...) II — a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal”.

73. “Toute alienation... emportera la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, *encore que l’alienation postérieure soit nulle*, et que l’objet soit rentré dans les mains du testateur”. Nesse sentido, para o direito brasileiro, Silvio Rodrigues (*Direito Civil*; direito das sucessões. São Paulo, Max Limonad, [s. d.], v. 7, p. 180). Em contrário, Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito civil: direito das sucessões*. 6. ed. rev. aum., São Paulo, Saraiva, 1966, v. 4, p. 178).

73-A. Apesar de o novo Código Civil regular a matéria, não possui nenhum dispositivo análogo ao da referida Lei.

prestações correspondentes às suas quotas, na parte em que suas prestações forem necessárias para cumprimento das obrigações contraídas”.

No direito alemão, quando o negócio é nulo, porque feito sem seriedade (§ 118 do BGB), o ato produzirá o efeito de obrigar a parte que o realizou e pediu sua nulidade a indenizar quem, sem culpa, confiou na declaração (§ 122 do BGB); a indenização consiste no chamado “interesse de confiança” ou “interesse negativo” (despesas de escritura, de registro e outras, que, porém, nunca poderão ser superiores às que o beneficiário do interesse negativo obteria com a validade do negócio)⁷⁴.

Finalmente, são ainda casos de efeitos do nulo as hipóteses do art. 2.126 do Código Civil italiano, que nos parecem perfeitamente aplicáveis ao direito brasileiro, tendo em vista os princípios do direito do trabalho⁷⁵. Assim, um contrato de trabalho, mesmo nulo (salvo se por ilicitude de objeto ou de causa), mantém todos os seus efeitos já executados. Essa solução aproxima a hipótese do casamento putativo; são casos de nulidade *ex nunc*. Na 2ª alínea do mesmo artigo do Código Civil italiano, os efeitos do nulo são ainda mais evidentes: o direito do trabalhador à retribuição existe, mesmo que o contrato seja nulo, “se o trabalho foi prestado com violação das normas de tutela ao trabalhador”.

74. “Ainda nos sistemas jurídicos, que, como o suíço (Código federal das Obrigações, art. 26), exigem ter havido negligência do que pede anulação por erro, não é na culpa que se baseia o dever de reparar o interesse negativo — mas sim no fato de invocar o próprio erro: portanto, *trata-se de dever de reparação resultante de ato lícito*, que é o pedido de anulação por erro. Deve-se afastar qualquer alusão a ilicitude do ato de errar; com maioria de razão, ao ato de pedir a anulação por erro. A responsabilidade é pelo fato lícito: apenas se trata de dar solução equidosa à situação do réu que não teve culpa; a equidade impõe que sofra o prejuízo quem deu causa a ele” (Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., v. 4, p. 88, § 383, n. 4).

75. Código Civil italiano, art. 2.126: “*Prestazione di fatto con violazione di legge*. La nullità o l’annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall’ illicittà dell’ oggetto o della causa.

Se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione”.

Veja-se também Trabucchi, *Istituzioni*, p. 197, § 80.

Todos esses casos de efeitos do nulo, ainda que se diga que nem todos são de efeitos manifestados como queridos (efeitos próprios), provam a possibilidade, e até a necessidade, de se examinar o negócio jurídico, separadamente, no plano da existência, da validade e, depois, no da eficácia.

Quanto à situação inversa, de ineficácia do negócio válido, será ela examinada logo mais, ao verificarmos quais são os fatores de eficácia do negócio jurídico. Por ora, salientamos que a doutrina alemã, desde Windscheid⁷⁶, tem procurado, sob o gênero dos atos ineficazes em sentido amplo, diferenciar os atos nulos dos atos ineficazes em sentido restrito. Desde 1900, aliás, é o próprio BGB que faz a distinção entre ambos. Segundo a doutrina alemã, os atos ineficazes em sentido restrito abrangem dois grupos: os de ineficácia pendente

76. Windscheid, *Diritto*, cit., v. 1, p. 326, n. 82:

“Il concetto della invalidità fu già indicato genericamente. Invalido è quel negozio giuridico, il quale, poichè non risponde a tutti i requisiti di diritto, non vale per diritto, ossia quello al quale il diritto non accorda la forza di produrre quella conformazione dei rapporti, cui esso intende. Il concetto della invalidità quindi è più ristretto di quello della inefficacia; un negozio giuridico può essere inefficace, anche senza che dal suo difetto resti paralizzata la sua potenza”. E, em nota: “Così quando venga a mancare la condizione, che gli è apposta. Il negozio giuridico qui risponde a tutti i requisiti di diritto; se esso non opera, la ragione non stà nel non potere, ma nel non volere. Similmente, se non segue la ratifica, subordinatamente alla quale alcuno ha concluso un negozio giuridico in nome d’un altro (§ 74). — Certo non deve negarsi, che secondo il senso letterale può in sè e per sè chiamarsi invalida anche quella dichiarazione di volontà, che non opera, perchè non vuol operare; anche di essa si può dire, che per diritto non *vale*. Ma una distinzione nei termini è bisogno, e nessuno contrasterà, che l’uso del linguaggio chiama invalido specialmente ciò, che non si riconosce, *benchè aspiri ad essere riconosciuto*. Ad ogni modo non possono raccogliersi sotto al concetto di invalidità quei casi, in cui l’inefficacia del negozio giuridico non ha la sua ragione nel negozio stesso, ma in un fatto, che concerne l’effetto (ciò che viene prodotto), senza toccare il *negozio giuridico* (la forza produttiva), p. es. nel verificarsi d’una prescrizione. Savigny (IV p. 542) va tanto oltre, da far rientrare sotto al concetto della invalidità persino il caso dell’adempimento d’una obbligazione. Del resto il concetto dell’inefficacia in senso lato può far transito in quello della invalidità, ciò avviene nel caso della presupposizione (§ 97 nota 5). Nelle fonti si fa una distinzione fra un ‘non datum’ ed un ‘inutiliter datum’. L. 1 § 1 D. de reg. Cat. 34.7, l. 60 [59] § 6 D. de her. inst. 28. 5, l. 14 pr. D. de iure cod. 29.7. Ma questa distinzione non coincide perfettamente con quella qui svolta fra inefficacia ed invalidità. Cf. Kretschmar, Prelegati (Prälegate), p. 211 sg., Karlowa op. cit., p. 117 sg. Cf. pure nota 2 i. f. e Leonhard op. cit. p. 294 sg.”.

e os de ineficácia relativa. “Coube a Windscheid a glória de fazer surgir, perante a ciência jurídica, a existência, dum *tertium genus* diferente da nulidade e da anulabilidade, há muito estudadas, ou seja, a chamada ‘ineficácia simples’. Pode com efeito um ato conter todas as condições de validade, e, entretanto, não possuir eficácia, em virtude da falta dum elemento extrínseco ao ato, como ocorre, por exemplo, no caso dum ato sob condição suspensiva (Windscheid, *Pandectas*, v. 1, § 82, n. 1, nota 1). Os grandes juristas alemães não tardaram em desenvolver o estudo da ‘ineficácia’ em todas as suas conseqüências e sua doutrina veio a ser consagrada plenamente no Código Civil alemão de 1900. Sem descer a maiores minúcias, a ineficácia pode ser dividida em duas modalidades principais: a) a ineficácia simples, ou pendente, ou negócio incompleto; b) a ineficácia relativa. Ocorre *ineficácia pendente* ou *simples* quando falta um elemento integrativo à plena eficácia dum negócio em formação, quer se trate dum elemento acessório exigido pela vontade das partes (negócio sob condição suspensiva), quer de elemento estranho àquela vontade ... Ocorre *ineficácia relativa*, ou inoponibilidade, se o contrato, válido entre as partes, não é oponível a terceiro”⁷⁷.

77. Francisco Pereira de Bulhões Carvalho, *Ineficácia do ato jurídico e a reforma do Código Civil*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1966. p. 1

Desembargador do Tribunal de Justiça do ex-Estado da Guanabara, tem-se constituído em verdadeiro apóstolo da ineficácia no Brasil. Cf. *Incapacidade civil e restrições de direito*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1957, v. 1 e 2, e *RT*, 453:275, 454:287 e 456:293, além da sua obra *Ineficácia* citada acima.

Eis também o que diz Daniel Guggenheim, *L'invalidité*, cit., p. 33:

“a) *Actes invalides et actes inefficaces* — A côté des actes invalides qui sont les actes nuls et les actes annulables, la doctrine allemande distingue les actes inefficaces. A vrai dire, les actes invalides sont eux-mêmes considérés comme des actes inefficaces, bien que d'un caractère spécifique. Ainsi sont-ils inefficaces parce qu'ils sont privés d'effet ou peuvent être privés d'effet dans le cas d'un acte annulable, et invalides parce que la cause pour laquelle ils sont privés d'effet est contemporaine à leur passation. Par contre, il existe des actes inefficaces autres que les actes invalides, qui s'en rapprochent tout en devant en être soigneusement distingués. La doctrine allemande en distingue de deux sortes: les uns sont les actes relativement inefficaces; les autres sont les actes provisoirement inefficaces. b) *Les actes relativement inefficaces* — L'acte juridique relativement inefficace est un acte qui déploie en principe tous ses effets; il est toutefois nul à l'égard de certaines personnes. Cette nullité est de plein droit et devra donc être soulevée d'office par le juge. L'acte

Entretanto, por a questão estar sendo sempre examinada pelo ângulo negativo (ineficácia), e não pelo lado positivo (eficácia), a doutrina alemã não é nem tão uniforme nem tão clara quanto seria de desejar. Por exemplo, diz Enneccerus⁷⁸: “El Código civil califica con frecuencia de ‘ineficaz’ al negocio jurídico, pero esta ineficacia no es un concepto unitario y no se contrapone en modo alguno a la nulidad, sino que en muchos negocios que se califican meramente de ‘ineficaces’ el efecto está definitivamente excluido de un modo absolutamente igual que en los negocios nulos, teniendo que aplicarse a ellos todas las reglas sobre los negocios nulos (por ejemplo, también, el § 139). Es conveniente, por tanto, calificarlos también como ‘nulos’”. E ainda⁷⁹: “De los negocios nulos se deben distinguir aquellos casos en los cuales no existen o no *existen aún en su totalidad* las declaraciones de voluntad y los demás elementos de que se compone el negocio. En el último caso puede hablarse de negocios incompletos o pendientes (Son muchos los que llaman ‘ineficaces’ a todos o a algunos de estos negocios)”.

deviendra pleinement efficace lorsque la cause d'inefficacité aura disparu ou que la personne protégée renoncera à faire valoir l'inefficacité. Il est curieux de noter qu'un acte inefficace est défini comme un acte qui déploie en principe tous ses effets. On peut dans ces conditions se demander s'il est véritablement heureux de le qualifier d'inefficace. Il est vrai que cet acte ne déploiera pas d'effets à l'égard de certaines personnes... c) *Les actes provisoirement inefficaces* — L'acte juridique provisoirement inefficace est un acte juridique auquel manque une condition de validité, et dont il n'est pas encore certain que cette condition se réalise ou vienne à faire défaut”.

78. Enneccerus, *Derecho civil*, cit., p. 365, § 189.

79. Enneccerus, *Derecho civil*, cit., p. 366, § 189. Mais adiante (p. 368), diz Enneccerus: “*Como relativamente ineficaces* se deben calificar más bien aquellos negocios cuyos efectos jurídicos se producen, pero con la limitación de que ciertos intereses de una persona, que la ley quiere proteger, quedan a salvo del mismo modo que si el negocio fuese absolutamente ineficaz. En tales casos la ley califica el negocio de ineficaz frente a ese interesado, cosa que, como resulta de la finalidad de la disposición, tiene que entenderse en el sentido indicado. En este sentido, por ejemplo, una prohibición de enajenar, que sólo se propone la protección de una determinada persona, hace ineficaz la enajenación únicamente frente a esta persona (supra § 135). Tales son además la enajenación por el deudor común de una cosa perteneciente a la masa del concurso y la transmisión formal contraria a la anotación preventiva. En algunos casos, ciertas causas de extinción de un poder son ineficaces frente a determinadas personas, de suerte que con relación a ellas el poder sigue en vigor”.

Quer-nos parecer que as ambigüidades e as hesitações entre os próprios autores, que admitem a ineficácia em sentido restrito como sendo situação diversa da nulidade, explicam-se pelo fato de que a questão não foi, até agora, colocada de um ponto de vista positivo. Torna-se, pois, indispensável, completar o exame do negócio jurídico, analisando-o no plano da eficácia, e, aí, tentar deslindar exatamente quais os seus fatores de eficácia.

De fato, muitos negócios, para a produção de seus efeitos, necessitam dos fatores de eficácia, entendida a palavra *fatores* como algo extrínseco ao negócio, algo que dele não participa, que não o integra, mas contribui para a obtenção do resultado visado.

São, por exemplo, casos de negócios, que precisam de fatores de eficácia, os atos subordinados a condição suspensiva. Enquanto não ocorre o advento do evento, o negócio, se tiver preenchido todos os requisitos, é válido, mas não produz efeitos; certamente, a condição como cláusula, faz parte (é elemento) do negócio, mas uma coisa é a cláusula e outra o evento a que ela faz referência; o advento do evento futuro é, nesse caso, um fator de eficácia (é extrínseco ao ato e contribui para a produção dos efeitos).

Outro exemplo de ato válido mas ineficaz é o do representante sem poderes, como o negócio feito pelo mandatário, agindo fora dos limites do mandato. Nesse caso, diz o Código Civil (art. 1.296, parágrafo único^{79-A}), em disposição semelhante à de inúmeros outros Códigos, que a ratificação do mandante retroage à data do ato, o que significa que o ato, até o momento da ratificação, é ineficaz para os efeitos para os quais surgiu (e, assim, poderá permanecer indefinidamente); a hipótese não é de ato nulo, que não admite ratificação, nem de ato anulável, que produz efeitos até ser anulado; o ato do representante sem poderes é somente, até a ratificação, ineficaz em rela-

79-A. O artigo correspondente ao 1.296 é, no novo Código Civil, o art. 662. A redação desse artigo adotou claramente a tese sustentada no texto: "Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são *ineficazes em relação àquele em cujo nome forem praticados*, salvo se este os ratificar". O parágrafo único, sobre a ratificação, tem exatamente a mesma redação do atual Código.

ção ao representado. Ocorrendo a ratificação, o negócio adquire sua eficácia própria; essa ratificação é, pois, fator de eficácia.

Finalmente, daremos um último exemplo do fator de eficácia, antes de tentarmos realizar sua classificação. No art. 1.069^{79-B} do Código Civil, a propósito da cessão de crédito, a lei diz que a cessão “*não vale em relação ao devedor*”, enquanto não for a este notificada; no mesmo capítulo, diz também o Código Civil (art. 1.067)^{79-C} que a cessão “*não vale em relação a terceiros*”, se não for feita por instrumento público ou particular, exigindo, ainda, a Lei de Registros Públicos⁸⁰ a transcrição do instrumento, para os mesmos efeitos, no Registro de Títulos e Documentos. Ora, esses “*não vale em relação a*” significam que o negócio não produz efeitos para fulano ou beltrano; a questão não é de validade, mas sim de eficácia. A notificação ao devedor e o registro do instrumento da cessão são, pois, nessas hipóteses, fatores de eficácia.

79-B. O artigo equivalente no novo Código Civil, art. 290, como sustentado no texto (nossa 1ª edição é de 1974), adotou o conceito de ineficácia para designar a situação da não-notificação do devedor na cessão de crédito. Prescreve o texto da nova lei: “A cessão do crédito *não tem eficácia* em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita”.

79-C. O art. 288 do novo Código Civil, equivalente ao art. 187, corrigiu a terminologia, adotando as idéias expressas no texto: *ineficácia*, em vez de *invalidade*. Eis o texto: “É *ineficaz*, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrar-se mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do § 1º do art. 654”.

80. Lei Federal n. 6.015, de 31-12-1973:

Art. 129. “Estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros:

.....
9ª) os instrumentos de cessão de direitos e de créditos, de sub-rogação e de dação em pagamento”.

Decreto Federal n. 4.857, de 1939:

Art. 134. “No Registro de Títulos e Documentos serão feitas:

a) a transcrição:

I — dos instrumentos particulares, para a prova das obrigações convencionais de qualquer valor, bem como da cessão de créditos e de outros direitos por eles criados, *para valer contra terceiros*, e do pagamento com sub-rogação”.

Dados esses exemplos, passamos a apresentar uma classificação dos fatores de eficácia. Três nos parecem ser as espécies de fatores de eficácia: a) *os fatores de atribuição da eficácia em geral*, que são aqueles sem os quais o ato praticamente nenhum efeito produz; é o que ocorre no primeiro exemplo citado (ato sob condição suspensiva), em que, durante a ineficácia, poderá haver a possibilidade de medidas cautelares, mas, quanto aos efeitos do negócio, nem se produzem os efeitos diretamente visados, nem outros, substitutivos deles; b) *os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada*, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, que já é de algum modo eficaz entre as partes, venha a produzir exatamente os efeitos por ele visados; quer dizer, antes do advento do fator de atribuição da eficácia diretamente visada, o negócio produz efeitos, mas não os efeitos normais; os efeitos, até a ocorrência do fator de eficácia, são antes efeitos substitutivos dos efeitos próprios do ato; é o que ocorre no segundo exemplo citado, em que o negócio, realizado entre o mandatário sem poderes e o terceiro, produz, entre eles, seus efeitos, que, porém, não são os efeitos diretamente visados; c) *os fatores de atribuição de eficácia mais extensa*, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, já com plena eficácia, inclusive produzindo exatamente os efeitos visados, dilate seu campo de atuação, tornando-se oponível a terceiros ou, até mesmo, *erga omnes*; é o que ocorre no terceiro e último exemplo dado (cessão de crédito notificada ao devedor e registrada).

Além do advento do evento nos negócios sob condição suspensiva, são casos de fatores de atribuição da eficácia em geral (letra “a” *supra*) mais os seguintes: a recepção da declaração pelo destinatário, nos negócios receptícios; a outorga de poderes pelo representado, nos contratos em que o representante agiu sem poderes e em que ambas as partes do contrato se comprometeram a aguardar por ela; a morte do testador, no testamento; o advento do termo inicial nos negócios a ele submetidos; a homologação, pelo juiz, da partilha amigável feita entre herdeiros por instrumento particular; a “emissão” (isto é, a colocação em circulação) dos títulos de crédito etc.⁸¹.

81. Em muitos desses casos, no direito brasileiro, dir-se-á que o negócio é “nulo”, por falta de “solenidade essencial” (CC, art. 145, IV; novo Código, art. 166,

As medidas de publicidade em geral enquadram-se entre os fatores de atribuição de eficácia mais extensa (letra “c” *supra*), enquanto grande parte dos casos ditos de legitimidade do agente incluem-se por sua vez, entre os de fatores de atribuição da eficácia diretamente visada (letra *b*, *supra*).

Entretanto, sobre a legitimidade, é preciso cuidado; uma vez esclarecido que ela difere da capacidade, porque esta depende de *condições pessoais*, isto é, de condições da pessoa, ou tomada em si mesma (condições físicas ou psíquicas), ou tomada em meio de um grupo social (condições de *status*), enquanto aquela depende de *relações jurídicas*, temos que distinguir duas espécies de legitimidade. Há uma que podemos chamar de “legitimidade-requisito de validade”, que age sobre a *validade* do negócio; pode ser definida como a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida por *consentimento de outrem*, para realizar validamente um negócio jurídico; ela existe, *malgrado uma relação jurídica anterior*. A outra, que podemos chamar de “legitimidade-fator de eficácia”, é que, de fato, age sobre a *eficácia* do negócio. Esta pode ser definida como a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida pelo fato de estar o agente na *titularidade de um poder*, para realizar eficazmente um negócio jurídico; ela existe *por causa de uma relação jurídica anterior*. Exemplo do primeiro caso tem-se na hipótese de ascendente, que, devido à relação jurídica de parentesco em linha reta, não pode vender bens aos descendentes (art. 1.132^{81-A} do CC). Graças, porém, ao consentimento dos outros descendentes, adquire ele legitimidade para fazê-lo (legitimidade-requisito de validade). Exemplo do segundo caso tem-se na hipótese do mandatário que recebeu poderes do mandante

V); entretanto, basta pensar que a incapacidade do agente, posterior ao negócio, mas anterior ao advento do fator de eficácia (por exemplo, a incapacidade do herdeiro, depois da partilha feita, mas antes da sua homologação, ou a incapacidade do testador, antes de sua morte etc.), não influi sobre a validade do negócio, para se perceber que o problema não é de nulidade, mas sim de ineficácia.

Veja-se também Pontes de Miranda (*Tratado*, cit., v. 34, p. 199, § 3.858), que coloca a emissão dos títulos de crédito, ou sua posse de boa fé por outrem, que não o emitente, como fator de eficácia.

81-A. O dispositivo equivalente no novo Código Civil é o *caput* do art. 496.

para vender bens, doar, transigir etc. e que, então, realiza um desses negócios jurídicos; sua legitimidade resulta, aí, de uma relação jurídica (mandato) (legitimidade-fator de eficácia).

Porque no primeiro caso a legitimidade é obtida, apesar de uma relação jurídica anterior, e, no segundo, por causa de uma relação jurídica anterior, muitas vezes se diz que a legitimidade ora se apresenta sob um aspecto negativo, ora sob um aspecto positivo⁸². De fato, quando se trata de legitimidade-requisito de validade, é a *existência* de uma relação jurídica que impede a realização (válida) do negócio, e, quando se trata de legitimidade-fator de eficácia, é a *inexistência* de uma relação jurídica que impede a realização (eficaz) do negócio. O que há de comum entre as duas espécies de legitimidade é que ambas dizem respeito a uma *relação jurídica*.

Observamos, porém, que às vezes acontece que a relação jurídica, que daria legitimidade ao agente para realizar eficazmente um negócio (legitimidade-fator de eficácia), somente existe *aparentemente*; nesses casos, em atenção à aparência (*error communis facit jus*), pode ocorrer que o direito dê legitimidade a alguém, sem que, na verdade, haja a relação jurídica legitimante; ocorre isso, por exemplo, com o herdeiro aparente, que aliena bens da herança; ou, com o

82. Cf. José Carlos Moreira Alves (*Direito romano*, cit., v. 1, p. 175): “A legitimação ora se apresenta *sob aspecto positivo* (quando a norma jurídica impõe, para a realização de certo negócio jurídico, a observância de determinados requisitos que não se exigem para a caracterização da existência da capacidade em geral), ora *sob aspecto negativo* (quando a norma jurídica estabelece que as pessoas que se encontram em determinadas situações estão inabilitadas para a prática de alguns negócios jurídicos)”.

Também Vicente Ráo (*Ato jurídico*, cit., p. 118): “A legitimação ora age de modo positivo, ora de modo negativo e impeditivo. Age de modo positivo quando não veda a prática do ato gerador da relação, mas impõe a observância de requisitos especiais e pessoais que excedem os genericamente exigidos para caracterizar a simples capacidade, sendo óbvio, *a contrario sensu*, que a inobservância desses requisitos opera negativamente e produz a ilegitimação dos agentes, ou contratantes. Age de modo negativo quando a lei por disposição cogente declara a inabilitação de certas pessoas para a prática de certos atos devidos a alguma situação irremovível em que elas se acham, ou quando mantém o impedimento durante a persistência de determinadas situações pessoais (suscetíveis de cessação), caracterizando-se, na primeira hipótese, a figura da *ilegitimação absoluta* ou inalterável pela vontade dos agentes ou contraentes e, na segunda hipótese, a da *ilegitimidade relativa*”.

accipiens, que recebe indevidamente imóvel e, depois, o aliena, onerosamente, à adquirente de boa fé (art. 968^{82-A} do CC) etc.

Nesses casos, embora possa parecer paradoxal (já que a legitimidade se refere à *relação jurídica*), pode-se falar em *legitimidade de fato* (por oposição à legitimidade de direito, que abrange as hipóteses normais)⁸³.

São casos de negócios em que há falta de legitimidade-fator de eficácia: as vendas a *non domino*, os atos do mandatário sem poderes (desde que aquele que contratou com o mandatário ignore a falta de poderes), as alienações de bem próprio, quando o proprietário já perdeu o poder de disposição (por exemplo, comerciante com falência decretada; executado, que vende bem penhorado) etc. Os negócios realizados nessa situação são válidos e, até mesmo, têm eficácia entre as partes (podem ser rescindidos e dão origem a perdas e danos por inadimplemento); falta-lhes, porém, a eficácia diretamente visada, que, como se percebe, implica os efeitos do negócio se projetarem também na esfera jurídica de terceiros. O *poder*, resultante da relação jurídica legitimante, é, pois, aí, fator de atribuição da eficácia diretamente visada; sem ele, o negócio é ineficaz em relação aos terceiros. Aliás, basta pensar que, em princípio, essas pessoas não precisam agir para destruir o ato, para perceber o quanto essa situação de falta de legitimidade-fator de eficácia difere não só da nulidade (o que é evidente), mas também da anulabilidade.

Cumpre, finalmente, para termos um quadro completo da questão da eficácia, não perder de vista que, ao falarmos de fatores de eficácia, estamos nos referindo ao *início* da produção de efeitos; esses fatores de eficácia são, pois, em suas três espécies, fatores de *atribuição* de eficácia (eficácia em geral, eficácia diretamente visada e eficácia mais extensa). Naturalmente, poderá ocorrer que, uma vez existindo, valendo e produzindo efeitos, o negócio venha, *depois*, por causa superveniente, a se tornar ineficaz. Haverá, então, *ineficácia superveniente*, isto é, resolução do negócio. Por exemplo,

82-A. No novo Código Civil, art. 879.

83. Cf. Carnelutti, *Teoria*, cit., p. 184.

o contrato submetido à condição resolutiva que vem a se desfazer pelo advento do evento futuro e incerto; ou o contrato bilateral que se torna excessivamente oneroso e é desfeito, respeitados certos pressupostos; ou o contrato de depósito que vem a se extinguir pelo fato de o depositante exigir a coisa, ou o de mandato, que termina por renúncia ou morte etc. Nesses casos, pode-se falar em *fatores de ineficácia*, os quais podem, por sua vez, ser de dois tipos: a) os ligados à formação do negócio, por exemplo: o advento do evento futuro (nos negócios sob condição resolutiva, ou nos submetidos a termo final); a não-realização da causa final (nos negócios com causa final)⁸⁴ etc.; e b) os não ligados à formação do negócio, como o distrato e a impossibilidade superveniente.

84. Vide, *infra*, “causa” no § 3º do Capítulo Terceiro.

§ 5º

Inexistência, Invalidade e Ineficácia

“As legislações não têm disciplinado, com perfeição, a teoria das nulidades, certamente porque a doutrina não conseguiu ainda assentar com exatidão e uniformidade as suas linhas mestras. Ao contrário, a matéria é muito obscurecida, carece de boa exposição dogmática, e alimenta acentuada desarmonia entre os escritores, não somente no que se refere à fixação dos conceitos, como ainda no que diz respeito à terminologia, que é algo desencontrada e imprecisa”. Essas palavras, com que o professor Caio Mário da Silva Pereira⁸⁵, abre parágrafo sobre o “negócio jurídico ineficaz em geral”, expressam com perfeição a opinião comum, e até agora correta, de inúmeros juristas da família romano-germânica.

Orlando Gomes, por sua vez, diz⁸⁶: “Nessa matéria reina, entretanto, confusão, particularmente, por imprecisão terminológica”. E Vieira Neto assim se manifesta⁸⁷: “O estudo dos vícios dos atos jurídicos, suas causas e efeitos, constitui o objeto da teoria das nulidades que é, no dizer de Planiol, enfaticamente reproduzido por Martinho Garcez, ‘uma das mais obscuras que há no direito civil (Nulidades, I, 1)’”.

Todavia, acreditamos que o exame do negócio jurídico em seus três planos, seguido da análise de cada um deles, tende a fazer com que cada vez menos essas palavras expressem uma verdade. Real-

85. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 374.

86. Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 462, n. 326.

87. Manoel Augusto Vieira Neto, *Ineficácia e convalidação do ato jurídico*, São Paulo, Max Limonad, [s. d.], p. 6.

mente, examinado o negócio jurídico sob o ângulo da existência, da validade e da eficácia, torna-se simples dizer quando ele inexistente, quando não vale e quando é ineficaz (ineficácia em sentido restrito).

Se, no plano da existência, faltar um dos elementos próprios a todos os negócios jurídicos (elementos gerais), não há negócio jurídico; poderá haver um ato jurídico em sentido restrito ou um fato jurídico, e é a isso que se chama “negócio inexistente”⁸⁸. Se houver os elementos, mas, passando ao plano da validade, faltar um requisito neles exigido, o negócio existe, mas não é válido. Finalmente, se houver os elementos e se os requisitos estiverem preenchidos, mas faltar um fator de eficácia, o negócio existe, é válido, mas ineficaz (ineficácia em sentido restrito).

Não é lógico que se continue a colocar, ao lado do nulo e do anulável, o negócio dito inexistente, como se se tratasse de um *tertium genus* de invalidade. Não há uma gradação de invalidade entre o ato inexistente, o nulo e o anulável. Ao negócio inexistente opõe-se o negócio existente (este é que pode ser nulo, anulável, ou válido). A dicotomia “negócio existente — negócio inexistente”, de um lado, e a tricotomia “negócio válido — negócio nulo — negócio anulável”, de outro, estão em *planos diferentes*.

Da mesma forma, o negócio ineficaz em sentido restrito também não é, ao lado do nulo e do anulável, um *tertium genus* (ou *quartum genus*, para os que admitem também a inexistência). Ao negócio ineficaz se opõe o negócio eficaz.

Portanto, temos: no plano da existência, o negócio existente e o negócio inexistente; no plano da validade, o negócio válido e o negócio inválido (subdividido em nulo e anulável); e, no plano da eficácia, o negócio eficaz e o negócio ineficaz em sentido restrito.

O exame do negócio, sob o ângulo negativo, deve ser feito através do que batizamos com o nome de *técnica de eliminação progressiva*. Essa técnica consiste no seguinte: primeiramente, há de se exami-

88. Ao negócio inexistente, seria preferível chamar “negócio aparente”: Essa denominação evitaria uma inútil discussão terminológica sobre a contradição que a expressão “negócio inexistente” contém e, principalmente, revelaria a principal característica do chamado negócio inexistente (isto é, a aparência de negócio).

nar o negócio jurídico no plano da existência e, aí, ou ele existe, ou não existe. Se não existe, não é negócio jurídico, é aparência de negócio (dito “ato inexistente”) e, então, essa aparência não passa, como negócio, para o plano seguinte, morre no plano da existência. No plano seguinte, o da validade, já não entram os negócios aparentes, mas sim somente os negócios existentes; nesse plano, os negócios existentes serão, ou válidos, ou inválidos; se forem inválidos, não passam para o plano da eficácia, ficam no plano da validade; somente os negócios válidos continuam e entram no plano da eficácia. Nesse último plano, por fim, esses negócios, existentes e válidos, serão ou eficazes ou ineficazes (ineficácia em sentido restrito).

Duas objeções podem ser levantadas: a) os negócios nulos, que, por produzirem eventualmente efeitos, parecem que passam para o plano da eficácia, quando, na verdade, deveriam ficar no plano da validade; e b) os negócios anuláveis, que, pelo menos aparentemente, também passam para o plano da eficácia. Ambas as objeções têm seu fundo de verdade (e, aliás, a primeira já nos serviu até mesmo como argumento para demonstrar a necessidade de separar o plano da validade do da eficácia). Todavia, é inegável que os casos de efeitos do nulo são exceções no sistema de nulidades e como tais devem ser tratadas. Os efeitos do nulo não são, em sua maior parte, também como havíamos salientado, os efeitos próprios do ato (isto é, os efeitos manifestados como queridos), e, portanto, nesses casos, não se pode dizer que o negócio tenha passado para o plano da eficácia; todavia, ainda quando se trate de eficácia própria, tal e qual ocorre no casamento putativo e em algumas outras poucas hipóteses, tem-se, se pudermos expressar-nos assim, um “furo” na técnica de eliminação com que os negócios são tratados; é a exceção que confirma a regra, tanto mais que, depois de o negócio haver entrado no plano seguinte, o sistema jurídico corrige a falha, impedindo que o negócio continue a produzir efeitos (a entrada dos negócios nulos no plano da eficácia não é, pois, definitiva). Quanto aos negócios anuláveis, sua situação não é muito diversa; no fundo, tais atos estão provisoriamente em situação indefinida: após certo tempo, ou estarão definitivamente entre os nulos (foram anulados), ou se equipararão aos válidos como se nunca tivessem tido qualquer defeito.

Feitas essas ressalvas, temos, como decorrência da aplicação da técnica de eliminação progressiva, que somente aos atos existentes se pode dar a qualificação de nulo (e, também, de válido ou anulável). O negócio aparente, chamado de negócio inexistente, uma vez que não chegou a se projetar no plano da validade, não é nem válido, nem anulável, nem nulo; não representa “um grau a mais”, em relação a qualquer um destes, não se aproxima mais do nulo, nem se afasta mais do válido; seu plano é diverso. O negócio inexistente se opõe ao negócio existente e somente este, por ter passado ao plano da validade, é que poderá ser, de acordo com o preenchimento dos requisitos, válido, anulável ou nulo.

O mesmo raciocínio cabe para o negócio ineficaz em sentido restrito. Certamente, o negócio nulo é ineficaz, no sentido amplo dessa palavra, e isto, exatamente porque não passou para o plano da eficácia; todavia, e esse é o ponto que aqui interessa, não é ao ato nulo, mas sim ao *ato válido*, que se quer referir, quando se fala de ineficácia em sentido restrito. O ato ineficaz em sentido restrito é um ato válido, mas que, por falta de um fator de eficácia, não produz, desde o princípio, efeitos; por exemplo, o ato sob condição suspensiva, quando não ocorre o evento a que a condição se referia, ou o ato do mandatário sem poderes que prometeu a ratificação do mandante e não a obteve, ou a cessão de crédito não notificada ao devedor. Nos três casos, os atos são válidos, já foram examinados no plano da validade, e é por isso que podem passar a ser examinados no plano da eficácia; ora, aí, no plano dos efeitos manifestados como queridos, em todos os três casos, há, porém, ineficácia: ineficácia plena, no primeiro caso, ineficácia por falta de outorga de poderes, no segundo (em que o ato é eficaz entre as partes, mandatário e terceiro, mas com eficácia substitutiva, porque o efeito próprio não ocorre por falta de ratificação do mandante), e ineficácia relativa, no terceiro⁸⁹.

89. Além da ineficácia em sentido restrito, há também, como dissemos anteriormente, a *ineficácia superveniente*, isto é, resultante da resolução do negócio. Ambas supõem negócio válido, mas a ineficácia em sentido restrito, ao contrário da ineficácia superveniente, existe desde a formação do ato.

Tanto dentro de cada plano quanto nas relações entre um plano e outro há um princípio fundamental que domina toda a matéria da inexistência, invalidade e ineficácia; queremos referir-nos ao *princípio da conservação*. Por ele, tanto o legislador quanto o intérprete, o primeiro, na criação das normas jurídicas sobre os diversos negócios, e o segundo, na aplicação dessas normas⁹⁰, *devem procurar conservar, em qualquer um dos três planos — existência, validade e eficácia —, o máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente*.

O princípio da conservação consiste, pois, em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia. Seu fundamento prende-se à própria razão de ser do negócio jurídico; sendo este uma espécie de fato jurídico, de tipo peculiar, isto é, uma declaração de vontade (manifestação de vontade a que o ordenamento ju-

90. Na realidade, do ponto de vista das fontes constitutivas do direito objetivo, não é tão radical, como a opinião tradicional parece acreditar, a diferença entre as atividades exercidas pelo legislador e pelo juiz; ambos, legislador e juiz, ressalvados os casos extremos da fixação da primeira constituição, de um lado, e da coação estatal, de outro, são simultaneamente *criadores e aplicadores* do direito objetivo, diferindo a atividade de um e de outro somente na intensidade (grau) com que a executam. Ou, nas palavras de Kelsen (*Teoria*, cit., p. 87): “A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite — a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercivo — entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo o ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior”. E (p. 88): “Todo o ato criador de Direito deve ser um ato aplicador de Direito, quer dizer: deve ser a aplicação de uma norma jurídica preexistente ao ato, para poder valer como ato da comunidade jurídica... A determinação da produção de uma norma inferior através de uma superior pode ter diferentes graus. Nunca pode, porém, ser tão reduzida que o ato em questão já não possa ser considerado como ato de aplicação do Direito, e nunca pode ir tão longe que o ato já não possa ser havido como ato de produção jurídica. Mesmo quando sejam determinados não só o órgão e o processo mas ainda o conteúdo da decisão a proferir — como sucede no caso de uma decisão judicial a proferir com base na lei — existe não-somente aplicação do Direito como também produção jurídica. A questão de saber se um ato tem o caráter de criação jurídica ou de aplicação do Direito está dependente do grau em que a função do órgão que realiza o ato é predeterminada pela ordem jurídica”.

rídico imputa os efeitos manifestados como queridos), é evidente que, para o sistema jurídico, a autonomia da vontade produzindo auto-regramentos de vontade, isto é, a declaração produzindo efeitos, representa algo de juridicamente útil. A utilidade de cada negócio poderá ser econômica ou social, mas a verdade é que, a partir do momento em que o ordenamento jurídico admite a categoria negócio jurídico, sua utilidade passa a ser jurídica, visto vez que somente em cada negócio concreto é que adquire existência a categoria negócio jurídico. Não fosse assim e esta permaneceria sendo sempre algo abstrato e irrealizado. Obviamente, não foi para isso que o ordenamento jurídico a criou. O princípio da conservação, portanto, é a consequência necessária do fato de o ordenamento jurídico, ao admitir a categoria negócio jurídico, estar implicitamente reconhecendo a utilidade de cada negócio jurídico concreto⁹¹.

As aplicações do princípio da conservação são inúmeras. Limitamo-nos a apresentar algumas, encontráveis na legislação, e que, em grande parte, dependem da aplicação pelo juiz.

No plano da existência, é, naturalmente, indispensável que se encontrem, no negócio, os elementos gerais, para considerá-lo como existente; essa regra não sofre exceção. Uma vez, porém, que o negócio exista, se acaso lhe faltar um elemento categorial inderrogável (ou, se, para evitar que o negócio seja considerado inválido ou ineficaz, se puder dar como inexistente um elemento categorial inderrogável), abre o ordenamento jurídico a possibilidade, para o intérprete, de convertê-lo em negócio de outro tipo, mediante o aproveitamento dos elementos prestantes; é a *conversão substancial*⁹².

91. Por outro lado, as considerações feitas no texto sobre o fundamento do princípio da conservação fixam-lhe também os *limites*. Ao se dizer “conservar tudo que é possível” no negócio jurídico, quer-se dizer que não é possível manter, considerando existente, válido ou produzindo efeitos, negócios, ou aparências de negócio, nos quais o ordenamento jurídico, *expressamente*, nega à vontade a possibilidade de criar regras jurídicas concretas.

92. A conversão substancial implica ou a falta do elemento categorial inderrogável ou a consideração de que ele inexistente (apesar de existir) a fim de que o negócio não seja dado como inválido ou ineficaz. Em qualquer caso, a conversão substancial é sempre um fenômeno de qualificação; ela acarreta nova qualificação categorial. Isso, porém, não quer dizer que o possível defeito do negócio esteja

No plano da validade, a própria divisão dos requisitos em mais ou menos graves, acarretando, ou nulidade, ou anulabilidade, é decorrência do princípio da conservação, já que, graças a essa divisão, abre-se a possibilidade de *confirmação dos atos anuláveis* (art. 148^{92-A} do CC). A *sanação do nulo*, cabível em casos excepcionais (por exemplo, art. 208, 2^a parte^{92-B}, do CC), é também resultante do desejo do legislador de evitar que, por excessiva severidade, percam-se negócios úteis econômica ou socialmente. A nulidade de uma cláusula, por sua vez, apesar de o negócio ser um todo, pode não levar à nuli-

sempre no elemento categorial inderrogável; pode haver outro tipo de falta: por exemplo, o pai, que, tendo somente os poderes de administração ordinária, realiza pelo filho contrato de fornecimento, ultrapassa os poderes de representação e o problema será de legitimidade; entretanto, os primeiros fornecimentos podem valer como simples venda de frutos. O negócio jurídico “fornecimento” se converte em negócio “venda”. Ora, a conversão, aí, será substancial, mas o defeito não era no elemento categorial inderrogável do negócio. Outro exemplo: a aceitação, feita fora do prazo, converte-se, por força de lei, em oferta (CC, art. 1.083; novo Código, art. 431) e também o defeito não será no elemento categorial inderrogável (o caso é de conversão legal). De qualquer forma, porém, no negócio convertido, sempre, como é lógico, o elemento categorial inderrogável já não será o do negócio realizado.

Sobre conversão geral: Luigi Mosco, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, Jovene, 1947; José Luis de Los Mozos, *La conversión del negocio jurídico*, Barcelona, Bosch, [c 1959]; Betti, *Conversione del negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano* [Torino], UTET, [s. d.], v. 4; Raul Jorge Rodrigues Ventura, *A conversão dos atos jurídicos no direito romano*, Lisboa, Imprensa Portuguesa, 1947. Acreditamos que, na literatura jurídica brasileira, a mais antiga referência à conversão esteja em Antônio Joaquim Ribas, *Curso de direito civil*, 4. ed., Rio de Janeiro, Ed. J. Ribeiro dos Santos, 1915, p. 510. Não há, no nosso direito, nenhuma monografia sobre o assunto; há somente referências em obras mais amplas. Assim, no *Tratado de direito privado*, de Pontes de Miranda (onde há todo um capítulo, o IV, no volume IV), no *Código Civil brasileiro interpretado*, de Carvalho Santos (Rio de Janeiro, Calvino Filho, 1934-1939, com. ao art. 130), e no *Manual do Código Civil brasileiro* (dir. Paulo Maria de Lacerda, Rio de Janeiro, Ed. J. Ribeiro dos Santos, 1918, v. 3, parte 1), em parte a cargo de Eduardo Espínola (p. 93 e 558). Também: Vieira Neto, *Ineficácia*, cit., p. 143 e s., n. 31. A única decisão jurisprudencial, em que vimos referência à conversão, no direito brasileiro, encontra-se na *RT*, 328:587, em acórdão relatado pelo desembargador Vieira Neto.

92-A. No novo Código Civil, art. 172, houve a substituição da expressão “ato” por “negócio”.

92-B. No novo Código Civil, o art. 1.550 tratou a hipótese como de anulabilidade, mantendo o art. 1.560, II, o prazo de dois anos para a propositura da ação.

dade do negócio; a regra da *nulidade parcial (utile per inutile non vitiatur)* admite que o negócio persista, sem a cláusula defeituosa, “se esta for separável” (art. 153 do CC)⁹³. A nulidade de forma pode acarretar a — *conversão formal*, que torna válido o negócio, graças à adoção de uma forma menos rigorosa que a escolhida pelas partes. Além disso, pode-se observar uma tendência legislativa a admitir “*correções*” dos negócios jurídicos, em casos de erro e de lesão, os quais, se não fosse a correção, levariam à anulação⁹⁴.

No plano da eficácia, a *construção dos negócios ineficazes em sentido restrito*, como negócios diversos dos nulos, resulta de aplica-

93. Trabucchi (*Istituzioni*, cit., p. 196) enumera pelo menos três casos em que há a possibilidade de se separar a parte nula da válida: a) se as partes fariam o negócio mesmo sem a cláusula defeituosa; b) se a lei substitui a cláusula nula por outra válida — por exemplo, no mútuo com taxa excessiva; c) se o negócio é plurilateral e uma das pessoas é incapaz sem que sua participação seja essencial. No novo Código Civil, o art. 184 é o equivalente ao art. 153.

94. Para o caso do erro, veja-se o art. 46 do Anteprojeto de Código das Obrigações do Prof. Caio Mário, que diz: “Não se poderá arguir o erro na declaração de vontade, se a outra parte, antes que o ato possa causar prejuízo, se oferecer para executá-lo na conformidade da vontade real do declarante”. Esse artigo foi repetido, com o mesmo número e mudança de redação, no Projeto de Código das Obrigações de 1965: “O erro na declaração de vontade não lhe prejudica a eficácia quando a parte se oferece para executá-lo na conformidade da vontade real do declarante, sem prejuízo desta”. Também o art. 144 do Anteprojeto de Código Civil de 1972: “Em qualquer caso, o erro na declaração da vontade não prejudicará a validade do negócio jurídico, quando a pessoa, a quem ela se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do declarante”. O art. 144 do novo Código prescreve: “O erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante”. *Vide* ainda os arts. 1.432 do Código Civil italiano e 248 do Código Civil português.

Para o caso da lesão, o art. 78 do Anteprojeto de Código das Obrigações do Prof. Caio Mário diz: “Reputar-se-á convalidado o negócio jurídico se a parte favorecida oferecer suplemento suficiente ou concordar com a redução do proveito”. O § 2º do art. 159 do Anteprojeto do Código Civil de 1972, por sua vez, diz: “Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”. O § 2º do art. 157 do novo Código Civil, por sua vez, determina: “Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”. *Vide*, também, os arts. 1.450 do Código Civil italiano e 283 do Código Civil português.

ção do princípio da conservação. Realmente, graças à distinção entre ambos, admite-se, sem quebra da coerência ou de qualquer norma jurídica, que, ocorrendo o fator de eficácia, o ato passe, sem mais, a produzir efeitos; há pós-eficacização. Tome-se como exemplo um negócio sob condição suspensiva; poder-se-ia pensar em construir a hipótese como sendo a de um ato que só se completasse por ocasião do advento do evento futuro e incerto (em vez de ser um ato já existente e válido, mas ineficaz); mas, então, perguntamos: o que ocorreria se, depois da realização do negócio e antes do advento do evento, uma das partes se tornasse absolutamente incapaz? Se realmente o negócio somente se completasse com o advento do evento, quando este ocorresse, ele deveria ser nulo por incapacidade do agente, o que resultaria em pura perda (além de, provavelmente, criar situação iníqua). Para a solução não ser esta, ou se quebraria a exigência de capacidade no momento da perfeição do ato, ou, pior ainda, teria de se admitir um negócio nulo produzindo normalmente seus efeitos⁹⁵. Ora, a grande vantagem da admissão da ineficácia em sentido restrito é justamente o fato de que se pode admitir, através dela, sem quebra de qualquer regra, que o ato, válido desde sua formação, mas ineficaz até então, passe, pela realização do fator de eficácia, a produzir, sem mais, os seus efeitos. Ainda, no plano da eficácia, o princípio da conservação é regra para *interpretar o negócio* (“*Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi quo res, qua de agitur, in tuto sit*”)⁹⁶. Aplica-se também o princípio da conservação quando se trata da permanência da eficácia; realmente, quando os efeitos do negócio não correspondem aos que, de início, estavam previstos, de forma que, então, certos elementos categoriais naturais (ditas “cláusulas de garantia implícitas”) atuem, o ordenamento jurídico, em vez de ordenar, pura e simplesmente, a

95. Veja-se D. 45, 1, 78 *pr.* (Paulus LVII, *ad edictum*), em que se tem em vista o momento do ato e não o do advento do fator de eficácia: “*Si filius familias sub conditione stipulatus emancipatus fuerit, deinde exstiterit condicio, patri actio competit, quia in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus*”.

96. D. 45, 1, 80 (Ulpianus LXXIV, *ad edictum*). Também: art. 1.666 do Código Civil brasileiro (correspondente ao art. 1.899 do novo Código); art. 1.157 do Código Civil francês; art. 1.132 do Código Civil italiano de 1865; art. 1.367 do Código Civil italiano atual etc.

resolução (ineficácia superveniente), admite, aqui também, “*correções*”, que levam à conservação dos efeitos do negócio (por exemplo: a permissão para optar por ação de abatimento de preço, em vez de ação redibitória, no caso dos vícios redibitórios — art. 1.105^{96-A} do CC; a possibilidade de escolher a restituição de parte do preço, em vez de resolver o contrato, no caso da evicção parcial — art. 1.114^{96-B} do CC; a revisão judicial, nos casos de contratos onerosos desequilibrados pela excessiva onerosidade de uma das prestações etc.). E, finalmente, em hipóteses semelhantes, mas em que há cláusulas de garantia expressas (elementos acidentais), também se admite redução de sua aplicação, em vez de simplesmente considerá-las não escritas (por exemplo, quanto à cláusula penal: arts. 924^{96-C} do CC e 9^o do Dec. n. 22.626, de 1933 — Lei de Usura etc.)⁹⁷.

96-A. O dispositivo equivalente no novo Código Civil é o art. 442.

96-B. O dispositivo equivalente no novo Código Civil é o art. 455.

96-C. O dispositivo equivalente no novo Código Civil é o art. 413, o qual, porém, tem redação mais forte (“a penalidade deve ser reduzida...”). Além disso, também prevê a redução se o valor da cláusula for manifestamente excessivo. Seu texto é: “A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

97. Para o princípio da conservação, *vide* Trabucchi, *Istituzioni*, cit., p. 196; Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 394, n. 94; Giovanni Criscuoli, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 103; Francesco Santoro Passarelli, *Dottrine generali*, cit., p. 147, n. 31, e p. 233, n. 51; Betti, *Teoria*, cit., p. 363, n. 45.

CAPÍTULO TERCEIRO

ANÁLISE DO NEGÓCIO JURÍDICO NO PLANO DA EXISTÊNCIA

Considerações gerais e plano do capítulo: No presente capítulo, faremos uma análise do negócio jurídico no plano da existência.

No primeiro parágrafo, cuidaremos da declaração de vontade; o exame das teses, aparentemente irredutíveis, da teoria da vontade (*Willenstheorie*) e da teoria da declaração (*Erklärungstheorie*) servirá, num primeiro título, para aprofundarmos decididamente o entendimento do negócio jurídico, fixando o exato papel que a vontade nele exerce. Veremos, então, se a vontade é, realmente, como muitas vezes se diz, elemento do negócio jurídico. Nesse mesmo parágrafo, dedicaremos, depois, um segundo título, ao direito brasileiro, examinando qual a posição deste perante os demais direitos de família romano-germânica, a propósito do papel da vontade no negócio jurídico.

O segundo parágrafo será desenvolvido com o exame de cada um dos três elementos que compõem a declaração de vontade (elementos gerais intrínsecos), ou seja, as circunstâncias negociais (Título I), a forma (Título II) e o objeto (Título III).

Finalmente, no terceiro e último parágrafo, examinaremos os elementos categoriais inderrogáveis, procurando aproximá-los da noção de causa, que, tal e qual ocorre com a vontade, é considerada muitas vezes como elemento do negócio jurídico⁹⁸.

98. "Le but fait *partie intégrante* (grifos nossos) de la manifestation de volonté créatrice de l'obligation. On peut même dire qu'il en est l'élément essentiel" (Henri Capitant, *De la cause des obligations*, 2. ed., Paris, Dalloz, 1924, p. 19). "Dans la terminologie juridique, le but s'appelle la cause de l'obligation" (*De la cause*, cit., p. 21). Cf. também os arts. 1.108 do Código Civil francês e 1.325 do Código Civil italiano. Especialmente no Código Civil italiano, há confusão entre o plano da existência e o da validade, já que nele se dá a colocação do objeto (e não da licitude, da possibilidade e da certeza do objeto) ao lado da causa.

§ 1º

Vontade e Declaração de Vontade

TÍTULO I

TEORIA DA VONTADE E TEORIA DA DECLARAÇÃO

Raymond Saleilles⁹⁹, comentando o § 116 do BGB diz: “O art. 116 abre a série de regras que tem por finalidade resolver, nos diferentes casos onde ele se põe, o delicado problema do conflito entre a vontade verdadeira e a vontade declarada, ou, dizendo de outra forma, da solução a admitir quando a vontade verdadeira não corresponde à vontade manifestada, ou seja, quando há desacordo entre a vontade interna e a declaração. Sobre essa questão, e como teoria geral, há oposição entre dois sistemas nitidamente diversos: um, colocado em relevo sobretudo por Savigny, que faz prevalecer, em todos os casos, a vontade verdadeira do declarante, de vez que é somente essa vontade que deve produzir os efeitos de direito que estão em causa, sistema designado pelo nome de teoria da vontade, ou seja, da predominância da vontade como dogma absoluto; o outro, que faz prevalecer a vontade, mesmo fictícia, que se infere da declaração, sobre a vontade verdadeira, seja porque o sentido normal da vontade somente existe, do ponto de vista do direito, por sua expressão externa e somente há lugar para se aplicarem, às disposições da vontade privada, as regras de interpretação admitidas para as normas legais e disposições de lei (Cf. Danz, ‘Auslegung der Rechtsgeschäfte’, pág. 48),

99. Raymond Saleilles, *De la déclaration*, cit., p. 5.

seja porque quem emite uma declaração jurídica aceita se prender, em face de quem ele se dirige, pelo sentido normal das expressões que emprega; do contrário, não haveria mais nenhuma segurança nas relações privadas, sistema conhecido pelo nome de sistema da declaração (sobre esses dois sistemas, v. Planck, págs. 165 e seguintes; Endemann, pág. 294, nota 5; Regelsberger, pág. 512, nota 3, e os autores aí citados em nota)¹⁰⁰.

Roger Perrot¹⁰¹ acrescenta que é tradicional sublinhar as diferenças profundas que há entre o direito francês e o direito alemão, sobre o papel da vontade nos atos jurídicos. Em geral, diz o mesmo autor, apresenta-se o direito francês como um direito essencialmente psicológico, que dá, às menores nuances do foro íntimo, uma importância decisiva, enquanto que o BGB teria por preocupação maior a segurança das relações contratuais, ainda que pagando o preço de uma cristalização mais ou menos forçada das vontades individuais. Ou, por outras palavras, o direito francês é apresentado, em geral, como partidário da teoria de vontade e o alemão, como da teoria da declaração.

Como o BGB surgiu quase cem anos depois do Código Civil francês, quando já começavam a se desfazer muitas das ilusões do liberalismo do século XIX, é inegável que há mesmo uma diferença de concepção entre um e outro código. Por outro lado, como diz ainda o supracitado Roger Perrot, não resta dúvida também de que o princípio da autonomia da vontade nunca teve o mesmo alcance, nem, sobretudo, a mesma ressonância (“le principe de l’autonomie de la volonté n’a jamais eu la même portée, ni surtout la même résonance”) entre os autores franceses e alemães, inclusive no século passado. Na Alemanha, a autonomia da vontade conservou sempre o aspecto de um princípio filosófico, “discutível como todos os princípios des-

100. Sobre a teoria da vontade e da declaração, *vide* Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 71; Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, cit., p. 58; Vicente Ráo, *Ato jurídico*, cit., p. 185 e s., n. 63 a 73; Silvio Rodrigues, *Dos defeitos dos atos jurídicos*, 2. ed., São Paulo, Max Limonad, [s. d.], v. 1, p. 51 e s., n. 27 a 37; Silvio Rodrigues, *Direito civil*; parte geral, cit., p. 161, n. 83; José Beleza dos Santos, *A simulação em direito civil*, Coimbra, [s. d.], 1921, p. 3 e s.

101. Roger Perrot, Alfred Rieg, Prefácio, in *Le rôle*, cit., p. I.

sa natureza”¹⁰². “Em França, ao contrário, a onipotência da vontade ultrapassou o estágio da filosofia pura para atingir o grau de verdadeiro princípio político, que, com a Revolução Francesa, se enriqueceu de uma significação concreta e positiva, na medida em que, precisamente, o voluntarismo foi um instrumento de luta contra as antigas estruturas feudais e corporativas. Tornando-se um símbolo da liberdade, o princípio de autonomia da vontade recebeu uma espécie de consagração sentimental que, em França, mais que em qualquer outro lugar, lhe conferiu seus títulos de nobreza”¹⁰³.

O fato de o Código Civil francês estar impregnado do dogma da autonomia de vontade, aliado ao entendimento unânime da doutrina francesa de que a lei resolveu o conflito, entre a vontade e a declaração, em favor da primeira e contra a segunda, e, ainda, o fato de ter o BGB surgido quando a teoria da declaração já se havia afirmado na Alemanha em posição de quase igualdade com a teoria da vontade, levam às afirmações, algo simplistas, de que, de um lado, o sistema francês adotou a teoria da vontade e dá mais valor ao indivíduo e à liberdade individual, e que, de outro lado, o direito alemão adotou a teoria da declaração e dá mais relevância aos aspectos sociais e à segurança do comércio jurídico.

Todavia, ainda que o dogma da autonomia da vontade seja considerado como “tradição nacional e verdadeiramente francesa”¹⁰⁴, ainda que o Código Civil francês saliente o papel da vontade (*le consentement*), colocando, por exemplo, “o consentimento” como a primeira das quatro condições de validade dos contratos e, depois, denominando “Du consentement” toda a seção primeira, sobre erro, dolo e coação, e ainda que, por seu turno, o BGB denomine a seção correspondente (Título II da Seção sobre o negócio jurídico) “Declaração de vontade”, a verdade, porém, é que não são tão grandes as diferenças entre os direitos de ambos os países.

102. Roger Perrot, apud Alfred Rieg, Prefácio, in *Le rôle*, cit., p. I.

103. Roger Perrot, apud Alfred Rieg, Prefácio, in *Le rôle*, cit., p. I (tradução nossa).

104. Beudant, apud Alfred Rieg, *Le rôle*, cit., p. 7.

Em primeiro lugar, é preciso não confundir todo o direito com a lei. Esta é apenas uma parte do direito e, embora, no nosso sistema romano-germânico, ela forme “o esqueleto da ordem jurídica”¹⁰⁵, a vida a este esqueleto vai ser dada pela doutrina, pela jurisprudência e, principalmente, pelo próprio *espírito do povo*, fonte última da própria lei, da doutrina e da jurisprudência. Segue-se daí que o direito francês não se confunde com o *Code Civil*, nem o direito alemão com o BGB.

Feita, pois, essa observação preliminar, examinemos o que ocorre exatamente com um e outro código, na questão do papel da vontade no negócio jurídico. Há, certamente, diferenças entre ambos, mas não se pode dizer que elas resultem de uma tomada de posição *a priori*, a favor de uma, ou de outra teoria. O Código Civil francês foi formulado antes do aparecimento da teoria sem causa e é obra prática na qual não se percebe repercussão de teorias jurídicas prévias. Segundo Julliot de la Morandière¹⁰⁶, parece que os autores do Código Civil francês sequer se aperceberam do problema da divergência entre a vontade real e a declarada. Por seu lado, no Código Civil alemão, como bem demonstrou Saleilles, houve concessões a ambas as teorias; por exemplo, o ato simulado, a prevalecer a teoria da declaração, deveria, obviamente, ser válido e eficaz, pelo menos em face dos terceiros de boa fé, e, no entanto, como regra de princípio, ele é nulo (§ 117 do BGB), o que representa enorme concessão à teoria da vontade¹⁰⁷. Já o § 119, ao tratar do erro, prevendo a hipótese do chamado erro obstativo (*erreur obstacle*), em que a pessoa expressa o contrário do que tinha em vista e em que, portanto, não há vontade de realização do ato a final declarado, se prevalecesse a vontade interna, deveria determinar-se a nulidade (no entanto, a hipótese é somente sancionada com a anulabilidade)¹⁰⁸. O mesmo se pode

105. René David, *Le grands systèmes de droit contemporains: droit comparé*, 2. ed., [Paris], Dalloz, 1966, p. 125, n. 92.

106. Léon Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil de Ambroise Colin et Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1959, t. 2, p. 326, n. 92.

107. Nesse sentido, Raymond Saleilles, *De la déclaration*, cit., p. 10.

108. Raymond Saleilles, *De la déclaration*, cit., p. 14.

dizer do § 120, que trata do erro na transmissão, cuja conseqüência também é a anulabilidade. Por sua vez, o § 118, que trata da declaração não séria feita com boa fé, isto é, em que o agente fez a declaração, ou por brincadeira, ou para fins didáticos, ou por representação teatral, sem esperar que se pudesse tomá-la como negócio real, ainda que seja tomada por séria, é nula, o que indica que novamente aqui prevaleceu a teoria da vontade¹⁰⁹.

Para além dos códigos, passando a examinar o que acontece com o direito francês e o direito alemão, do ponto de vista da doutrina e da jurisprudência, deve-se lembrar, antes de mais nada, que também muitos juristas alemães foram, ou são, partidários da teoria da vontade. Savigny, seu principal formulador na Alemanha, já foi citado¹¹⁰. Windscheid¹¹¹, por sua vez, diz: “Quem afirma uma cisão entre

109. É essa a interpretação dominante, sobre o § 118, na jurisprudência alemã, embora se pudesse sustentar, como fez Saleilles (*De la déclaration*, cit., p. 11), entendimento objetivista do mesmo parágrafo. O jurista francês afirmou que o que a lei diz “esperança de que a falta de seriedade fosse reconhecida” deveria ser deduzido das circunstâncias externas do ato, e não do *animus* do declarante. Disse Saleilles: “essa interpretação (a objetivista), entretanto, não deverá prevalecer, se tivermos em conta os trabalhos preparatórios, mas ela concorda mais completamente com os princípios gerais sobre a declaração de vontade” (p. 11). Ora, de fato, a interpretação objetivista não prevaleceu. A jurisprudência seguiu os trabalhos preparatórios. A observação de Saleilles comprova, entretanto, que não houve, por parte dos autores do Código Civil alemão, tomada de posição radical a favor de uma ou outra teoria.

110. Cf. trecho de Saleilles citado no início deste Título. A propósito de Savigny, observamos que a sua posição sobre o negócio jurídico, essencialmente voluntarista, não corresponde às idéias que, como chefe da Escola Histórica, sustentava para o direito em geral. Com efeito, a Thibaut, que, impressionado pela simplicidade e uniformidade do Código Civil francês, defendia a redação, para a Alemanha, de um código semelhante, respondeu Savigny que o direito de um povo, como a língua de que ele se serve, surge natural e necessariamente da própria nação; *o direito não se forma por um ato de vontade*, mas sim é o produto da ação coletiva, contínua e silenciosa. Realmente, a Escola Histórica, que, pelo muito que tinha de verdade e pelo prestígio de seus seguidores, conseguiu atrasar, por bastante tempo, a feitura do Código Civil alemão, era, sob inúmeros aspectos, *uma reação contra o verdadeiro ato de fé da Revolução na onipotência da vontade e da lei para criar um estado de coisas*, no qual os antigos abusos deveriam desaparecer (cf. Paul Roubier, *Théorie générale du droit*, 2. ed. rev. aum., Paris, Sirey, 1951, p. 144). Savigny, entretanto, apesar de chefe da Escola Histórica, na questão específica do negócio jurídico, identifica-se integralmente com a “tradição nacional e verdadeiramente francesa” do dogma da vontade.

111. Windscheid, *Diritto*, cit., p. 297.

a vontade e a declaração deve prová-lo; *uma vez acertada tal cisão, a declaração não produz o efeito jurídico indicado como querido. Esse é o princípio*". Vê-se, pois, que também ele pode ser considerado partidário da teoria de vontade; seu pensamento foi mais desenvolvido no programa acadêmico "Wille und Willensklarung", considerado por Ferrara¹¹² "a mais denotada e poderosa defesa da teoria volitiva". Também Puchta, Zitelmann, o próprio Thibaut, são outros autores alemães partidários da teoria da vontade.

Além disso, e principalmente em ambos os direitos (francês e alemão), ocorre curiosa evolução da jurisprudência. Alfred Rieg¹¹³ diz claramente: "Se se comparam as soluções adotadas pelas jurisprudências francesa e alemã, percebe-se que elas têm uma tendência a se harmonizar"... "Recusa-se o direito alemão a tomar em consideração a vontade? Nada mais falso, e a evolução jurisprudencial posterior ao BGB teria, com muita probabilidade, causado admiração a um jurista tão lúcido quanto Saleilles. O autor 'Da declaração de vontade', inteiramente imbuído das idéias do fim do século, não poderia pressentir a interpretação que seria dada aos textos do BGB, pelos tribunais. Há um abismo entre os seus comentários ao § 119, relativo ao erro, e o sistema jurisprudencial adotado. Lá, onde Saleilles falava 'crédito' e 'ponto de vista dos terceiros', os tribunais alemães falam 'respeito à vontade individual'. Inversamente, a prática francesa, a quem se acusava tão freqüentemente de servilismo à vontade das partes, não sacrificou tudo a esta. Nossos tribunais se esforçaram por proteger a segurança dos negócios contra as flutuações do foro interno. Barreiras foram levantadas para evitar a anulação muito freqüente de atos jurídicos com base em vontade viciada; o erro, por exemplo, ainda que seja determinante do comportamento de um contratante, somente será tomado em consideração se ele for conhecido do outro contratante, solução inconciliável com o dogma da autonomia da vontade. Mais ainda: a concepção de nosso Supremo Tribunal quanto à interpretação das cláusulas claras e precisas de um ato,

112. Francisco Ferrara, *A simulação nos negócios jurídicos*, trad. A. Bossa, São Paulo, Saraiva, 1939, p. 11.

113. Alfred Rieg, *Le rôle*, cit., p. 10 (tradução nossa).

nada mais é que a admissão da *Erklärungstheorie*: a letra — entendamos a segurança — prima sobre a intenção”. Com inúmeros exemplos, nas páginas seguintes, o autor demonstra a convergência entre os dois direitos, através da harmonização, em ambos procurada, entre o respeito à vontade interna e a segurança das relações jurídicas¹¹⁴. No mesmo sentido, manifesta-se, Julliot de la Morandière. São suas palavras¹¹⁵: “E, no terreno prático, nenhuma das duas teorias pode ser levada às últimas conseqüências. De fato, admitindo-se que o direito francês e o direito alemão partam de concepções opostas, eles se aproximam muito no que concerne às soluções admitidas pela jurisprudência dos dois países. Se nossos acórdãos sempre afirmam que é preciso procurar a vontade interna, em numerosos casos, eles tomam em consideração a declaração de vontade; nós o verificaremos a propósito da formação do contrato e dos erros de transmissão, a propósito da interpretação dos contratos e principalmente de suas cláusulas claras e precisas”.

Não só o direito francês e o direito alemão, portanto, não se opõem radicalmente, como acabamos de ver, como também não é bem verdade que a teoria da vontade seja “individualista” e que a teoria da declaração seja “social”. O problema é, pelo menos, mais complexo.

O sistema do predomínio da vontade interna parece, certamente, ao primeiro olhar, mais protetor da liberdade do indivíduo e pouco cioso do aspecto “social”, mas é preciso não esquecer que, por exemplo, quando se trata de um contrato, que põe em jogo dois sujeitos, beneficiar um é prejudicar o outro. Se imaginarmos um caso de erro (onde a questão se põe mais freqüentemente), numa compra e venda, na qual as duas partes estejam de boa fé, a aplicação da teoria da declaração poderá levar, graças à manutenção do ato, a beneficiar o que *certat de lucro captando* e a prejudicar o que, já então, somente procura evitar um dano; a aplicação da teoria da vontade, porém, levando à anulação, isto é, à destruição do ato, que, por natureza, é especulativo, viria beneficiar o que *certat de damno vitando*.

114. Vejam-se também as conclusões de Rieg, *Le rôle*, cit., p. 248.

115. Julliot de la Morandière, *Traité*, cit., p. 326 (tradução nossa).

Ora, essa segunda solução nos parece muito mais de acordo com a *moral social*.

Continuando na mesma ordem de idéias, a verdade é que a teoria da vontade se apóia na fé da palavra dada, que está ligada ao princípio da autonomia da vontade e que constitui uma regra de moral social. Georges Ripert, expondo o princípio da autonomia da vontade, dá sua fase filosófica e histórica, nos seguintes termos¹¹⁶: “Para afirmar a onipotência da vontade humana, criadora de obrigações, o Código Civil emprega, no art. 1.134, a expressão mais enérgica que se pode encontrar: ‘as convenções legalmente formadas fazem lei entre as partes’. Para quem se lembra do culto à lei durante o período revolucionário, a fórmula parece singularmente forte. Para se chegar a essa concepção da vontade soberana, criando, por sua exclusiva força, direitos e obrigações, foi preciso que, na obra lenta dos séculos, a filosofia espiritualizasse o direito, para libertar a vontade pura, das formas materiais pelas quais ela se manifesta, que a religião cristã impusesse aos homens a fé na palavra escrupulosamente guardada, que a doutrina do direito natural ensinasse a superioridade do contrato, fundamentando nele a própria sociedade, que a teoria do individualismo liberal afirmasse a concordância dos interesses privados, livremente debatidos, com o bem público. Então, pôde reinar a doutrina da autonomia da vontade que é simultaneamente o reconhecimento e o exagero da onipotência do contrato”.

Pode-se perceber, portanto, entre as idéias historicamente subjacentes à teoria da vontade, os mesmos ideais fundantes do princípio da autonomia da vontade: prevalecimento do espírito sobre a matéria (“a letra mata e o Espírito vivifica”, São Paulo, II Coríntios, 3, 6), justiça das decisões tomadas por si e para si (“toda injustiça é impossível quando se decide por si mesmo”, Kant) e interesse individual realizando o bem público.

Seu preceito imediato é o respeito à palavra dada (*pacta sunt servanda*) e, aí, como diz Julliot de la Morandière¹¹⁷, trata-se de re-

116. Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4. ed., Paris, LGDJ, 1949, p. 38 (tradução nossa).

117. Julliot de la Morandière, *Traité*, cit., p. 327.

gra de moral social. Todavia, a palavra dada é a palavra expressa e, como diz o mesmo autor, “os partidários da vontade interna têm (portanto) que reconhecer que a expressão da vontade faz um corpo só com a própria vontade. Por outro lado, não é certo que a tese da declaração de vontade seja mais ‘social’ que a outra. Sob certos pontos de vista, pode ser, porque ela evita as pesquisas psicológicas delicadas e dá mais estabilidade ao contrato, já que nos limitamos, para sua interpretação e seus efeitos, ao que foi declarado. Mas o mesmo não ocorre sob outros pontos de vista, principalmente do ponto de vista do controle do contrato pelo juiz ou outra autoridade”.

Dados esses aspectos gerais das duas teorias, passamos a apresentar nossa visão sobre elas. Cremos que tanto uma quanto a outra apresenta um erro na sua formulação inicial: *ambas admitem a existência de dois elementos no negócio jurídico: a vontade e a declaração*, divergindo somente quanto à prevalência de um e de outro. Ora, não há dois elementos, mas apenas um, e este é a declaração de vontade.

Uma das grandes vantagens metodológicas da análise do negócio jurídico nos seus três planos é colocar, com precisão, essa questão: no plano da existência, quantos são os elementos intrínsecos do negócio jurídico? há a declaração, e mais a vontade? ou somente há a primeira, constituída de objeto, forma e circunstâncias negociais? Por outras palavras, no plano da existência, a vontade (vontade interna) é elemento do negócio jurídico?

A nosso ver, *a vontade não é elemento do negócio jurídico*; o negócio é somente a declaração de vontade. Cronologicamente, ele surge, nasce, por ocasião da declaração; sua *existência* começa nesse momento; todo o processo volitivo anterior não faz parte dele; o negócio todo consiste na declaração. Certamente, a declaração é o resultado do processo volitivo interno, mas, ao ser proferida, ela o incorpora, absorve-o, de forma que se pode afirmar que esse processo volitivo não é elemento do negócio. A vontade poderá, depois, influenciar a *validade* do negócio e às vezes também a *eficácia*, mas, tomada como *iter* do querer, ela não faz parte, *existencialmente*, do negócio jurídico; ela fica inteiramente absorvida pela declaração, que é o seu resultado. O fato de ela poder vir a influenciar a validade ou

a eficácia do negócio não a transforma em parte dele, como, aliás, também ocorre com diversos outros requisitos e fatores de eficácia.

Em resumo, analisado o negócio jurídico no plano da existência, vê-se logo que a vontade não faz parte dele; o que ocorre é que a declaração deve resultar de um processo volitivo, sob pena de não valer ou de não produzir efeitos (planos da validade e da eficácia). Com esta visão, o problema muda completamente de figura. Será, apenas, uma *questão de grau* saber até que ponto o direito positivo admite ou até que ponto deve ele *de lege ferenda* admitir as influências da vontade sobre declaração.

Assim, a questão, que, do ponto de vista teórico, somente parecia admitir uma ou outra opção, obrigando os espíritos menos profundos e mais práticos a escolher um dos dois termos da alternativa e, depois, a estabelecer exceções, de acordo com as necessidades, literalmente desaparece. Não há que discutir qual dos dois elementos há de, em princípio, prevalecer; somente a declaração de vontade é elemento do negócio jurídico (plano de existência). Mesmo sem vontade, o negócio existe, e apenas poderá acontecer de ser nulo ou anulável (plano de validade), ou de não produzir efeitos (plano de eficácia — em que a vontade age principalmente através da interpretação). Assim, por exemplo, num negócio existente, se a declaração não tiver o requisito de provir de um processo volitivo, ou se esse processo volitivo não for regular, então, o negócio existente será nulo, ou anulável, ou até mesmo válido (dependendo das circunstâncias e dos diversos ordenamentos jurídicos), exatamente como ocorre, por exemplo, com a ilicitude de objeto ou com a preterição de formalidades. Que haja, por desrespeito a um requisito, sanções mais ou menos rigorosas, não resta dúvida, mas o problema, aí, é somente de grau na sanção, não havendo nenhuma necessidade de opção prévia, como ambas as teorias impõem a quem aceita sua formulação inicial.

Aliás, diversos autores salientam que nenhuma das duas teorias jamais teve aceitação integral e, acrescentamos nós, nem poderiam ter, visto que o ponto de partida de ambas não estava metodologicamente correto. A vontade não é *elemento* que se contraponha, nessa condição, à declaração.

Betti, embora sem colocar a questão exatamente nos termos em que a colocamos, e movido antes pelo ardor de destruir o dogma da

vontade, tem observações que merecem ser transcritas; em primeiro lugar, salienta ele o fato de que, sendo o negócio um fato social, há uma *exigência de reconhecimento*, isto é, é necessário que o negócio seja socialmente reconhecível: “Na verdade, a ‘vontade’, como fato psicológico meramente interno, é alguma coisa de impossível de se agarrar, e incontrolável, que pertence unicamente ao foro interno da consciência individual. Somente na medida em que se torna reconhecível no ambiente social, seja como declaração, seja como comportamento, ela se torna um fato social, suscetível de interpretação e de avaliação pelas partes. Somente declarações ou comportamentos são entidades socialmente reconhecíveis e, portanto, próprias para constituir objeto de interpretação ou instrumento de autonomia privada. Que na interpretação e avaliação das declarações e comportamentos não se deva parar na forma exterior ou literal da atitude alheia, mas se deva procurar a *mens* animadora ou o sentido nela objetivado, não significa que *mens* e sentido se possam adivinhar, prescindindo da forma na qual se tornaram reconhecíveis. Objeto de interpretação não pode ser senão um dado objetivo, uma entidade reconhecível precisamente no ambiente social”¹¹⁸.

Também Kohler¹¹⁹ “não admite a dualidade dos elementos declaração e vontade, ainda que unidos, mas sustenta, antes, que um só fenômeno existe, qual seja, a declaração considerada como a própria vontade em ação”. A nosso ver, o que faltou ser dito por esses autores, justamente por não se preocuparem em distinguir

118. Emilio Betti, *Teoria*, cit., p. 51 (tradução nossa). E, mais adiante, p. 55: “Non bisogna, infatti, dimenticare che al momento in cui il negozio si compie, il processo volitivo deve avere, ed ha normalmente, già percorso il suo *iter*, ha raggiunto la sua mèta definitiva: si è già esaurito e concretato in una ferma risoluzione, e gli effetti sono determinati dall’ordine giuridico in conformità con la funzione del negozio. Il tenore di un negozio qualunque insegna che in esso sta in primo piano il regolamento d’interessi disposto per l’avvenire, mentre la volontà sta in secondo piano, siccome indirizzata alla funzione pratica di quello: essa appartiene bensì alla genesi, ma non già al contenuto dell’atto di autonomia come fatto sociale”. Em seguida, Betti exagera na crítica ao dogma da vontade e censura a própria expressão “declaração de vontade” como excessivamente “voluntarista”, preferindo falar em declaração com conteúdo preceptivo e em preceito de autonomia privada. Vejam-se ainda p. 215 e s.

119. In Iharb. f. Dogm. XVI, 91 e s., apud Vicente Ráo, *Ato jurídico*, cit., p. 195.

existência, validade e eficácia do negócio, é que a vontade, embora não seja elemento da existência do negócio, influi sobre a validade ou sobre a eficácia; ela age sobre um negócio já existente, corrigindo-o, auxiliando o seu entendimento e preenchendo suas omissões, tal e qual o direito honorário sobre o *jus civile*, na civilização romana¹²⁰.

A exata colocação do problema, vendo-se no negócio jurídico, como *elemento*, apenas a declaração de vontade, e funcionando o processo volitivo somente sobre a validade ou a eficácia do negócio, dá margem à adoção de diversas soluções legislativas ou doutrinárias, sem perda de coerência¹²¹. A vontade age sobre o negócio, por exemplo, corrigindo-o no plano da validade, às vezes porque ela, *in concreto*, não existiu (declarações feitas sob coação absoluta, atos realizados sob hipnose etc.) e às vezes porque não foi regular, isto é, ou não resultou de uma exata noção da realidade (erro, dolo), ou não resultou de opção espontânea (coação, estado de perigo), ou, ainda, não resultou de motivos lícitos (simulação culposa, fraude contra credores, lesão). Por onde se vê que a relevância jurídica da vontade não ocorre no plano da existência.

A declaração, uma vez feita, desprende-se do *iter* volitivo; adquire autonomia, como a obra se solta de seu autor. É da declaração, e não da vontade, que surgem os efeitos. Tanto é assim que, mesmo quando uma das partes, em um contrato, muda de idéia, persistem os efeitos deste. Como diz Tarde¹²²: “No momento em que se diz que minha vontade me obriga, *esta vontade já não existe*; ela se tornou estranha a mim, de modo tal que é exatamente como se eu recebesse uma ordem de outra pessoa”.

120. *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod est honorarium dicitur ab honore praetorium sic nominatum* (D. 1, 1, 7, 1 Papinianus II definitionum).

121. Manigk (apud Sconamiglio, *Contributo*, cit., p. 41), semelhantemente, diz que a declaração é que determina os efeitos, enquanto a vontade tem um papel negativo (torna inválido o negócio ao qual falta).

122. *Les transformations du droit*, apud Guillermo A. Borda, *Tratado de derecho civil argentino*; parte general II, 4. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965, p. 81.

Ou, ainda, como afirma Betti, com bons exemplos e muita clareza¹²³: “Inversamente, o dogma em causa torna difícil justificar como possa vigorar uma ‘vontade’ sem estar sustentada e animada por uma pessoa viva e capaz; é o que acontece no testamento e pode acontecer no caso de incapacidade, que seja posterior à emissão da declaração (com a proposta), mas que surja antes que o negócio (contrato) esteja concluído (arts. 1.239 e 1.330 do CC italiano), ou antes que ele entre em vigor (se subordinado a uma condição). Na verdade, a vontade, como fato psicológico interno, já se determinou anteriormente: ela se exaure, como já dissemos, com a declaração ou com o comportamento, e neles permanece absorvida. Já, pelo contrário, o preceito de autonomia privada *surge* pela primeira vez com a declaração e com o comportamento; e, desde então, vive como entidade duradoura, externa e desligada da pessoa do autor. O preceito opera para o futuro, vivendo vida própria, independente da vontade, que lhe deu o ser, e, talvez, até mesmo, se lhe contrapondo. Segue-se daí que, se a vontade, como fato psíquico, é alguma coisa que se confunde com a pessoa e não é concebível separada dela, o preceito do negócio é, por sua natureza normativa e não psicológica, alguma coisa de separado da pessoa, a ponto de se contrapor a ela (mesmo nos negócios unilaterais) e de a vincular”.

Embora diversas teorias intermediárias tenham surgido para tentar diminuir o insuperável fosso entre a teoria da vontade e a da declaração, elas, uma vez evitada a formulação inicial e reduzida a questão a se saber qual o grau de influência que a vontade deve ter sobre declaração, perdem qualquer interesse como teorias; servirão, apenas, para explicar por que, segundo esta ou aquela legislação, às vezes, a lei permite a influência da vontade e, às vezes, a elimina.

123. Emilio Betti, *Teoria*, cit., p. 59 (tradução nossa). Veja-se, porém, em contrário, Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 62 e especialmente nota 7. De nossa parte, porém, do trecho traduzido no texto somente não concordamos, como já ficou dito no § 2º do Capítulo Primeiro, com a afirmação da “natureza normativa” do negócio. Do negócio surgem direitos, obrigações, pretensões, ações, exceções, enfim, relações jurídicas *lato sensu*, as quais são todas *inter partes*, mas não normas, que são sempre *super partes*. Por outro lado, Betti fala em declaração ou comportamento, e nós, somente em declaração, mas trata-se de questão exclusivamente terminológica, como será esclarecido adiante (Título II do § 2º deste mesmo Capítulo).

Aliás, especialmente duas, a teoria da responsabilidade e a teoria da confiança, têm, sob o ângulo lógico, graves defeitos, justamente porque partem da dualidade de elementos (vontade e declaração) do negócio. Assim, a teoria da responsabilidade admite, como princípio, a predominância da vontade sobre a declaração, isto é, sendo a vontade inexistente ou irregular, o ato, em princípio, será nulo ou anulável; e, depois, estabelece, baseada na idéia de responsabilidade, a exceção: se houver culpa do declarante, o ato será válido (a culpa do agente, portanto, convalida seu próprio ato!). Por sua vez, a teoria da confiança parte do ponto de vista inverso, isto é, da prevalência da declaração sobre a vontade, porque, normalmente, o declarante deve arcar com o ônus da confiança que provoca nos outros; todavia, segundo ela, se o destinatário da declaração confiou indevidamente (por exemplo, por má fé, isto é, por dolo, ou por culpa), então, se pode passar a pesquisar a vontade interna do declarante (aqui, é, pois, a má fé do destinatário que autoriza a predominância excepcional da vontade sobre a declaração!)¹²⁴.

Bem entendido, não são propriamente as soluções, a que essas teorias chegaram, que censuramos, mas sim as explicações que fornecem. Se, porém, tivermos em mente que tão-só a declaração é elemento do negócio e que o problema consiste exclusivamente em saber até que ponto a vontade influi sobre ela, como requisito ou fator de eficácia, então, a responsabilidade e a confiança (idéias que não constituem monopólio das citadas teorias) podem fornecer-nos o arsenal lógico, para justificar soluções adotadas nesta ou naquela legislação. Assim, por exemplo, especificamente quanto ao Código Civil italiano, do qual se diz que adotou a teoria da confiança e da auto-responsabilidade¹²⁵, o que se há de dizer é, muito simplesmente, que, nele, a influência da vontade sobre a declaração é, em regra, pequena; essa influência somente é admitida excepcionalmente, quando, por exemplo, o destinatário não agiu com a devida cautela, tomando, por culpa sua, como regular, uma declaração que proveio de processo volitivo irregular.

124. Sobre essas teorias intermediárias, vide Vicente Ráo, *Ato jurídico*, cit., p. 196, n. 70; Silvio Rodrigues, *Dos defeitos*, cit., p. 56 e s., n. 31 e 32, e *Direito civil*; parte geral, cit., p. 200, n. 83.

125. Vide Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 70, e Vicente Ráo, *Ato jurídico*, p. 196.

TÍTULO II

INFLUÊNCIA DA VONTADE SOBRE A DECLARAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

As considerações feitas no título anterior tinham por intuito determinar se, no negócio jurídico, havia, como elemento intrínseco, somente a declaração de vontade, ou se a declaração mais a vontade interna. Afastada a última hipótese, poderíamos imediatamente passar a examinar os três elementos que compõem a declaração (circunstâncias negociais, forma e objeto), não fosse a conveniência de se aproveitar o presente momento para, em continuação ao tema exposto, verificar qual a intensidade da influência da vontade sobre a declaração no direito brasileiro. Na verdade, o problema da influência da vontade sobre a declaração é principalmente um problema de requisito e, como tal, deveria ele ser particularizado em capítulo especial sobre o plano da validade; entretanto, pelas razões já ditas, procuraremos, no presente título, fixar o papel da vontade no direito brasileiro, *em algumas questões, nas quais as soluções variam nos direitos dos vários países da família romano-germânica.*

Ora, examinando a questão sob esse ângulo, pode-se dizer que, entre nós, esse papel nem é tão intenso quanto no direito francês, nem tão pequeno quanto no atual direito italiano; aproxima-se, antes, da posição mais equilibrada do direito alemão. Além disso, se analisarmos separadamente, de um lado, nossa legislação e, de outro, nossa doutrina e jurisprudência, poderemos verificar, nas duas últimas, uma interessante tendência moderadora, com isso queremos dizer que, em princípio, quando o Código Civil restringe o papel da vontade, a doutrina e a jurisprudência o ampliam e, inversamente, quando o Código Civil o amplia (o que acontece nas duas questões mais debatidas: interpretação e erro), doutrina e jurisprudência o restringem.

Costuma-se salientar que os campos, em que se pode atribuir maior ou menor influência à vontade, são, principalmente, dois: interpretação e erro¹²⁶. Quanto aos outros defeitos do negócio, diversos do erro, e nos quais também se cogita da vontade interna para influenciar a declaração, ocorre o seguinte: em alguns casos, como os de dolo e coação, o ato ilícito, existente ao lado do vício de consentimento, também influi para a anulação do negócio, obscurecendo, assim, o exato papel da vontade interna e acarretando uma quase-unanimidade de soluções nos direitos dos vários países; em outros casos, como os de reserva mental, mesmo os mais radicais defensores da teoria clássica sobre a vontade¹²⁷, jamais consideraram que a irregularidade do processo volitivo pudesse ser causa de nulidade ou anulabilidade (abre-se uma exceção quando a reserva mental é conhecida da outra parte, como prevê o final do § 116 do BGB, mas aí o caso será antes de simulação)¹²⁸. É, especialmente, portanto, no tratamento do erro e da interpretação do negócio jurídico que se nota uma variação, entre as várias legislações, sobre a influência da vontade. Todavia, embora em pequena escala, também os regimes jurídicos da causa ilícita, da simulação e das declarações não sérias (abrangidas, nesta expressão, não só as feitas por brincadeira, mas também as feitas para fins didáticos, ou como representação teatral) admitem diversidade no tratamento do papel da vontade. Passaremos, pois, a examinar essas cinco questões no direito brasileiro.

Não se prestam a muita investigação, em primeiro lugar, as declarações não sérias; não há, no nosso Código Civil, preceito semelhante ao § 118 do BGB, que as considera nulas, quando é de se esperar que a falta de seriedade seja perceptível pelo destinatário. A doutrina e a jurisprudência, por sua vez, são também praticamente omissas. A primeira, nas poucas obras em que há referência às declarações não sérias, não diz se o critério para se apreciar a “esperança de reconhecimento da não seriedade” deve ser o objetivo, isto é, pe-

126. Vide Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 287, n. 83, e Guillermo A. Borda *Tratado*, cit., p. 80, n. 828.

127. Cf. Raymond Saleilles, *De la déclaration*, cit., p. 6.

128. Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*; parte geral, p. 223.

las circunstâncias em que o fato se dá (e, portanto, atribuindo pequeno papel à vontade do declarante), ou se deve ser o subjetivo, isto é, verificando se o declarante pensou que sua declaração seria mesmo tomada como não séria (e, portanto, atribuindo grande papel à vontade interna)¹²⁹. Também na jurisprudência não se encontra uma posição a respeito¹³⁰.

A solução, que nos parece melhor para esses casos, desde que haja conflito entre declarante e destinatário, é a seguinte: a) se as circunstâncias são de tal ordem que uma pessoa normal (ou seja, um ser humano abstratamente considerado, e não o destinatário *in concreto*) perceberia a falta das circunstâncias negociais, que fazem com que socialmente uma manifestação de vontade seja vista como destinada a produção de efeitos jurídicos, não há declaração de vontade;

129. Vicente Ráo, *Ato jurídico*, cit., p. 209, n. 76, por exemplo, trata do assunto mas não toma uma posição clara a respeito dos casos em que, apesar da não seriedade, os atos podem ser tomados como sérios, limita-se a citar Cariota Ferrara, que, aliás, não tem uma posição coerente a respeito (*Il negozio giuridico*, cit., p. 535, n. 115). Em princípio, Cariota Ferrara considera nulas as declarações não sérias, e isso em virtude da falta de vontade. Mas, tratando dos casos de representação teatral ou de demonstração para fins didáticos, “in qualche rarissimo caso, difficilmente ipotizzabile”, sustenta ele, contraditoriamente, que o ato será válido se houver culpa do declarante (teoria da responsabilidade). Ora, das duas, uma: ou o ato continuaria nulo, porque há a mesma razão (falta de vontade) e, apenas, deveria haver responsabilidade por perdas e danos decorrente de culpa, ou, então, a razão dada para a nulidade (falta de vontade) não era verdadeira. Para a hipótese de brincadeira (*scherzo*), a solução dada pelo citado autor italiano é, da mesma forma, incoerente: em regra, o negócio é nulo, por falta de vontade séria, mas se o gracejo é para não ser percebido pelo destinatário (*cattivo scherzo*), apesar da falta de vontade, o negócio vale; será válido também (sempre apesar da falta de vontade que deveria acarretar nulidade) se o gracejo, embora destinado a ser percebido pelo destinatário, deixa de ser notado por culpa do declarante.

130. A única notícia que temos não é de declaração prolatada por gracejo, mas sim situação inversa de declaração da *omitida* por gracejo. Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito civil; direito de família*, 10. ed., São Paulo, Saraiva, 1971, p. 58), depois de afirmar que a cerimônia do casamento deverá ser sobrestada quando um dos nubentes recuse-se a dar o seu consentimento, mesmo quando, em seguida, declare tratar-se de recusa por simples gracejo, relata em nota: “Há tempos, no Rio de Janeiro, noticiou-se o caso de certo jovem que, para ganhar uma aposta, respondeu negativamente à pergunta do juiz. De acordo com a lei, suspendeu este *incontinenti* a realização do ato, não admitindo retratação do nubente no mesmo dia, embora ele assegurasse tratar-se de pilhéria e seu intento de reiniciar a cerimônia”.

logo, não há que se cogitar; de negócio jurídico (por exemplo, uma “declaração de vontade” no palco ou numa sala de aula); o problema não é sequer de nulidade, é de inexistência; b) se, porém, não for essa hipótese e houver todas as circunstâncias de um verdadeiro negócio jurídico (isto é, houver declaração de vontade), então, faltando seriedade ao negócio (isto é, faltando a vontade interna de realizar o negócio jurídico, como quando há intuito de fazer graça, sem que o destinatário perceba), este existirá mas será nulo (a vontade influirá sobre a validade); aí, se houver culpa do declarante, acarretando prejuízos para outras pessoas (os destinatários *in concreto*), o agente responderá com base na responsabilidade pelos atos causados por culpa¹³¹. A hipótese prevista na letra “b” portanto, não se assemelha à de reserva mental, em que o negócio é válido, mas sim às de sonambulismo e ato realizado sob hipnose, em que o negócio é nulo; apenas, se houver culpa do declarante, deverão ser aplicadas as regras sobre a responsabilidade. Em síntese, adotamos, primeiro, o critério objetivo, para saber se o ato *existe*, e, feito isso, adotamos o critério subjetivo, para saber se ele *vale*¹³².

Como segunda questão a nos ocupar neste Título, temos a simulação; sobre ela, é bastante clara a posição da nossa legislação ao atribuir papel restrito à vontade interna, *quando se trata de litígio de um simulador contra o outro*. O Código Civil brasileiro tem, aliás, a esse respeito, posição singular entre as legislações da família romano-germânica; determina que, na simulação culposa, quando se trata de alegação dos próprios simuladores entre si, a declaração prevale-

131. Será caso de responsabilidade civil ordinária, responsabilidade extracontratual, ou aquiliana, do tipo *in contrahendo*; não será caso de responsabilidade contratual. Além disso, será caso de responsabilidade subjetiva, fundada na culpa, e não de responsabilidade objetiva.

132. Veja-se o art. 245 do Código Civil português:

“Art. 245. (*Declarações não sérias.*)

1 — A declaração não séria, feita na expectativa de que a falta de seriedade não seja desconhecida, carece de qualquer efeito.

2 — Se, porém, a declaração for feita em circunstâncias que induzam o declaratório a aceitar justificadamente a sua seriedade, tem ele o direito de ser indenizado pelo prejuízo que sofrer”.

ce contra a intenção que ambos tiveram. O art. 104 diz: “Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros”.

Como se percebe, o ato simulado, na simulação culposa, prevalece entre as partes e, até mesmo, entre essas e terceiros (ressalvada aos terceiros a possibilidade de demandar a anulação). Essa posição é *sui generis* no direito comparado; não há nenhum outro código que traga artigo semelhante. Trata-se de regra que proveio do art. 526 do “Esboço” de Teixeira de Freitas e que, aliás, havia passado para o art. 959 do Código Civil argentino (deste, porém, ele foi retirado pela Lei n. 17.711, de 1968, que o substituiu por outro, de teor mais harmônico com o art. 960). Ora, pelo art. 104 do Código Civil brasileiro, é vedado ao juiz investigar a vontade interna das partes; aplica-se, aqui, segundo entendimento unânime da doutrina, o princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. O que ocorre, pois, é o seguinte (segundo o texto legal): diante da *alegação* de simulação, o juiz já não prossegue na investigação; a vontade interna, a real intenção das partes, não será sequer pesquisada pelo magistrado. Prevalece a declaração e, a bem dizer, não há necessidade de verificar se houve, verdadeiramente, simulação. Portanto, ainda que a *ratio legis* do preceito seja o princípio *nemo auditur* (cuja utilidade é cada vez mais questionada)¹³³, sob o aspecto, através do qual estamos examinando a simulação, isto é, sob o ângulo das influências da vontade sobre o negócio, a declaração prevalece e o papel da vontade interna é nenhum. Aliás, entre parênteses, lembramos que o art. 104 do Código Civil brasileiro desmente a afirmação de Alberto Auricchio¹³⁴, que, com base em Messina, disse que, no tema cheio de controvérsia da simulação, a única certeza (*sic*) era a de o ato simulado não produzir efeitos entre as partes...¹³⁵.

133. Veja-se Phillippe le Tourneau, *La règle “nemo auditur”*, Paris, LGDJ, 1970. Também Vicente Ráo, *Ato jurídico*, cit., p. 166, n. 58.

134. Alberto Auricchio, *A simulação no negócio jurídico: premissas gerais*, Trad. Fernando de Miranda, Coimbra, Ed. Coimbra, 1964, p. 7.

135. Na verdade, todo o sistema brasileiro sobre a simulação é *sui generis* e obedece à orientação inteiramente diferente da de outras legislações. Além da pecu-

Se, porém, na legislação brasileira, o papel da vontade interna, na simulação culposa, é, entre as partes, nenhum, a doutrina, muitas vezes, censura a regra¹³⁶. Quanto à jurisprudência, pode-se afirmar que vai ainda mais longe; ela, sem o dizer, muitas vezes, pura e simplesmente, ignora o art. 104. Não é de se admirar que até mesmo ações rescisórias tenham sido consideradas procedentes, para o fim de se anularem sentenças ou acórdãos proferidos sem aplicação do art. 104¹³⁷. Na verdade, quando uma das partes promove ação de anulação por simulação, trata-se, em geral, de caso de simulação culposa, isto é, feita com o intuito de infringir preceito de lei, mas em que o autor da ação é a parte economicamente mais fraca; é o que ocorre, por exemplo, nos muitos casos de mútuo, dissimulados em compra e venda ou em promessas de compra e venda e nos quais os direitos

liaridade citada no texto, lembramos mais duas fundamentais: a existência da previsão legal de simulação inocente e a sanção, para a simulação culposa, de anulabilidade, e não de nulidade.

O trecho de Alberto Auricchio referido no texto diz: “Quando, no dealbar deste século, a doutrina italiana iniciou o seu grande esforço para construir os fundamentos de uma teoria da simulação e, separando os aspectos substanciais do fenômeno daqueles que eram simplesmente processuais, procurou fixar, de uma vez para sempre, os termos em que a formulação do problema ainda hoje parece válida, *impôs-se a consideração de que o estudo do negócio simulado não permitia nenhuma certeza, a não ser a da sua incapacidade para produzir efeitos em relação aos contraentes* (grifos nossos). Parece absurdo ouvir reafirmar a mesma coisa há quase cinqüenta anos: e, no entanto, tem de reconhecer-se que aquela afirmação hoje é profundamente verdadeira”.

O art. 104 do nosso Código o desmente completamente.

Com o novo Código, é provável que a afirmação de Auricchio se torne verdadeira porque não há dispositivo equivalente ao art. 104 no novo Código Civil. Todavia, a jurisprudência ainda poderá aplicar o princípio *nemo auditur*.

136. Clóvis Beviláqua, *Código*, cit., com. ao art. 104: “Esta é a doutrina tradicional, e que me parece ainda a melhor, *não obstante a crítica, que lhe tem feito, ultimamente*”.

Também Espínola: “a opinião dominante na doutrina e na jurisprudência contemporânea se afasta do sistema seguido por Teixeira de Freitas e acolhido por nosso legislador (nº 129, op. cit. nota 92, p. 78). Veja-se ainda Vicente Ráo, *Ato jurídico*, cit., p. 167, n. 58.

137. “Decide contra literal disposição de lei o julgado que admite a alegação de simulação entre os próprios contratantes, ferindo o art. 104 do Código Civil” (RT, 414:337).

reais funcionam como garantia para o mutuante. Ora, aí, em primeiro lugar, ao ser movida a ação de anulação e ao alegar o autor que o ato de alienação foi simulado, põe-se um difícil problema de opção para o réu, ou seja, invocar ou não o art. 104. Embora esse artigo aparentemente o favoreça, sente-se ele em posição processualmente fraca, ao pedir sua aplicação; parece-lhe que o fato de querer impedir a discussão, levantada na inicial, sobre a simulação, poderá futuramente pesar contra ele; de certa forma (pensa), fugir da acusação de simulação utilizando o art. 104 poderá parecer uma confissão de que realmente ocorreu simulação (ato socialmente censurado). O art. 104 surge, assim, como uma armadilha para o réu; se se defender com base nele, imagina que o juiz concluirá pela existência da simulação, e, então, ou o julgador decidirá sem tomar em consideração o art. 104, ou, se, por acaso, se sentir tolhido pelo referido artigo, procurará fazer justiça por outras vias; ora, nenhuma das duas soluções o favorece. Adota, pois, o réu, em geral, a solução contrária; opta pela política do silêncio, finge não saber da existência do art. 104 (ou, então, o lembra, mas sem muita ênfase) e defende-se pelo mérito, afirmando que não houve simulação. Por isso mesmo, depois, muitas vezes, acontece que o juiz vem a decidir de acordo com a colocação das pedras no jogo, isto é, ignorando o art. 104; investiga, amplamente, a vontade das partes, para saber se houve ou não simulação. Assim, todos, autor, réu e juiz, fingem que não vêem o art. 104¹³⁸. Em conseqüência, são muitas as decisões anulando, por simulação, negócios que encobriam mútuos (em geral, com juros usurários e violando a proibição do pacto comissório)¹³⁹ e, em nenhuma delas, se faz referência ao art. 104.

138. Na própria decisão (RT, 414:337) citada na nota anterior, o texto do acórdão observa que *os próprios autores da ação rescisória* evitaram falar na simulação que havia sido alegada pela outra parte e depois reconhecida pelo acórdão rescindendo!

139. Vide RT, 342:398, 345:141 etc. E, especialmente, a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal: "A simulação fraudulenta não prevalece entre os contraentes se o contrato dissimulado é usurário" (STF, 2ª T., RE 47.891-PR, j. em 10-7-1962, rel. Min. Hahneemann Guimarães, conhec. e neg. pronto, v. u., DJU, 4 jul. 1963, ap. p. 495, íntegra). Também contratos de renovação de locação comercial formulados como se fossem novos, para não dar direito a ação renovatória, tem sua simulação desfeita, para prevalecer a situação real (cf. STF, 2ª T. RE 63.629-GB, rel.

Não discordamos do resultado a que chega essa jurisprudência, mas censuramos o fato de não lhe ser dada uma base racional, que não seja a pura e simples não-aplicação da regra legal. Aproveitamos, pois, a oportunidade para sugerir que ela se fundamente como segue: a simulação culposa, segundo art. 104, não pode ser alegada em juízo pelos simuladores; logo, *a contrario sensu*, a simulação inocente pode¹⁴⁰; ora, como a simulação é culposa, ou inocente, conforme haja, ou não, *intuito* (cf. art. 104) de prejudicar a terceiros ou infringir preceito de lei, podemos admitir que, num único negócio, o intuito malicioso seja exclusivamente de uma das partes; portanto, o mesmo negócio, no qual, sem dúvida, há conluio entre as partes para simular, poderá ser negócio com simulação culposa, para a parte que tiver o intuito malévolos, e negócio com simulação inocente, para a que aderiu à simulação sem o referido intuito. Logo, uma das partes, embora conivente com a simulação, por não ter intuito ilícito (é simulador, mas simulador inocente), pode alegar a simulação; sua alegação não fere o art. 104, que somente abrange o simulador que teve o *animus* ilícito¹⁴¹.

Naturalmente, se a situação não for a que acabamos de expor e houver intuito ilícito de ambas as partes, já não há como fugir ao que dispõe o Código Civil¹⁴². Como quer que seja, porém, quanto ao tema

Min. Xavier de Albuquerque, j. 23-3-1973, não conheceram, v. u., *DJU*, 4 maio 1973, p. 2904, ementa).

140. Cf. Clóvis Beviláqua, *Código*, cit., e Silvio Rodrigues, *Direito civil*; parte geral, cit., p. 199.

141. Fica, assim, plenamente justificada a jurisprudência já referida, sem que haja não-aplicação da lei.

142. *Vide RT*, 372:270 e 383:99. Esta última decisão é bastante interessante, visto que nenhuma das partes alegou simulação, mas, no decorrer da instrução, ela resultou tão evidente que os desembargadores prolatores do voto vencedor resolveram aplicar o art. 104. A nosso ver, a melhor solução era a do voto vencido que afastava a aplicação do citado artigo, porque a controvérsia não se estabelecera sob o ângulo da simulação. De qualquer forma, o comportamento das partes e o voto vencido confirmam a tendência de silenciar sobre a aplicação do art. 104, mesmo quando houve intuito malévolos de ambas as partes.

Dentro da mesma ordem de idéias, cumpre lembrar que o art. 104 não foi repetido no Anteprojeto de Código Civil de 1972, art. 156: "Poderão demandar a anulação do negócio jurídico simulado, *além dos contraentes*, caso em que serão ressaltados os direitos de terceiros de boa fé, os terceiros lesados pela simulação ou os representantes do poder público".

que estamos desenvolvendo, da menor ou maior influência da vontade sobre a declaração em caso de simulação percebe-se que, se, na lei, a influência da vontade, na simulação culposa, deveria ser, por causa do princípio *nemo auditur*, entre os simuladores, aparentemente nenhuma, a doutrina, censurando o art. 104, e a jurisprudência, muitas vezes deixando de o aplicar, procuram alargar essa influência. Nossa própria solução, acima apresentada, tem exatamente o mesmo sentido, já que, ao tentar dar base racional à citada jurisprudência, não se afasta da tendência de alargar o papel da vontade, isto é, ela leva o juiz a procurar o *intuito* de cada uma das partes, a fim de saber se o caso é de simulação inocente ou culposa.

Se, no nosso direito, sobre as declarações não sérias, pouco havia a observar e, se sobre a alegação de simulação de uma parte contra a outra a posição da lei era restritiva e a da doutrina e jurisprudência, ampliativa, agora, passando à terceira questão deste Título, interpretação dos negócios jurídicos, dá-se algo diverso: aqui é a lei que abre largo campo à vontade, enquanto a doutrina e a jurisprudência procuram fixar-lhe limites.

O Código Civil foi avaro na formulação de regras sobre interpretação dos negócios jurídicos. Há um único artigo de caráter geral, o art. 85^{142-A}, que diz: “Nas declarações de vontade se atenderá mais

O Anteprojeto do Código das Obrigações do Prof. Caio Mário da Silva Pereira, entretanto, dizia: “Art. 59. A simulação fraudulenta não poderá ser invocada por qualquer das partes coniventes”.

No novo Código Civil, o art. 167 determina:

“É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I — aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II — contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III — os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contratantes do negócio jurídico simulado”.

142-A. O dispositivo equivalente no novo Código Civil é o art. 112, que, porém, adotou visão objetiva da regra. “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção *nelas consubstanciada* do que ao sentido literal da linguagem”.

à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”. Na Parte Especial, há outros¹⁴³ que, porém, não desmentem o art. 85; este é, pois, nessa matéria, a norma fundamental. Sobre ele assim se manifestou Clóvis¹⁴⁴: “Este preceito é mais do que uma regra de interpretação. É um elemento complementar do conceito do ato jurídico. Afirma que a parte essencial ou nuclear do ato jurídico é a vontade. É a ela, quando manifestada de acordo com a lei, que o direito dá eficácia”.

Ora, *grosso modo*, tendo em vista o papel da vontade, dois são os sistemas de interpretação dos negócios jurídicos: a) o sistema francês, que dá importância fundamental à pesquisa da intenção, admitindo outras regras apenas como adinículos para a procura da vontade real; e b) o sistema alemão, que distingue entre negócios jurídicos em geral e contratos (e negócios patrimoniais análogos), predominando, para a interpretação dos primeiros, a intenção, e admitindo-se, para a interpretação dos segundos, em posição de paridade, a pesquisa da vontade real e o atendimento às exigências da boa fé, aliada aos usos e costumes.

Esclareça-se, para evitar equívocos, que, pela leitura dos Códigos, de um e de outro país, não se observam grandes diferenças. No Código Civil francês, há o art. 1.156 (semelhante ao nosso art. 85), que é seguido de regras complementares; todas se referem aos contratos, mas a doutrina e a jurisprudência, em virtude da notória falta, no direito francês, de regras sobre os negócios jurídicos em geral, estendem-nas a todos os negócios¹⁴⁵. No Código Civil alemão, por seu turno, há

143. Art. 1.027: “A transação interpreta-se restritivamente”. Art. 1.090: “Os contratos benéficos interpretar-se-ão estritamente”. Art. 1.483: “A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva”. Art. 1.666: “Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador”.

No novo Código Civil, respectivamente, arts. 843, 114 (referindo-se aos negócios jurídicos benéficos em geral e à renúncia), 819 e 1.899.

144. Clóvis Beviláqua, *Código*, cit., com. ao art. 85.

O novo Código, graças a mudança de redação do art. 85 (art. 112 do novo Código) e ao apelo à boa fé (art. 113), alterou em prol do objetivismo a interpretação dos negócios jurídicos.

145. Cf. Alfred Rieg, *Le rôle*, cit., p. 385.

o § 133 (quase idêntico ao nosso art. 85) e aplicável a todos os negócios jurídicos, mas — e esse é o ponto — há também o § 157, somente aplicável aos contratos (e aos negócios patrimoniais análogos), que diz: “Os contratos devem ser interpretados como exige a boa fé, atendendo-se aos usos e costumes” (é a regra *Treu und Glauben*). Ora, essa regra poderia ser entendida como subsidiária, em matéria contratual, à do § 133; todavia, isso não ocorre, e o que a doutrina alemã entende é que o § 157 serve para retificar qualquer interpretação de contrato feita exclusivamente com base na vontade; de certa forma, tem, portanto, o § 157 até mesmo primazia sobre o § 133, quando se trata dos contratos (e de negócios patrimoniais análogos)¹⁴⁶.

Pois bem, qual o sistema brasileiro nessa matéria? Do ponto de vista legislativo, não há qualquer dúvida: o art. 85 é claríssimo quanto à admissão da investigação da vontade real. Pelo que está no Código, podemos até mesmo ser tentados a dizer que o nosso sistema não é só de predominância, mas de verdadeira exclusividade da vontade real; não há, na lei, sequer as regras complementares do Código Civil francês. Nem muito menos se faz qualquer distinção entre contratos e negócios patrimoniais análogos, de um lado, e atos negociais que não se confundem com eles, de outro, como ocorre no direito alemão¹⁴⁷.

146. Cf. Alfred Rieg, *Le rôle*, cit., p. 376. Este autor, entretanto, sustenta que, apesar dessa divergência doutrinária entre os dois países, há, também nesse tema, unidade jurisprudencial (*Le rôle*, cit., p. 385 e s.).

147. Leia-se a regra do art. 85. Lembre-se que é a única regra, da Parte Geral do Código Civil sobre interpretação dos atos jurídicos. Pense-se no comentário de Clóvis transcrito no texto; depois, compare-se o referido artigo com as normas dos arts. 130 e 131 do nosso velho Código Comercial e concluir-se-á, inexoravelmente, pelo subjetivismo do Código Civil. Transcrevemos para facilidade de comparação, os dois artigos fundamentais para a interpretação comercial:

“Art. 130. As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se *segundo o costume e uso recebido no comércio*, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa.

Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1. a inteligência simples e adequada, *que for mais conforme à boa-fé*, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

Antes de prosseguirmos, cumpre dizer, para bom entendimento da questão, que, mesmo no mais subjetivo dos sistemas de interpretação, não se há de fazer *tabula rasa* da declaração, ou seja, jamais se diz que a vontade pode ser pesquisada *independentemente da declaração*. O ponto de partida é sempre a declaração¹⁴⁸. Parte-se da declaração para descobrir a intenção. O objeto primeiro da interpretação nunca é uma vontade real não manifestada. Como diz Pontes de Miranda¹⁴⁹, falando sobre o conteúdo do art. 85: “Objeto de interpretação não é a vontade interior, que o figurante teria podido manifestar, mas sim a manifestação de vontade, no que ela revela da vontade verdadeira do manifestante. É preciso que o *querido* esteja na manifestação; o que não foi manifestado não entra no mundo jurídico; o simples propósito, que se não manifestou, não pode servir para a interpretação. A vontade, ainda que buscada segundo o art. 85, há de estar *dentro*, não fora, nem, com maioria de razão, contra o que se manifestou”. Pode-se até mesmo, acrescentarmos nós, ir contra a *letra* da declaração, porque o que o art. 85 e os artigos semelhantes de outras legislações estabelecem é o primado da intenção sobre a letra

2. as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;

3. o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato da celebração do mesmo contrato;

4. o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;

5. nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor”.

148. O próprio art. 85 do Código Civil deixa claro que *objeto da interpretação é a declaração*. Veja-se também Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições*, cit., p. 296, n. 86): “Na sua interpretação o que se procura é a fixação da vontade, e como esta deve exprimir-se por uma forma de exteriorização, o ponto de partida é a *declaração de vontade* (grifos nossos). O hermeneuta não pode desprezar a *declaração de vontade* sob o pretexto de aclarar uma intenção interior do agente. Deve partir, então, da declaração da vontade, e procurar seus efeitos jurídicos, sem se vincular ao teor gramatical do ato, porém indagando a verdadeira intenção”.

149. Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., p. 384, § 327.

(*potentior est quam vox mens dicentis*), mas, ainda neste caso, objeto da interpretação é sempre a declaração. A intenção, aí, é a intenção que resulta da declaração¹⁵⁰. Mesmo, portanto, no mais subjetivo dos sistemas a interpretação parte da declaração. Segue-se daí que as discussões não se põem nesse ponto inicial da interpretação, mas sim na fase seguinte, e consistem em saber se, havendo ainda dúvida, é a vontade (do declarante) ou a boa fé (objetivamente considerada) que deve conduzir a investigação.

Ora, pelo nosso Código Civil, não resta dúvida de que é a vontade que prevalece; doutrina e jurisprudência, porém, tentam, na medida do possível, forçar os quadros legais. Quanto à doutrina, veja-se, por exemplo, o que escreve Caio Mário. Diz ele, tentando a difícil conciliação¹⁵¹: “Esta pesquisa não pode situar-se no desejo subjetivo do agente, pois este nem sempre coincide com a produção das consequências jurídicas do negócio. Os circunstantes que envolvem a realização do ato, os elementos econômicos e sociais que circundam a emissão de vontade são outros tantos fatores úteis à condução do trabalho daquele que se encontra no mister de, em dado momento, esclarecer o sentido da declaração de vontade, para determinar quais são seus verdadeiros efeitos jurídicos. Sem as demasias do Código de Napoleão, o Anteprojeto de Código de Obrigações não foi tão avaro como o Código Civil de 1916. Além de adotar a interpretação implícita extraída da execução espontânea, consignou, ainda, a regra *Treu und Glauben* do BGB, ao mandar que a declaração de vontade se interpreta de acordo com a boa fé e os usos dos negócios”.

150. D. 50, 16, 219 (Papinianus II responsorum). “In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit.” Veja-se também, por exemplo, decisão na RT, 338:180, em que o Tribunal de Justiça de São Paulo, apesar de, no contrato, estar escolhido para as causas surgidas do contrato, o foro da cidade de Campinas entendeu que as partes, na verdade, haviam escolhido o foro da cidade de Americana; a razão foi que as duas partes tinham domicílio em Americana (eram a Prefeitura Municipal de Americana e uma companhia telefônica aí sediada) e haviam escolhido o foro de Campinas, *quando Americana ainda não era comarca independente* e estava, pois, abrangida pela Comarca de Campinas; portanto, a intenção das partes, apesar da letra do contrato, havia sido apenas a de *reafirmar o foro comum do domicílio de ambas*.

151. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 296.

Por sua vez, a jurisprudência, muitas e muitas vezes, refere-se à intenção das partes como predominante sobre a letra do negócio jurídico. Trata-se evidentemente, de pura aplicação do art. 85 do Código Civil. Isso, entretanto, não significa a adoção integral da tese subjetivista, já que nesses casos a oposição é somente entre a letra e o espírito da declaração¹⁵². O que importa salientar é que, para o ponto que ora nos ocupamos, do conflito entre a intenção (subjetivismo) e a boa fé (objetivismo), como critérios de interpretação, há decisões que, implícita ou mesmo expressamente, utilizam o critério da boa fé, ao lado do da intenção, para interpretar o negócio; a boa fé, assim, apesar do silêncio do Código, é critério utilizado pelos nossos tribunais¹⁵³.

152. São decisões que se referem ao primeiro da intenção sobre a letra, além da já citada (RT, 338:180), mais as duas seguintes: RT, 354:398 e 377:315. Em ambas, aliás, a intenção foi procurada, como dissemos no texto, através da própria declaração.

153. Na RT, 375:226 a tese da interpretação pela boa fé foi adotada abertamente para os negócios de forma livre. Diz a ementa do acórdão: “É inaplicável o princípio da boa fé aos negócios jurídicos para cuja validade a lei exige a observância de forma especial”. Ora, isso significa que o Tribunal admitiu, como princípio assente, que, não sendo o caso de forma prescrita em lei, a boa fé deve ser utilizada como critério para a interpretação. Aliás, o acórdão, nesse passo, inspirou-se em Erich Danz (*A interpretação dos negócios jurídicos*, p. 198), a quem cita. Trata-se de autor que sustentava a similitude entre a interpretação dos negócios jurídicos e a das normas jurídicas, defensor de critérios objetivistas de interpretação, partidário da *Erklärungstheorie*.

Por outro lado, na RT, 336:131, há decisão que, em compromisso de compra e venda, na qual se estipulava arrendamento mediante determinada sanção — devolução em dobro do já recebido —, negou que houvesse *direito* de arrependimento (haveria somente *cláusula* — sic! — de arrependimento, com previsão de uma sanção). Disse, ainda, o acórdão: “Se, entretanto, admitir-se a cláusula 7ª como faculdade de arrependimento, é manifesto que, como condição excepcional, e, por isso mesmo, deveria ser exercida dentro de um prazo”. O que se percebe de todo o acórdão é que, como o direito de arrependimento estava sendo exercido depois de integralizado o preço, esse exercício do direito de arrependimento, de acordo com a boa fé, para os julgadores, já não se justificava. O “prazo” para exercício do arrependimento não estava expresso no contrato; segue-se daí que tanto se poderia entender possível esse exercício, até o momento do pagamento da última prestação, como se decidiu, quanto até o momento da outorga de escritura definitiva, como quis voto vencido anterior (a decisão foi em embargos). Ora, a procura de um prazo que as partes teriam fixado, quando, na verdade é intuitivo que sequer cogitaram da hipótese, somente pode significar a aplicação implícita do critério da boa fé. No mesmo sentido, sobre a

A forma mais adequada para se solucionar o problema da interpretação do negócio jurídico, especialmente no direito brasileiro, onde, por lei, é inegável a primazia da vontade, é, simplesmente, *alargar-se aquele primeiro momento da operação interpretativa*, em que se parte da declaração. Deve-se entender por declaração, como temos insistido, não apenas o “texto” do negócio, mas tudo aquilo que, pelas suas circunstâncias (pelo “contexto”), surge aos olhos de uma pessoa normal, em virtude principalmente da boa fé e dos usos e costumes, como sendo a declaração. A essência da declaração é dada por essas circunstâncias. Depois, então, pode-se passar a investigar a vontade real do declarante. A solução consiste, portanto, em primeiramente se interpretar a declaração, *objetivamente*, com base em *critério abstrato*, e, somente num segundo momento, investigar a intenção do declarante (*critério concreto*); parte-se, assim, do objetivo (a declaração como um todo) para o subjetivo (a vontade real do declarante)¹⁵⁴. Com essas duas operações, uma boa parte das dúvidas estarão afastadas (especialmente se se tratar de atos unilaterais não receptícios). Entretanto, se ainda houver possibilidade (e isso em geral ocorrerá nos atos bilaterais e em atos unilaterais receptícios, já que, particularmente nos contratos, *as questões que normalmente dependem de interpretação são justamente aquelas que*

impossibilidade do exercício do direito de arrependimento, após o pagamento integral do preço: RT, 297:239, 212:234, 267:299, 346:469 e ainda as seguintes decisões: a) TJSP, 4ª Câm. Civ., AC 145.404-Catanduva, rel. Des. Olavo Tabajara, j. 28-2-1966, v. u.; b) TACSP, 3º Grupo, AR 99.949-SP, rel. Min. J. M. Arruda, j. 20-5-1969, v. u.; c) TACSP, 6ª Câm., AC 101.073-SP, j. 19-2-1968, rel. Min. Alves Barbosa, v. u.; d) STF, 3ª Turma, RE 62.754-MG, rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 20-10-1967, negaram provimento, v. u., DJU, 20 nov. 1967, p. 3844, ementa; e) TJSP, 2ª Câm. Cív., AC 143.110-Ribeirão Preto, rel. Des. Gonçalves Santana, j. 17-5-1966, v. u.

154. É o que aproximadamente se infere do atual Código Civil português (art. 236), que transcrevemos:

“Art. 236 — (*Sentido Normal da Declaração*)

1. A declaração negocial vale com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele.

2. Sempre que o declaratário conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida”.

as partes não previram e sobre as quais, portanto, rigorosamente falando, não há intenção a procurar), *deve-se utilizar, para completar o processo interpretativo, da vontade presumida*, já, então, atendendo ao que *in concreto* se passou entre as partes e, principalmente, ao que razoavelmente se poderia supor que entre elas se passaria (interpretação integrativa)¹⁵⁵.

Passando, agora, à quarta questão, que nos propusemos a examinar neste Título — a causa ilícita —, veremos que acontece com ela o mesmo que ocorria a propósito da simulação, isto é, a uma legislação, que restringe a pesquisa da vontade interna, opõem-se uma doutrina e uma jurisprudência, que procuram penetrar nos motivos que levaram o agente a concluir o negócio. Em relação aos critérios de interpretação que acabamos de ver e perante os quais, a uma legislação subjetivista, apresentavam-se uma doutrina e uma jurisprudência objetivistas, dá-se, portanto, uma verdadeira troca de posições.

Quando se fala em *causa ilícita*, trata-se de causa no sentido subjetivo, isto é, trata-se, de causa como *motivo determinante ilícito*. Não é esse o lugar adequado para se expor o debate doutrinário, tipicamente francês, sobre a causa; quer-nos parecer, porém, que não há somente duas concepções de causa — a subjetiva e a objetiva; o que há mesmo são duas entidades diferentes: uma, os motivos determinantes (causa psicológica), e outra, cuja análise faremos adiante¹⁵⁶, que se prende ao conteúdo típico do negócio (causa objetiva). Qualquer tentativa de unificação, sob uma só conceituação, de ambas as entidades, está fatalmente condenada ao fracasso, mesmo porque cada uma tem o seu próprio papel jurídico (*papel moralizador*, para a causa psicológica, e *papel protetor de quem acreditou na sua existência*, para a causa objetiva)¹⁵⁷.

155. Foi, aliás, o que fizeram as decisões por último citadas na nota 153. Veja-se também o art. 239 do Código português: *Integração* — “Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta”.

156. Veja-se o § 3º deste mesmo Capítulo Terceiro.

157. Alfred Rieg, *Le rôle*, cit., p. 256, “Pour résumer l'évolution de la théorie de la cause jusqu'au XVI siècle, ou peut dire que celle-ci est toujours définie comme le

Ripert, preocupado com o papel moralizador da causa ilícita, acerta ao ver nesta o motivo determinante e não algo referente ao conteúdo típico¹⁵⁸. Na verdade, defende ele a idéia subjetiva de causa, o que não destrói, a nosso ver, a possibilidade que haja outra coisa com o mesmo nome (a causa referente ao conteúdo típico). No que, porém, o referido autor está certo, e que nos importa no momento, é na afirmação de que a causa ilícita se refere aos *motivos* que levam o agente a realizar o negócio (motivos determinantes). O sentido de causa ilícita é, pois, o de motivo determinante ilícito¹⁵⁹.

but des contractans. Mais tandis que les jurisconsultes romains envisagent le but 'objectif', juridique ou économique, les canonistes voient dans la cause le but 'subjectif', la fin que, dans l'esprit de celui qui s'oblige, le contrat doit permettre d'atteindre".

E, mais adiante, expondo o pensamento de Maury, que parece ter sido o primeiro a sustentar a dupla noção de causa (Alfred Rieg, *Le rôle*, cit., p. 263): "Or la cause joue *double rôle* sur le plan juridique: elle est, d'une part, nécessaire à l'existence de l'obligation, et remplit alors une fonction de protection individuelle; elle est, d'autre part, un moyen d'appréciation de la licéité de l'acte juridique, et remplit alors une fonction de protection sociale contre l'autonomie de la volonté. A ces deux rôles correspondent deux notions différentes de cause".

158. Georges Ripert, *La règle morale*, cit., p. 61, n. 34 e, mais adiante p. 65: "En réalité la jurisprudence ne fait pas autre chose. Qu'il s'agisse d'une donation ou d'un acte à titre onéreux, les arrêts qui prononcent la nullité disent toujours qu'une *pensée immorale a été le motif déterminant* de l'acte juridique (grifos nossos). Ce motif déterminant se confond avec le but poursuivi par les parties. Si on veut juger le contrat par lui-même et faire rentrer la cause soit dans l'acte de volition, soit dans la notion d'équivalence, on donne des armes aux anticausalistes, car il suffit d'analyser les notions de volonté ou d'objet pour se passer de la cause".

159. As dificuldades doutrinárias francesas, com os juristas divididos entre causalistas objetivos e causalistas subjetivos, e ainda com alguns tentando a impossível conciliação, e outros, por causa das dificuldades, preferindo não ver causa de forma alguma, explicam-se em virtude do "grave equívoco histórico, que foi, para o direito francês, o art. 1.131" (Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., v. 3, p. 82, n. 3, § 262). Aquela que é "uma das mais absurdas teorias de que jamais o direito sofreu as conseqüências" (Pontes de Miranda, *ibidem*), explica-se, a nosso ver, pelo fato de o art. 1.131 referir-se simultaneamente à causa ilícita e à falta de causa, quando, no primeiro caso, o sentido da palavra "causa" é um e, no segundo, é outro. Além de Maury, defendem, hoje, a concepção dualista da causa Jossierand (apud Alfred Rieg, *Le rôle*, cit., p. 265) e Planiol, Ripert e Esmein (*Traité pratique de droit civil français*, Paris, LGDJ, 1930, p. 380, n. 276).

Paulo Barbosa de Campos Filho (*O problema da causa no Código Civil brasileiro*, São Paulo, Max Limonad, s. d., p. 153, nota 287) salienta que, para a escola

Os motivos em geral, mesmo os determinantes, são, em tese, irrelevantes para o direito. Pode-se até mesmo falar em “princípio geral da irrelevância dos motivos”¹⁶⁰. Há, porém, exceções¹⁶¹ e uma delas talvez seja justamente a do motivo determinante ilícito. Cabe pois, a indagação: a ilicitude do motivo determinante (causa ilícita) influi *sempre* sobre a validade do negócio jurídico?

Parece-nos que, na família romano-germânica, há, para responder a essa questão, dois tipos de legislação: a) aquela na qual toda causa ilícita influi sobre a validade, ainda que essa causa seja o único caráter ilícito do negócio; e b) aquela na qual a causa ilícita somente

objetiva, é “tormentoso problema o de precisar o que seja causa *ilícita*”. Realmente, a propósito, procedem inteiramente as observações de Scognamiglio e Candian, ambos citados pelo civilista brasileiro. Entende o primeiro que, se a causa, objetivamente considerada, é a “função econômico-social *reconhecida pelo direito*”, não pode ela, jamais, receber o qualificativo de “ilícita”. De acordo com o segundo, o art. 1.345 do Código Civil italiano, que trata do motivo ilícito, é supérfluo, tendo em vista que já havia o art. 1.343 sobre a causa ilícita. No mesmo sentido, Betti, *Teoria*, cit., nota 19, p. 14: “Qui è da ricordare ancora, a proposito della qualifica d’ ‘illiceità’ data alla causa in particolare contingenze, che ‘illicita’ non può essere in sè, nella sua astrattezza, la causa tipica riconosciuta dai codici di tradizione latino-romantica come elemento indefettibile del contratto, e neppure la causa di contratti non dotati di apposita disciplina legislativa, che assai impropriamente vengono contrassegnati con l’assurda qualifica di ‘atipici’ (espediente di comodo, codesto, che denuncia superficiale esgesi e difetto del senso di relatività storica da parte di chi vi ricorre). Illicita può risultare la causa del concreto negozio, *solo se venga considerata in connessione e concatenazione psicologica com l’interesse sottostante* (grifos nossos), che ne determina la conclusione ossia con lo scopo pratico immediato perseguito in concreto dalle parti: scopo, che investe e colora la causa e che quando sia illecito — acquista rilevanza giuridica e riverbera su di essa la sua illiceità”.

160. Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., p. 71, n. 2, § 260. Veja-se também Clóvis Beviláqua, *Código*, cit., com. ao art. 90.

161. Exceção sobre a irrelevância dos motivos se tem na medida em que se aceite a teoria de Windscheid sobre a pressuposição: “Examinant la théorie de Windscheid, ce juriste (Lenel) commence par affirmer que la doctrine de la prévision ‘renverse’ la règle du caractère inopérant des motifs. Toute représentation ayant constitué pour la partie un motif vraiment déterminant, est une prévision au sens du Windscheid. Ce dernier se rend certes compte du danger que pareille théorie entreine pour les transactions juridiques; aussi ne considère-t-il comme juridiquement déterminante que la prévision qui a été reconnue par le destinataire de la déclaration de volonté. Celui-ci doit être aperçu que la volonté n’aurait pas existé sans la prévision erronée” (Alfred Rieg, *Le rôle*, cit., p. 272).

influi sobre a validade quando somada a outros caracteres. (Acréscite-se que, na expressão “causa ilícita”, se compreendem tanto o motivo determinante ilícito em sentido restrito, isto é, o motivo contrário à lei — causa ilícita em sentido restrito —, quanto o motivo determinante imoral, isto é, contrário à ordem pública e aos bons costumes — causa imoral. Este último não está definido na lei; sua fixação compete à doutrina e à jurisprudência.) No sistema previsto na letra “a”, a lei traz norma genérica que se refere à “causa ilícita” ou à “causa contrária à lei, aos bons costumes e à ordem pública” (é o que acontece na França, Itália e Portugal, por exemplo)¹⁶². Essa norma genérica, ainda que apanhe também os casos especiais de motivação ilícita previstos na lei (isto é, casos em que, à causa ilícita, se somam outros caracteres, como acontece, por exemplo, na simulação, na lesão, e na fraude contra credores), visa principalmente os casos não previstos especificamente. Esses casos não previstos especificamente são, em sua maior parte, os de motivação imoral (causa imoral), cuja determinação será feita pela doutrina e pela jurisprudência, procurando interpretar o que seja “bons costumes” e “ordem pública”. Já nos sistemas da letra “b”, não basta o motivo determinante ilícito; a causa ilícita somente influirá sobre a validade do negócio quando a ela se acrescentarem outros fatores, segundo o que estiver expresso em normas específicas, ou até mesmo segundo o que estiver em norma genérica, mas sempre se ao lado da causa existir outra circunstância qualquer. Pertence ao grupo da letra “b” o Código Civil alemão, cujo § 138, que diz ser nulo o negócio jurídico que fere os bons costumes, não é entendido como determinando uma nulidade baseada exclusivamente na motivação ilícita, ou seja, segundo a doutrina dominante, seu sentido deve ser o de que somente do conjunto (motivos mais conteúdo) é que surge o caráter imoral do negócio¹⁶³.

O sistema legal brasileiro, em que há sanção de invalidade para alguns casos de motivos determinantes ilícitos (simulação, fraude contra credores), mas em que não há nenhuma norma genérica sobre

162. Arts. 1.133 do Código Civil francês, 1.345 do Código Civil italiano e 281 do Código Civil português.

163. Cf. Alfred Rieg, *Le rôle*, cit., p. 325.

nulidade por causa ilícita¹⁶⁴, enquadra-se entre os sistemas da letra “b”. Segue-se daí que, perante a lei brasileira, os negócios jurídicos, em que exclusivamente a motivação determinante é ilícita e que não se subsumem em regras especiais, são válidos.

Todavia, a jurisprudência não se conforma com essa situação e, com o apoio da doutrina, pelas vias travessas do “objeto ilícito”, procura apanhar os negócios de motivo determinante ilícito. Paulo Barbosa de Campos Filho não deixa margem a dúvida em seu estudo sobre o problema da causa no Código Civil brasileiro¹⁶⁵: “*De lege condita*, anticausalista o nosso Código, é através do ‘objeto’ que se há de proferir e afirmar esse mesmo juízo de mérito, como, aliás, se vem verificando em todas as legislações que da ‘causa’ prescindem como condição de validade dos atos. Daí a necessidade de se entender por ‘objeto’ tudo aquilo a que vise o agente, só se reputando lícitos aqueles atos que não visem à realização de interesses anti-sociais, tomada a expressão no seu mais amplo sentido”. O mesmo autor, dentro dessa ordem de idéias, procura alargar ao máximo a noção de objeto, a fim de prover a jurisprudência da arma, que, na lei, lhe falta, para anular os negócios jurídicos com motivação imoral.

Por mais louvável, porém, que seja a intenção com que esse esforço foi feito, não vemos a menor possibilidade lógica de se confundirem os motivos determinantes com o objeto do negócio. Objeto do negócio é o seu conteúdo. O objeto faz parte do próprio negócio; é um dos seus elementos constitutivos. Os motivos, pelo contrário, estão no agente e, portanto, ficam na pessoa e fora do negócio. É claro, por outro lado, que os motivos poderão ser transpostos do agente para o próprio conteúdo do negócio e, então, naturalmente, passarão a fazer parte deste; nesse caso, se forem ilícitos, a ilicitude estará também no próprio objeto, e aí, como já há a regra específica da nulidade do negócio com objeto ilícito, não há mais necessidade de qualquer referência à causa ilícita. O problema da causa ilícita limita-se, portanto, exclusivamente, àqueles negócios, cuja motivação é ilícita e cujo objeto é

164. O art. 971 somente se refere ao direito de repetição — *conditio indebiti* —, não encerrando norma geral sobre nulidade por causa ilícita. Art. 971 “Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei” (art. 883 do novo Código).

165. Paulo Barbosa de Campos Filho, *O problema*, cit., p. 157.

lícito; ora, nesses casos, ainda que toda a jurisprudência e doutrina se decidam pela nulidade do negócio, *não há base legal para tal*.

O caso seguinte¹⁶⁶ mostra, a nosso ver, como não se pode, em *sã* consciência, confundir a motivação com o conteúdo do negócio. Tratava-se de cobrança de pensão mensal vitalícia, a que alguém se havia obrigado para com certa meretriz; o juiz de primeira instância dera pela improcedência da cobrança, por não haver motivo algum que obrigasse a dar pensão vitalícia à prostituta, mas, “se o fizesse, a causa da obrigação seria imoral e contrária aos bons costumes”. A nosso ver, a decisão estava certa, a respeito do enquadramento dos fatos, mas a verdade é que a lei brasileira não diz serem nulos os negócios cuja causa é imoral e contrária aos bons costumes. Ora, percebendo a falta de fundamento legal para a nulidade, o que fez o Tribunal de Justiça de São Paulo? Decidido a confirmar a sentença, o Tribunal afirmou ser nulo o negócio, por ter *objeto ilícito*, quando estava absolutamente claro que objeto do negócio nada mais era que uma simples obrigação pecuniária.

Se se insiste em que tal solução é admissível do ponto de vista lógico, então, lembramos mais os seguintes exemplos, tirados de Ripert¹⁶⁷, nos quais também nos parece impossível ver-se objeto ilícito. No direito francês, são consideradas nulas as promessas, feitas com contraprestação patrimonial, *de não cometer* um delito. Ora, se lembrarmos que as promessas, ou os contratos, cujo objeto é a realização de um delito, têm objeto ilícito, e, por isso, são nulas, torna-se claro que a nulidade dos negócios, cujo objeto é *não cometer* um delito, não pode ter esse mesmo fundamento. Nesses negócios somente a causa ilícita pode explicar a nulidade. Assim, já se anularam, em França, o contrato pelo qual um jornalista é subvencionado para não atacar uma obra ou uma pessoa; o contrato pelo qual um funcionário público é retribuído pelo zelo especial no exercício de suas funções; a promessa de silenciar um escândalo e a promessa feita a uma concubina para que ela não crie obstáculos a um projeto de casamento. Em todos esses negócios, o objeto é a obrigação, para uma das partes, de cumprir um

166. RT, 189:423. Decisão apresentada também por Paulo Barbosa de Campos Filho, *O problema*, cit., p. 143, nota 270.

167. Georges Ripert, *La règle morale*, cit., p. 57.

dever e, portanto, o objeto é lícito. Todavia, como diz o citado jurista francês, é a motivação econômica, para o que deveria ser e cumprimento espontâneo do dever, que torna nulo o negócio. Também já se consideraram nulos, pelas mesmas razões, até mesmo os contratos pelos quais um devedor ficava com direito a uma remuneração, para cumprir sua obrigação legal, ou contratual, por exemplo, para cumprir sua obrigação de restituir a coisa emprestada, ou a coisa empenhada.

No direito brasileiro, nessas como em outras hipóteses, segundo a lei, não deveria haver nulidade; a sanção ou deveria ser outra (por exemplo, ação de enriquecimento sem causa, se o ato for abstrato; punição ao funcionário que recebe retribuição etc.), ou deveria ser nenhuma. A jurisprudência, porém, com o aplauso da doutrina, sustenta a nulidade por ilicitude de objeto.

Por não nos parecer possível a confusão entre os motivos determinantes e o conteúdo do ato, não concordamos com essa solução; é ir longe demais na “interpretação” da lei; é transformar esta em agrupamento de palavras vazias, cujo conteúdo varia, segundo a vontade do intérprete. Melhor seria, então, que se pleiteasse, de vez, a inclusão, na lei, de artigo prevendo a nulidade do negócio por ser a causa ilícita ou imoral.

Ousamos, porém, a esse respeito, perguntar: valeria realmente a pena acrescentar um artigo genérico prevendo que a causa ilícita ou imoral é suficiente para acarretar a nulidade do negócio? Seria muito simples responder que sim; entretanto, não nos parece conveniente que a validade do negócio jurídico dependa de elementos inteiramente alheios ao próprio negócio. Em princípio, os motivos do ato negocial devem ser mesmo juridicamente irrelevantes (*princípio da irrelevância dos motivos*); as exceções devem ser expressas, como é o caso, no direito brasileiro, da simulação culposa e da fraude contra credores; admitir-se, genericamente, a “causa ilícita ou imoral” é abrir um vasto campo para a pesquisa dos motivos.

O perigo de ver um moralista vestido de juiz não é hipótese das mais atraentes para um jurista. Corre-se o risco de ver surgir a religião, ou, o que é pior, o preconceito religioso, sob a capa da moral. Como diz Huc¹⁶⁸, “uma invasão desse tipo na consciência é inadmissível numa

168. Apud Georges Ripert, *La règle morale*, cit., p. 61.

sociedade laica”. Quer-nos parecer que isso não é conveniente nem para a religião nem para o direito (“Dai, pois, a César o que é de César e a Deus o que é de Deus” — Mateus, 22, 21). Muito pior, porém não será essa invasão da religião, mas sim a possível invasão de ideologias substitutivas da religião. Será um risco muito grande o de ver surgir ideólogos, vestidos de juiz, a nos dizer quais os motivos que são, e quais os motivos que não são contrários aos bons costumes e à ordem pública. Se, ontem, mais ou menos protegidos do totalitarismo, anularam-se, em França, por motivo ilícito (imoral), a venda ou a locação de casas de tolerância, empréstimos para compra ou exploração da mesma atividade e, até mesmo, contratos de trabalho para prestação de serviços nos mesmos locais, não é de se admirar que, amanhã, principalmente em países sem a mesma tradição popular libertária, a venda ou a locação de imóvel, para a sede de um partido político contrário ao governo, seja anulada, pela mesma razão, bem como empréstimos ou contratos de prestação de serviço nas mesmas condições. A nosso ver, pelas razões expostas, não é ideal, do ponto de vista da política legislativa, que haja um artigo genérico sobre o motivo ilícito ou imoral. Melhor seria: a) uma regra, como a do Código Civil alemão, que se referisse a *negócio* contrário à lei ou aos bons costumes (portanto, somente a motivação ilícita ou imoral não bastaria; seria preciso que a motivação, de alguma forma, se refletisse no próprio negócio); e b) que, paralelamente, se editassem tantas regras quantas necessárias, proibindo certos tipos de convenção e, portanto, nulificando-as por ilicitude de objeto (como já acontece, no nosso Código, com os arts. 1.089, 1.177, 1.667, I, 1.719, III^{168-A} etc.)¹⁶⁹.

168-A. Correspondentes, respectivamente, aos arts. 426, 550, 1.900, I, e 1.801, III, do novo Código Civil.

169. A solução dada na letra *b*, *supra*, foi a que acabou prevalecendo em França, sobre as casas de tolerância. Esses estabelecimentos foram proibidos pela lei de 13 de abril de 1946 (apud Georges Ripert, *La règle morale*, cit., p. 47) e, assim, colocados fora do comércio. Logicamente, se a própria coisa é *res extra commercium*, o objeto do negócio é ilícito, e não há mais necessidade de se cogitar da motivação. Uma norma semelhante se poderia formular a propósito dos deveres de qualquer espécie. Por exemplo: “São nulas todas as convenções que estipulem retribuição pelo cumprimento de deveres de qualquer espécie”. Com a sugestão feita na letra *b* do texto, o mal que poderia resultar por escaparem da nulidade uma ou outra convenção de motivo imoral, não previsto na lei e não revelado no negócio, certamente não será tão grande quanto o risco de se admitir livremente a pesquisa do foro íntimo.

Em conclusão: a propósito da causa ilícita, especialmente da causa imoral, a legislação brasileira é restritiva e a doutrina e jurisprudência são ampliativas, ao se socorrerem do “objeto ilícito”. Essa solução, porém, do ponto de vista lógico, não satisfaz, devido à absoluta impossibilidade de confusão entre o que é conteúdo do negócio e o que é motivo do agente. Melhor seria que se editassem regras sobre alguns casos especiais de convenções imorais, cujo objeto, assim, realmente se tornasse ilícito, e que, paralelamente, se formulasse uma regra genérica, semelhante ao § 138 do BGB, segundo a qual, embora a causa ilícita não baste, ela, somada a outros caracteres resultantes do conteúdo do ato, conduz à nulidade¹⁷⁰.

É no capítulo do erro que mais intensamente se vê a influência da vontade sobre a declaração¹⁷¹. Nesse passo, não trataremos das várias aplicações do erro nos negócios jurídicos; importa-nos somente, em continuação à exposição e finalizando-a, demonstrar qual a posição da legislação brasileira perante as demais legislações e como, ainda aqui, agem, em função moderadora, a doutrina e a jurisprudência.

Pelos arts. 86 a 91^{171-A} do Código Civil percebe-se que, nessa matéria, não é pequena, na nossa legislação, a influência da vontade.

170. O Anteprojeto do Código Civil de 1972 tem regra genérica sobre a motivação ilícita. Seu art. 168, III, diz que é nulo negócio jurídico “quando o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito”. Uma dúvida poderá surgir: “motivo ilícito”, aí se abrange o motivo imoral (isto é, contrário aos bons costumes ou à ordem pública)? Afinal, os projetadores do novo Código tinham à sua frente o Código Civil francês, o italiano e o português, todos falando em causa, ou motivo contrário à lei, aos bons costumes e à ordem pública; adotaram mesmo a solução de o motivo ilícito dever ser comum a ambas as partes, como ocorre nos arts. 1.345 do Código Civil italiano e 281 do Código Civil português. No entanto, eliminaram as expressões “bons costumes” e “ordem pública” que constam daquelas legislações e que, no próprio Anteprojeto, aparece, por exemplo, no art. 122. Apesar disso, quer-nos parecer que “motivo ilícito” há de abranger, como é tradicional no entendimento do adjetivo “ilícito”, também o que é contrário aos bons costumes e à ordem pública (novo Código, art. 166, III).

171. “O problema do erro representa, do ponto de vista doutrinal, o campo de batalha por excelência das teses opostas, que são a *Willenstheorie* e a *Erklärungstheorie*” (Alfred Rieg, *Le rôle*, cit., p. 145. Também Silvio Rodrigues fala das duas teorias ao tratar do erro (*Dos defeitos*, cit., Cap. II, p. 51). Veja-se ainda a nota n. 100, à p. 75.

171-A. Correspondentes, respectivamente, aos arts. 138 a 144 do novo Código Civil.

Apesar disso, não chega ela aos extremos do direito francês; pelo menos sobre duas questões a influência da vontade é menor, no nosso ordenamento, que no ordenamento francês: a) na hipótese de erro obstativo (*erreur obstacle*); e b) na determinação dos tipos de erro que podem levar à anulação.

O erro obstativo não consiste, como acontece com o erro próprio, em tomar por verdadeiro o que é falso, ou por falso o que é verdadeiro. O erro obstativo é o erro no *iter*, que vai entre a deliberação e a execução de um ato. Trata-se, no campo do negócio jurídico, de hipótese semelhante à da *aberratio ictus* do direito penal. Se digo “dôo” por “vendo”, ou “lote 4 da quadra 5” por “lote 5 da quadra 4”, ou se o telegrama utilizado para rejeitar a oferta não transmite o advérbio “não”, de forma que a oferta fica aceita, em vez de rejeitada (erro na transmissão), não se pode falar em defeito *na formação da vontade*; não há erro no sentido próprio da expressão. Tem-se, nessas hipóteses, o erro obstativo; não há a vontade de realização do negócio a final realizado, e a doutrina francesa, dando sempre elevado valor à vontade real, entende que o caso é de nulidade, ao contrário dos casos de erro próprio, em que, havendo vontade (embora mal formada), a sanção é de anulabilidade¹⁷². No direito brasileiro, porém, os casos de erro impróprio têm as mesmas conseqüências do erro próprio, tal e qual ocorria no direito romano¹⁷³ e tal e qual ocorre no direito alemão (§ 119 do

172. Na doutrina francesa, em vez de negócios nulos e anuláveis, fala-se, em geral, em “inexistência”, ou nulidade de pleno direito” (nos casos de erro obstativo), e em “ação de nulidade” (nos de erro próprio). Isso, porém, se deve à pouca precisão de toda a teoria das nulidades. O importante, nesse passo, é salientar que a distinção, entre os dois tipos de erro, é feita, na doutrina francesa, para se atribuir sanção mais grave aos casos de erro obstativo e menos grave aos de erro próprio. Na verdade, o Código Civil francês (arts. 1.109 e 1.110) somente trata do erro próprio, devendo-se a caracterização do erro obstativo à doutrina. *Vide* Planiol, Ripert e Esmein, *Traité*, cit., t. 6, p. 229, n. 176 (que, aliás, não concordam com a diferença de tratamento entre os dois tipos de erro). Também Rieg, *Le rôle*, cit., p. 94, e Silvio Rodrigues, *Dos defeitos*, cit., p. 43.

No direito italiano, sob o império do velho Código, fazia-se a mesma distinção. Hoje, embora o Código Civil faça a distinção entre os dois tipos de erro, suas conseqüências jurídicas são as mesmas (art. 1.433) (cf. Trabucchi, *Istituzioni*, cit., p. 152 e 160, e Betti, *Novissimo Digesto Italiano*, cit., v. 4, p. 424).

173. Para o direito romano, cf. Biondo Biondi, *Istituzioni*, cit., p. 211, e Moreira Alves, *Direito romano*, cit., p. 192-3.

BGB). Isso significa que, entre nós, o papel da vontade, na questão do erro obstativo, é menor que no direito francês; seja num ou noutro desses dois casos de erro, seja a vontade nenhuma, ou apenas mal formada, a sanção será a anulabilidade¹⁷⁴.

A segunda questão sobre o erro, em que também a influência da vontade, no nosso direito, é menor que no direito francês, é a fixação dos tipos de erro (erros-vício) que podem levar a anulação. Como se infere dos arts. 86, 87^{174-A}, e, especialmente, do art. 90 do nosso Código Civil, o erro sobre os motivos, ainda que estes sejam determinantes do ato, não constitui causa de anulação. Transcrevemos, para maior clareza, o art. 90^{174-B}: “Só vicia o ato a falsa causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição”, por onde se vê que o erro sobre o motivo enquanto motivo, isto é, enquanto motivo não expresso no negócio, nenhuma influência tem¹⁷⁵. Para levar à anulação, será preciso que o motivo passe para o conteúdo do negócio. Ora, no direito francês, a noção de erro, que pode levar à anulação, foi “inchada” (*gonflé*) e abrange todo e qualquer caso de erro que leve a parte à realização do negócio, inclusive e especialmente, portanto, o caso de erro sobre o motivo determinante¹⁷⁶. No direito francês, todo erro essencial (isto é, determinante), inclusive o erro sobre os motivos

174. Nesse sentido, Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 415.

174-A. No novo Código Civil, os artigos correspondem aos de número 138 e 139.

174-B. No novo Código Civil, o artigo correspondente é o 140, em que houve a substituição, conforme já se pretendia no texto, do termo “causa” por “motivo”. Além disso, houve a retirada da previsão de anulação por erro quanto ao motivo declarado sob forma de condição — que, de fato, não era caso de erro. O texto do artigo é: “O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante”.

175. Aparentemente, poder-se-ia dizer que o art. 88 do Código Civil constitui exceção ao art. 90. Todavia, a nosso ver, nos negócios *intuitu personae*, as qualidades essenciais da pessoa fazem parte (incompletamente expressa) do próprio conteúdo do negócio (*infra* Título III do § 2º deste Capítulo) (novo Código, arts. 139, II, e 140).

176. Cf. Georges Ripert, *La règle morale*, cit., p. 77. “C’est tout d’abord l’extension considérable donnée par la jurisprudence à la nullité pour *erreur*. L’article 1.110 du Code Civil ne vise que l’erreur *sur la substance de la chose*, objet du contrat, et les juristes qui sont imbus de la doctrine de l’autonomie disent qu’il n’y a véritablement vice de la volonté que si on peut relever cette défaillance du consentement dans le cercle contractuel, c’est-à-dire à propos de l’objet du contrat.

(com a única ressalva do erro sobre o valor), torna, pois, o ato anulável. Assim, também nesse assunto, o direito francês atribui maior papel à vontade que o direito brasileiro, já que, entre nós, pelo texto legal, não basta que o erro seja determinante, é preciso ainda que ele se enquadre numa das hipóteses de *erro substancial* (a ponto de o erro sobre os motivos não conduzir à anulação).

Apesar dessas considerações sobre o erro obstativo e sobre os tipos de erro que podem levar à anulação, não se pode dizer, porém, que, no nosso Código Civil, no capítulo do erro, seja pequeno o papel da vontade. Pelo contrário, esse papel é bastante grande; não há no Código, por exemplo, nenhum artigo arrolando, entre os pressupostos para o erro conduzir o negócio à anulação, a necessidade de ser ele reconhecível pelo outro contratante (como acontece no CC italiano, arts. 1.428 e 1.431, e no CC português, art. 247). Não há, sequer, um artigo prevendo que o erro, para justificar a anulação, deva ser escusável.

Ora, é exatamente através dessa última exigência, a escusabilidade do erro, que se pode dizer que doutrina e jurisprudência contribuíram, de forma sensível, para moderar um possível excesso de subjetivismo. Os autores posteriores ao Código, a começar por Clóvis¹⁷⁷, apesar do silêncio da lei, sempre incluíram entre os

Mais la jurisprudence donne une interprétation autrement large de l'erreur sur la substance et décide que l'erreur doit être prise en considération lorsqu'elle est de nature telle que sans elle l'une des parties n'aurait pas contracté".

E, mais adiante (p. 79): "La jurisprudence décide simplement qu'il y a nullité toutes les fois que le contractant s'est gravement trompé. Elle se contente parfaitement de l'erreur sur le motif du contrat et vérifie simplement si ce motif est bien celui qui a déterminé la victime de l'erreur à contracter. En un mot, elle se préoccupe d'une seule chose: la protection de la personne lésée dans un contrat qui se révèle inutile pour elle".

No mesmo sentido Alfred Rieg, *Le rôle*, cit., p. 98 e 124.

A única exceção à anulação por causa de erro sobre os motivos determinantes é a de erro sobre o valor, já que, nesse caso, a anulação não é concedida.

177. Clóvis Beviláqua, *Código*, cit., com. ao art. 87. "Não basta, porém, que o erro seja substancial nos termos dos arts. 87 a 88. Deve ser também escusável, isto é, deve ter por fundamento uma razão plausível ou ser tal que uma pessoa de inteligência comum e atenção ordinária o possa cometer. Como escreveu Paulo, *ignorantia emptori prodest, quae non in supinum hominem cadit* (D. 18, 1, fr. 15, § 1^a)".

pressupostos para a anulação o fato de o erro não provir de culpa do próprio declarante¹⁷⁸. Também a jurisprudência pode ser considerada unânime ao exigir a escusabilidade. Silvio Rodrigues chega mesmo a dizer que, implicitamente, a jurisprudência exige o reconhecimento, ou a possibilidade de reconhecimento, do erro, por parte do outro contratante, a fim de que o ato seja anulado¹⁷⁹.

Numa legislação, onde nem sequer o pressuposto da escusabilidade está formulado na lei, quer-nos parecer que essa segunda exigência (reconhecimento, ou possibilidade de reconhecimento, pela outra parte) vem dificultar, muito além do Código, a anulação. Além disso, mesmo *de lege ferenda*, não nos parece boa essa solução de se exigir o reconhecimento, ou a possibilidade de reconhecimento, por parte do declaratório. Ela revela tal excesso de preocupação com a segurança do comércio jurídico que acaba por fazer perder de vista o fundamento moral de toda a teoria dos vícios de consentimento. Como diz Ripert¹⁸⁰, o fundamento moral dos vícios de consentimento con-

178. Cf. Silvio Rodrigues, *Dos defeitos*, cit., p. 90 e s., n. 45 e 46; Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*; parte geral, cit., p. 196; Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 416; e Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, cit., p. 307.

Observamos que na legislação alemã não há a exigência de escusabilidade, e, portanto, o declarante, mesmo tendo errado por sua culpa (erro inescusável), pode pedir a anulação do negócio; todavia, pedindo a anulação, ficará responsável pelo chamado "interesse negativo", se o declaratório não conhecia, nem tinha obrigação do conhecer a causa da anulação (§ 122 do BGB).

179. Silvio Rodrigues, *Dos defeitos*, cit., p. 115, n. 58: "Examinei vários julgados em que a ação de rescisão foi deferida, com base em erro de uma das partes. Todavia, em nenhum deles encontrei o juiz indiferente à sorte do terceiro que contratou com a vítima do erro. Nem me lembro de ter visto alguma decisão em que o julgador, ante a boa fé de ambas as partes, houvesse desfeito o ato jurídico patrimonial, assim causando prejuízos a quem acreditou na declaração errada, mas tinha todos os elementos para fazê-lo. Em geral, quando se decreta a ineficácia do negócio por erro de uma das partes, a outra não desconhecia esse erro; ou então era ele tão veemente que o não podia desconhecer, pois qualquer pessoa diligente o teria percebido: freqüentemente, como já aponte, o caso mais se avizinha do dolo, do que se caracteriza como de erro".

Também Silvio Rodrigues, *Direito civil*; parte geral, cit., p. 166, n. 87.

180. Georges Ripert, *La règle morale*, cit., p. 74: "Mais, si chacun se présente avec ses qualités naturelles ou acquises, il ne faut pas que la lutte contractuelle soit déloyale et elle le devient dès que l'un des contractants abuse de sa supériorité.

siste, nos contratos, em se manterem “as regras do jogo”, evitando que um contratante se beneficie de sua superioridade sobre o outro, em virtude de uma “inferioridade temporária” deste último (“inferioridade temporária” semelhante às “inferioridades permanentes” das incapacidades). Não nos parece que manter um contrato em favor de um dos contratantes, porque ele estava de boa fé, atribuindo-lhe vantagens sobre o outro contratante, que, apesar de sua diligência, errou, seja a solução mais justa. Como já dissemos anteriormente, tal solução, no mais das vezes, fará com que se beneficie o que procura obter um lucro, em prejuízo do que procura evitar um dano. Todavia, essa tendência doutrinária e jurisprudencial, mesmo nos parecendo errônea, revela seu caráter limitativo em relação à amplidão com que a lei admitiu a pesquisa da vontade interna, a propósito do erro.

Em síntese, *a posição do direito brasileiro a respeito das influências da vontade sobre a declaração é, a nosso ver, em seu conjunto, uma posição equilibrada*; em cinco questões (declarações não sérias, simulação, interpretação, causa ilícita e erro), a legislação, ora abre largo campo para a pesquisa da vontade interna, ora o restringe. Ainda que sobre as duas questões mais controvertidas (interpretação e erro) se possa dizer que o Código Civil adotou a teoria da vontade¹⁸¹, a verdade é que doutrina e jurisprudência se encarregaram de lhe diminuir os excessos. Diante dos outros direitos da família romano-germânica, o direito brasileiro ocupa, portanto, no tema do papel da vontade sobre a validade e a eficácia do negócio, uma posição bastante moderada.

Consacrer la liberté de contracter sous le prétexte que ni l'objet, ni la cause de l'obligation ne sont illicites, ce serait en réalité permettre l'exploitation de l'homme par l'homme que la morale réprouve.

Pour l'empêcher, la loi civile s'est efforcée d'assurer par différents moyens la loyauté du contrat. *Il y a des règles du jeu*. La protection des contractans est garantie par l'exclusion de ceux qu'un état permanent physique ou moral, révèle hors d'état, de lutter utilement et par l'assistance qui leur est prêtée. *Elle est assurée aussi par l'analyse subtile qui est faite de la valeur du consentement et vient protéger une volonté mal assurée*".

181. É o que dizem Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 415, e Silvio Rodrigues, *Dos defeitos*, cit., p. 85, n. 41.

§ 2º

Os elementos constitutivos do negócio jurídico: circunstâncias negociais, forma e objeto

Plano do parágrafo — Excluída a vontade como elemento constitutivo do negócio, resta analisar a declaração de vontade. Esta, que, especialmente quando tomada em oposição à vontade, praticamente se confunde com o próprio negócio, agora, reduzida a si mesma, pode ser considerada em seus três elementos: circunstâncias negociais, forma e objeto. Trata-se de elementos que uma análise racional revela mas que não existem separadamente. Com isso veremos dizer que não há, na declaração de vontade, uma forma que exista independentemente do objeto e das circunstâncias negociais, nem objeto ou circunstâncias negociais tomados isoladamente. Os três elementos intrínsecos são indissolúveis; eles compõem a declaração e, através dela, o negócio jurídico. É verdade que a existência de forma e objeto, independentemente das circunstâncias negociais, aparentemente poderia ocorrer, mas, então, teríamos somente uma manifestação de vontade simples, e não aquela *manifestação de vontade qualificada* (por circunstâncias que fazem com que socialmente ela seja vista como destinada a uma vinculação jurídica), que é a declaração de vontade. Portanto, sem as circunstâncias negociais, mesmo que haja forma e objeto, não haverá, como logo se procurará tornar mais claro, negócio jurídico.

Por serem as circunstâncias negociais o elemento definidor da declaração de vontade, iniciaremos por aí o exame dos elementos gerais intrínsecos (Título I). Em seguida, examinaremos a forma, considerada como o aspecto externo de que se reveste o negócio (Título II), e, finalizando o parágrafo, trataremos do objeto como o seu conteúdo interno (Título III).

TÍTULO I

AS CIRCUNSTÂNCIAS NEGOCIAIS

A profunda análise que a pandectista alemã realizou, distinguindo a vontade de declarar (*Erklärungswille*) e a vontade de conteúdo (*Geschäftswille*), ainda que se colocando, como se percebe, do ponto de vista da vontade, pode auxiliar-nos, num primeiro momento, para dar-nos a convicção de que realmente algo existe (as circunstâncias negociais), que difere do objeto do negócio. Por outro lado, como veremos, esse “algo” difere também da forma, isto é, para continuarmos dentro da análise volitiva feita pela pandectista, pode-se perceber ainda, através da análise minuciosa do processo psicológico de quem normalmente realiza um negócio jurídico, a existência de outra vontade, a terceira, referente à forma, que é a vontade de querer determinado comportamento.

Para a distinção entre o objeto e as circunstâncias negociais, a análise pandectista, ainda que nada nos tenha dito sobre aquilo em que consistem essas circunstâncias negociais, pois seu ponto de vista é eminentemente voluntarista, pode nos ser muito útil como ponto de partida. Realmente, a referida análise revelou uma dupla vontade: a vontade de declarar e a vontade de conteúdo. Assim, se nos colocarmos do ponto de vista psicológico do agente que realiza uma compra, são vontades diferentes: a de querer o objeto do negócio (quero comprar uma coisa) e a de querer declarar a vontade de comprar (quero declarar que quero comprar).

Cariota Ferrara¹⁸² apresenta-nos algumas situações em que se podem distinguir claramente a vontade de declarar (dita por ele “vontade

182. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 407.

de manifestação”) e a vontade de conteúdo: “a) podem se encontrar, num negócio concreto, a vontade de manifestação e a vontade de conteúdo: é o caso normal; b) pode faltar a vontade de manifestação (por violência física, erro obstativo consistente em engano material, como se verá em seguida) e *a fortiori* faltará a vontade negocial (se eu não quis declarar vender, não quis certamente vender); c) pode estar somente *viciada* a vontade de manifestação e *faltar* a vontade negocial (eu sou levado a declarar doar a Tício, acreditando que esse era o nome do meu benfeitor; *quis*, portanto, *declarar* doar ‘a Tício’, sob a influência do erro; não *quis*, porém, *doar* a Tício: erro obstativo referente ao nome ou outro sinal individualizador); d) pode estar perfeita a vontade de manifestação e faltar a vontade negocial (eu declaro doar a Tício porque a ele quero livre e conscientemente *declarar* doar; mas, na realidade, não quero *doar* nada ou não quero doar a ele: brincadeira, reserva mental etc.); e) a vontade de manifestação existe e está imune de vícios; a negocial está viciada (declaro comprar um objeto porque acredito que seja de ouro, mas é somente dourado: a vontade de manifestação é livre e imune de vícios; a negocial existe, mas é viciada, porque sofreu, no seu processo de formação, a influência de um motivo que a desviou; erro-vício ou, mais propriamente, sobre qualidade substancial do objeto)”.

Como, ao lado da vontade de declarar e da vontade de conteúdo, pode-se ainda afirmar tranqüilamente a existência de uma terceira vontade, que é a de querer determinado comportamento para expressar ou manifestar as outras duas (quero manifestar-me oralmente, por escrito, por gestos etc.), há de se descobrir quais os objetos que correspondem a cada uma delas. Ora, a essa tríplice vontade interna, que uma observação atenta revela, de querer declarar, de querer o conteúdo e de escolher um comportamento para a declaração, correspondem, nas hipóteses normais, como objetos externos, as circunstâncias negociais, o objeto do negócio e a forma que ele toma.

Entretanto, é preciso cautela na transposição dessa análise da vontade para o negócio jurídico, uma vez que, não sendo a vontade parte deste, poderá haver negócio sem uma, sem outra, ou até sem todas aquelas vontades; a correspondência, portanto, somente existe nas hipóteses normais e — não é demais insistir, a fim de não recairmos nos vícios do voluntarismo — se utilizamos aqui a análise

volitiva, é somente como ponto de partida, porque, sendo mais fácil perceber a distinção entre a vontade de declarar (quero declarar que quero comprar), a vontade de conteúdo (quero comprar a coisa) e a vontade de certo comportamento (quero fazer a declaração por escrito), torna-se claro que existe, diverso do objeto e da forma do negócio, um terceiro elemento, que é, como veremos em prosseguimento, as circunstâncias negociais.

Feitas essas observações, cumpre, pois, indagar em que consistem exatamente as circunstâncias negociais, isto é, em que consistem elas quando racionalmente separadas da forma e do objeto do negócio. Ou, fazendo a passagem do raciocínio voluntarista ao objetivo: se, nas hipóteses normais, há, distinta das outras, uma vontade de declarar, o que quer exatamente essa vontade? Se a vontade de conteúdo tem por objeto o conteúdo (objeto) do negócio e se a vontade de um comportamento tem por objeto a forma, quando se diz que a vontade de declarar tem por objeto as circunstâncias negociais, em que consistem essas circunstâncias negociais?

Antes de respondermos, seja-nos permitido dizer, plagiando Ortega y Gasset, que, a nosso ver, *o negócio jurídico é o negócio jurídico e todas as suas circunstâncias*. Por outras palavras, há de se entender por negócio jurídico *aquela conduta total* socialmente qualificada como negócio¹⁸³.

183. Cf. Enneccerus, *Derecho civil*, cit., t. 1, Parte 2, p. 115.

“Pero la *declaración* de voluntad no se compone unicamente de las palabras usadas con el fin de hacer una declaración o de otros signos de declaración corrientes en tráfico o de caracter convencional (inclinación de cabeza como signo de afirmación, golpe del martillo en la subasta), sino que, junto a ellos o por si sola, la *total conducta* (grifos nossos) puede servir en ciertas circunstancias como medio de declaración”.

No mesmo sentido, e à parte certo exagero de terminologia pelo abandono da expressão tradicional “declaração de vontade” e pela adoção de “assetto d’interesse”, veja-se Betti, *Novissimo Digesto Italiano*, cit.: “Non coglie l’essenza del negozio una definizione ancora corrente, che risale alla dogmatica pandettistica e risente del suo formalismo individualistico. Essa caratterizza il negozio come una manifestazione di volontà rivolta ad effetti giuridici, o permessi dal diritto; ed ha il difetto radicale di ridurre il negozio ad un mero fatto psicologico del singolo, disconoscendo in esso la natura di un fatto *sociale*, che appartiene alla vita di relazione ed è, in essa, strumento dell’autonomia privata”. E mais adiante: “Perchè, in generale, quel che conta non è

É por causa disso que, já de início¹⁸⁴, preferíamos, à palavra “manifestação” a expressão “declaração de vontade”. A questão pode ser vista como simples problema terminológico, mas não será assim, na medida em que se entender por manifestação de vontade qualquer ato de vontade, isto é, qualquer exteriorização de vontade consubstanciada em palavras, gestos, comportamentos etc., e, por declaração, tudo aquilo que socialmente se vê como destinado à produção de efeitos jurídicos, ou seja, a opção por uma ou outra expressão não será simples opção terminológica, na medida em que, como parece ser, a palavra “manifestação” tiver sentido amplo, pouco delimitado, a-técnico, e a expressão “declaração de vontade” tiver o significado preciso de todos aqueles atos (e somente aqueles atos), que são *socialmente reconhecíveis como destinados à produção de efeitos jurídicos*.

Não basta, pois, que haja algo que surja aos nossos olhos como exteriorização de vontade, é preciso ainda que essa manifestação venha rodeada de circunstâncias que façam com que ela seja vista socialmente como manifestação jurídica, isto é, como declaração. “E a palavra ‘declaração de vontade’ implica este *elemento novo*, que consiste numa finalidade de manifestação jurídica, não somente de irrevocabilidade jurídica, mas, se se pode dizer assim, de produção, ou de eficácia jurídica”¹⁸⁵.

tanto il tenore delle parole o l'esteriorità delle azioni, quanto la situazione oggettiva in cui esse vengono pronunciate, sottoscritte o rispettivamente compiute: vale a dire *quel complesso di circostanze* (grifos nossos) nel quale le dichiarazioni o il contegno s'inquadrano come nella loro naturale cornice, e assumono, secondo le vedute sociatutto il loro significato e rilievo”.

184. *Supra*, § 3^a do Capítulo Primeiro.

185. Raymond Sallèles, *De la déclaration*, cit., p. 2. Cf. também Windscheid, *Diritto*, cit., p. 265, § 69: “Il negozio giuridico è *dichiarazione di volontà*. Si dichiara di volere, che abbia luogo un effetto giuridico, e l'ordine giuridico fa che questo effetto giuridico abbia luogo, per ciò che esso è voluto dall'autore del negozio giuridico”. E, em nota, diz: “Per ciò che il negozio giuridico è *dichiarazione di volontà* è ogni *dichiarazione di volontà* negozio giuridico? No certamente. Il comando, che dò al mio servo di pulirmi gli abiti, è una *dichiarazione di volontà*, ma non un negozio giuridico. Però in piú guise la espressione *dichiarazione di volontà* vien usata come equivalente all'altra negozio giuridico, e non v'è alcuna obbiezione a fare in contrario, quando non siano a temersi malintesi”.

Por isso mesmo é que um ato de vontade realizado num palco, durante uma representação, ou numa sala de aula, durante uma preleção, ainda que tenha todos os outros elementos de existência e, até, os requisitos de validade (proveniência de vontade séria, forma prescrita etc.), não é um negócio jurídico; falta-lhe esse *quid novi*, que se deve acrescentar à manifestação, a fim de a transformar em “declaração de vontade”.

Pois bem, se tivermos em mente que toda manifestação de vontade tem forma e conteúdo e que, para se constituir em declaração, é indispensável que seja socialmente reconhecida como tal, torna-se fácil, agora, dizer em que consiste esse *quid novi*, que vimos chamando “circunstâncias negociais”. Ele consiste exatamente naquele conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou *padrão cultural*, que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos (isto é, como ato produtivo de relações jurídicas).

As “circunstâncias negociais” são, pois, um *modelo cultural de atitude*, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos.

Nas hipóteses normais, a esse modelo cultural corresponderá, sob o aspecto psicológico, uma vontade de declarar, como já revelara a análise pandectista, voltada para o aspecto “vontade”, e não para a declaração. Realmente, no seu próprio meio social, quem deseja realizar um negócio jurídico dificilmente deixará de saber, para realizá-lo, qual a atitude a tomar. Nem sempre saberá qual a exata atitude que deve tomar para que seu ato seja válido, nem sempre saberá quais são todas as conseqüências jurídicas de seu ato, mas é evidente que sempre terá uma noção de quais os atos que, na sociedade em que vive, são “jurídicos” (isto é, quais os atos que são vistos

A nosso ver, porém, como resulta do texto, qualquer declaração que não seja negócio é, antes, “manifestação de vontade”, seja manifestação de simples desejo, seja manifestação de uma ordem (da vontade), mas, sempre manifestação de vontade que não é vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos.

como dirigidos à produção de efeitos jurídicos, quais os atos que são negócios jurídicos)¹⁸⁶.

É, justamente, a pouca familiaridade de certas pessoas com os padrões culturais de uma sociedade, isto é, a deficiente assimilação dos modelos culturais de atitudes jurídicas por parte de certas pessoas, como os *índios*, que leva o ordenamento jurídico a considerar nulos os atos por eles realizados dentro dos padrões da sociedade que não é a sua, mas válidos os atos por eles realizados dentro de seu próprio ambiente social, através de modelos culturais dos quais têm pleno conhecimento¹⁸⁷.

Raciocine-se, ainda, sobre as hipóteses exatamente contrárias às dos atos realizados no palco ou em sala de aula (os quais, ainda que sejam autênticos do ponto de vista psicológico, não são negócios por falta das circunstâncias negociais), isto é, raciocine-se, agora, sobre determinados atos realizados em circunstâncias negociais, mas em que há total falta de seriedade do declarante, ou em que há coa-

186. Nesse passo é que se percebe bem o que havia de verdade naquelas definições do negócio jurídico feitas inicialmente pelos pandectistas, em que se fazia referência à vontade dos efeitos *jurídicos*.

No fundo, não importa discutir se a vontade tem, por objeto, os efeitos jurídicos, ou os efeitos práticos, *já que a vontade não faz parte do negócio*; é inegável, porém, que, *nas hipóteses normais*, mesmo que a vontade não tenha em vista os efeitos jurídicos, há uma escolha de modelo cultural de ato, *o qual se sabe perfeitamente que é juridicamente vinculante*. Há, assim (sempre nas hipóteses normais), uma deliberada escolha (ou, pelo menos, a consciência) do caráter jurídico da atitude tomada com a realização do negócio.

187. Cf. Estatuto do Índio — Lei n. 6.001, de 19-12-1973:

“Art. 6º Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.

Parágrafo único. Aplicam-se as normas de direito comum às relações entre índios não integrados e pessoas estranhas à comunidade indígena, excetuados os que forem menos favoráveis a eles e ressalvado o disposto nesta Lei.

Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente.

Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos”.

ção absoluta, ou erro obstativo. Ora, tais casos, ainda que trazendo problemas de validade, constituem negócios jurídicos, são negócios. Poderão ser nulos, anuláveis ou válidos, mas são negócios, a demonstrar que são sempre as “circunstâncias negociais” que dão à declaração de vontade seu caráter específico.

Tal solução pode não parecer satisfatória para os juristas excessivamente ciosos da pureza do direito, pois, a final, acaba-se adotando, como elemento caracterizador da declaração, e, através dela, do negócio jurídico, as circunstâncias negociais, cuja conceituação é a de uma atitude vista *socialmente* como dirigida à produção de efeitos jurídicos, isto é, um modelo cultural de atitude jurídica, portanto, algo metajurídico a dar o caráter de jurídico. Infelizmente, trata-se, a nosso ver, de decorrência inevitável do próprio caráter social do direito, que faz com que, *em pontos extremos*, a ciência do direito, para definir o que é jurídico, acabe por ter que se referir ao que está para além do próprio direito.

Observamos, porém, que feita a primeira verificação, isto é, a de que negócio, a final, é o que socialmente se vê como manifestação de vontade dirigida à produção de efeitos jurídicos, o direito, depois, assume plenos poderes e será dele, exclusivamente, que dependerão a validade e a eficácia do negócio.

Portanto, se, no plano da existência, é indispensável fazer referência aos padrões culturais que vêm como jurídicos certos atos, o direito, nos planos subsequentes, age soberanamente sobre o dado que lhe foi fornecido, dando, ou negando, validade e eficácia.

Segue-se daí que, ao ato concreto socialmente visto como dirigido à produção de efeitos jurídicos, o ordenamento jurídico normalmente atribuirá os efeitos correspondentes aos manifestados como queridos. Entretanto, é esse advérbio “normalmente” que permite ao direito exercer um controle especificamente seu sobre o negócio, fazendo, neste, correções, segundo seus próprios critérios.

Em síntese, o que caracteriza o negócio jurídico é o fato de ser uma manifestação de vontade qualificada por circunstâncias que fazem com que ele seja visto socialmente como dirigido à produção de efeitos jurídicos (é uma declaração de vontade — característica primária). Depois, o direito, acompanhando a visão social, atribui, a

essa declaração, efeitos, em correspondência com os efeitos manifestados como queridos (efeito constitutivo de relações jurídicas — característica secundária), mas, já então, somente desde que, *in concreto*, haja os demais pressupostos de existência, e, ainda principalmente, os de validade e eficácia.

TÍTULO II

A FORMA

Bem mais simples que a análise das circunstâncias negociais é a da forma. Forma do negócio jurídico é o meio através do qual o agente expressa a sua vontade. A forma poderá ser oral, escrita, mímica, consistir no próprio silêncio, ou, ainda, em atos dos quais se deduz a declaração de vontade.

Não há negócio sem forma. Que haja negócios com forma prescrita em lei e negócios com forma livre, é questão que diz respeito ao plano da validade; aqui, porém, no plano da existência, importa é não fazer a confusão elementar de entender que somente os negócios com forma prescrita é que têm forma, sem se dar conta de que todos eles, inclusive os de forma livre, hão de ter uma forma, do contrário, inexistiriam (plano da existência).

Considerada, pois, a forma como deve ser aqui, sob o ângulo do negócio em si, pode ela ser *expressa* ou *tácita*. Negócios com forma expressa são, como diz o art. 217 do Código Civil português, aqueles nos quais a declaração é feita “por palavras, escrito ou qualquer outro *meio direto* de manifestação de vontade”. Negócios com forma tácita, por sua vez, são aqueles em que a declaração se deduz de fatos e atos que a revelam.

Saleilles¹⁸⁸ conta que, por ocasião da feitura do BGB, foi discutido se se deveria ou não colocar essa distinção como princípio normativo. O primeiro projeto, que a agasalhava, atribuía-lhe consequências práticas nas declarações receptícias, pois aí, se a forma fos-

188. Raymond Saleilles, *De la déclaration*, cit., p. 3.

se expressa, a eficácia do negócio se iniciaria a partir da recepção (sistema da recepção) e, se tácita, a partir do momento da percepção (sistema da percepção). A final, por causa das dificuldades em definir se a forma era expressa ou tácita, acabou-se por suprimir a distinção do citado Código, embora, como é evidente, ela exista de fato (sempre, aliás, com a conseqüência de que as declarações expressas, comparadas às tácitas, têm grau mais alto de certeza e precisão). O Código Civil brasileiro traz a distinção, sem a definir, ao iniciar as disposições sobre os contratos (art. 1.079), enquanto o Código Civil português, no artigo já citado, define uma e outra, procurando eliminar as dúvidas doutrinárias¹⁸⁹.

Seja a forma expressa ou tácita, pode ela ainda ser *ativa* ou *omissiva*¹⁹⁰. Negócios com forma ativa são aqueles em que o agente modifica o mundo exterior. Sua atividade poderá estar dirigida diretamente a expressar a vontade (forma ativa expressa, como ocorre nos negócios jurídicos em geral), ou poderá consistir em atos dos quais se deduz a declaração de vontade (forma ativa tácita; por exemplo: arts. 150, 151, 161, 1.292, 1.581, § 1º, e 1.749, todos do CC)¹⁹¹. Negócios

189. O critério do Código Civil português é o de Savigny (meios diretos ou indiretos) devendo o entendimento do que seja “meios diretos” ou “indiretos” ser feito segundo os usos e costumes correntes (critério objetivo de Zitelmann). Veja-se Saleilles, *De la déclaration*, cit., p. 3.

190. Francesco Carnelutti, *Sistema*, cit., p. 162.

191. Código Civil:

Art. 150. “É escusada a ratificação expressa, *quando a obrigação já foi cumprida em parte pelo devedor*, ciente do vício que a inquinava”.

Art. 151. “A ratificação expressa, ou a *execução voluntária da obrigação anulável*, nos termos dos arts. 148 a 150, importa renúncia a todas as ações, ou exceções, de que dispusesse contra o ato o devedor”.

Art. 161. “A renúncia da prescrição pode ser expressa, ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumir.

Tácita é a renúncia, quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição”.

Art. 1.292. “A *aceitação do mandato pode ser tácita, e resulta do começo de execução”.*

Art. 1.581. “A *aceitação da herança pode ser expressa ou tácita; a renúncia, porém, deverá constar, expressamente, de escritura pública, ou termo judicial.*

com forma omissiva são aqueles que se consubstanciam em inércia, isto é, neles não há alteração do mundo exterior. Também essa inércia pode estar dirigida diretamente a expressar a vontade (forma omissiva expressa; por exemplo: quando, numa assembléia, alguns votam “permanecendo como estão”; ou quando o jornalista permanece inerte, enquanto o cidadão pega seu exemplar do jornal e coloca o respectivo preço na caixa ao lado), ou se constituir em fato do qual se deduz a declaração de vontade (forma omissiva tácita; por exemplo, a renúncia à ação de anulação do negócio jurídico por decurso de prazo; a confissão, por revelia, quando admissível (art. 320, do CPC)¹⁹²; a aceitação da herança pela não resposta do herdeiro à provocação do interessado para dizer se aceita ou não (art. 1.584^{192-A} do CC) etc.).

§ 1º É expressa a aceitação, quando se faz por declaração escrita; *tácita, quando resulta de atos compatíveis somente com o caráter de herdeiros.*

§ 2º Não exprimem aceitação da herança os atos oficiosos, como o funeral do finado, os meramente conservatórios, ou os de administração e guarda interina”.

Art. 1.749. “O testamento cerrado que o testador abrir ou dilacear, ou for aberto ou dilaceado com seu consentimento, haver-se-á como revogado”.

A esses artigos correspondem os arts. 174, 175, 191, 659, 1.805, *caput*, e 1.972 do novo Código Civil. As mudanças de redação nos arts. 175 e 1.805 não alteram as afirmações feitas no texto sobre a circunstância de se tratar de casos de forma ativa tácita.

Veja-se também o Código de Processo Civil:

Art. 503. “A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer.

Parágrafo único. *Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer”.*

192. A confissão, por natureza, é antes meio de prova que negócio jurídico (cf. arts. 348 e s., do CPC; cf. também Stolfi, *Teoria*, cit., p. 9); entretanto, considerando-se que, pelo art. 285 do Código de Processo Civil, do próprio mandado de citação, deverá constar que, não sendo contestada a ação, presumir-se-ão aceitos pelo réu como verdadeiros os fatos articulados pelo autor, *a confissão por revelia* dificilmente poderá deixar de ser vista, social e juridicamente, como uma omissão destinada a produzir efeitos jurídicos (logo, negócio jurídico com forma omissiva). Não é de se admirar, aliás, que, justamente por ser a confissão, algumas vezes, negócio jurídico, apliquem-se a ela regras sobre requisitos de validade do negócio, como regras sobre legitimidade (art. 350, parágrafo único, do CPC), defeitos na formação da vontade (erro, dolo, coação — art. 352 do CPC), licitude de objeto (art. 351 do CPC) etc.

192-A. Correspondente ao art. 1.807 do novo Código Civil.

Relacionado com essa última classificação da forma está o *problema do silêncio como declaração de vontade*. A nosso ver, o problema do silêncio é sempre de forma omissiva, e não, propriamente, de forma tácita¹⁹³; esta, como acima definida, implica fatos ou atos dos quais se presume a declaração; assim: a renúncia à ação de anulação por aplicação dos arts. 150 e 151^{193-A}, segunda parte, do Código Civil; a renúncia à prescrição nos termos do art. 161^{193-B}, última parte, do Código Civil; a aceitação do mandato pelo começo de sua execução (art. 1.292^{193-C} do Código Civil); a aceitação de herança por atos somente com essa qualidade compatíveis e a revogação do testamento cerrado por sua abertura ou dilaceração. Ora, em todos esses casos, a forma é tácita, mas não se põe o problema do silêncio como declaração de vontade. A questão do silêncio é sempre de forma omissiva, e tanto essa omissão poderá ser proposital (quando o caso será de forma expressa), quanto não o ser (quando o caso será de forma tácita). Não é de admirar, pois, que já se tenha dito que, “segundo alguns autores, constitui o silêncio uma subespécie da declaração expressa da vontade; entendem outros, no entanto, que a uma subespécie de declaração tácita equivale”¹⁹⁴.

O artigo fundamental de nossa legislação, nessa matéria do silêncio como declaração de vontade, é o art. 1.084^{194-A} do Código Civil, que, aliás, tanto abrange hipóteses de silêncio como manifestação expressa quanto tácita. Seu teor é: “Se o negócio for daqueles, em que se não costuma a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa”.

Em princípio, o silêncio é um fato juridicamente *ambíguo* (“qui tacet neque negat, neque utique fatetur”); adquirirá, porém, relevân-

193. Francesco Carnelutti, *Sistema*, cit., p. 301.

193-A. No novo Código Civil, os artigos correspondentes são os arts. 174 e 175, segunda parte.

193-B. Correspondente ao art. 191, última parte, do novo Código Civil.

193-C. No novo Código Civil, o artigo corresponde ao 659.

194. Vicente Ráo, *Ato jurídico*, cit., p. 141.

194-A. No novo Código Civil, art. 432.

cia jurídica, na medida em que o silente, tendo o dever, ou o ônus, de falar, silencia. No campo que nos interessa, tratar-se-á, em geral, de ônus de falar, e não de dever de falar, isto é, em geral se silenciar, corre o silente, por causa das circunstâncias em que o fato se dá, o *risco* de ver o seu silêncio interpretado como declaração de vontade. Portanto, é preciso: a) circunstâncias que criem para alguém o ônus (e, mais raramente, o dever) de se manifestar, a fim de evitar a realização do negócio; b) que essa pessoa não se manifeste¹⁹⁵. Poderá ocorrer que a pessoa, submetida ao ônus ou ao dever de manifestação, não possa, por alguma razão, tomar qualquer atitude. Nesse caso, o negócio, diante de sua omissão, se realizará, mas a situação, em princípio, será idêntica à dos negócios realizados sob coação absoluta, isto é, o negócio existe (plano da existência), mas é nulo (plano da validade). Observamos, porém, que, se o obstáculo à manifestação, que impediria o negócio, resulta de culpa do próprio declarante (que é o silente), haverá, naturalmente, responsabilidade por perdas e danos perante quem, de boa fé, acreditou na declaração¹⁹⁶.

195. A questão do silêncio como declaração de vontade põe a nu a fraqueza das definições do negócio jurídico como ato de vontade (“definições voluntaristas” — veja-se o § 1º do Capítulo Primeiro). Se um negócio jurídico é considerado por todos como realizado tendo em vista as circunstâncias que faziam presumir que a total omissão do agente significava, por exemplo, aceitação, e, se depois, o mesmo agente prova que não era essa a sua vontade, em que situação ficamos? teria realmente havido, ou não, o negócio jurídico? Diante de nenhuma dúvida de que, se as circunstâncias forem uniformemente interpretadas como aceitação, houve negócio jurídico, os autores voluntaristas (por exemplo Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 106) procuram justificar a “exceção” pelos princípios da responsabilidade (auto-responsabilidade) e da confiança; mas a admissão dessa “exceção” é a confissão plena de que nem todo negócio é um ato de vontade e, simultaneamente, a confirmação de que *todo negócio é um ato visto socialmente como declaração de vontade*.

196. Se não se examina o negócio nos seus três planos, separadamente, qualquer tentativa de solução para o problema do silêncio como declaração de vontade nos parece bastante complicada. Veja-se, por exemplo, Vicente Ráo, *Ato jurídico*, cit., p. 142:

“Em nosso direito foi o Prof. Serpa Lopes quem estudou exaustivamente esta matéria com melhor conhecimento das fontes e, em sua definição do silêncio, incluiu os seguintes elementos, que examinou com erudição e proficiência:

- a) manifestação da vontade por meio de um *comportamento negativo*;
- b) deduzida de *circunstâncias concludentes*;

O ônus de manifestação pode resultar ou de fatos objetivos (usos e costumes, lei) ou, até mesmo, ser criado unilateralmente por uma das partes; neste último caso, porém, o negócio, proveniente do silêncio, não poderá ser oneroso para o silente. Por outras palavras — e isto é que importa frisar — o ônus de manifestação não pode ser criado unilateralmente por uma das partes *em detrimento da outra*. É o que se percebe nas duas hipóteses do art. 1.084: a) “se o negócio for daqueles, em que se não costuma a aceitação expressa”, portanto, o ônus da manifestação, surge, aqui, dos usos e costumes; e b) “se o proponente tiver dispensado a aceitação expressa”, onde a redação é menos clara, mas há de se supor que seja negócio vantajoso para o oblato (cf. arts. 1.166 e 1.584^{196-A}, ambos do CC, por exemplo). Às vezes, o ônus de se manifestar resulta da lei, como ocorre nas hipóteses de renúncia da ação pela não-propositura dela nos prazos prescritos, ou nas de confissão por não-comparecimento para depor etc. O que não é possível entender é que haja ônus de se manifestar, quando a própria parte interessada, através de carta, ou notificação, sem outra causa (por exemplo, permissão contratual anterior), dá prazo, à parte contrária, para se manifestar, “sob pena de” vir a interpretar o silêncio no sentido que lhe é mais interessante.

Cumprе lembrar, finalmente, que a forma do negócio, além de expressa ou tácita, ativa ou omissiva, às vezes é, ainda, classificada em *declaração e comportamento*¹⁹⁷, falando-se também, neste últi-

c) caracterizada pelo dever e possibilidade de falar por parte do silente;

d) e pela *convicção* da outra parte de haver, nesse comportamento negativo e nessas circunstâncias, *uma direção de vontade inequívoca e incompatível com a expressão de uma vontade oposta*.

Somente acrescentaríamos a esses elementos ou requisitos mais o seguinte: o comportamento negativo do silente e respectivas circunstâncias devem induzir a outra parte à acenada convicção, como induziriam, de modo normal, qualquer outra pessoa igualmente prudente e de boa fé”.

196-A. No novo Código Civil, ver arts. 539 e 1.807.

197. Betti, *Novissimo Digesto Italiano*, cit.: “La forma può essere quella di una dichiarazione o quella di un comportamento senza valore di dichiarazione. Per il fenomeno della dichiarazione si rinvia alla voce *Atti giuridici*. La distinzione fra dichiarazione e comportamento ha riguardo alla differente natura dell’atto e dell’evento cui esso mette capo. Il comportamento non fa assegnamento sulla

mo caso, em *negócios de atuação*¹⁹⁸; essas classificações, porém, nada acrescentam às anteriores. Por outro lado, a divisão dos negócios em receptícios e não receptícios, muitas vezes aproximada do estudo da forma, não diz respeito a essa, que é constitutiva do negócio, mas sim aos fatores de eficácia, ou seja, nos negócios receptícios, a recepção pelo destinatário é fator de eficácia do negócio, e, portanto, algo a ele extrínseco, e não elemento que formalmente o constitui. O negócio receptício, ainda não recebido, já está completo no plano da existência, e, se, por acaso, dele se diz que ainda não se aperfeiçoou, ou que está incompleto, é somente porque não atingiu o final do ciclo “existência-validade-eficácia”, por falta de um fator de eficácia; ele, antes da recepção, já existe, poderá ser válido, e somente não é ainda eficaz.

collaborazione psichica altrui, non fa appello alla coscienza o alla volontà delle persone nella cui sfera siano per spiegarsi gli effetti del negozio. Esso è caratterizzato dal fatto che esaurisce il suo risultato in una modificazione oggettiva (operazione) socialmente riconoscibile e dello stato di fatto preesistente. A differenza dalla dichiarazione, che — sia, o meno, indirizzata a un destinatario determinato cui debba pervenire per spiegare efficacia (dichiarazione recettizia) — è sempre destinata a render noto ad altri il suo contenuto, il comportamento opera ed attua di fatto un assetto di privati interessi, senza mirare a renderlo noto ad altri interessati. (Le qualifiche di “negozio d’attuazione” e di *Willensgeschäft*, correlativa, questa, all’altra di *Willenserklärung*, sono per diverse ragioni inesatte o ambigue, e perciò da evitare”).

Os comportamentos “*que não são declaração*”, ou não são negócios, ou somente não serão “*declaração de vontade*” se tomarmos essa expressão em sentido restrito (cf. Von Tuhr, *Tratado*, cit., p. 115; também Enneccerus, *Derecho civil*, cit., p. 58, § 136). Além disso, parece-nos que não importa verificar qual a intenção do agente, isto é, se há vontade de declarar nos casos comuns de negócio jurídico e se não há vontade de declarar nos casos de “*negócio de atuação*”; isso seria recair nos vícios do voluntarismo. O que importa é que, nos casos de manifestação tácita de vontade, a lei, por causa de certos atos e fatos (*facta concludentia*), considera que houve declaração de vontade; podemos dizer que, se, normalmente, negócio jurídico é o ato que, por causa de certas circunstâncias (e, nesse sentido, em todos os negócios, há sempre *facta concludentia* — cf. Von Tuhr, *Tratado*, cit., p. 14, nota 4), é visto socialmente como destinado a produzir efeitos jurídicos, nos casos de manifestação tácita, a lei “*ajuda*” a *visão social*, procurando, através de presunções *juris tantum* ou *juris et de jure*, eliminar dúvidas, que, nessas hipóteses, poderiam surgir. De qualquer forma, a classificação dos “*negócios de atuação*”, ou “*comportamentos*”, nada acrescenta à dos negócios com forma, ao mesmo tempo, tácita e ativa.

198. Carlotto Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 265: “Un’importante distinzione, con riguardo al modo stesso di esternare la volontà negoziale, si suole

porre da alcuni scrittori, i quali dalla distinzione stessa deducono una duplice categoria di negozi giuridici: si distingue tra dichiarazione di volontà e manifestazione di volontà, e quindi tra negozi che consistono in dichiarazioni di volontà e possono chiamarsi negozi di dichiarazione o dichiarativi in tal senso (*Erklärungsgeschäfte*) e negozi che sono negozi di volontà o negozi di attuazione. Per dichiarazione di volontà si intende solo la manifestazione di volontà comunicata o diretta ad un'altra persona; invece si intende per manifestazione ogni rivelazione della volontà al mondo esterno, realizzata mediante attuazione o realizzazione della volontà stessa, senza alcuna destinazione o direzione verso altri. Esempi di dichiarazioni: la volontà dichiarata alla controparte nei contratti, quella contenuta nel testamento ecc. Esempi di manifestazioni: l'occupazione, la derelizione, l'accettazione dell'eredità a mezzo di consumazione o alienazione di beni ereditari ecc., la distruzione del testamento olografo ecc...". E, mais adiante: "A noi pare che la distinzione è artificiosa nella base e nella deduzione. Anzitutto, il concetto di dichiarazione di volontà viene à torto separato da quello di manifestazione di volontà, che è invece un *genus* rispetto all'altro...". E, ainda: "Del resto, la distinzione in parola non fa che riprodurre — spostandole ed alterandole — vecchie distinzioni sode e sicure: manifestazioni di volontà recettizie, manifestazioni espresse e tacite".

A nosso ver, como dissemos na nota anterior, os ditos "negócios de atuação" são casos de negócios com forma ao mesmo tempo tácita e ativa; portanto, realmente, essa classificação nada acrescenta às duas fornecidas no texto.

TÍTULO III

O OBJETO

Por objeto do negócio jurídico deve-se entender todo o seu conteúdo. Há, aliás, quem veja no objeto o elemento central do negócio, por entender que a característica específica deste está justamente em poder o agente plasmar esse conteúdo. Realmente, é característica específica do negócio que seus efeitos lhe sejam imputados pelo ordenamento jurídico de acordo com os efeitos manifestados como queridos. Entretanto, são coisas diferentes essa imputação dos efeitos de acordo com os efeitos manifestados e a possibilidade de se escolher o conteúdo e, portanto, plasmá-lo. A nosso ver, o que de fato caracteriza o negócio, como já foi dito anteriormente, é ser ele uma declaração de vontade, isto é, uma manifestação de vontade qualificada por um modelo cultural que faz com que ela socialmente seja vista como juridicamente vinculante. Este fato basta para a caracterização do negócio e é dele que decorre esse outro fato, de que os efeitos sejam imputados ao negócio de acordo com o que foi manifestado como querido (o primeiro fato é a característica primária e o segundo, a característica secundária, consequência inexorável da anterior). Normalmente, a pessoa escolhe esse modelo cultural, isto é, tem a vontade de declarar (*Erklärungswille*) e também, normalmente, o agente plasma o conteúdo do negócio, isto é, tem a vontade de conteúdo (*Geschäftswille*). Todavia, a verdade é que nem sempre é o declarante quem plasma o conteúdo do negócio. Há contratos, como os de adesão e os chamados contratos abertos (contratos em que duas ou mais partes formulam os termos do contrato e admitem que outras pessoas venham dele participar), nos quais uma ou algumas das partes nada formam do conteúdo; há outros negócios, também contratos, em que a autoridade pública determina, para ambas

as partes, as principais condições (por exemplo, tabelando o preço de certos produtos), ou mesmo fixa as principais cláusulas (contratos autorizados). Há outros negócios, ainda contratos, em que um órgão de classe fixa a maior parte das cláusulas (por exemplo, através de contratos coletivos de trabalho) e, finalmente, há negócios, já não contratos, em que é a própria lei que determina o conteúdo do negócio, como ocorre no casamento. Está claro que, a fim de manter a coerência, na última hipótese, em que as partes nada fixam do conteúdo, não poderão os autores, que se aferram à definição do negócio pela possibilidade de fixação do seu conteúdo pelo agente, considerar o casamento como negócio jurídico¹⁹⁹. Realmente, a tese de que o casamento não é negócio jurídico é sustentada por muitos, mas, para levarem sua coerência até o fim, teriam os mesmos autores que dizer que há negócios que são “menos negócios” que outros, porque se percebe perfeitamente que, nos já citados contratos (contratos de adesão, contratos abertos, contratos autorizados, contratos formados com base em convenções coletivas), as partes plasmam menos o seu conteúdo que no contrato tradicional. Neste, ambas as partes, em posições iguais, discutem e fixam, com grande liberdade, todo, ou quase todo, o conteúdo; naqueles, as limitações são sensivelmente maiores. Logo, se é a possibilidade de fixação do conteúdo que dá a “essência” do negócio jurídico, tem-se que concluir que há negócios que são “mais negócios” e negócios que o são “menos” (o que é um absurdo do ponto de vista lógico).

O que se pode, pois, reter do exposto é que, ao lado dos negócios, cujo conteúdo é quase todo formado pelas partes, outros existem, cujo conteúdo resulta, parcial ou integralmente, de outras fontes. Até que ponto isso é lícito, quando essa outra fonte não é a lei (ou a autoridade com base na lei), é questão que interessa à validade do negócio, à liberdade do querer, ao requisito consistente em a declaração dever resultar da vontade livre (com a possibilidade de

199. Apesar de suas regras específicas, o casamento tem os mesmos problemas dos negócios jurídicos em geral, especialmente os de validade: capacidade (jurídica e de fato) do agente, legitimidade, vontade livre, vontade não viciada por erro etc. Trata-se de negócio jurídico de direito de família. Sobre a natureza jurídica do casamento, veja-se Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 182).

anulação, pelo fato de o ato ter sido feito sob coação e ainda, conforme as várias legislações, em estado de perigo, ou sob pressão econômica²⁰⁰.

O objeto do negócio, abrangendo todo o seu conteúdo, encerra em si aqueles elementos que, na ordem decrescente de abstração, colocam-se abaixo dos elementos gerais de negócio jurídico, ou seja: a) em primeiro lugar, os elementos categoriais inderrogáveis, desde que da espécie a que poderíamos chamar objetiva ou causal²⁰¹ (o acordo sobre o preço e a coisa, numa compra e venda, por exemplo, faz parte do objeto do negócio); b) em segundo lugar, todos os elementos categoriais derogáveis, que, de resto, vão constituir o conteúdo implícito do negócio e que, por isso mesmo, muitas vezes são chamados erroneamente de “cláusulas” implícitas; e c) finalmente, em terceiro lugar, todos os elementos particulares, isto é, as diversas cláusulas (condições, termos etc.) expressamente incluídas no negócio.

Sob outro ângulo, pode-se dizer que, no objeto do negócio, há um conteúdo expresso, um conteúdo implícito, e, a meio caminho entre um e outro, um conteúdo que poderíamos chamar de incompletamente expresso. *Conteúdo implícito* são os elementos categoriais derogáveis (elementos naturais), que o ordenamento jurídico inclui no negócio e dos quais, normalmente, as partes nem sequer tiveram consciência; *conteúdo expresso* é o que no negócio se contém por

200. O Anteprojeto de Código Civil, de 1972, coloca, entre os negócios anuláveis, o resultante de estado de perigo (art. 173, II). Seu art. 158 define o estado de perigo: “Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa” (novo Código, arts. 171, II, e 156).

Observamos que nem sempre o estado de perigo levará a pessoa, que nele se encontra, a realizar negócio jurídico, do qual surja “obrigação” (no sentido técnico); na Europa, durante (e logo após) a última guerra, muitos casamentos se fizeram para escapar a perseguições: mulheres judias que, na Bélgica, se casaram para escapar às tropas de ocupação nazista; mulheres alemãs que se casaram com italianos para obter passaporte italiano e escapar à ocupação comunista; checas que se casaram nas mesmas condições etc. Na falta de preceito mais apropriado, muitos desses casamentos foram anulados por simulação. O Anteprojeto, já que se referiu ao estado de perigo na Parte Geral, talvez pudesse fazer o mesmo no capítulo sobre a validade do casamento.

201. *Infra* Título I do § 3º deste mesmo Capítulo.

referência completa; e *conteúdo incompletamente expresso* é o que nele se contém por referência incompleta, por exemplo, os direitos e obrigações que são decorrência inexorável do próprio tipo de negócio escolhido (se digo “vendo”, afirmo que assumo a obrigação de entregar a coisa), as qualidades essenciais da coisa ainda que não descritas, as qualidades essenciais das partes nos negócios *intuitu personae* etc.

Não fazem, porém, parte do objeto, nem explícita (o que é óbvio), nem implicitamente, os motivos enquanto motivos, visto que esses são do agente e nele estão; para que os motivos façam parte do objeto (e, portanto, do negócio) é preciso que sejam *referidos* no objeto como *motivos determinantes* (e, então, serão conteúdo expresso), como se percebe claramente no art. 90^{201-A} do Código Civil.

Evidentemente, faz parte do objeto, e é também conteúdo expresso, tudo aquilo que, *por remissão*, se incluiu no negócio. Tem-se, então, o chamado negócio *per relationem*, isto é, aqueles negócios nos quais uma parte do seu conteúdo ou já consta de outros atos ou negócios, havendo no negócio *per relationem* somente uma remissão que a integra ao seu conteúdo sem repeti-la, ou será ainda determinada por outros atos ou negócios a serem realizados. Há, pois, dois tipos de negócio *per relationem*²⁰²: a) negócios formalmente *per relationem*, isto é, cujo conteúdo já está todo determinado e no qual apenas não se repete, por economia, o que consta alhures; e b) negócios substancialmente *per relationem*, isto é, em que parte do conteúdo, no momento de sua perfeição, é deixada “em branco”, a fim de ser fixada no futuro. Neste último caso, parte do conteúdo é, pois, determinável, mas não ainda determinada. São exemplos de negócios substancialmente *per relationem*: o contrato de conta-corrente, o de abertura de crédito, o de fornecimento de mercadorias, onde venda com preço a ser determinado por cotação em bolsa ou por avaliação de terceiro etc. Essa divisão dos negócios *per relationem* tem aplicação prática em matéria de interpretação, uma vez que, nos

201-A. Correspondente ao art. 140 do novo Código Civil.

202. Vide Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 185, e Betti, *Novissimo Digesto Italiano*, cit.

formalmente *per relationem*, a parte do conteúdo a que se fez referência e, portanto, neles somente indiretamente contida, não deverá ter, em linha de princípio, prevalência sobre a parte diretamente expressa e, nos negócios substancialmente *per relationem*, a interpretação, para ser completa, implicará que se interpretem também os atos ou negócios realizados posteriormente e aos quais se fez referência.

Pode-se considerar, ainda, finalmente, como fazendo também parte do conteúdo do negócio, mesmo quando para ele se tenha adotado a forma escrita, as estipulações verbais acessórias, sejam elas anteriores, sejam concomitantes ou posteriores à formação do negócio; se, porém, a forma escrita é também forma prescrita, tais estipulações não podem ser consideradas válidas, salvo (trata-se de exceção à exceção) se a razão determinante para a prescrição da forma escrita não for a elas aplicável²⁰³.

203. Naturalmente, quando admissíveis, sempre haverá a dificuldade de se provarem essas estipulações verbais, a qual será tanto maior quanto será preciso provar, de início, porque não foram elas colocadas por escrito no negócio.

A propósito das estipulações verbais acessórias, diz o art. 221 do Código Civil português: “*âmbito da forma legal*:

1 — As estipulações verbais acessórias anteriores ao documento legalmente exigido para a declaração negocial, ou contemporâneas dele, são nulas, salvo quando a razão determinante da forma lhes não seja aplicável e se prove que correspondem à vontade do autor da declaração.

2 — As estipulações posteriores ao documento só estão sujeitas à forma legal prescrita para a declaração se as razões da exigência da lei lhes forem aplicáveis”.

§ 3º

Os elementos categoriais inderrogáveis do negócio jurídico e a causa

Plano do parágrafo — Feita a análise dos elementos gerais constitutivos do negócio, e, deixando de lado a análise dos elementos gerais a ele extrínsecos (pessoas, tempo e lugar), cujo exame escapa a um estudo que se centraliza especificamente no negócio jurídico, terminaremos o presente capítulo tratando dos elementos categoriais inderrogáveis.

Tentaremos, inicialmente, para maior clareza, realizar uma classificação desses elementos (Título I).

Em seguida, procuraremos estabelecer exatamente qual a relação entre eles e o que se denomina “causa” no sentido objetivo; a comparação entre a causa e os elementos categoriais inderrogáveis impõe-se, porque de ambos se diz que servem para caracterizar o tipo de negócio (Título II).

Finalmente, suposto tratar-se de conceitos diferentes e se for aceita nossa conclusão de que não é a causa, mas sim os elementos categoriais inderrogáveis que caracterizam cada tipo de negócio, fixando o regime jurídico a que ele se submete, torna-se necessário determinar qual o papel que a causa pode representar na existência, validade e eficácia do negócio; é o que procuraremos fazer no último título (Título III).

TÍTULO I

ENSAIO DE CLASSIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS CATEGORIAIS INDERROGÁVEIS

Considerando-se que toda declaração de vontade compõe-se de três elementos — circunstâncias negociais, forma e objeto —, e considerando-se que o primeiro elemento é o que caracteriza a essência de todo e qualquer negócio, as variações, que vamos encontrar de tipo para tipo de negócio originam-se nos outros dois (forma e objeto). Há, pois, tipos de negócio que se caracterizam pela forma, e outros em que tal ocorre, pelo objeto; pode-se mesmo dizer que há uma grande divisão dos negócios, conforme sua *caracterização típica* se faça ou por um ou por outro daqueles dois elementos constitutivos, isto é, há negócios cujo elemento categorial inderrogável é *formal* e outros cujo elemento categorial inderrogável é *objetivo*. Os primeiros são chamados de *negócios abstratos* e os segundos, de *negócios causais*.

Naturalmente, tanto os negócios abstratos têm objeto quanto os causais têm forma; os últimos, aliás (e aqui se percebem, mais uma vez, as vantagens metodológicas de separar existência, validade e eficácia), podem, até mesmo, ter forma solene (negócios ditos formais ou solenes), mas, ainda assim, não se *caracterizam* pela forma. Daí que, se, num negócio causal, faltar a forma solene, o problema será de nulidade (a forma prescrita é requisito de validade), e não de inexistência; já a falta, no ato abstrato, de uma “formalidade” (*rectius*, elemento categorial) o torna *inexistente como aquele negócio*²⁰⁴.

204. Por isso mesmo, por exemplo, o Decreto n. 2.044, de 1908, que define a letra de câmbio e a nota promissória, depois de prescrever, no art. 1º, o que deve constar da letra de câmbio, diz, no art. 2º: “Não será letra de câmbio o escrito a que faltar qualquer dos requisitos acima enumerados”. Ora, “não será letra de câmbio”

Portanto, nos negócios abstratos, o elemento categorial inderrogável é formal, enquanto nos negócios causais, o elemento categorial inderrogável é objetivo.

Parece que a noção de negócio abstrato surgiu na Alemanha no século passado. Savigny tê-la-ia formulado pela primeira vez e Bahr, depois, a expôs sistematicamente, com toda a “força das idéias novas”²⁰⁵. Entretanto, se os romanos não criaram a noção de negócio abstrato, a verdade é que esse tipo de negócio teve, indubitavelmente, entre eles, grande desenvolvimento, podendo mesmo se dizer que, especialmente em seus períodos pré-clássico e clássico, foi o negócio abstrato um dos tipos de negócio que em Roma encontraram maior difusão. Eram abstratos, entre os negócios mais antigos, os *negotia per aes et libram* (entre os quais, a *mancipatio* e o *nexum*), a *in jure cessio* e a *sponsio*; também, a *stipulatio*, o mais utilizado dos contratos romanos, era, ainda no período clássico, negócio abstrato. “O contrato abstrato”, escreve Foignet²⁰⁶, “não é, falando com propriedade, um contrato; é, antes, uma *forma contratual geral*, servindo para tornar obrigatórias as mais diversas convenções, não obrigatórias por si mesmas”.

O negócio abstrato pode ser definido como aquele cujos efeitos jurídicos se produzem independentemente de causa; ele tem, portanto, causa, mas sua causa é juridicamente irrelevante para a validade ou a eficácia; ele se caracteriza pela forma, e não pelo conteúdo; tem *forma típica*.

quer dizer “não existe como letra de câmbio”. Infelizmente, em todo assunto desenvolvido neste trabalho há grande imprecisão terminológica que temos, justamente, procurado evitar; é comum dizer-se, por exemplo, que a letra de câmbio, sem os elementos previstos, é “nula”, em vez de “inexistente como letra de câmbio”. Aparentemente, a questão é meramente terminológica; todavia, a verdade é que, se se tratasse de letra de câmbio nula, ela jamais poderia ser *também* confissão de dívida (ou é letra de câmbio ou confissão de dívida), ou documento escrito a servir de prova de confissão de dívida etc. Se, porém, ela inexistente como letra de câmbio, *abre-se a possibilidade de nova qualificação*, graças à “desnaturação” dela. Através da precisão terminológica, muita discussão, por má colocação das questões, e muitos prejuízos, daí decorrentes, seriam evitados.

205. Alfred Rieg, *Le rôle*, cit., p. 278.

206. René Foignet e Emile Dupont, *Le droit romain des obligations*, 5. ed., Paris, Libr. Arthur Rousseau, 1945, p. 23.

O exame da *stipulatio* revela muito bem que se trata de uma forma típica; é a *stipulatio* uma pura forma verbal, consistente em uma pergunta do credor (“Centum mihi dari spondes?” — “Prometes dar-me cem?”), seguida de uma resposta do devedor (“Spondeo” — “Prometo”), e, através da qual, se tornava obrigatória qualquer espécie de convenção; poderia servir para emprestar, doar, fixar o valor de uma indenização pecuniária resultante de delito, tornar obrigatória uma promessa de dote, substituir uma obrigação anterior por outra, constituir um devedor acessório, ao lado de outro principal etc.; enfim, a *stipulatio* servia para constituir qualquer tipo de obrigação, positiva ou negativa, de dar ou fazer, de dar coisa certa ou incerta. O ato existia, valia e era eficaz, em virtude da “forma verbal” pronunciada pelo *reus stipulandi* e pelo *reus promittendi*²⁰⁷.

No direito atual, em tese, há negócios absolutamente abstratos e negócios relativamente abstratos. A falta de causa é inteiramente irrelevante para a validade e eficácia dos primeiros, mas poderá ter conseqüências *entre as partes*, quando se trata dos segundos. É verdade que, mesmo na primeira hipótese, que hoje quer-nos parecer somente existe no direito alemão²⁰⁸, a falta de causa, embora não influin-

207. Foignet e Dupont, *Le droit romain*, cit., p. 34 e 41, e Moreira Alves, *Direito romano*, cit., v. 2, p. 147.

O direito pretoriano, porém, abrandou o caráter abstrato da *stipulatio*, no período clássico, através da *exceptio doli* e da *exceptio pacti* (cf. Moreira Alves, *Direito romano*, cit., v. 2, p. 150, e Capitant, *De la cause*, cit., p. 96).

208. É desse tipo, no direito alemão, o acordo para transferência da propriedade (*Einigung*), que é logicamente posterior ao negócio causal de efeitos meramente obrigatórios (compra e venda, doação, troca etc.). No direito brasileiro, a transcrição (do título de transferência *inter vivos*) no Registro de Imóveis tem o mesmo efeito (efeito real) que, no direito alemão, a inscrição (*Eintragung*) do acordo (*Einigung*, que, quando se trata de imóveis, chama-se *Auflassung*) no livro fundiário; todavia, diferentemente do direito alemão, a transcrição é entre nós e, à semelhança da tradição, no sistema romano *ato causal*. Nosso sistema de transferência de propriedade por ato *inter vivos* aproxima-se, pois, do sistema romano, embora haja controvérsia sobre o que fosse, no direito romano, a *justa causa* precedente à tradição (cf. Capitant, *De la cause*, cit., p. 92, e Moreira Alves, *Direito romano*, cit., v. 1, p. 344). Veja-se também Orlando Gomes (*Direitos reais*, 2. ed., Rio-São Paulo, Forense, 1962, t. 1, p. 179): “Pelo sistema romano, a propriedade só se adquire por um modo. Não basta a existência do título, isto é, do ato jurídico pelo qual uma pessoa manifesta validamente a vontade de adquirir um bem. É preciso que

do diretamente sobre o negócio, poderá ter *efeitos indiretos*, através da possibilidade, que abre, de ação por enriquecimento-sem-*causa*²⁰⁹.

No direito brasileiro, não há negócios absolutamente abstratos, somente os há relativamente abstratos; com isso queremos dizer que a falta de causa sempre terá relevância *entre as partes*. É o que ocorre com os títulos de crédito (nominativos ou ao portador)²¹⁰. Em todos eles, letra de câmbio, nota promissória, cheque etc., o pagamento pode ser impedido, quando há falta de causa, desde que o título ainda não tenha circulado para além do primeiro beneficiário, isto é, não tenha passado às mãos de terceiros²¹¹.

esse ato jurídico seja completado pela observância de uma forma, a que a lei atribui a virtude de transferir o domínio da coisa: *'traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur'*, isto é, o domínio das coisas transfere-se por tradição e usucapião, jamais por simples pactos. A forma pela qual se transfere é o que constitui, precisamente, o *modus acquirendi*. Mas, assim como exigiam um modo para que a propriedade fosse adquirida, os romanos estabeleceram que não bastava a tradição para transferir o domínio, sendo necessário que fosse precedida de uma justa causa"... "O direito pátrio seguiu o *sistema romano*".

Segue-se daí que, entre nós, a nulidade do negócio obrigatório, que inclui em si a autorização para a transcrição, acarreta a nulidade da transcrição (esta, por ser ato causal, fica, pois, contaminada pela nulidade do ato, que lhe serve de causa). Ora, isso não ocorre no direito alemão.

209. Todavia, considerando-se que, como é próprio de sua natureza, a ação de enriquecimento-sem-*causa* somente será procedente no *limite do enriquecimento*, temos que, nesses casos de negócios absolutamente abstratos, a falta de causa será mesmo totalmente irrelevante, inclusive indiretamente, *quanto aos efeitos do negócio que ultrapassarem o limite do enriquecimento*, isto é, a falta de causa de *nenhuma forma* influirá sobre os efeitos que ultrapassarem o limite do enriquecimento.

210. A diferença entre eles diz respeito à legitimação e à titularidade do crédito, antes que à abstração (cf. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 202, nota 1).

211. Cambial — *Autonomia da obrigação — Restrições admissíveis*. "A autonomia da cambial não é absoluta, ao ponto de não comportar, entre os figurantes imediatos, isto é, entre os que estiveram em contacto no negócio jurídico subjacente ou sobrejacente, discussão sobre esse negócio e sua causa, ou só sobre sua causa" (TJSP, 1ª Câm. Civil, AC 141.003-Presidente Prudente, j. em 18-5-65 (unânime), Rel. Des. Cruz Neto. Veja-se também a jurisprudência citada por Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil*, p. 34.

Todavia, se o título já circulou e há falta de causa, das duas uma: ou o terceiro está de má fé e a alegação de falta de causa é cabível — assim: "Merece ser mantida a decisão que, não vendo no endossatário um terceiro de boa fé, deixou de exonerá-lo da prova da *causa debendi*" (STF, 2ª T., RE 71.567 — ac., rel. Min. Bilac Pinto,

Além dos títulos de crédito, diz-se, às vezes, que são negócios abstratos a fiança e a delegação²¹², porque, nesses casos, não interferem, no negócio (fiança ou delegação), as relações, respectivamente, entre fiador e afiançado, e entre delegante e delegado. Há, aí, porém, a nosso ver, confusão entre a causa do negócio e a simples inoponibilidade a terceiro. Assim, se é verdade que a relação existente entre fiador e devedor afiançado não pode ser oposta ao credor, isso ocorre justamente porque este é terceiro na relação entre os outros dois. Bem examinada a questão, o que se verifica é que a relação entre o fiador e o devedor afiançado, de nenhuma forma se confunde ou interfere com o negócio jurídico denominado “fiança”, que se realiza entre o credor e o fiador. Na melhor das hipóteses, o que se pode dizer é que a relação entre o fiador e o devedor afiançado, do ponto de vista do negócio fiança, é apenas o *motivo* de o primeiro se obrigar para com o credor: o motivo, porém, enquanto motivo, é irrelevante para a existência, a validade ou a eficácia do negócio. O art. 1.484^{212-A} do Código Civil, ao prescrever que se pode estipular a fiança, “ainda sem consentimento do devedor”, ao mesmo tempo que determina não precisar a relação fiador-devedor afiançado ser uma relação *jurídica*, deixa claro que, sob o ângulo da fiança, essa rela-

j. 6-3-1970, conhec. e neg. provto., DJU, 5 maio 1972, p. 2725, ementa); “Somente pode ser admitida discussão sobre a *causa debendi*, em ação executiva ajuizada por terceiro, se ficar provada a má fé deste” (STF, 2ª T., RE 67.863-MG, rel. Min. Bilac Pinto, j. 23-10-1970, DJU, 23 out. 1970, p. 5084, ementa); “Contra o endossatário que age de má fé, torna possível a defesa do devedor, em executivo cambial. A defesa do art. 51 da lei cambial somente é inadmissível contra terceiro que laço nenhum tem com o título” (TASP, 3ª Câm. Civ., AC 46.252-São João da Boa Vista); também RT, 298:636 e 302:140 citadas na decisão por último transcrita etc. — ou o terceiro está de boa fé, e, então, o devedor deve pagar; se o devedor pagar, como deve, sempre terá, depois, direito à *actio in rem verso* contra quem se enriquecer sem causa (*efeito indireto da falta de causa* nos negócios abstratos).

212. Cf. Capitant, *De la cause*, cit., p. 33, 390 e 412, e Rieg, *Le rôle*, cit., p. 286. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 207, também admite que a delegação pura (art. 1.271 do CC italiano) seja negócio abstrato. Esse autor, aliás, acrescenta também o pagamento efetuado por terceiro como caso de negócio abstrato.

212-A. O artigo equivalente do novo Código Civil, art. 820, reforça a argumentação do texto; é mais incisivo que o do Código de 1916. O texto completo do novo artigo é: “Pode-se estipular a fiança, ainda que sem consentimento do devedor ou contra a sua vontade”.

ção (jurídica, ou somente afetiva, moral etc.) é somente o motivo (subjetivo) que leva o fiador a se comprometer perante o credor. A verdadeira causa da fiança (e o raciocínio é o mesmo para a delegação) não é, pois, a relação fiador-devedor afixado Há, entretanto, uma causa, e esta é, a nosso ver, o *débito anterior* existente entre credor e devedor. Por isso mesmo, a nulidade do débito principal (*rectius*, sua falta) contamina a fiança (art. 1.488, primeira parte, do CC)²¹³. Esses negócios são, pois, causais, e não abstratos.

Ao lado dos negócios abstratos, cujo elemento categorial inderrogável é formal, estão os negócios causais, a se caracterizarem por ter elemento categorial inderrogável objetivo (*objeto típico*). Isto significa que, no conteúdo (objeto) dos negócios causais, há caracteres que, por se repetirem em diversos negócios concretos, levam o ordenamento jurídico a lhes dar um regime jurídico próprio, formando um *tipo* de negócio; esses caracteres não se identificam com todo o objeto, mas fazem *parte* dele.

Naturalmente, não se pode falar, hoje, numa “tipicidade” do negócio, no mesmo sentido em que havia uma tipicidade no direito romano clássico; neste, os tipos eram *fixos*, ou, como diz Betti²¹⁴, referindo-se à causa no direito justinianeu, medieval e moderno: “no

213. “Art. 1.488. *As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança*, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor” (novo Código, art. 824, *caput*, primeira parte).

Compare-se essa situação da fiança nula, por ser a obrigação principal nula, com a do aval válido, apesar de a obrigação principal ser nula, e, logo se perceberá ser a fiança negócio causal e o aval, negócio abstrato (cf. art. 32 da Lei Uniforme relativa às letras de câmbio e notas promissórias).

A delegação, por sua vez, quando libera definitivamente o devedor primitivo (o delegante), consubstancia caso de novação subjetiva e, sobre a novação, diz o art. 1.007 do Código Civil, “não se podem validar por novação obrigações nulas ou extintas”, a demonstrar que, também aí, há causa (cuja falta nulifica o negócio) (novo Código, art. 367, segunda parte). Veja-se também o art. 1.271, segunda parte, do Código Civil italiano, segundo o qual o delegado não pode opor ao delegatário as exceções que poderia opor ao delegante, “salvo che sia nullo il rapporto tra delegante e delegatario”.

214. Emilio Betti, *Causa del negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, s. d., v. 3, p. 38 (tradução nossa).

significado mais antigo, que remonta ao direito romano clássico, as causas do negócio são típicas no sentido de que são *especificamente denominadas e taxativamente disciplinadas* no direito objetivo. No significado mais recente, ao qual o direito justinianeu serve de ponte, e que encontra desenvolvimento adequado no direito comum e no ambiente social moderno, as causas do negócio são típicas no sentido de que, embora não sejam taxativamente indicadas pela lei, devem, porém, em princípio, ser admitidas pela consciência social como correspondentes a uma exigência legítima, a um interesse social durável ou necessário, e, como tais, ser consideradas dignas de tutela jurídica” (grifos nossos).

Por isso mesmo, também os contratos inominados têm *tipo*. Uma vez que nos libertemos da “tirania dos nomes”, vemos que os contratos inominados têm também um regime jurídico; ainda que se admita para eles uma maleabilidade maior, a verdade é que, no mínimo, eles estão submetidos às regras dos contratos em geral, e, mais do que isso, às regras dos contratos causais²¹⁵. Não há negócios *abstratos* inominados; realmente, não se admite que as partes possam criar negócios abstratos, pois isso traria graves riscos a toda ordem jurídica. Se as partes pudessem criar negócios abstratos não previstos no ordenamento, evitariam as normas cogentes dos negócios causais, as

215. Betti, *Novissimo Digesto Italiano*, cit., p. 39:

“Non è da approvare il comune andazzo tendente a caratterizzare il negozio ‘non nominato’ come ‘atipico’, quasi che una tipizzazione non potesse avvenire che mediante particolari denominazioni e, di fronte alla tirannia dei nomi, il diritto dovesse farne a meno del tutto. È un errore — che oggi trova una smentita testuale nel richiamato art. 1.322, capoverso — pensare che, abbandonata la vecchia tipicità delle tradizionali denominazioni, il diritto sia arrivato a riconoscere efficace il ‘semplice consenso’, incolore e vuoto, qualunque ne sia il contenuto, purchè non sia addirittura illecito. Negare nei negozi anomali (equivocamente chiamati ‘atipici’) l’esigenza di qualsiasi tipicità in ordine a un interesse oggettivo degno di protezione, significa rimettersi al mero arbitrio individuale, al capriccio, al motivo transeunte, che, come tale, anche se plausibile in concreto, è sempre irrilevante per qualsiasi diritto. Chi così argomenta disconosce, sotto l’influenza di vieti pregiudizi individualistici, la socialità nella funzione ordinatrice propria del diritto e dimentica che l’‘atipico’ in senso assoluto, ossia l’‘*individuum ineffabile*’ resta necessariamente al di fuori di essa”.

quais, através da causa, protegem as penas que, ao realizarem o negócio, se fiaram na existência da causa²¹⁶.

Continuando no exame do elemento categorial inderrogável objetivo, próprio de todos os negócios causais, quer-nos parecer que ele pode ser típico, ora por se referir a um fato logicamente anterior (ainda que cronologicamente não o seja) ao próprio negócio e que o justifica (*causa pressuposta*), ora por se referir a um fato futuro ao qual tende (*causa final*).

Se a *summa divisio* dos elementos categoriais inderrogáveis era, pois, em *formais*, dando origem a negócios abstratos, e *objetivas*, dando origem a negócios causais, estes últimos elementos, conforme consistam ou em uma referência a fatos anteriores, que justificam o negócio, ou em uma referência a fatos futuros, que são fins a atingir pelo negócio, podem subdividir-se em *elementos objetivos com causa pressuposta e elementos objetivos com causa final*. A influência da causa será diversa num e noutro caso, como veremos nos dois títulos seguintes.

São exemplos de negócio com causa pressuposta²¹⁷: todos os contratos reais, como o mútuo, o depósito, o comodato, que pressupõem logicamente a entrega da coisa; a confissão de dívida, a novação,

216. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 196:

“Ai privati non è dato creare un negozio astratto, nè separando, scidendo dalla causa un negócio per sua natura causale e quindi transformando questo da causale in astratto, nè configurando un nuovo negozio come astratto. Una tale astrattizzazione volontaria, sia unilaterale sia convenzionale, deve ritenersi sottratta alla competenza dispositiva dei privati”.

Aparentemente, não se poderia sustentar essa tese no direito brasileiro em que a causa não é colocada expressamente como requisito do negócio. A verdade, porém, é que não se pode negar que a distinção entre negócio abstrato e negócio causal é pacificamente aceita no nosso direito; ora, a aceitação dessa distinção é o quanto basta para se colocar a questão: podem as partes criar negócios abstratos não previstos no ordenamento? A resposta a essa questão somente pode ser negativa, pelas razões constantes no texto.

217. É preciso não confundir a causa pressuposta com a causa que as vezes se chama de *causa efficiens*, isto é, o *próprio fato jurídico*, que dá origem à obrigação (*causa obligationis*). Este último parece ter sido o sentido mais comum da palavra “causa” no direito romano (cf. Foignet e Dupont, *Le droit romain*, cit., p. 32). A causa pressuposta, porém, não é o fato jurídico que dá origem à obrigação; ela é mesmo *causa do negócio* (em contrário: Capitant, *De la cause*, cit., p. 26).

a delegação e a dação em pagamento, que supõem dívidas já existentes²¹⁸; a fiança, que supõe o débito do afiançado; a transação, que supõe lide ajuizada ou por ajuizar²¹⁹; o reconhecimento de filho, que supõe a filiação de sangue etc.²²⁰. Em todos esses casos, o *porquê* do negócio encontra sua resposta em fato logicamente anterior ao negócio; este fato é, pois, a sua causa.

São exemplos de negócios com causa final: a troca, que se destina a dar fundamento para que duas coisas mudem juridicamente de mão; o mandato, que se destina a dar poderes de representação de uma pessoa a outra; a compra e venda, a sociedade e uma boa parte dos contratos. Também o casamento é negócio jurídico com causa final, já que se destina a constituir a família legítima (finalidade incompletamente expressa em seu próprio objeto)²²¹.

218. O pagamento também supõe dívida preexistente, mas, por essência, ele não é negócio jurídico; se, porém, ele tomar a forma de negócio (por exemplo, a outorga de escritura definitiva convencionada em contrato preliminar), ele será negócio jurídico com causa pressuposta.

219. A transação supõe lide ajuizada ou por ajuizar; a *res dubia* pode ser meramente subjetiva (cf. Caio Mario, *Instituições de direito civil*; teoria geral das obrigações, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1972, p. 215), mas não se concebe transação sem uma lide, ajuizada ou não; esta é a sua causa. Por isso, diz o art. 1.036 do Código Civil: “É nula a transação a respeito de litúgio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores, ou quando, por título ulteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação” (novo Código, art. 850).

220. A própria doação simples, ainda que não se admita, com Domat (apud Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 6. ed., Paris, LGDJ, 1912, v. 2, p. 346), a relevância dos motivos, é ato causal, em que o *animus donandi* (e não, propriamente, os motivos) faz as vezes de *causa pressuposta*. A doação remuneratória também é negócio com causa pressuposta (o mesmo *animus donandi*) e nela, sem dúvida, há relevância dos motivos (cf. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, p. 191), pelo menos, para impedir a revogação por ingratidão (art. 1.187, I, do CC) (mas vejamos também os arts. 437, 742, 797, 805 e 809 do CC italiano).

221. Os negócios com causa final não têm causa pressuposta, mas os negócios com causa pressuposta, inversamente, têm causa final. No fundo, portanto, *os negócios com causa pressuposta têm dupla causa* — causa pressuposta e causa final — embora seja a primeira a que, de fato, os caracteriza (a situação é semelhante à que ocorre, no direito processual, com os recursos de efeitos suspensivos, que têm também efeitos devolutivos). Observamos, finalmente, que a subdivisão dos negócios causais em negócios com causa pressuposta (*causa praeterita*) e negócios com causa final (*ut aliquid sequatur*) lembra o que já dizia Pomponius (D. 12, 6, 52) em trecho sobre a doação (cf. também D. 12, 5, 1 — texto de Paulo).

TÍTULO II

RELAÇÕES ENTRE ELEMENTO CATEGORIAL INDERROGÁVEL E CAUSA

Nenhuma confusão é possível entre o elemento categorial inderrogável próprio dos negócios abstratos (a forma típica) e a causa. O mesmo, porém, não ocorre com o elemento categorial inderrogável objetivo (o objeto típico), especialmente o que se refere à causa final, visto que, de ambos (elemento categorial e causa), se diz que servem para fixar o tipo de negócio²²².

Fácil é, entretanto, tomando em conta o que já foi dito, extremar, nos negócios causais, o elemento categorial inderrogável, da causa a que ele se refere. A causa é um fato externo ao negócio, mas que o

222. Em virtude do papel de tipicidade atribuído, seja à forma, nos negócios abstratos, seja à causa, nos causais, é que já houve quem dissesse que a própria forma era a *causa* dos negócios abstratos. Nesse sentido, Vassali, apud Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 194:

“Mentre i negozio causali sono alcuni formali o solenni, altri non formali, non solenni, i negozio astratti sono *tutti* formali o solenni nel senso che richiedono *ad substantiam* una data forma. Per essi può dirsi che la solennità della forma fa, in qualche modo, le veci della causa: perciò si dicono anche formali”. E, em nota (nota 9), acrescenta: “Interessante cenno in Vassali, *Sommario*, cit., p. 57, che, però, va troppo in là quando osserva che “la forma stessa in una con la particolare disciplina che vi si accompagna, adempiendo essa medesima a una funzione economico-sociale, costituisce la causa”.

Por outro lado, para os antigos intérpretes do direito romano (cf. Foignet e Dupont, *Le droit romain*, cit., p. 32), a expressão *causa civilis* abrangia também a troca de palavras na *stipulatio*, o que significa que também eles viam, numa forma (de negócio abstrato), “causa”. No fundo, o que há de verdade nessas considerações é que tanto a forma (típica) nos negócios abstratos quanto o objeto (típico) nos negócios causais vão dar a *tipicidade* do negócio, através dos *elementos categoriais inderrogáveis*.

justifica do ponto de vista social e jurídico, enquanto o elemento categorial objetivo é justamente a *referência*, que se faz a esse fato, no próprio conteúdo do negócio. Por outras palavras, o elemento inderrogável objetivo *faz parte*, isto é, é integrante da estrutura do negócio, e a causa, não. O elemento categorial objetivo consiste numa *referência* à causa, a qual está, porém, fora do negócio (ela está, logicamente, ou antes ou depois, mas não no negócio; ela é extrínseca à sua constituição).

Da distinção entre elemento categorial inderrogável do tipo objetivo e causa, segue-se a seguinte importantíssima consequência: é o elemento categorial, e não a causa, que fixa o regime jurídico a que o negócio obedece.

Se tomarmos como objeto de reflexão a compra e venda e se aceitarmos que ela se caracteriza pelo consenso em trocar uma coisa por certo preço, verificaremos que, em princípio, isto é, nas hipóteses normais, não há necessidade da distinção que fizemos, entre elemento categorial, a integrar o objeto, e causa, definida, conforme geralmente se faz, como função prático-social do negócio²²³, ou como função econômico-social²²⁴; pois haverá total correspondência entre ambos. Todavia, nada impede que se use a compra e venda, já não mais com a finalidade de circulação de bens, mas com função diversa, por exemplo, com escopo de garantia, como acontece na compra e venda com pacto de retrovenda. Aí muda a função, e se realmente fosse esta que determinasse *diretamente* o tipo do negócio e respectivo regime jurídico, estes também mudariam. Tal, porém, não ocorre, nem nesse caso (o negócio, ainda que a função seja outra, continua a ser compra e venda), nem em todas as outras hipóteses de negócio indireto, justamente porque é o elemento categorial inderrogável, e não a função, que fixa o tipo e o regime jurídico de cada negócio.

É verdade que, às vezes, mudando a função, a própria ordem jurídica resolve “tipicizar” o novo negócio. Foi o que ocorreu, por

223. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 190.

224. Betti, *Teoria*, cit., p. 119.

exemplo, com a alienação fiduciária em garantia (Lei n. 4.728, de 1965, art. 66), a qual, de outra forma, seguiria as regras da alienação comum. Isto, porém, somente tem o significado de que a função pode alterar as regras legais — há adaptação legislativa — mas não o de que ela influa diretamente sobre qual o regime de cada negócio *in concreto*. Aliás, o exemplo, em vez de desmentir, confirma nossa afirmação anterior, ou seja, porque é o elemento categorial inderrogável, intrínseco ao negócio, e não a função, a ele extrínseca, que lhe determina o regime jurídico, é que, quando muda a função originária, uma vez que continua a mesma estrutura (e, portanto, o mesmo regime jurídico), sente-se a necessidade de “tipicizar” normativamente o novo negócio, isto é, de reformar a lei, para que o novo negócio possa, assim, libertar-se das antigas vestes e ter regime compatível com as novas finalidades. A função, portanto, influi enormemente como *ratio juris* da norma, mas não diretamente sobre o negócio.

TÍTULO III

O PAPEL DA CAUSA NO NEGÓCIO JURÍDICO

Embora não sirva para determinar o regime jurídico a que obedece o negócio, nem por isso se há de dizer que a causa é juridicamente irrelevante. Muito pelo contrário, à semelhança da vontade, que também não é elemento do negócio, mas é extraordinariamente importante para sua validade e eficácia, também a causa não age no plano da existência, mas sim, conforme se trate de causa pressuposta ou de causa final, age, ou no plano da *validade*, ou no plano da *eficácia*. A inexistência de causa (nos negócios causais), em regra, acarretará, quando a hipótese for de causa pressuposta, *nulidade* por falta de causa (portanto, a existência da causa é, aí, *requisito de validade*) e, quando a hipótese for de causa final, *ineficácia* superveniente (portanto, a existência da causa é, aí, fator de permanência da eficácia). Em ambos os casos, o papel da causa será de *proteção à parte*, que se fiou na existência (passada ou futura) da causa.

O anticausalismo, sustentado por Planiol²²⁵ e admitido por Clóvis²²⁶, entre outros, deveu seu relativo sucesso antes às dificuldades

225. Planiol, *Traité*, cit., p. 342 e 345.

Capitant (*De la cause*, cit., p. 39) atribui a Ernest, professor na Universidade de Liège, a primeira apresentação da tese anticausalista; enumera, depois, como anticausalistas, além do já citado Planiol, Laurent, Huc, Baudry-Lacantinerie, Barde, Cornil, Giorgio Giorgi, além de teses de doutorado, como as de Artur e Timbal.

226. Cf. Clóvis Beviláqua, *Código*, cit., com. ao art. 90. Aliás, Clóvis, com base em Planiol, sustenta que foi Domat o criador do conceito de causa, quando, na verdade, esse autor somente foi o primeiro a expor o assunto sistematicamente (cf. Capitant, *De la cause*, cit., p. 11). Também não é verdade, como diz Clóvis, que o art. 1.108 tenha entrado no *Code Civil* por um equívoco — tomar a expressão *sans*

em se fixarem, seja o conceito, seja o papel jurídico da causa, que a qualquer consistência lógica. Há dois significados da palavra “causa” que estão hoje suficientemente esclarecidos e podem ser afastados sumariamente, nessa altura de exposição, por sua pouca pertinência ao que ora nos interessa; são eles o de causa-motivo (como na expressão “causa ilícita”, que somente pode ser entendida como o “motivo determinante ilícito”, conforme já vimos)²²⁷ e o de causa-fato jurídico, (*causa efficiens*), como, por exemplo, na expressão *causa obligationis*, em que a palavra “causa” equivale ao fato jurídico que dá origem à obrigação. Esses sentidos são facilmente inteligíveis e dispensam maiores comentários. Predomina, atualmente, na verdade, o que se chama de sentido objetivo da causa, isto é, um terceiro sentido da palavra, pelo qual se vê, na causa, a função prático-social, ou econômico-social do negócio²²⁸.

Diz-se também, especialmente nos países causalistas, que a causa, entendida, pois, como “função”, é “elemento constitutivo” do negócio. Ora, isso envolve a insuperável contradição de colocar a função como fazendo parte do negócio, quando jamais a função de

cose, em texto de Beaumanoir, que significava “sem objeto”, “sem coisa”, por “sem causa” (cf. Paulo Barbosa de Campos Filho, *O problema*, cit., p. 30). Veja-se também Rieg, *Le rôle*, cit., p. 258. Hoje, pode-se dizer que o anticausalismo está em franco declínio (cf. Rieg, *Le rôle*, cit., p. 260).

227. Vide Título II do § 1º deste Capítulo, *supra*.

228. Para os autores que somente levam em conta a causa nos negócios patrimoniais, a expressão correta é a última (função econômico-social). Para os que vêem causa também nos negócios de direito de família, a expressão correta é “função prático-social” (cf. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico*, cit., p. 190).

O sentido objetivo de causa é o que hoje predomina, mas isso não significa que não haja respeitáveis opiniões contrárias. Ripert, (*La règle morale*, cit.), por exemplo, defende o sentido subjetivo da palavra, justamente porque tem em vista a “causa ilícita” (na expressão “causa ilícita”, a nosso ver, a acepção da palavra “causa” é outra; ela significa, aí, de fato, o motivo subjetivo, determinante). Capitant sustenta posição eclética, que tende para o subjetivismo, uma vez que, “se ‘causa’, na linguagem jurídica, é sinônimo de fim (*but*)”, a idéia de fim está, para esse autor, intimamente ligada à *vontade* de quem se obriga (cf. *De la cause*, cit., p. 17, 19, 20, 26, 47, 49). Chega a dizer: “ainsi la cause est, comme le consentement, d’ordre psychologique (grifos nossos), mais elle établit un rapport entre la volonté et un fait extérieur, étranger à celle-ci, que le débiteur a en vue, et, par là, elle n’est pas purement subjective: elle prend un caractère objectif” (*De la cause*, cit., p. 27).

um ser pode ser, ao mesmo tempo, elemento constitutivo dele. A conclusão, portanto (que, aliás, já havíamos tirado no título anterior), de que são coisas diferentes, o elemento constitutivo típico e a função prático-social do negócio, impõe-se à mente com toda a evidência; o primeiro é o que venho chamando de *elemento categorial inderrogável*, e a segunda é, realmente, a *causa* (observamos, entretanto, que a expressão “função”, aplicada à causa, adapta-se muito melhor aos casos de causa final que aos de causa pressuposta).

Esclarecidos, pois, esses pontos, resta precisar melhor o papel de causa. Pois bem, a falta desta nos negócios causais²²⁹, em geral acarreta, conforme se trate de causa pressuposta ou de causa final, ou nulidade ou ineficácia. A doutrina francesa encara a idéia de causa sob o ângulo da *validade*, em virtude dos próprios termos do art. 1.108, enquanto, na doutrina alemã, a idéia de causa é antes vista como influenciando a *eficácia* do negócio jurídico²³⁰. De resto, sob a égide do BGB, que não se refere à causa, a doutrina alemã restringe a idéia de causa aos negócios patrimoniais e, mais especificamente, aos negócios de atribuição²³¹. No direito brasileiro, procura-se ignorar a noção de causa, que, entretanto, acaba surgindo, quando se distinguem os negócios causais dos abstratos, ou quando o próprio legislador se refere à “justa causa”, para a realização de certos negócios, ou, ainda, quando a jurisprudência, em certos casos de falta de causa, nos quais é impossível o recurso à falta de objeto ou a alguma regra específica, “lembra” da noção não acolhida a fim de obter soluções equânimes.

Iniciaremos o exame do papel da causa pelos negócios com causa final, porque é desse tipo o contrato bilateral ou sinalagmático (sinalagma funcional), para o qual é extremamente comum a explica-

229. Nos negócios abstratos, a falta de causa pode dar lugar à ação de enriquecimento-sem-causa, mas essa conseqüência não repercute, quer sobre a validade, quer sobre a eficácia do negócio.

230. Rieg, *Le rôle*, cit., p. 269:

“Les juristes allemands fond donc de la cause un obstacle à l’*efficacité* de l’acte juridique, mais non à sa *validité*”.

231. Cf. Enneccerus, *Derecho civil*, cit., § 139, p. 80 e s.

ção “causal” do seu mecanismo de resolução. Nos contratos bilaterais, o elemento categorial inderrogável consiste em se convencionar a prestação como causa da contraprestação e vice-versa (e a causa consiste, naturalmente, na dupla realização da prestação e da contraprestação). Segue-se daí que, uma vez formado o contrato bilateral (plano de existência) e se for válido (plano de validade), o não-cumprimento posterior da prestação (falta da causa referida na sua constituição) autoriza a resolução, evitando que a parte inocente seja obrigada a cumprir a sua prestação, que se tornou *sem causa*. A causa funciona, portanto, nessas hipóteses, *a posteriori*, à semelhança do evento, a que se refere uma condição resolutiva; ambos funcionam no *plano da eficácia*, na qualidade de fatores de conservação da eficácia (isto é, a falta deles constitui um fator de ineficácia). Em virtude dessa semelhança entre o evento, referido na condição resolutiva, e a causa, referida no elemento categorial dos contratos bilaterais (ambos — evento e causa — fatos posteriores ao negócio e a influenciar sua eficácia), entende-se o erro do Código Civil, que chega a falar (art. 119, parágrafo único) em “condição resolutiva tácita”, quando se sabe que uma verdadeira condição jamais pode ser tácita. A condição é cláusula, é elemento particular (ou accidental) do negócio. Por definição, ela é expressamente aposta ao negócio pelas partes e, assim, nunca poderá ser tácita, isto é, implícita na natureza do negócio²³².

A falta de causa, como fator de ineficácia superveniente nos contratos bilaterais, tem sua base legal no direito brasileiro, não só no citado parágrafo único do art. 118, como também no art. 1.092^{232-A} do Código Civil. Nenhum deles, porém, fala em “causa”, embora, como é natural, seja essa a explicação que acabe sendo sugerida na

232. Aliás, o próprio Código Civil, no art. 117, elimina, da conceituação de condição, a que “decorra da natureza do direito a que acede”. Cf. ainda Betti, que, reportando-se ao art. 1.165 do anterior Código Civil italiano, tacha a construção da cláusula resolutiva tácita — “sempre sottintesa” — de construção barroca e inútil, inspirada no dogma da vontade (*Teoria*, cit., p. 523).

O novo Código Civil, nos arts. 127 e 128, correspondentes ao art. 119, eliminou a idéia de “condição” resolutiva tácita, melhorando tecnicamente a questão. Todavia, ao tratar de extinção do contrato, no art. 474, continuou a se referir à “cláusula” resolutiva tácita, usando a expressão censurada por Betti.

232-A. Correspondente aos arts. 475, 476 e 477 do novo Código Civil.

doutrina²³³. Hoje é fato aceito com naturalidade que, em contratos muito difundidos, como a compra e venda, a troca, a empreitada e a locação, prestação e contraprestação estejam normalmente como que amarradas uma à outra. Se um dos contratantes não cumpre sua obrigação, o outro não está obrigado, por sua vez, a cumprir a sua (*exceptio non adimpleti contractus*), isto é, que a execução de uma prestação dependa da execução da outra é o que resulta da própria definição do contrato bilateral sob cuja égide aqueles contratos hoje se colocam. Entretanto, o contrato bilateral, ao que parece, não existiu no direito romano. Quanto à compra e venda, não há dúvida, de que não era, então, um contrato bilateral. Isto significa que, nela, as obrigações do comprador e do vendedor eram independentes entre si, a ponto de, se desaparecesse a coisa antes da tradição, ainda assim o comprador estaria obrigado a pagar o preço²³⁴.

Ora, essa perspectiva histórica dos contratos bilaterais, revelando, ainda que somente por hipótese, sua *inexistência* como tipo, no direito romano, serve para ilustrar muito bem as ligações e as diferenças entre o elemento categorial inderrogável desses contratos e a causa. O elemento categorial inderrogável dos contratos bilaterais é a *convenção* pela qual a execução da prestação de uma parte depende da execução da contraprestação da outra e vice-versa. Se tal convenção não existe (como possivelmente ocorria no direito romano), não há contrato bilateral (plano da existência). Se, porém, o contrato é bilateral, isto é, se a convenção sobre o sinalagma funcional for feita (e isto hoje ocorre por força do próprio ordenamento em grande parte dos contratos), quer venha a ocorrer a causa, quer não venha, já há contrato bilateral. Se a causa, depois, vier a ocorrer, *tollitur quaestio*;

233. Cf. Washington de Barros Monteiro (*Curso de direito civil*; direito das obrigações, cit., p. 38), Silvio Rodrigues (*Direito civil*; dos contratos e das declarações unilaterais da vontade, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 1972, p. 81) e Orlando Gomes (*Contratos*, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1973, p. 101). Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de direito civil*, fontes das obrigações, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1970, p. 104) repele a explicação causal, embora falando em interdependência das prestações.

234. Foignet e Dupont, *Le droit romain*, cit., p. 33; Capitant, *De la cause*, cit., p. 103.

se não vier a ocorrer, dar-se-á a resolução do contrato, mas, aí, já estamos no plano de eficácia; o contrato, que existia, desfaz-se, e não importa se *ex nunc* (resilição) ou se *ex tunc*, porque sempre no plano da eficácia. Que se possa explicar a resolução dos contratos bilaterais pela sua natureza jurídica²³⁵, em vez de destruir, confirma o que já dissemos a respeito (a dupla referência à causa é elemento categorial dos contratos bilaterais).

É claro, porém, que, se o papel da causa (causa final) se limitasse aos contratos bilaterais, seria, realmente um *bis in idem*, isto é, uma explicação a mais para o mesmo fenômeno. Acontece, entretanto, que a causa final não age somente quanto à eficácia dos contratos bilaterais, mas também, quanto à eficácia de outros negócios jurídicos; ela é, assim, *uma explicação geral* para os casos de ineficácia superveniente de negócios causais com causa final²³⁶.

235. Nesse sentido, Planiol, *Traité*, cit., p. 346.

236. No próprio casamento, a causa final pode vir a ter influência, embora respeitando as particularidades desse negócio jurídico. Assim, se é finalidade do casamento a constituição da família legítima (com mútua assistência entre os cônjuges, relações sexuais exclusivas e criação e educação da prole comum), que dizer, perguntamos, de um casamento, realizado com todos os elementos de existência e requisitos de validade, portanto, entre um homem e uma mulher, ambos capazes, livres, em pleno gozo de suas faculdades mentais etc., e que não vem a ser consumado porque a mulher se recusa a coabitar com o marido? A nosso ver, esse casamento, examinado teoricamente, seria ineficaz por falta de causa, isto é, sendo o casamento um negócio causal, com causa final, se os fins não se realizam, a ineficácia deve ser decretada (e, realmente, para o não-cumprimento dos deveres conjugais há, normalmente, a separação). Se, porém, a hipótese é de falta total de coabitação, inclusive com a não-consumação do matrimônio, o momento, em que se caracteriza a ineficácia, pode *ainda* ser tido como o de realização do ato, e, portanto, ser visto no plano da nulidade; esse caso pode, pois, ser considerado como de *casamento nulo*. Cf. *RT*, 239:251: “Não obstante o brilhante pronunciamento do ilustre defensor do vínculo, é de manter-se a sentença, negado provimento ao apelo. Deixou a ré de pagar o débito conjugal, e, em consequência, o casamento é de haver-se como inexistente, pois esse ato jurídico, na sua perfeição, compreende o aspecto formal civil e o ato material consequente da relação sexual. Faltando este, o ato jurídico se não completou. Aliás o ato jurídico do casamento é exigência legal para efetivação legítima do conúbio carnal. Dentro da sistemática do Direito positivo pátrio, a conjunção carnal com as suas consequências, a procriação da espécie, só se tem como regular ante a formalização do casamento civil. Porém, essa formalização se faz, repita-se, para regularizar justamente a convivência carnal. Por conseguinte, a omissão desta, por oposição de um dos cônjuges, de forma sistemática, frustra o casamento, que se deve ter como inexistente. Consequentemente, se impõe a declaração da sua nulidade”.

Se, por exemplo, é realizado em juízo acordo sobre alimentos, porque uma das partes reconhece que a outra deles necessita, não há aí contrato bilateral e, no entanto, uma vez cessada a necessidade do alimentário (causa final), cessa também, através dos meios processuais adequados, a *eficácia* do acordo. Diga-se, aliás, sobre o acordo de alimentos, que nele o exame da causa deve ser feito, visto que, se se trata de alimentos convencionados em desquite amigável e em que a pensão à mulher foi combinada porque esta era a maneira mais conveniente de se dividirem os bens comuns (a causa aí é causa pressuposta, *causa divisionis*), não sendo causa do acordo a necessidade de manutenção, não há que se alegar a atual desnecessidade da mulher para extinção da pensão. Uma reflexão sobre essa hipótese mostra que *é indispensável o exame da causa*. De fato, tanto a pensão pode ter sido acordada por causa da necessidade de manutenção, quanto como maneira de se dividirem os bens. Segue-se, daí, que, se a mulher vem a se ligar a outro homem, que a sustenta, a obrigação de pagamento, num caso, cessa, e no outro não²³⁷.

Como se percebe, a declaração de nulidade vem após a afirmação de que o casamento era inexistente. Essa imprecisão técnica, porém, explica-se no caso, porque eis aí um caso de nulidade não prevista, a repetir as hipóteses que deram origem à teoria da inexistência (cf. Silvio Rodrigues, *Direito civil; direito de família*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 1973, p. 75). Todavia, rigorosamente falando, a hipótese é de ineficácia (por falta de causa), e, por ser imediata, pode ser equiparada à nulidade.

237. A jurisprudência brasileira, por não querer entregar-se de vez à noção de causa, nem sempre consegue justificar bem sua posição. “O acordo no desquite amigável é uma transação, não podendo, pois, ser rescindido em parte, quanto à cláusula sobre pensão em benefício da mulher” (TJSP, 6ª Câm. Cív., Ap. 174.061-Santo André, rel. Des. Torres de Carvalho, j. 22-11-1968, v. u.). E, em sentido contrário: “Perde o direito de ser pensionada pelo marido a mulher desquitada que passa a viver amasiada” (TJSP, 5ª Câm. Cív., AC 152.898-SP, rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 5-5-1966, v. u.); no mesmo sentido: STF, 2ª T., RE 65.300-GB, rel. Min. Eloy da Rocha, j. 21-2-1972, v. u., DJU, 5 jun. 1972, p. 3534).

Também há divergência, como é sabido, quando se trata da renúncia a alimentos. — “No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados posteriormente, verificados os pressupostos legais” (STF, Súmula 379). No mesmo sentido: a) STF, TP, RE 52.009 (Embs.)-GB, rel. design. Min. Evandro Lins, j. 9-9-1964, rej. os embs., contra os votos dos Mins. Victor Nunes, Hermes Lima e Luiz Gallotti, DJU, 9 abr. 1964, ap., p. 145, íntegra; b) STF, TP, RE 57.742-SP, rel. Min. A. M. Vilas Boas, j. 31-5-1965, v. u.; c) STF, 3ª T., RE 58.135-GB, rel. Min. Hermes Lima, j. 29-4-1966, v. u.; d) TJSP, 4ª Câm. Cív., AC 156.425-Jundiáí,

A causa final pode ocorrer até mesmo em atos unilaterais e, assim, vir a influir na sua eficácia. Se se trata de negócio fundacional, isto é, de instituição de uma fundação, cujo fim deva ser, por exemplo, a descoberta do remédio contra o câncer, o negócio deverá ser considerado ineficaz, se, *antes da aquisição de existência legal pela fundação*, o remédio vier a ser descoberto. Ineficaz o negócio, os bens continuarão com o instituidor (se o negócio fundacional foi feito por escritura pública), ou ficarão com os herdeiros (se foi feito por testamento). Ora, se não se adotar essa solução, e, apesar de preenchido o fim da fundação, se continuar cegamente no processo constitutivo, a fim de que ela venha a existir, acontecerá que, uma vez adquirida a existência, a fundação, recém-constituída, imediatamente deverá ser extinta, e, então, seus bens deverão ir à outra fundação congênere (art. 30^{237-A} do CC), o que não nos parece razoável.

Passando, finalmente, a tratar do papel da causa nos negócios com causa pressuposta, quer-nos parecer que a causa poderá influenciá-los no plano da validade, e não mais no plano da eficácia. Assim, a solução será, quando faltar o fato justificador do negócio (a que seu elemento categorial inderrogável faz referência), considerá-lo *nulo*. É a “solução francesa” sobre a causa (causa como requisito de validade) Se, num mútuo, não houve a entrega da coisa, o negócio é nulo; nulo também se deverá considerar o reconhecimento do

rel. Des. Bandeira de Mello, j. 27-10-1966, v. u.; e) STF, TP, RO em MS 9.899-RS, j. em 28-9-1962, rel. Min. Cunha Mello, neg. provto., v. u., *DJU*, 18-4-1963, supl., p. 167; f) STF, 2ª T., RE 54.704-GB, rel. Min. Vilas Boas, j. 29-10-1963, conhec. e deram provto., v. u., *DJU*, 19 mar. 1964, ap., p. 137, íntegra; g) STF, 3ª T.; AgI 38.609-SP, rel. Min. Hermes Lima, j. 24-2-1967, negaram provto., v. u., ementa, *DJU*, 26 maio 1967, p. 1527. E em sentido contrário: “Os alimentos de que se trata não provêm do *jus sanguinis* e comportam a livre disciplina que os interessados entendam de adotar, as mais das vezes, por motivos que o recato da família não quer revelados e que são incompatíveis com a pensão” (TJSP, 6ª Câm. Cív., AC 164.635-Santos, rel. Des. Euler Bueno, j. 17-11-1967, v. u.). *Idem*: RT, 335:429 (decisão do STF); RT, 335:375 (TJRJ); RT, 330:805 (decisão do STF); RT, 332:444 (decisão do TJGB); RT, 301:645 (decisão do TJMG); e “Não pode pleitear alimentos a mulher que os dispensou no desquite amigável” (TJSP, 6ª Câm. Cív., p. 132.183-SP, rel. Des. Euler Bueno, j. 8-5-1964, v. u.).

237-A. No novo Código Civil, o artigo correspondente é o 69.

filho ilegítimo que, posteriormente, vem a saber não ser realmente filho; nula a fiança que garante débito inexistente; nula a dação em pagamento, sem débito anterior, etc.

Em todos esses casos, o direito brasileiro procura atingir o mesmo resultado, por vias bem menos claras que a da nulidade por falta de causa. Assim, na hipótese de mútuo, em que não houve a entrega da coisa, ter-se-á que dizer que o negócio não se constituiu, que não houve contrato de empréstimo, apesar do acordo feito; na de reconhecimento de filho, ter-se-á que pedir a anulação do reconhecimento com base no erro²³⁸; no caso da fiança, trar-se-á à colação o art. 1.488^{238-A} do Código Civil, que fala em “obrigação nula” (isto é, obrigação que não surgiu, porque o negócio, do qual deveria surgir, era nulo), mas não, propriamente, em obrigação inexistente; no da dação, é possível que se queira obrigar o *solvens* a entrar com ação de pagamento indevido (*conditio indebiti*), quando, na verdade, a dação é negócio jurídico e, em princípio, deve seguir as regras da compra e venda (art. 996^{238-B} do CC), e não as do pagamento. Tudo isso demonstra a necessidade, dizemos mais, a inexorabilidade do recurso à causa, até mesmo, *de lege lata* em países que, como o nosso, não a abrigam expressamente²³⁹.

238. Mas o pedido de anulação por erro deixará de ser cabível se já passou o prazo da ação de anulação. O único recurso, então, será valer-se da imprescritibilidade das ações de estado, mas, como se percebe, tudo isso é bem menos claro que simplesmente alegar a nulidade por falta de causa pressuposta.

238-A. No novo Código Civil, o artigo corresponde ao *caput* do art. 824.

238-B. No novo Código Civil, art. 357.

239. A causa, no nosso direito, não está na lei, mas está, porque é inevitável, no ordenamento como um todo.

“Para o professor Lino de Moraes Leme, por exemplo, implicitamente admite o nosso Código ‘a necessidade de uma causa para o negócio jurídico’. E a essa conclusão chega o insigne catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo, partindo da consideração de que a causa é um dos elementos da obrigação, sendo mesmo o seu ‘sopro vital’. É essa, segundo ele, uma daquelas ‘verdades jurídicas universais, um daqueles princípios imanentes do direito, que não precisam estar escritos nas leis, para que sejam reconhecidos’. Nosso Código assim, embora não a tenha expressamente incluído entre os requisitos essenciais dos atos jurídicos, nem por isso a teria dispensado, podendo ela definir-se como ‘o escopo jurídico, prático, ou razão econômico-jurídica do negócio’, que jamais lhe poderia faltar. E argumenta

Aliás, em outras inúmeras hipóteses, como as de confissão de dívida sem a dívida preexistente, de exercício de direito potestativo (por exemplo, o direito de dar por findo certos contratos, ou o direito de opção nas obrigações alternativas) sem que haja o direito potestativo, de novação sem a obrigação a ser novada, de transação sem lide ajuizada ou por ajuizar, de sub-rogação convencional sem o débito anterior, de contrato aleatório sem o risco que ele supõe etc., o direito brasileiro considera, mesmo sem o confessar, que a inexistência de causa pressuposta acarreta a nulidade do negócio jurídico²⁴⁰.

com os artigos 1.092, 1.121, 865, 869, 879 e 882 do Código, que só pela causa poderiam ser explicados” (Paulo Barbosa de Campos Filho, *O problema*, cit., p. 44).

240. Cf. os seguintes artigos do Código Civil: 1.007, para a novação; 1.036, para a transação; 987 (c/c o 1.073), para a sub-rogação convencional; 1.121, para a alienação aleatória etc. (novo Código, arts. 367, 850, 348 c/c o art. 295, e 461).

BIBLIOGRAFIA

- AURICCHIO, Alberto. *A simulação no negócio jurídico: premissas gerais*. Trad. Fernando Miranda. Coimbra, Ed. Coimbra, 1964.
- BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. 3. ed. In: VASSALLI, Filippo. (dir). *Trattato di diritto civile italiano*. Torino, UTET, 1960.
- . *Negozio giuridico*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino, UTET, s. d. v. 2.
- . *Causa del negozio giuridico*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino, UTET, s. d. v. 3.
- . *Conversione del negozio giuridico*. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino, UTET, s. d. v. 4.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1931.
- BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. 4. ed. Milano, Giuffrè, 1965.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil argentino; parte general II*. 4. ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965.
- CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo, Max Limonad, s. d.
- CAPITANT, Henri. *De la cause des obligations*. 2. ed. Paris, Dalloz, 1924.
- CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. [Napoli], Morano s. d.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova, CEDAM, 1938.

- . *Teoria generale del diritto*. 3. ed. ampl. Roma, Foro Italiano, 1951.
- CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Ineficácia do ato jurídico e a reforma do Código Civil*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1966.
- . *Incapacidade civil e restrições de direito*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1957.
- CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro, Calvino Filho, 1934-1939.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967.
- CÉSAR, José Augusto. *Ensaio sobre os actos jurídicos*. Campinas, Tip. Casa Genoud, 1913.
- CRISCUOLI, Giovanni. *La nullità parziale del negozio giuridico*. Milano, Giuffrè, 1959.
- DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains: droit comparé*. 2. ed. Paris, Dalloz, 1959.
- ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho civil*, parte general. Trad. de la 39ª ed. por Blas Pérez Gonzáles y José Alquer. In: ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor & WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Barcelona, Bosch, 1950.
- ESPINOLA, Eduardo. *Manual do Código Civil brasileiro*. Paulo Maria de Lacerda. (Dir.). Rio de Janeiro, J. Ribeiro dos Santos, 1918.
- FERRANTE, Matteo. *Negozio giuridico: concetto*. Milano, Giuffrè, 1950.
- FERRARA, Francisco. *A simulação nos negócios jurídicos*. Trad. A. Bossa. São Paulo, Saraiva, 1939.
- FOIGNET, René & DUPONT, Emile. *Le droit romain des obligations*. 5. ed. Paris, Libr. Arthur Rousseau, 1945.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1971.
- . *Direitos reais*. 2. ed. Rio-São Paulo, Forense, 1962. t. 1 e 2.
- . *Contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1973.

- GUGGENHEIM, Daniel. *L'invalidité des actes juridiques: en droit suisse et comparé*. Paris, Pichon & Auzias, 1970.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Léon. Apud Ambroise Colin et Henri Capitant. *Traité de droit civil*. Paris, Dalloz, 1959.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra, Arménio Amado, 1962.
- LE TOURNEAU, Phillippe. *La règle "nemo auditur"*. Paris, LGDJ, 1970.
- LIMA, João Franzen de. *Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1960.
- LOS MOZOS, José Luis de. *La conversión del negocio jurídico*. Barcelona, Bosch, [c1959].
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil; parte geral*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo, Saraiva, 1966.
- . *Curso de direito civil; direito das obrigações*. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 1973. t. 1 e 2.
- . *Curso de direito civil; direito de família*. 10. ed. São Paulo, Saraiva, 1971.
- . *Curso de direito civil; direito das sucessões*. 6. ed. rev. aum. São Paulo, Saraiva, 1966.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1971. v. 1 e 2.
- MOSCO, Luigi. *La conversione del negozio giuridico*. Napoli, Jovene, 1947.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil; introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 1971.
- . *Instituições de direito civil; teoria geral das obrigações*. 3. ed. Rio, Forense, 1972.
- . *Instituições de direito civil; fontes das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1970.
- PERROT, Roger (Pref.). In: RIEG, Alfred. *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*. Paris, LGDJ, 1961.

- PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. 6. ed. Paris, LGDJ, 1912. v. 2.
- PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges & ESMEIN, Paul. *Traité pratique de droit civil français*. Paris, LGDJ, 1930.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1970. v. 1 a 6 e 34.
- RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 2. ed. São Paulo, Max Limonad, 1961.
- . *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo, Max Limonad, 1952-1958.
- RIBAS, Antônio Joaquim. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro, Ed. J. Ribeiro dos Santos, 1915.
- RICCOBONO, Salvatore (Pref.). In: SCIALOJA, Vittorio. *Negozi giuridici*. 5. reimpr. Roma, Foro Italiano, 1950.
- RIEG, Alfred. *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*. Paris, LGDJ, 1961.
- RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. ed. Paris, LGDJ, 1949.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil; parte geral*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 1974.
- . *Direito civil; dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1972.
- . *Direito civil; direito de família*. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 1973.
- . *Direito civil; direito das sucessões*. São Paulo, Max Limonad, s. d.
- . *Dos defeitos dos atos jurídicos*. 2. ed. São Paulo, Max Limonad, s. d.
- ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit*. 2. ed. rev. aum. Paris, Sirey, 1951.
- SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*. Paris, LGDJ, 1929.
- SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*. 9. ed. Napoli, Jovene, 1966.

- SANTOS, José Bezeza dos. *A simulação em direito civil*, Coimbra, s. d., 1921.
- SAVIGNI, Frédéric Charles de. *Droit romain*. § 104.
- SCIALOJA, Vittorio. *Negozi giuridici*. 5. reimpr. Roma, Foro Italiano, 1950.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Napoli, Jovene, 1950.
- STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Padova, CEDAM, 1947.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esboço*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1952.
- TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 15. ed. rin. Padova, CEDAM, 1966.
- VENTURA, Raul Jorge Rodrigues. *A conversão dos atos jurídicos no direito romano*. Lisboa, Imprensa Portuguesa, 1947.
- VIEIRA NETO, Manoel Augusto. *Ineficácia e convalidação do ato jurídico*. São Paulo, Max Limonad. s. d. Tese (livre-docência de direito civil), F.D.USP.
- VON TUHR, A. *Tratado de las obligaciones*. Trad. W. Roces. Madrid, Ed. Reus, 1934.
- WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino, UTET, 1902.

LEGISLAÇÃO

a) Legislação Brasileira

Código Civil

Código Comercial

Código de Processo Civil

Código Penal

Decreto Federal n. 2.044, de 1908 — Define a letra de câmbio e a nota promissória

Decreto Federal n. 3.708, de 1919 — Regula a constituição de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada

Decreto Federal n. 22.626, de 1933 — Dispõe sobre os juros nos contratos

Decreto Federal n. 4.857, de 1939 — Dispõe sobre os serviços concernentes aos registros públicos

Lei Federal n. 4.728, de 1965 — Disciplina o mercado de capitais

Lei Uniforme (de Genebra) relativa às letras de câmbio e notas promissórias

Lei Federal n. 6.001, de 19-12-1973 — Estatuto do Índio

Lei Federal n. 6.015, de 31-12-1973 — Dispõe sobre os registros públicos

b) Legislação Estrangeira

Código Civil português

Código Civil espanhol

Código Civil francês

Código Civil italiano

Código Civil alemão (BGB)

Código Federal (suíço) das Obrigações

Lei do Casamento — Ehegesetz — Alemanha

c) Direito Romano

D. 50 17, 77 (Papinianus XXVIII quaestionum)

D. 1, 1, 7, 1 (Papinianus II definitionum)

D. 18, 1, 15, 1 (Paulus)

D. 45, 1, 78, pr. (Paulus LVII, ad edictum)

D. 45, 1, 80 (Ulpianus LXXIV, ad edictum)

D. 50, 16, 219 (Papinianus II responsorum)

D. 12, 6, 52 (Pomponius, lib 27 ad Quintum Mucium)

D. 12, 5, 1 (Paulus)

d) Anteprojetos e Projetos

Anteprojeto de Código das Obrigações, do Prof. Caio Mário da
Silva Pereira

Projeto de Código das Obrigações, de 1965

Anteprojeto de Código Civil, de 1972

JURISPRUDÊNCIA

Súmula 161 do STF

Súmula 379 do STF

STF (1ª Turma) RE 43.659 — SP

STF (1ª Turma) RE 71.091 — BA

STF (1ª Turma) RE 71.443 — SP

STF (1ª Turma) RE 75.511 — PR

STF (2ª Turma) RE 48.891 — PR

STF (2ª Turma) RE 63.629 — GB

STF (3ª Turma) RE 62.754 — MG

STF (2ª Turma) RE 71.567 — AC

STF (2ª Turma) RE 67.863 — MG

STF (2ª Turma) RE 65.300 — GB

STF — TP — RE 52.009 — GB

STF — TP — RE 57.742 — SP

STF (3ª Turma) RE 58.135 — GB

STF — TP — RO em MS 9.899 — RS

STF (2ª Turma) RE 54.704 — GB

STF (3ª Turma) AgI 38.609 — SP

TJSP (6ª Câm. Civ.) AC 146.749 — SP

TJSP (5ª Câm. Civ.) AC 157.480 — SP

TJSP (2ª Câm. Civ.) AC — 172.247 — SP

TJSP (4ª Câm. Civ.) AC — 145.404 — Catanduva

TJSP (2ª Câm. Civ.) AC — 143.110 — Ribeirão Preto

TJSP (1ª Câm. Civ.) AC — 141.003 — Presidente Prudente

TJSP (6ª Câm. Civ.) AC — 174.061 — Santo André

TJSP (5ª Câm. Civ.) AC 152.898 — SP
 TJSP (4ª Câm. Civ.) AC 156.425 — Jundiaí
 TASP (2ª Câm. Civ.) AC 89.976 — Santos
 TASP (5ª Câm. Civ.) AC. 88.928 — Santos
 TASP (3ª Câm. Civ.) AC 46.252 — São João da Boa Vista
 TACSP (1ª Câm.) AC 103.075 — SP
 TACSP (6ª Câm.) AC 98.743 — Santos
 TACSP (4ª Câm.) AC 112.909 — Santos
 TACSP (4ª Câm.) AC 111.771 — SP
 TACSP (3º Grupo) AR 99.949 — SP
 TACSP (6ª Câm.) AC 101.073 — SP

REVISTA DOS TRIBUNAIS CITADAS

Volumes/Páginas	
189/423	338/180
212/234	342/398
267/299	345/141
297/239	346/469
298/636	354/398
301/645	372/270
302/140	375/226
329/251	377/315
330/805	383/99
332/444	414/337
335/429	453/275
335/375	454/287
336/131	456/293