

Francisco Antônio

DIREITO CIVIL

INTRODUÇÃO



EST. 1964

PRIMEIRA EDIÇÃO: 1964
SEGUNDA EDIÇÃO: 1994
TERCEIRA EDIÇÃO: 2014

WILEY

45 Castanheira Neves, O direito como alternativa humana, p. 34. Para uma visão crítica do direito civil, utilizando categorias fundamentais do marxismo (como formação econômica e social, conflitos de classe etc.), e visando a construir uma ciência jurídica própria do capitalismo contemporâneo, cf. Orlando Gomes. Transformações Gerais do Direito das Obrigações, e Novos Temas de Direito Civil, Orlando de Carvalho. A Teoria Geral da Relação Jurídica; Vital Moreira. A Ordem Jurídica do Capitalismo; Stefano Rodotà. // diritto privato nella società moderna; Pietro Barcellona. Diritto privato e società moderna; Francesco Galgano. L'istituzione dell'economia capitalistica; Francesco Galgano e Stefano Rodotà. Rapporti economici; Francesco Lucarelli, Diritto civile e istituti privatistici; Cláudio Varro-ne. Ideologia e dogmática nella teoria del negozio giuridico; Karl Renner. Gli istituti del diritto privato; André-Jean Arnaud, Essai d'analyse structurale du Code Civil français e L'ès Juristes face à la société; Michel Miaille. Uma Introdução Crítica do Direito; Michael Tigar e Madeleine R. Levy. O Direito e a Ascensão do Capitalismo.

46 Karl Renner. Gli istituti del diritto privato, p. 46.

47 Galgano, op. cit., p. 95. "Historicamente, o recurso à função social serve para destacar uma dimensão segundo a qual o aumento da compressão dos poderes dos proprietários por efeito da intervenção do Estado é acompanhado da convicção de que tal acontece pela necessidade de realizarem-se interesses públicos de modo diverso do tradicional. Conceitualmente, revoga um dos eixos da dogmática privada, o do direito subjetivo, modelado precisamente sobre a estrutura da sociedade absoluta. Ideologicamente, abre a discussão em torno da possibilidade de realização verdadeira de interesses sociais sem eliminar-se integralmente a propriedade privada dos bens." Stefano Rodotà. Rapporti economici, p. 112.

48 Bigotte Chorão, Justiça, p. 914.

49 Miguel Reale, O Projeto do Novo Código Civil, p. 71

CAPITULO XI

Teoria Geral do Negócio Jurídico

Sumário: 1. O negócio jurídico. Conceito. Distinção do ato jurídico em senso estrito. Importância. 2. Notícia histórica. Nascimento e evolução do conceito. Razão de ser e função ideológica. 3. Crítica e superação do conceito de negócio jurídico. 4. A importância da vontade e da declaração na teoria do negócio jurídico. Concepções subjetiva e objetiva. 5. As teorias perceptiva e normativa. 6. O problema da norma jurídica negociai.

7. A relação entre a vontade e seus objetivos. 8. Classificação dos negócios jurídicos.

1. O negócio jurídico. Conceito. Distinção do ato jurídico em senso estrito. Importância.

Por negócio jurídico deve-se entender a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende o o direito reconhece. Tais efeitos são a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, de modo vinculante, obrigatório para as partes intervenientes.¹

O Código Civil brasileiro de 2002 acolhe expressamente a figura do negócio jurídico, como categoria geral compreensiva das declarações de vontade destinadas à criação, modificação e extinção das relações jurídicas. Afastou-se, assim, da concepção unitária do ato jurídico perfilhada pelo Código Civil de 1916, art. 81, embora esse artigo, referindo-se ao ato, definisse o negócio jurídico. Seguiu, também, o Código de 2002, a orientação, nesse particular, dos Anteprojetos anteriores de Código de Obrigações.²

A formulação do conceito parte de dois elementos: a) uma vontade particular dirigida à produção de determinados efeitos, com o que as pessoas regulam os seus interesses; e b) o reconhecimento, pelo sistema legal, do poder de os particulares regularem assim os seus interesses (autonomia privada). Este princípio, embora fundamental nos sistemas de direito privado de natureza liberal, não está expressamente previsto no direito civil brasileiro, salvo no seu pressuposto constitucional, que é a liberdade de iniciativa econômica (CF, art. 1º, IV). De qualquer modo, o negócio jurídico é o meio de realização da autonomia privada,³ e o contrato o seu símbolo.

Ato jurídico em senso estrito e negócio jurídico são manifestações de vontade, mas diferem quanto à estrutura, à função e aos respectivos efeitos. Quanto à estrutura, enquanto no primeiro temos uma ação e uma vontade simples, no segundo, temos uma ação e uma vontade qualificada, que é a de produzir um efeito jurídico determinado. No negócio jurídico a vontade caracteriza-se por sua finalidade específica, que é a gênese, modificação ou extinção de direitos.⁴ É chamada vontade negociai, que tem objetivo próprio e é normativa e vinculante, no sentido de estabelecer as normas reguladoras dos interesses das partes. O negócio jurídico é, portanto, exercício de autonomia privada, tendo, por isso, conteúdo normativo. A sua essência está nos dois elementos, vontade e autonomia privada. O ato jurídico em senso estrito não tem esse conteúdo. A vontade que exprime não se dirige à produção de efeitos jurídicos específicos desejados pelo agente. Eles dependem da lei, onde já estão previstos.

Quanto à função que podem exercer, o negócio jurídico é o instrumento com que o particular dispõe de seus direitos, o que não se verifica com o

ato jurídico em senso estrito, cujos efeitos é a lei que estabelece. Diz-se, por isso, que este serve aos interesses gerais da comunidade, enquanto aquele se encontra a serviço dos interesses privados.⁵

Quanto aos efeitos, no ato jurídico em senso estrito é a própria lei a determiná-los, enquanto no negócio jurídico é a vontade dos particulares. A eficácia do primeiro está prevista em lei, não tendo especial importância a intenção do agente. Já o negócio, ao contrário, não produz efeitos que o agente não tenha querido.⁶ No contrato, por exemplo, espécie mais importante no gênero negócio jurídico, os efeitos são os que as partes lhe conferem, no exercício de sua autonomia, desde que conforme à lei, à ordem pública e aos bons costumes. Já no casamento, ou na aquisição de propriedade móvel (por ocupação, confusão, comistão, adjunção ou usucapião), espécies de ato jurídico em senso estrito, os efeitos são os que a própria lei, o Código Civil, estabelece para a declaração de vontade.

Certo é também que o mesmo evento, conforme a natureza da vontade expressa, pode ser um fato, ato ou negócio, por exemplo, a aquisição da propriedade imóvel. No caso de acessão (CC, art. 1.248, I, II, III), existe um fato jurídico, um acontecimento natural conducente à aquisição originária da propriedade. A aquisição por ocupação prolongada (usucapião), sendo comportamento voluntário, é ato jurídico em senso estrito. Já a aquisição derivada, por compra e venda, ou doação, devidamente transcritas, é negócio jurídico.

Conclui-se, portanto, que no ato jurídico em senso estrito os eleitos são ex lege, enquanto no negócio jurídico são ex voluntate. Ainda como critério distintivo pode acrescentar-se que no negócio jurídico, pela importância de que se reveste a vontade, têm maior relevo os chamados vícios do consentimento (erro, dolo e coação) do que no ato jurídico em senso estrito. Em resumo, a diferença específica entre as duas espécies reside na circunstância de o negócio jurídico ser instrumento da autonomia privada, do que lhe advêm certas peculiaridades quanto à estrutura, função e efeitos. Para finalizar, cabe dizer qual a utilidade do conceito de negócio jurídico, sabido que os conceitos e as construções teóricas não têm valor em si mas como instrumento de compreensão e realização do direito.

O conceito é útil porque está a serviço da liberdade e da autonomia privada, desempenhando relevante papel na criação e modificação das relações jurídicas e nos direitos subjetivos, servindo para distinguir os atos que pertencem à categoria do negócio dos outros que lhe são estranhos. Logo, onde não for admitida a autonomia privada, como na quase totalidade dos atos de direito de família, não haverá negócio jurídico. Por outro lado, como categoria lógica, permite à doutrina reunir, classificar, definir,⁷ o que facilita a interpretação dos atos mais comuns da vida humana, contratos, testamentos, promessas etc. Além disso, como figura abstrata que é, reúne os princípios comuns às várias espécies de manifestação de vontade com

que as pessoas dispõem juridicamente de seus interesses. Temos na prática jurídica diária muitos atos que não se encaixam nos tipos legais previstos. Vendas, empréstimos, acordos etc., manifestações volitivas que não correspondem ao que a lei estabelece, criados pela necessidade de se dar forma jurídica às mais diversas manifestações de vontade. Daí a vantagem de uma figura abstrata, como a do negócio jurídico, que reúna os elementos essenciais das variadíssimas manifestações de autonomia privada, com uma disciplina comum para todas. E como os atos jurídicos em senso estrito não constituem uma categoria homogênea, não sendo, por isso, possível submetê-los a uma única disciplina, a eles se aplicam, no que couber, as disposições legais do negócio jurídico (CC. art. 185).⁸

2. Notícia histórica. Nascimento e evolução do conceito. Razão de ser e função ideológica.

A compreensão do significado, importância, razão de ser e função ideológica do negócio jurídico exige breve notícia histórica sobre a sua gênese e evolução.

O negócio jurídico é categoria recente. Nasce durante o séc. XVIII, como produto do grande esforço de abstração dos civilistas alemães, que criaram um sistema de direito privado baseado na liberdade dos particulares, tendo ao centro o negócio jurídico como paradigma típico da manifestação de vontade.⁹ Afirma-se, por isso, ser a teoria do negócio jurídico a glória da ciência pandectística alemã.

Elabora-se a sua teoria a partir dos textos romanos de Justiniano, do *Corpus iuris civilis*, considerado direito comum, tendo como fundamento o princípio da autonomia da vontade. O direito romano não conheceu o negócio jurídico como categoria lógica, que seria fruto de uma abstração a que os juristas romanos, práticos e objetivos, não se dedicaram. Mas já continha os elementos com que a pandectística alemã trabalharia na elaboração de tal conceito, isto é, a vontade humana e os efeitos que dela podem diretamente derivar.

O termo negócio jurídico, de *nec + otium*, com o sentido de atividade que realize interesse de ordem patrimonial, deve-se a Nettelbladt, em 1749,¹⁰ mas a sua completa formulação dá-se com Savigny,¹¹ que o define como "espécie de fatos jurídicos que não

1 Do Autor, *Negócio jurídico*, p. 170; José de Abreu. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*, p. 72; Antônio Junqueira de Azevedo. *Negócio Jurídico, Existência, Validade, Eficácia*, p. 20; Eduardo Espínola. *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, p. 236; Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, p. 3; Vicente Ráo. *Ato Jurídico*; Orlando Gomes. *Introdução ao Direito Civil*, p. 237; Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, p. 327; Miguel Maria de Serpa Lopes. *Curso de Direito Civil*, p. 359; Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, \- volume, p. 212; Fábio

Maria de Mattia, Ato jurídico em senso estrito e negócio jurídico, p. 36; Manoel Domingues de Andrade. Teoria Geral da Relação Jurídica, vol. II, p. 25; Carlos Alberto da Mota Pinto. Teoria Geral do Direito Civil, p. 379; João de Castro Mendes. Direito Civil, Teoria Geral, vol. III, p. 29; Manuel Garcia Amigo, Instituciones de Derecho Civil, I, p. 654; Karl Larenz. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, p. 272; Warner Flume. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Des Rechtsgeschäft, p. 23; Francesco Galgano, Negozio giuridico, in Enciclopédia dei diritto, XXVII, p. 932; Giuseppe Mirabelli. Negozio Giuridico (Teoria), XXVII, p. 1; Stefano Rodotà. // diritto privato nella società moderna, p. 205 e segs.; Santos Cifuentes. Negócio Jurídico, p. 126; Pietro Karcellona, Diritto privato e società moderna, Napoli, Jovene Editore, 1996, p. 421 e segs.

2 Anteprojeto de Código de Obrigações de Orozimbo Nonato, Hahnemann Guimarães e Filadelfo Azevedo, 1941, e Projeto de Código de Obrigações de Caio Mario da Silva Pereira, de 1965.

3 Larenz, op. cit., p. 422; Flume, op. cit. p. 48; do Autor, op. cit., p. 175.

4 Savigny. Sistema dei Derecho Romano Atual, vol. III, p. 114.

5 Francisco Santoro-Passarelli, Atto giuridico, in Enciclopédia dei diritto, IV, p. 209.

6 Galgano, op. cit., p. 932.

7 José Antônio Doral e Miguel Angel dei Arco. El Negocio Jurídico, p. 34.

8 Orlando Gomes, op. cit., n2* 170 e 171. "A importância da teoria do negócio jurídico no processo de elaboração conceitual da modernidade é notável; ela constitui a mais eficaz representação do princípio da liberdade jurídica no campo das relações patrimoniais e, ao mesmo tempo, a inovação conceitual destinada a produzir as mais profundas modificações na organização das relações interindividuais." Barcellona, op. cit., p. 426/427.

9 Giuseppe Stolfi. Teoria dei Negocio Jurídico, p. XVIII.

10 Francesco Calasso. // negozio giuridico, p. 340; Mirabelli, op. cit., p. 1. nota 1; Pontes de Miranda, op. cit., p. 4, de modo diverso.

11 Savigny, op. cit., tomo II, p. 202.

são apenas ações livres, mas em que a vontade dos sujeitos se dirige imediatamente à constituição ou extinção de uma relação jurídica".

A criação do conceito deve-se a razões de ordem filosófica, política e econômica.

No plano filosófico é produto do jusnaturalismo, que reafirmava a liberdade como princípio inato dos indivíduos, liberdade como poder de a vontade atuar com eficácia. Quod radix libertatis est voluntas}2 Sob esse aspecto, é categoria elaborada dentro de uma teoria jurídica que privilegia o sujeito de direito, e pensada em função da unidade desse sujeito.13

Ao lado da liberdade figurava outro valor — também fundamental nesse período histórico —, a igualdade. Mas esta era meramente formal, dos sujeitos perante o direito, independentemente de suas condições pessoais de existência e de igualdade de oportunidades. O objetivo era, assim, criar um direito igual para todos, sem distinção de classes, o que obtém-se com a obra dos pandectistas, que chegam a notável ponto de abstração, como o conceito de negócio jurídico, aplicável a todos os atos jurídicos em que o sujeito visasse determinados fins.

O negócio jurídico resulta, assim, de um processo de abstração, a partir da liberdade e da igualdade formal de todos perante o direito, processo que se inicia com a Revolução Francesa e que tem por objetivo estabelecer um direito geral e abstrato, aplicável a todos, sem distinções de classe. Vontade e liberdade dentro do processo social e do processo econômico, onde se reconhece a propriedade privada dos bens de produção e a circulação dos bens como processo de cooperação entre os indivíduos.¹⁴

A esse aspecto ligava-se o político, que via na vontade particular um instrumento de luta contra o feudalismo e seus privilégios. E o negócio jurídico, como instrumento dessa vontade, firmava-se como consequência do princípio político da autonomia privada, considerada como fonte e medida dos direitos subjetivos, como força criadora do direito, enfim. E na esteira das idéias filosóficas de Hobbes e Rousseau, que contrapunham os direitos individuais aos do Estado e das corporações, Emmanuel Kant confere ao dogma da vontade a sua formulação mais precisa e categórica, ao estabelecer que a vontade individual é a única fonte de toda obrigação jurídica.¹⁵

O direito reconhece, então, eficácia jurídica à declaração de vontade individual destinada a produzir efeitos que o agente pretende, principalmente no setor econômico. Tal declaração é o negócio jurídico, com função paralela ao do direito subjetivo, pois ambos estão a serviço da liberdade e da autonomia da vontade.¹⁶ E causa da dinâmica jurídica, como instrumento de realização do princípio da liberdade no direito privado.¹⁷

A categoria do negócio jurídico surge, assim, como produto diurna filosofia político-jurídica que, a partir de uma teoria do sujeito, com base na sua liberdade e igualdade formal, constrói uma figura unitária capaz de englobar, reunir, todos os fenômenos jurídicos decorrentes das manifestações de vontade dos sujeitos no campo da sua atividade jurídico-patrimonial. Artífices desse processo foram, depois de Savigny, Windscheid e Dernburg, inserindo-se tal figura no Código Civil alemão.¹⁸ Liberdade e igualdade constituem-se, assim, nos princípios orientadores do processo de criação jurídica desse período, diretamente ligado ao processo econômico, de que o poder da vontade como exercício de liberdade jurídica era exigência essencial,¹⁹ pois "o desenvolvimento do comércio e da

indústria, a divisão do trabalho e a especialização multiplicam o escambo". A lei econômica da oferta e da procura e a liberdade contratual atendem ao interesse de todos e à justiça, de modo que, para favorecer o intercâmbio e o desenvolvimento econômico, é necessário eliminar os obstáculos à livre circulação dos bens. É o princípio do laissez-faire, laissez-passer que se completa com o laissez-contracter.²⁰ São as convenções que estabelecem o preço justo, sendo a "justiça contratual um fato determinado pela livre concorrência, não uma exigência ideal".

Surge assim, no campo econômico, e com evidente conotação ideológica, a idéia de que o negócio jurídico foi o instrumento criado para facilitar à classe mercantil a circulação de bens e serviços, e assim desenvolver o sistema de produção e consumo.²¹ Segundo tal perspectiva, o processo de produção e o de circulação de bens em um mercado de concorrência justificaria a criação de tal figura no quadro do sistema jurídico.

Nascida no direito alemão, primeiro na doutrina, depois objetivada no Código Civil (BGB), a teoria do negócio jurídico passa à doutrina italiana, à espanhola, à portuguesa.²² O direito francês permanece, porém, com a figura unitária do ato jurídico, não distinguindo o Código os atos jurídicos em senso estrito do negócio jurídico. O Código Civil de 1916 não adotava expressamente a figura, seguindo a posição unitária francesa, embora seu art. 81, dedicado ao ato jurídico, já contivesse a definição de negócio. O Código Civil de 2002 já consagra, porém, a posição dualista, com referência expressa aos negócios e aos atos jurídicos lícitos deles diversos,²³ de acordo com a doutrina brasileira contemporânea, que é dominante no preferir esta concepção.

De tudo isto se conclui que o conceito de negócio jurídico é um fato histórico²⁴ e uma categoria lógica. Como fato histórico representa o envolver de uma experiência em que se reuniram circunstâncias de natureza filosófica, política e econômica, até o surgimento, a cristalização do conceito. Como categoria lógica, produto desse fato histórico, representa uma síntese, uma "redução à unidade" das diversas posições subjetivas que se podem configurar na atividade jurídica, de que a declaração de vontade é uma das causas imediatas. "Construída com a noção de negócio uma figura concreta, composta de elementos especificamente individualizáveis, essenciais, acidentais e naturais, podem-se reconduzir a este esquema todas as modalidades da atividade humana e estudá-las com critérios e métodos unitários."²⁵

3. Crítica e superação do conceito de negócio jurídico.

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

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

O conceito de negócio jurídico é uma categoria técnico-jurídica que tem sua razão de ser em argumentos de natureza filosófica, política e econômica, como já visto. É, assim, uma categoria histórica e lógica. E, como categoria lógica, ou se a aceita ou se a recusa.²⁰

Como categoria lógica, é instrumento de atuação dos interesses econômicos individuais, dentro do sistema de produção e distribuição de bens, traduzindo a concepção de um direito igual para todos, capaz de realizar, na igualdade, os interesses contrapostos das diversas classes sociais, formulado pelos juristas que eram, à época, os intérpretes privilegiados da realidade social e econômica.²⁷

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

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

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

Sob o ponto de vista político-social, que suscita o problema da correspondência entre a categoria do negócio jurídico e as exigências da sociedade, considera-se ter sido essa figura, no nascimento da moderna sociedade industrial, o instrumento da classe proprietária dos bens de produção e da burguesia comercial, para transferência do seu direito de propriedade por simples declaração de vontade, sem necessidade de forma especial. Nessa época, o indivíduo era um ser isolado, protegido pelos ideais de liberdade e de igualdade que o Estado de direito garantia com o reconhecimento de uma esfera de ampla autonomia. Hoje as condições são diversas. Os indivíduos não se situam como átomos isolados, em regime de

concorrência que a publicidade e os acordos entre os grupos econômicos eliminaram. Suas relações têm secundária importância em face dos conflitos de interesses entre os grupos privados, entre empresários e trabalhadores, entre empresários e consumidores. E os interesses que atualmente o direito protege são os das pessoas que desempenham funções na sociedade, não os indivíduos em si, isolados, átomos da vida social. Cai por terra o mito do sujeito jurídico como figura unitária, assim como o da igualdade de todos perante o direito (igualdade formal), que procura hoje realizar a igualdade material, isto é, a igualdade de oportunidade para satisfação das necessidades fundamentais. E não sendo mais o ato individual de troca o "fenômeno central das relações econômico-sociais", fica superada a figura do negócio jurídico e destinada ao ocaso, juntamente com o mito da unidade do sujeito jurídico e com a ilusão da igualdade formal de direito.²⁸

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

A doutrina, no entanto, divide-se, sendo ainda majoritária a corrente que acredita na utilidade do conceito e na possibilidade de sua reconstrução.²⁹

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

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

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

Acerca do predomínio de um destes elementos, a vontade ou a declaração, existem duas concepções opostas, a subjetiva, que dá

12 Federico de Castro y Bravo. *El Negocio Jurídico*, p. 57. citando S. Tomás de Aquino. *Suma Theologica* I, 2, ac, 9.17,1 ad. 2. "Quod radix libertatis est voluntas" (a vontade é o que está na raiz da liberdade).

13 Galgano, op. cit., p. 936.

14 Stolfi, op. cit., p. XII.

15 Emmanuel Kant, *Princípios sobre a metafísica dos costumes*, in *Textos Seleccionados*, p. 144.

16 "O direito subjetivo é estático, conserva e protege, enquanto o negócio jurídico é dinâmico, produz e renova", Manuel Albaladejo. *El Negocio Jurídico*, p. 37; Emílio Betti, *Negozio giuridico*, in *Novissimo digesto italiano*, XI, p. 209.

17 Garcia Amigo, *op. cit.*, p. 654.

18 *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemão), Parte Geral Seção Terceira.

19 Mirabelli, *op. cit.*, p. 2.

20 Jean Carbonnier. *Droit civil. Lês obligations*, Paris, p. 41.

21 Mirabelli, *op. cit.*, p. 15; Galgano, *op. cit.*, p. 936; Pietro Barcellona. *Diritto privato e processo econômico*, p. 195 e segs.

22 Cf. nota 1.

23 Código Civil, art. 185: Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.

24 Calasso, *op. cit.*, p. 345.

25 Mirabelli, *op. cit.*, p. 2.

26 Calasso, *op. cit.*, p. 345, nota 41.

27 Mario Bellomo, *Negozio giuridico* (Diritto intermédio], in *Enciclopédia dei diritto*, XXVII, p. 931.

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

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

realce à vontade, e a objetiva, que enfatiza a declaração, levando, respectivamente, à teoria da vontade e à teoria da declaração. Para a primeira, subjetiva, voluntarista,³⁰ de Savigny e seus imediatos seguidores (Windscheid, Dernburg, Unger, Oertmann, Enneccerus), o negócio jurídico é essencialmente vontade, a que deve corresponder exatamente a sua forma de declaração, que é simples instrumento de manifestação dessa vontade.

Essa teoria protege, naturalmente, os interesses do declarante. Por isso, todas as questões acerca da formação ou do conteúdo do ato levam à

pesquisa da real intenção do agente. É no âmbito dessa teoria que surge o problema e a discussão dogmática em torno do que deve prevalecer, no caso de divergência, a vontade ou a declaração, independentemente do declarado ser ou não o pretendido. Para a Willenstheorie, havendo divergência, deve prevalecer a vontade, podendo até, em casos extremos, anular-se o negócio jurídico, não valendo nem a vontade real nem a declarada.

Pela especial importância da vontade, procura-se defendê-la dos chamados vícios (erro, dolo, coação, simulação, reserva mental), assim como também cresce em importância a interpretação, quer do ato, quer das normas que o regulam, para o fim de se averiguar qual a intenção do agente, a partir, naturalmente, do instrumento de declaração. Preocupa-se ainda essa teoria com os motivos, razões psicológicas da prática do negócio, objeto dos chamados elementos acidentais (a condição, o termo e o encargo), com os quais o agente procura adequar os efeitos do ato a tais motivos.

Para a teoria da declaração³¹ a eficácia do ato depende exclusivamente da declaração, independentemente desta corresponder ou não à vontade do agente. A natureza e as características do negócio jurídico residem fundamentalmente no comportamento objetivo do agente, como auto-regulamento de seus próprios interesses. Para essa teoria não tem maior importância a divergência entre a vontade e a declaração, já que esta é sempre o ponto de referência, salvo se desprovida de sentido ou conteúdo; os motivos são irrelevantes e o que se interpreta não é o pretendido pelo agente mas o perceptível pela declaração. Com ela protege-se não mais o sujeito declarante, mas o destinatário e terceiros de boa-fé e, conseqüentemente, a circulação de direitos.

Ambas as teorias são inaceitáveis c-m suas posições extremas, que seriam, quanto à eventual divergência entre a vontade e a declaração, no caso da teoria subjetiva, a nulidade do negócio, e no caso da objetiva, a validade, desde que de boa-fé o destinatário. Para evitar os extremos, temperando a oposição, surgiram concepções intermediárias, a teoria da responsabilidade e a teoria da confiança. Para a primeira, mais ligada à vontade, havendo divergência entre essa e a declaração, responde o declarante pelos danos que causar, se tiver culpa na divergência. "Quem emite declaração de vontade no comércio jurídico sujeita-se às conseqüências disso decorrentes."³² Para a teoria da confiança, modalidade mais próxima da declaração, "esta prevalece sobre a efetiva vontade quanto tenha suscitado legítima expectativa no destinatário, conforme as circunstâncias objetivas". Verificada a boa-fé do destinatário, a declaração é válida conforme a confiança que nele tenha despertado. Não havendo boa-fé do destinatário, não prevalece a declaração e o negócio é anulado. Nesta teoria, portanto, transfere-se ao destinatário o elemento culpa, enquanto na teoria da responsabilidade fica essa a cargo do declarante.³³

Qual a opção do direito brasileiro?

O problema do predomínio da vontade ou da declaração como elemento determinante da eficácia do negócio jurídico manifesta-se principalmente em matéria de interpretação e de erro. Quanto à primeira, o art. 112 do Código Civil, estabelecendo a regra geral, dispõe que "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem", em uma aparente opção pela teoria da vontade, o que faz compreensível a tendência doutrinária por essa tese.³⁴ Creio, porém, ser mais acertado dizer que o sistema do Código Civil de 2002, tomando como ponto de partida a declaração de vontade (onde a intenção se consubstancia) e como critério de interpretação a boa-fé e os usos do lugar (art. 113), optou pela concepção objetiva e, conseqüentemente, pela teoria da declaração. Já em matéria de erro, é dominante a teoria subjetiva.³⁵

5. As teorias preceptiva e normativa.

Dentro da teoria objetiva do negócio jurídico, pela qual a vontade só tem relevância jurídica por meio da sua declaração, destacam-se as concepções preceptiva e normativa.

Para a teoria preceptiva de Betti, o negócio jurídico é meio dinâmico de realização de interesses privados, dotado de tanto significado que deve sair da concepção tradicional de mero fato psicológico para ser considerado como importante fato social, instrumento da autonomia privada. Seu conteúdo forma-se de regras que o direito considera e que se constituem em preceitos dirigidos aos participantes da relação jurídica. O negócio jurídico não é, então, simples manifestação da vontade subjetiva, mas dispositivo com que o particular disciplina suas próprias relações. A teoria normativa vai mais longe e o considera como ato criador de normas jurídicas, disciplinadoras das relações estabelecidas. Tal concepção baseia-se na existência de duas vontades distintas no negócio. Uma, subjetiva, psicológica, que se esgota no momento da prática do ato,³⁶ outra, objetiva, exteriorizada pela declaração, que se configura exatamente quando termina o processo volitivo, acompanhando o negócio em sua existência concreta.³⁷ A vontade que se faz exterior e se objetiva na norma negociada não se identifica com a outra, psicológica, que fez nascer o negócio. Essa vontade objetiva, aliás, é que é objeto da interpretação.

A concepção normativa não é nova. No direito romano, Ulpiano já reconhecia que "legem enim contractus dedit"³⁸ e que "contractus enim legem e% conventionem accipiunt..",³⁹ Os canonistas ressaltavam o valor da palavra dada (pacta sunt servanda), e antes, entre os comentadores e os glosadores, Giovanni D'Andrea já dizia "Quilibet in domo sua dicitur rex" e Andréa D'Isernia "in ré sua quilibet etiam privatus est moderator et arbiter ut sibi placet".⁴⁰ No direito medieval, os aforismos da época, *mi palabra es ley*, *Ein Man, ein Worl*, *convenances vainquent loys*.⁴¹ E como exemplo

de direito positivo, os artigos 1.134 do Código Civil francês, 1.123 do italiano de 1865, 1.372 do atual, e o 1.091 do espanhol.

A luz da evolução histórica e da existência de textos legais que consagram tal teoria, inexistem razões para que não se considere a autonomia privada como poder jurídico e o negócio como instrumento e expressão desse poder.

O negócio jurídico é, por isso, modo de expressão das regras jurídicas estabelecidas pela vontade dos particulares. É fonte formal de direito, ou, também, fato de produção jurídica.⁴²

A existência de relações jurídicas e dos respectivos direitos subjetivos pressupõe a existência de uma norma jurídica. Aceitando como indiscutível que o negócio jurídico é fonte de relações jurídicas, conclui-se que o negócio é fonte de direito objetivo.⁴³ Negando-se ao negócio jurídico a função criadora de direito objetivo, também se lhe nega a função de criar relações jurídicas.

Não há incompatibilidade entre a vontade individual e a vontade legal. O negócio jurídico pode ser ato regulado pelo direito e conter direito. As fontes criam normas e são reguladas por normas. A própria lei é ato jurídico,⁴⁴ regulada na sua criação e eficácia pela Constituição.

O negócio é um fato que contém em si direito. Kelsen afirma que o negócio jurídico é um fato produtor de normas, à medida que a ordem jurídica confere a tal fato essa qualidade. Afirma também que é importante peculiaridade do direito, a de regular sua própria criação, o que se aplica ao negócio jurídico. No mesmo sentido Miguel Reale.⁴⁵

30 É a chamada Willenstheorie (teoria da vontade).

31 É a chamada Erklärungsstheorie (teoria da declaração).

32 É o princípio da auto-responsabilidade, C. Massimo Bianca. Diritto civile, U contratto, p. 21.

33 Cifuentes, op. cit., p. 91.

34 Cf. Orlando Gomes e Antunes Varela. Direito Econômico, p. 146.

35 Antônio Junqueira de Azevedo, op. cit., p. 128; Silvio Rodrigues. Dos vícios do consentimento, p. 51.

36 Emílio Betti. Interpretazione della legge e degli atti giuridici, p. 274.

37 Luigi Ferri. L'autonomia privata, p. 56.

38 Digesto Ulpiano, 50, 17, 23. Legem enim contractus dedit (a lei resulta do contrato).

39 D. 1, 1, 16. Contractus enim legem ex conventionem accipiunt (os contratos consideram-se como lei a partir da convenção).

40 Francesco Calasso, Autonomia (storia), in Enciclopedia del diritto, IV, p. 355. Quilibet in domo sua dicitur rex (qualquer um em sua casa é considerado rei). In re sua quilibet etiam privatus est moderator et arbiter ut

sibi placet (naquilo que é seu, qualquer um é moderador e árbitro como lhe aprouver).

41 Garcia Amigo, op. cit, p. 213. "Umhomem, uma palavra." "As conveniências superam as leis."

42 Tomaso Perassi. Introduzione alle scienze giuridiche, p. 57; Miguel Reale. Lições Preliminares de Direito, p. 179.

43 Ferri, op. cit., p. 19.

44 Cf. Caio Mário da Silva Pereira. Projeto de Código de Obrigações, p. XII, na linha de Duguit. Traité de droit constitutionnel I, p. 30 e segs.

45 Hans Kelsen. Teoria Pura do Direito, p. 350. Miguel Reale, op. cit. p. 179. Segundo Ferri, enquanto para o negócio jurídico se tem posto em evidência sua natureza de "fattispecie", deixando de lado seu aspecto normativo, para a lei se tem caído no excesso oposto só se vendo a norma, esquecendo-se de que a norma jurídica é também fattispecie de uma norma superior. O problema de validade é comum a todas as normas jurídicas, qualquer que seja sua fonte de produção. Concludentemente, o negócio que não for conforme à lei não será fonte normativa. Admitindo-se, com Kelsen, que a validade de uma norma reside em outra, não há por que se excluir o caráter de fonte normativa do negócio jurídico somente pelo fato de ele se basear no direito objetivo. A objeção teria sentido se considerássemos o negócio como fonte de direito autônoma e originária, o que não é o caso (autônoma, aqui, no sentido de totalmente independente de qualquer outra norma).

O negócio jurídico como fonte normativa leva à questão da hierarquia das fontes. O sistema jurídico não se compõe de normas de igual grau. Assim como o negócio jurídico é fattispecie, também a lei ordinária é fattispecie de uma norma superior, de natureza constitucional.

Como diz Ferri, a exemplo de inúmeros juristas,⁴⁶ não há motivo para que não se considere o negócio jurídico como fonte de direito e a autonomia privada, de que ele é expressão, verdadeiro poder normativo.

Aceitar a autonomia privada como poder de criar regras jurídicas é, aliás, estabelecer mais um critério para distinguir os atos jurídicos, em senso estrito, dos negócios jurídicos. Estes, ao contrário daqueles, criam regras jurídicas.

A principal característica do negócio jurídico é, desse modo, a criação de normas jurídicas. Seu conteúdo é, portanto, normativo, o que os distingue dos demais atos jurídicos não-negociais. Para estes, é a lei a fonte imediata dos efeitos jurídicos, que, muitas vezes, o próprio agente desconhece, o que torna menos relevante o erro, a direção da vontade, a interpretação.

Na maioria das vezes, os negócios jurídicos criam normas jurídicas individuais e concretas. Eventualmente, normas gerais e abstratas, como nos estatutos das grandes associações, empresas, clubes etc. líssas normas,

uma vez criado o negócio jurídico com os requisitos legais, adquirem existência própria, separando-se dos sujeitos e da sua vontade, tal como ocorre com as leis, os atos administrativos, a sentença judicial.

A vontade subjetiva esgota-se no momento em que o negócio se realiza, mas a normatividade começa quando o processo volitivo se acaba. Os próprios sujeitos podem, inclusive, nada mais querer, e, todavia, a declaração de vontade permanece eficaz e normativa. O testamento demonstra que a força vinculante do negócio jurídico não está na vontade subjetiva da parte, mas na vontade objetivada nas normas jurídicas que dele nascem.

6. O problema da norma jurídica negociai.

Reconhecem-se como habituais características da norma jurídica, ou da lei, a estatalidade, a bilateralidade, a generalidade ou universalidade, a abstração, a imperatividade e a coatividade.⁴⁷

A estatalidade significa que as normas jurídicas são normas de comportamento que emanam do Estado, que lhes garante o respectivo cumprimento. Seu objetivo é a segurança, a ordem e a justiça, e seus destinatários, aqueles a quem disser respeito. Pressupõe a existência do Estado como ente superior à comunidade e como criador da ordem jurídica. Essa concepção é unilateral, pois todos são iguais perante o direito, inclusive o Estado. A tese de supremacia ou relação de subordinação entre sujeitos vinculados juridicamente não é aceita pela maioria doutrinária. Como diz Rudolf Stammler, não se pode estabelecer uma relação de dependência do direito ao Estado. "Sendo a noção de direito o prius lógico do conceito de Estado, e não vice-versa, aquele, como modalidade peculiar da vontade vinculatória, não pode basear-se neste."⁴⁸ Não se confunda soberania com a superioridade do direito objetivo. A soberania do Estado manifesta-se em face dos outros Estados e dos particulares, mas não em face das normas estabelecidas por eles. O fato de o Estado limitar ou revogar a norma privada não é obra dele, como ente soberano, porém obra do ordenamento jurídico que ele criou. Há hierarquia de normas, não de sujeitos. Assim como o Estado se submete ao sistema jurídico vigente, também os particulares o fazem. Isso não impede a existência da autonomia privada ao lado da autonomia estatal.

A bilateralidade significa que a norma jurídica, ao aplicar-se, atribui poderes a um sujeito e deveres a outro. Transforma a relação social em relação jurídica. Bilateralidade significa abertura para dois lados, para dois sujeitos, unidos por uma relação jurídica.⁴⁹

A norma jurídica privada apresenta a mesma característica. As regras contidas em um contrato, espécie mais comum no gênero jurídico, contêm poderes e deveres, atribuídos aos respectivos credores e devedores.

A generalidade ou universalidade consiste na indeterminação dos sujeitos a que se aplica a lei.⁵⁰

A abstração significa que a norma se destina a casos típicos indeterminados. Generalidade e abstração seriam a garantia de igualdade e de imparcialidade na aplicação ao direito.⁵¹ Na generalidade, as normas são universais com respeito ao destinatário; na abstração, são universais com respeito à ação.⁵² Aliás, o reconhecimento da generalidade como atributo da norma jurídica resulta da sua falsa identificação com a lei. Esta é geral, aquela não, necessariamente. Além disso, a teoria do direito reconhece a existência de normas individuais, dirigidas a uma só pessoa, e de normas concretas, que regulam uma só ação. O direito objetivo constitui-se, portanto, também de normas individuais. Nada há assim a opor à validade ou vigência das normas que emanam do negócio jurídico. São proposições normativas com estrutura igual à das legais.

Tem foros de antigüidade a doutrina segundo a qual a norma jurídica é um imperativo, um comando.⁵³ Contrariamente a essa tese, há teorias que negam serem as normas jurídicas imperativos. Para essas, as proposições jurídicas são juízos hipotéticos (se é A, deve ser B), e juízos hipotéticos não são comandos. Kelsen e seus seguidores defendem esta última concepção. A teoria da norma como imperativo é, todavia, dominante na Alemanha.⁵⁴ No Brasil, encontra em Goffredo Telles Júnior uma reformulação, ao ser definida a norma jurídica como "imperativo autorizante" harmonizado com a ordenação ética vigente.⁵⁵ Concepções intermediárias, como a de Bianca,⁵⁶ consideram a imperatividade como característica não-essencial da norma jurídica, pois existem normas imperativas e normas não-imperativas (dispositivas e supletivas).

A discussão sobre a imperatividade como característica da norma jurídica ou não e o reconhecimento de que, efetivamente, ela não é o atributo essencial da proposição jurídica é indiferente à questão da norma negociada. Esta, em princípio, é sempre imperativa.⁵⁷

A coatividade consiste na possibilidade de se obrigar o infrator da proposição jurídica, usando-se da sanção. A coatividade (não coercibilidade) significa, portanto, a possibilidade de a norma ser cumprida de modo não-espontâneo pelo devedor. Ora, tanto a norma estatal quanto a norma negociada dispõem de sanção.

As críticas feitas à idéia da norma jurídica negociada não têm maior fundamento. As características reconhecidas na norma jurídica estatal, como a bilateralidade, encontram-se também nos preceitos emanados do negócio jurídico, que faz nascer ou modificar as relações jurídicas, expressão dos poderes e deveres que traduzem a bilateralidade.

7. A relação entre a vontade e seus objetivos.

Acerca da relação entre a vontade e seus objetivos, vale dizer, a vontade e seus efeitos, existem duas teorias, a dos efeitos jurídicos e a dos efeitos práticos.⁵⁸

Pela primeira, de Savigny, Windscheid, Zittelman, a vontade visa produzir determinados efeitos jurídicos, sendo necessária perfeita conjugação entre a vontade e os efeitos do negócio. Como consequência, a falta de vontade leva à inexistência ou à invalidade do negócio. Nessa concepção baseia-se uma das notas que diferenciam o negócio do ato jurídico em senso estrito. Neste, os efeitos são *ex lege*, enquanto naqueles são *ex voluntate*.

A teoria dos efeitos práticos, seguida pela maior parte da doutrina italiana (Coviello, Fadda, De Ruggiero, Santoro-Passarelli, D'Avanzo, Branca etc.), combate a primeira concepção, alegando seus defensores que as pessoas, ao praticarem negócios jurídicos, fazem-no visando fins práticos, econômicos, desconhecendo normalmente os efeitos jurídicos que poderão surgir. A vontade do declarante dirige-se a resultados válidos para o direito.

Teoria intermediária, de Manuel Domingues de Andrade, defende a tese de que a vontade dirige-se aos efeitos práticos que as partes tenham querido, sob a proteção do direito, embora sem noção exata do caráter jurídico de tais efeitos. "Contenta-se com que os declarantes, visando em primeira linha certos resultados práticos, tenham querido para ela a sanção das leis, isto é, se tenham proposto alcançá-los por via jurídica, sem todavia ser necessário que tenham formado idéia exata e completa desses efeitos."59

8. Classificação dos negócios jurídicos.

Classificar é distribuir ou agrupar em classes, o que implica a diversidade do regime legal aplicável a cada uma.

Classificam-se os negócios jurídicos segundo vários critérios: 1) número de partes componentes; 2) vantagens para as partes; 3) forma a observar; 4) tempo em que produzem os efeitos; 5) causa da atribuição patrimonial; e 6) modificação que produzem no conteúdo dos direitos.

Quanto ao número de partes componentes, os negócios jurídicos classificam-se em negócios unilaterais, bilaterais e plurilaterais.

São negócios unilaterais os que se formam com uma só declaração de vontade, por exemplo o testamento, a renúncia de direitos, a procuração, os títulos de crédito, o endosso, o aval, a confissão de dívida, a remissão de dívida, a renúncia à herança etc. São negócios bilaterais os que resultam da manifestação de duas partes, produzindo efeitos para ambas, como nos contratos. Negócios plurilaterais são os que se formam com várias manifestações de vontade, em sentido paralelo, como nos acordos. Note-se que parte não é sinônimo de pessoa. Cada parte pode formar-se de uma ou de várias pessoas, com interesses análogos. No caso de uma só pessoa, diz-se individual ou unipessoal; no caso de mais pessoas, a parte é pluripessoal ou plúrima. Os negócios pluripessoais, aqueles em que a parte é formada por várias pessoas, compreendem, como subespécies, os atos colegiais, que decorrem de uma deliberação de assembléia, e os atos complexos, coletivos ou conjuntos, que reúnem declarações dirigidas ao mesmo fim, como, por exemplo, a constituição de uma pessoa jurídica.

Quanto às vantagens decorrentes para as respectivas partes, os negócios jurídicos bilaterais dizem-se onerosos e gratuitos. Onerosos, quando geram vantagens e sacrifícios para ambas as partes, como acontece na compra e venda, na troca, na locação, no seguro etc. Gratuitos, quando uma das partes concede à outra vantagens sem contraprestação, como na doação, no mútuo, no comodato, no mandato, no depósito, na fiança. Nos primeiros existe uma recíproca transmissão de direitos, enquanto nos segundos há vantagem exclusiva para uma das partes.

Os negócios jurídicos onerosos dividem-se em comutativos e aleatórios. Nos primeiros, existe uma relação de causa e efeito entre as respectivas atribuições patrimoniais. A vantagem corresponde à contraprestação. Nos segundos, inexistente a mesma relação de causa e efeito. A extensão das prestações de uma ou de ambas as partes não é certa, porque depende de acontecimento incerto, como ocorre nos contratos de jogo, aposta, seguro, venda de coisa futura (CC, art. 458). Neste caso, o risco é da essência do negócio, podendo a álea (risco) versar sobre a existência ou quantidade da coisa, objeto do negócio.

Quanto à forma a observar, os negócios jurídicos dizem-se solenes e não solenes. Os primeiros têm sua forma prescrita em lei, não valendo se não for observada, como no testamento, na alienação de imóvel acima de certo valor, na constituição de hipoteca. A forma é requisito essencial para a sua validade, é da substância do ato. Os não solenes são os que podem realizar-se de qualquer modo.

46 Na doutrina italiana, são adeptos da concepção normativa do negócio jurídico, isto é, o negócio jurídico como fonte normativa, entre outros, Ascarelli, Esposito, Tedeschi, Carnelutti, Pergolesi, Santi Romano, D'Eufemia, Salvatore Romano e l'asserin D'Entrèves; na Alemanha, Büllow, Danz, Kelsen, Manigk, Nawiasky, Alexeiev. Têm opinião contrária Betti, Trimarchi, Scognamiglio, Messineo, Stolfi, (Iarota-Ferrara. Cf. Ferri, trabalho citado, p. 33.

No Brasil, a concepção dominante é a tradicional, que não vê o negócio jurídico como fonte normativa. Cf. Walküre Lopes Ribeiro da Silva, A autonomia privada como fonte de normas jurídicas trabalhistas, n.º 44, p. 64.

47 Mário Aliara. *Lê nozione fondamentali dei diritto civile*, I, pp. 20 e 21.

48 Rudolf Stammler. *Tratado de Filosofia dei Derecho*, p. 342.

49 Norberto Bobbio, *Normagiuridica*, in *Novissimo digesto italiano* XI, p. I. 333.

50 *Lex est commune praeceptum*, Digesto, I, 2, 3.

51 Aliara, op. cit., p. 14.

52 Norberto Bobbio. *Teoria della norma giuridica*, p. 231.

- 53 *Legis virtus haec est imperare, vetare, permittere, punire*, D. 1,7, 1, 3. É a *communis opinio*. Sua formulação clássica é de Augusto Thon. *Norma giuridica e diritto soggettivo*, p. 187.
- 54 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 219.
- 55 Goffredo Telles Júnior. *Direito Quântico*, p. 262. *Idem*. *Iniciação na Ciência do Direito*, p. 103
- 56 Bianca, *op. cit.*, p. 12.
- 57 Bobbio. *Norma giuridica*, *op. cit.*, p. 1.333.
- 58 São as conhecidas teorias do direito alemão. *Rechtsfolgentheorie* (teoria dos efeitos jurídicos), e a *Grundfolgentheorie* (teoria dos efeitos práticos).
- 59 Manuel Domingues de Andrade, *op. cit.*, p. 30.

Quanto ao tempo em que se devem produzir os efeitos, os negócios jurídicos dividem-se em *inter vivos*, se devem produzi-los em vida das partes, e *mortis causa*, se após a morte; neste caso, o testamento, única espécie em nosso direito. A morte é pressuposto necessário de sua eficácia.⁶⁰

Quanto à causa da atribuição patrimonial que vai favorecer as partes, os negócios jurídicos dividem-se em causais e abstratos. A causa significa aqui o "resultado jurídico que se pretende com o negócio realizado".⁶¹ A verificação de sua existência é importante porque, nos casos em que existe atribuição patrimonial sem causa, configura-se o enriquecimento sem causa, que é fonte de responsabilidade civil. Os negócios causais são, assim, aqueles em que existe causa da atribuição patrimonial, e negócios abstratos aqueles em que tal causa não se configura, ou melhor, é irrelevante para o direito. São exemplos de negócios abstratos, a letra de câmbio, o título de crédito ao portador, a renúncia.

Quanto à modificação que os negócios possam produzir no conteúdo dos direitos, distinguem-se os negócios de disposição, ou dispositivos, dos negócios obrigacionais e dos negócios de administração. São negócios de disposição ou dispositivos aqueles em que o agente atua com poder de disposição, isto é, poder de alienar, modificar ou extinguir direitos, como se verifica, por exemplo, no caso da remissão de dívida, constituição de usufruto, tradição de uma coisa etc. Negócios dispositivos são, portanto, os que se fazem para modificar uma relação jurídica ou um direito, de natureza exclusivamente patrimonial. Objeto de disposição é o direito, não o bem. Quem vende uma casa dispõe do seu direito de propriedade. Os atos a título gratuito são sempre negócios de disposição.⁶²

São negócios obrigacionais os que se destinam a criar obrigações, relações jurídicas em que uma das partes pode exigir de outra uma certa prestação. A espécie mais importante é a dos contratos.

Há negócios que são, simultaneamente, dispositivos e obrigacionais, como a compra e venda de coisa móvel acompanhada de tradição, que é de disposição para o vendedor e de obrigação para o comprador, que deve pagar o preço.

Há pessoas que não têm poder de disposição, têm apenas o de administrar o bem objeto do direito disponível. São negócios de administração os praticados no exercício de um poder de gestão patrimonial limitada, que não permite certas operações, capazes de prejudicar os bens administrados. Compreendem as medidas de conservação normal dos bens administrados visando o seu rendimento e desfrute.⁶³

Tal matéria é relevante porque só pode praticar negócios dispositivos quem tiver poder de disposição, sob pena de ineficácia. Os atos de administração compreendem apenas as faculdades de uso e fruição, permanecendo a faculdade de disposição com o titular do direito. Os negócios dispositivos exigem a titularidade e legitimação, havendo certas situações jurídicas que limitam o poder de dispor. O cônjuge, por exemplo, tem a titularidade de direitos patrimoniais mas não pode aliená-los senão com o consentimento do outro cônjuge, na hipótese que a lei estabelece (CC. art. 1.647). A importância de tais distinções reside na circunstância de que os negócios dispositivos produzem efeitos de modo absoluto, perante todos, enquanto os obrigacionais são relativos, são eficazes perante determinadas pessoas. Têm importância também em matéria de representação, quanto aos poderes do representante de praticar atos de disposição ou somente de administração.⁶⁴

Como figuras especiais de notável importância, segundo o modo de obtenção do resultado, temos ainda os negócios diretos, os indiretos e os fiduciários. Negócio jurídico direto é o que tem por objetivo a obtenção imediata do resultado. Negócio indireto é aquele em que se utiliza um procedimento oblíquo para alcançar o resultado não obtível de modo direto.⁶⁵ As partes usam determinado tipo de negócio para atingir fim diverso daquele que normalmente lhe corresponde. A espécie é inadequada ao fim pretendido, como ocorre, por exemplo, quando se outorga uma procuração para cobrança de uma dívida com dispensa de prestação de contas, ou no caso da procuração em causa própria com efeitos de cessão, ou ainda na venda por preço irrisório, visando uma doação, ou ainda uma compra e venda com cláusula de retrovenda, visando apenas um negócio de garantia. Sua utilização decorre da falta de tipo mais adequado à manifestação da vontade dos agentes, do que resulta uma discrepância entre a intenção das partes e a causa típica do negócio. Caracteriza-se pelo desvio da finalidade da espécie negociada utilizada, pela divergência entre o objetivo das partes e a função típica do esquema negociado adotado.⁶⁶ A matéria tem importância sempre que, por meio dessa figura, se tente elidir a

aplicação de normas cogentes, numa fraude à lei. Não é, porém, negócio indireto a renúncia de um direito visando a uma doação.⁶⁷

Negócio fiduciário é aquele em que alguém, o fiduciante, transmite um direito a outrem, o fiduciário, que se obriga a devolver esse direito ao patrimônio do transferente ou a destiná-lo a outro fim. Dá-se a transferência do domínio ou de outro direito, para fins de administração ou garantia, sem que esses fins requeiram a transferência.⁶⁸ Caracteriza-se pela circunstância de que o meio utilizado transcende o fim perseguido, não se compatibilizando o aspecto econômico com o aspecto jurídico do negócio, como ocorre, por exemplo, quando "alguém transmite a propriedade de um bem com a intenção de que o adquirente o administre, obtendo dele o compromisso, por outro negócio jurídico de caráter obrigacional, de lhe ivstituir o bem vendido"⁶⁹. Chama-se fiduciário porque se baseia na confiança, ou fidúcia, no comportamento daquele a quem se transfere inicialmente o direito. Distingue-se do negócio simulado, em que :\ aparência é contrária à realidade, porque no fiduciário inexiste divergência entre a vontade real e a declarada; as partes querem exatamente o efeito visado. E distingue-se do negócio indireto pela causa fiducial, a confiança que o fiduciente tem de que o fiduciário lhe devolva o direito transferido.

O negócio jurídico fiduciário conjuga dois elementos, a transmissão de um direito (real ou de crédito), e a obrigação desse direitoC ser restituído ao transmitente ou a outrem. Existe, assim, um duplr efeito, um real e outro obrigacional.⁷⁰ Para outros, porém, de tendência mais moderna, inexiste um duplo efeito, mas apenas "um;i transmissão de propriedade sob condição resolutiva". Aplicação prática dessa figura no direito brasileiro é a alienação fiduciária eu: garantia, negócio jurídico bilateral em que uma das partes transfere à outra a propriedade de coisa móvel ou imóvel, como garantia cit pagamento de obrigação contratual. Instituído pelo art. 66 da Lê de Mercado de Capitais, Lei n2 4.728, de 14 de julho de 1965, fo disciplinado pelo Decreto-Lei n2 911, de l- de outubro de 1969,⁷¹ e pela Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997 que, dispondo sobri o Sistema Financeiro Imobiliário, instituiu a alienação fiduciária dt coisa imóvel. Outras aplicações do mesmo negócio encontramos IH fideicomisso (CC. art. 1.951) e na cessão de créditos ou de título,¹ com fins de garantia.

60 Alberto Trabucchi. Istituzioni di diritto civile, p. 138.

61 Orlando Gomes, op. cit., p. 300. Sobre a causa no negócio jurídico, ver capítulo XII, n2 11.

62 São atos de disposição, ou de administração extraordinária, os que alienam, gravam ou desvalorizam bens do ativo patrimonial, por exemplo a venda de um imóvel, de um caminhão da fazenda, de animais reprodutores; a hipoteca de uma casa, a venda de um imóvel rural; a doação de um bem

patrimonial; a renúncia a direitos etc. São atos de administração o pagamento de impostos, o pagamento de juros, o pagamento ou recebimento de aluguéis, a exploração agrícola de um imóvel, a reparação de um edifício, a cobrança de dívidas etc. Cf. Cifuentes, op. cit., pp. 231 e 232.

63 O comerciante falido perde, desde o momento da abertura da falência, o direito de administrar seus bens e deles dispor (Decreto-Lei 7.661, de Z 1.06.45, art. 40). O pai e a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos que se achem sob o seu poder (CC. art. 1.689). Não podem, todavia, praticar atos de disposição sobre os bens imóveis dos filhos, nem contrair obrigações que ultrapassem os limites de simples administração, salvo no caso de necessidade ou evidente utilidade, mediante prévia autorização judicial (CC. art. 1.691). Também perdem o poder de disposição e de praticar atos que não sejam de mera administração os pródigos interditados (CC. art. 1.782); o cônjuge interditado perde o poder de administração dos bens do casal (CC. art. 1.570).

64 Cifuentes, op. cit., p. 233.

65 Cifuentes, op. cit., p. 240.

66 Pietro Trimachi. Istituzioni ai diritto privato, p. 225; José Abreu op. cit. p 115.

67 Orlando Gomes, op. cit., p. 314.

68 Larenz, op. cit., n2 438. Sobre negócio fiduciário, cf. ainda Otto de Souza Lima. Negócio Fiduciário, p. 157 e segs.

69 Orlando Gomes, op. cit., ps. 309 e 310.

70 É a teoria do duplo efeito de origem alemã; Orlando Gomes, op. cit., p. 311

71 Cf. do Autor, A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro, p 157; Orlando Gomes. Alienação Fiduciária em Garantia; José Carlos Moreir; Alves. Da Alienação Fiduciária em Garantia.

CAPÍTULO XII

Elementos do Negócio Jurídico

Sumário: 1. Elementos do negócio jurídico. 2. A declaração de vontade e sua função. Declaração expressa, tácita e presumida. Declaração receptícia e não-receptícia. Declaração direta e indireta. 3. Reserva Mental. 4. O silêncio como declaração de vontade. 5. Capacidade e legitimidade. 6. Objeto e conteúdo do negócio jurídico. 7. Forma e formalidades. Consensualismo e

formalismo. Forma livre e vinculada. Instrumento público e instrumento particular. 8. Prova do negócio jurídico. 9. Publicidade. 10. Interpretação. 11. O Princípio da Boa-Fé. 12. Integração. 13. A causa como elemento do