

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

Volume 1

JUL / SET 2014

Doutrina Nacional / Gustavo Tepedino / Luiz Edson Fachin / Paulo Lôbo
/ Anderson Schreiber / Paulo Nalin / Rodrigo Toscano de Brito

Doutrina Estrangeira / Gerardo Villanacci

Jurisprudência Comentada / Marília Pedroso Xavier / William Soares
Pugliese

Pareceres / Judith Martins-Costa

Atualidades / Bruno Lewicki

Resenha / Carlos Nelson Konder

Vídeos e Áudios / Caio Mário da Silva Pereira

SEÇÃO DE DOCTRINA: Doutrina Nacional

ESBOÇO DE UMA CLASSIFICAÇÃO FUNCIONAL DOS ATOS JURÍDICOS*

Outline of a Functional Classification of Legal Acts

Gustavo Tepedino

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: A alteração da noção de autonomia repercute profundamente na teoria da interpretação. Na medida em que o espectro e os limites (das categorias e institutos jurídicos, e especialmente) da autonomia atribuída aos particulares não são mais uniformes e abstratos (vontade individual submetida unicamente ao limite negativo da ilicitude), mas dependem dos valores que lhes servem de fundamento (para promoção de interesses socialmente relevantes), verifica-se a funcionalização dos institutos de direito civil. Nessa direção, propõem-se a classificação dos atos e negócios jurídicos a partir de sua análise funcional, tendo-se em conta a atividade concretamente desenvolvida e os limites positivos impostos pelos valores e princípios constitucionais (legalidade constitucional).

Palavras-chave: 1. Autonomia privada; 2. Ato jurídico; 3. Negócio jurídico; 4. Atividade contratual sem negócio.

Abstract: The mutation of the notion of private autonomy has deep repercussions in the theory of interpretation. As the range and the limits (of juridical categories and institutions, and specially) of private autonomy attributed to individuals are no longer uniform and abstract (individual will submitted solely to the negative limit of the illicit), but also depend on the values that serve as their foundation (for the promotion of socially relevant interests), one can verify the functionalization of private law institutions. Thus, this article proposes the classification of juridical acts based on their functional analysis, taking into account the activity that has been concretely developed and the positive limits imposed by constitutional values and principles (constitutional legality).

Keywords: 1. Private autonomy; 2. Juridical act; 3. Juridical transaction; 4. Contractual activity without juridical act.

Sumário: 1. Autonomia privada e perspectiva funcional da atividade jurídica (fatos, atos e negócios) – 2. Fato social e fato jurídico: superação da distinção – 3. Classificação dos fatos jurídicos: fato, ato e negócio jurídico – os chamados atos-fatos – 4. A noção de negócio jurídico – 5. Ato jurídico stricto sensu, ato-fato e negócio jurídico em uma perspectiva funcional – 6. Negócio jurídico no Código Civil e seus três planos de análise: elementos, requisitos, fatores de eficácia – 7. Classificação dos negócios jurídicos – 8. Atividade contratual sem negócio jurídico.

1. Autonomia privada e perspectiva funcional da atividade jurídica (fatos, atos e negócios)

As liberdades fundamentais, asseguradas pela ordem constitucional, permitem a livre atuação das pessoas na sociedade. Expressão de tais liberdades no âmbito das relações privadas é a autonomia privada, como poder de auto-regulamentação e de auto-gestão conferido aos particulares em suas atividades. Tal poder constitui-se em princípio fundamental do direito civil, com particular inserção tanto no plano das relações patrimoniais, na teoria contratual, por legitimar a regulamentação da iniciativa econômica pelos próprios interessados, quanto no campo das relações existenciais, por coroar a livre afirmação dos valores da personalidade inerentes à pessoa humana.

O princípio da autonomia privada, entretanto, não é absoluto, inserindo-se no tecido axiológico do ordenamento, no âmbito do qual se pode extrair seu verdadeiro significado.¹ Encontra-se informado pelo valor social da livre iniciativa, que se constitui em fundamento da República (art. 1º, IV, C.R.),² corroborado por numerosas garantias fundamentais às liberdades, que têm sede constitucional em diversos preceitos, com conteúdo negativo e positivo. Assume conteúdo negativo no princípio da legalidade, que reserva ao legislador o poder de restrição a liberdades, tornando lícito tudo o que não

¹ Conforme leciona JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, não há antecedência cronológica da relação social em face da relação jurídica; ao revés, “o Direito é em si *forma* da vida social. Ele vive nas relações sociais, que muitas vezes seriam inteiramente impensáveis sem a norma que as unifica (...). A concretização da norma cria sempre realidade social valorada” (*Direito Civil – Teoria Geral*. Volume III. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 42). A liberdade e, especificamente, a autonomia privada, assim, não correspondem a noções anteriores ao Direito, mas são construídas juridicamente, no âmbito da axiologia do ordenamento.

² Destaca a proteção constitucional da livre iniciativa como princípio informador da autonomia privada, FRANCISCO AMARAL, *Direito Civil*: Introdução, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 359: “A liberdade de iniciativa econômica é a fonte legitimadora da autonomia privada no campo constitucional, como princípio básico da ordem econômica e social. São conceitos correlatos, mas não coincidentes, na medida em que a primeira focaliza o aspecto econômico, e a segunda, o jurídico, do mesmo fenômeno, havendo, entre eles, uma relação instrumental”. No mesmo sentido, ORLANDO GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 240.

for legalmente proibido. Assim o art. 5º, II, da Constituição da República, em cuja linguagem se lê: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Na mesma direção, dotado de conteúdo meramente negativo, situa-se o art. 170, parágrafo único, do Texto Maior, o qual, ao fixar os princípios gerais da atividade econômica, dispõe: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Tal conteúdo não esgota o sentido constitucional do princípio da autonomia privada, que corporifica as liberdades nas relações jurídicas de direito privado. Segundo o Texto Constitucional, a liberdade de agir, objeto das garantias fundamentais insculpidas no art. 5º, associa-se intimamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1, III), fundamento da República, da solidariedade social (art. 3º, I) e da igualdade substancial (art. 3º, III), objetivos fundamentais da República. Significa dizer que a livre iniciativa, além dos limites fixados por lei, para reprimir atuação ilícita, deve perseguir a justiça social, com a diminuição das desigualdades sociais e regionais e com a promoção da dignidade humana.³ A autonomia privada adquire assim conteúdo positivo, impondo deveres à autoregulamentação dos interesses individuais, de tal modo a vincular, já em sua definição conceitual, liberdade à responsabilidade.⁴

Essa perspectiva caracteriza o princípio da autonomia privada no direito contemporâneo, desde a promulgação, em diversos países da Europa Continental, ao longo do Século XX, de Constituições intervencionistas, como o Texto Constitucional brasileiro de 1988, que estabeleceram metas a serem alcançadas pelos particulares ao lado da liberdade de contratar e circular riquezas. Anteriormente, por conta de conhecido processo histórico que serve de moldura para as construções dogmáticas dos Séculos XVIII e XIX, o poder dos particulares de gerir seus interesses era designado como *autonomia da vontade*, a enfatizar, já em sua definição, o viés voluntarista mediante a

³ Na lição de PIETRO PERLINGIERI, “A Constituição operou uma reviravolta qualitativa e quantitativa na ordem normativa. Os chamados limites à autonomia, postos à tutela dos contratantes vulneráveis, não são mais externos e excepcionais, mas, sim, internos, enquanto expressão direta do ato e do seu significado constitucional” (*O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 358).

⁴ Nesta direção, leciona FEDERICO CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Políticos, Madrid, 1967, p. 29, segundo o qual, na dinâmica dos negócios jurídicos, a definição de finalidades a serem alcançadas pelos particulares “*no supone disminuir el alcance de la autonomía de la voluntad, sino pó el contrario tenerla em cuenta em su doble aspecto de libertad y de responsabilidad*”.

qual se pretendia afastar a ingerência dos Estados nos espaços jurídicos privados.⁵ Essa concepção, embora ainda presente na manualística, não se mostra consentânea com o sistema civil-constitucional. A ordem pública constitucional valoriza a liberdade na solidariedade, impondo que a autonomia privada seja vista como poder de regulamentação não necessariamente vinculada à vontade subjetiva, já que o interesse público sobrepõe ao poder de agir dos particulares a tutela de valores socialmente relevantes. Alude-se, nesta direção, à autonomia negocial, como noção substitutiva do conceito de autonomia privada, por melhor traduzir o poder conferido aos particulares para deflagrarem negócios, não necessariamente definindo os próprios regulamentos de interesse, dependendo dos interesses em jogo.⁶ A autonomia privada, assim analisada, embora assegurada constitucionalmente, se reduz, em algumas hipóteses normativas, à mera liberdade de iniciativa.

Nessa vertente, de acordo com o setor da economia, há maior ou menor compressão do espaço de autonomia em favor de fontes heterônomas de integração dos modelos de regulamentação do direito civil.⁷ Basta pensar nos contratos de locação residencial ou nas relações de consumo para verificar que a debacle do império da vontade, ostensivamente conduzida pelo legislador, permite compatibilizar interesses patrimoniais com valores existenciais em potencial colisão. A autonomia privada convive, assim, com a intervenção legislativa destinada a promover o direito à moradia, a solidariedade, a dignidade da pessoa humana e a igualdade substancial, reduzindo-se situações de vulnerabilidade.

A alteração da noção de autonomia repercute profundamente na teoria da interpretação. Tradicionalmente, a dogmática se restringia ao aspecto estrutural das

⁵ Assim define a autonomia da vontade FRANCISCO AMARAL, diferenciando-a da autonomia privada: “Autonomia da vontade como manifestação de liberdade individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa mas complementarmente ao ordenamento estatal” (*Direito Civil: Introdução*, cit., p. 347).

⁶ O conceito de autonomia negocial é desenvolvido por PIETRO PERLINGIERI, *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, cit., p. 338.

⁷ Sobre a referida intervenção heterônoma nos contratos, afirma STEFANO RODOTÀ que o contrato, embora decorrente da vontade das partes, uma vez formado, sujeita-se à intervenção de fontes exteriores, alheias à vontade individual: “è evidente, allora, che le diverse fonti si ispirano ciascuna a peculiari valutazioni: ma qui interessa rilevare soltanto che tutte convergono nella finalità comune della costruzione del regolamento contrattuale; rispetto a quest’ultimo la particolare ratio delle singole fonti non viene in questione, riguardando esclusivamente il modo in cui ciascuna di esse, in sé considerata, opera” (*Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 87).

categorias jurídicas, ou seja, seus elementos constitutivos e os poderes atribuídos aos titulares. Na medida em que o espectro e os limites (das categorias e institutos jurídicos, e especialmente) da autonomia atribuída aos particulares não são mais uniformes e abstratos (vontade individual submetida unicamente ao limite negativo da ilicitude), mas dependem dos valores que lhes servem de fundamento (para promoção de interesses socialmente relevantes), alude-se à funcionalização dos institutos de direito civil. Assim, as relações jurídicas estruturadas para a proteção de interesses patrimoniais e individuais tornam-se vetores de interesses existenciais. Em última análise, o espaço de autonomia privada (a estrutura dos poderes conferidos para exercício de direitos dela decorrentes) é determinado pela função que desempenha na relação jurídica.⁸

Tal reflexão interfere diretamente na teoria dos atos e negócios jurídicos, no sentido de superar a abordagem meramente estática de seus elementos estruturais – forma e conteúdo –, para se alcançar a função – o porquê e para quê –, em modo a se identificar a legitimidade objetiva da alteração propiciada pela autonomia privada nas relações jurídicas pré-existentes.⁹

2. Fato social e fato jurídico: superação da distinção

Se a atuação do direito depende visceralmente dos fatos, em recíproco condicionamento, a conceituação analítica das diversas espécies de fatos (jurídicos) mostra-se indispensável para a definição da disciplina normativa correspondente. *Fato social* é o acontecimento que, submetido à incidência do direito, torna-se, tecnicamente, *fato jurídico*. Afirma-se, por isso mesmo, que um fato qualquer – pré-jurídico –, a partir do momento em que deixa de ser indiferente ao direito, adquire aptidão para gerar efeitos jurídicos. Em consequência, segundo lição clássica, fatos jurídicos são os eventos mediante o quais as relações jurídicas nascem, se modificam e se extinguem.¹⁰ Ou, em

⁸ A respeito do conceito de função, cf. NORBERTO BOBBIO, Em direção a uma teoria funcionalista do direito. *Da estrutura à função*. São Paulo, Manole, 2007, p. 53.

⁹ Sobre o ponto, magistralmente, EMILIO BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, UTET, 1952, 2ª ed., p. 170 e ss.

¹⁰ Assim o afirma, citando SAVIGNY, CLOVIS BEVILAQUA. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1976, p. 210. No mesmo sentido: ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de direito civil*, vol. 1, Campinas, Bookseller, 2005, p. 310; MIGUEL REALE, *Lições preliminares de direito*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 203. Do mesmo modo, afirma FRANCISCO AMARAL, *Direito Civil: Introdução*, cit., p. 379. Conforme lembra, oportunamente, ALBERTO TRABUCCHI: “Alcune volte l’intento negoziale non è quello di produrre nuove conseguenze giuridiche, ma di confermare una situazione esistente eliminando dubbi sulla

refinada síntese, “os fatos aos quais o direito atribui *relevância* jurídica no sentido de *alterar* as situações a eles pré-existentes, e de configurar situações novas, às quais correspondem novas qualificações jurídicas”.¹¹

A construção, contudo, deve ser analisada com reservas, por duas razões fundamentais. Em primeiro lugar, se é verdade que o dado social – como elemento da realidade fática – não se confunde com o dado normativo – a norma jurídica –, parece arbitrário considerar alguns fatos simplesmente alheios ao direito, ou despidos de relevância ou pressupostos de eficácia, já que a experiência normativa alcança integralmente a vida social, mesmo os espaços de liberdade que o direito, valorando-os, preserva deliberadamente contra qualquer tipo de regulamentação. Diante de tal circunstância, afirma-se que todo fato social interessa ao direito, já que potencialmente interfere na convivência social e, portanto, ingressa no espectro de incidência do ordenamento jurídico.¹² Na doutrina brasileira, argutamente assinalou-se: “não há fato indiferente ao Direito, pois é o próprio Direito, através da norma positiva que, não regulando uma conduta ou uma circunstância, chancela tal conduta ou tal circunstância de irrelevante ou sem juridicidade”.¹³

sua consistenza concreta. Si parla in tal caso di *negozio di accertamento*, nel quale c'è una volontà dichiarata, ma gli effetti giuridici no saranno nuovi effetti voluti, bensí quelli della situazione accertata” (*Istituzioni di diritto civile*, Padova, CEDAM, 1993, p. 124).

¹¹ EMILIO BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 3. No original, o texto em sua integralidade: “Fatto giuridico sono pertanto i fatti ai quali il diritto attribuisce rilevanza giuridica nel senso di mutare le situazioni ad essi preesistenti e di configurare situazioni nuove, cui corrispondono nuove qualificazioni giuridiche. Lo schema logico del fatto giuridico, ridotto alla espressione più semplice, si ottiene prospettandolo come un fatto dotato di certi requisiti presupposti dalla norma, i il quale incide in una *situazione preesistente (iniziale)* e la trasforma in una *situazione nuova (finale)*, per modo da costituire, da modificare o da estinguere poteri e vincoli o qualifiche e posizioni giuridiche”.

¹² Afirma PIETRO PERLINGIERI: “‘Fato’ não é um termo com um único significado: o ‘fato’ objeto de exame de uma ciência natural não é o ‘fato’ objeto de uma ciência prática (como o direito), para a qual o fato é todo evento que invoque a ideia de convivência (ou do caráter relacional)” (*O direito civil na legalidade constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 640).

¹³ LUIZ EDSON FACHIN, *Novo Conceito de Ato e Negócio Jurídico: consequências práticas*, Curitiba, PUC/PR, 1988, p. 1. Com efeito, a afirmativa de que toda liberdade humana é juridicamente relevante (porque garantida pelo Direito) não implica a negação de que existam liberdades não regulamentadas por lei, como registra STEFANO RODOTÀ: “*Ora ci troviamo di fronte a situazioni in cui l’indicare il fatto e dire il diritto appartengono alla stessa persona, nel senso almeno che esiste un potere di scelta tra risposte giuridiche diversificate o, più radicalmente, di entrata in uno spazio vuoto di diritto. Si può, dunque, uscire dal diritto e rientrare nella vita*” (*La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli, 2006, p. 62). Para uma perspectiva civil-constitucional da questão, v. também SAMIR NAMUR, A inexistência de espaços de não direito e o princípio da liberdade, *Revista Trimestral de Direito Civil*, Vol. 42, abr.-jun./2010; PAULA GRECO BANDEIRA, Espaços de não direito e as liberdades privadas, *Revista Trimestral de Direito Civil*, Volume 52, out.-dez./2012.

Em segundo lugar, qualquer fato social é percebido de acordo com a compreensão cultural da sociedade em determinado momento histórico, e assim também é valorado pelo direito. Imagine-se o interesse pelo meio ambiente equilibrado; as interferências consideradas normais de vizinhança; ou a crescente exposição da imagem das pessoas (como comparar a repercussão de alguém na praia, há 50 anos, em sucintos trajes de banho e nos dias de hoje).¹⁴ O direito traduz a realidade fática, a qual, em contrapartida, reflete a valoração da ordem jurídica (como apreendida pelo grupo social).¹⁵ Há, portanto, íntima comunicação entre fato e norma, de tal modo que não se pode conceber um desses elementos sem o outro. Supera-se, desse modo, a distinção entre fato social e fato jurídico. Todo fato social – porque potencialmente relevante para o direito, e porque moldado pela valoração (social decorrente) do elemento normativo (o qual, ao mesmo tempo, é construído na historicidade evolutiva da sociedade), é fato jurídico.

Compreende-se, assim, o vetusto brocardo latino *ex facto oritur ius*. Do fato provém o direito. Vale dizer, sem se confundirem norma e fato, estes reciprocamente se condicionam.¹⁶ A hipótese fática de incidência da norma (suporte fático, que equivaleria à expressão italiana *fattispecie* ou à alemã *Tatbestand*) identifica-se com a descrição normativa, ou seja, é construída pela valoração que lhe atribui o direito. Tenha-se como exemplo um contrato de locação. As regras sobre ele incidentes dependerão das circunstâncias fáticas – valor do aluguel, estado do imóvel, pontualidade no cumprimento das obrigações –, todas elas capazes de produzir efeitos modificativos da relação jurídica, gerando novos fatos jurídicos, que alteram o direito pré-existente e se amoldam,

¹⁴ O exemplo é configurado por Eros Grau, Técnica Legislativa e Hermenêutica Contemporânea, in Gustavo Tepedino (org.), *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 286.

¹⁵ A conclusão de LUIZ EDSON FACHIN, *ob. loc. cit.*, é irrecusável: “ingressam no campo jurídico os fatos valorados pela norma. Tais são os fatos jurídicos, que assim se constituem sem deixar o campo fático, uma vez que este e aquele (o normativo) se interpenetram. Esse agasalho da norma é a guardiã ao suporte fático, sem suprimi-lo. Exsurge, aí, a juridicidade que é por conseguinte um componente do binômio fato-norma”.

¹⁶ EMILIO BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 5, sobre a máxima romana esclarece: “*si vuol dire con essa che la legge di per sé sola non dà mais vita a nuove situazioni giuridiche se non si avverano taluni fatti da essa previsti: non già che il fatto si trasformi in diritto, bensì una situazione giuridiche nuova*”. Em direção análoga, MIGUEL REALE, *Lições preliminares de direito*, cit., p. 200: “Devemos entender, pois, que o Direito se origina do fato, porque, sem que haja um acontecimento ou evento, não há base para que se estabeleça um vínculo de significação jurídica. Isto, porém, não implica a redução do Direito ao fato, tampouco em pensar que o fato seja mero *fato bruto*, pois os fatos, dos quais se origina o Direito, são fatos humanos ou fatos naturais objeto de valorações humanas”.

contemporaneamente, à previsão normativa pré-existente. Por isso mesmo, considera-se “um equívoco conceber a *fattispecie* como qualquer coisa de puro fato, despida de qualificações jurídicas, ou como qualquer coisa materialmente separada ou cronologicamente destacada da nova situação jurídica correspondente. Em realidade, esta não é senão um desenvolvimento daquela, uma situação nova na qual se converte a situação preexistente com a superveniência do fato jurídico”.¹⁷

Em definitivo e afinal, como registrado em (esquecida) lição introdutória de insuperável eloquência, “o encontro do Direito com os fatos verifica-se, portanto, não no momento em que estes ocorrem, senão já antes, quando aquele lhes infunde potencialidade jusgenética. Logo, o fato e o fato jurídico não são categorias ontológicas distintas, mas atitudes axiologicamente diversas diante da mesma fenomenidade”.¹⁸

3. Classificação dos fatos jurídicos: fato, ato e negócio jurídico – os chamados atos-fatos

Afirma-se que os fatos (jurídicos) podem provir espontaneamente da natureza (fatos naturais) ou da atuação humana (fatos humanos). Os primeiros são também chamados de fatos jurídicos *stricto sensu*. Distinguem-se os fatos naturais em ordinários (o nascimento, a morte, o curso dos rios) e extraordinários (fortuitos, imprevisíveis ou inevitáveis). Já os fatos humanos, atribuíveis ao homem, traduzem-se em fatos lícitos (valorados positivamente pela ordem jurídica) e fatos ilícitos *lato sensu* (reprovados pelo direito), que, a seu turno, se distinguem em atos ilícitos (*stricto sensu*),

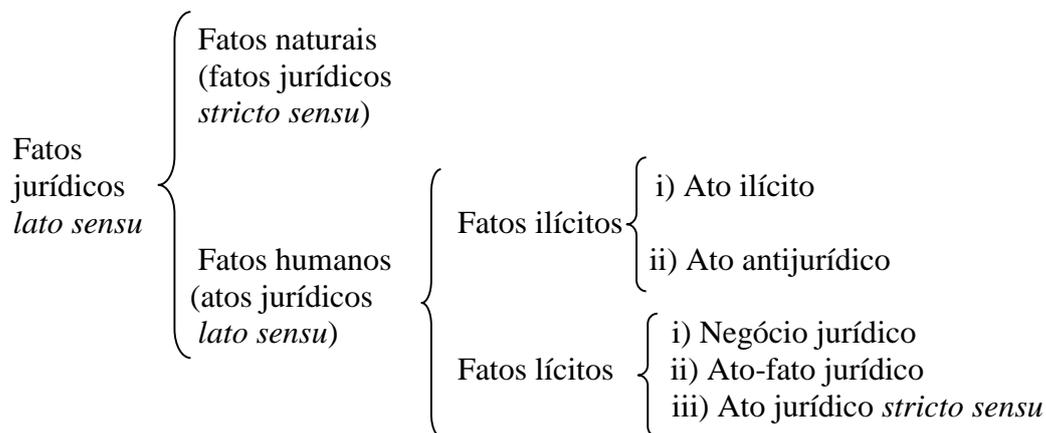
¹⁷ EMILIO BETTI, ob. loc. cit. No original, escrito em 1950: “*Appare già dalla proposta definizione del fatto giuridico che sarebbe un errore concepire la fattispecie come qualcosa di puro fatto, scevra di qualificazioni giuridiche, o come qualcosa di materialmente separato o di cronologicamente staccato dalla nuova situazione giuridica che vi corrisponde. In verità questa non è che uno svolgimento di quella, una situazione nuova in c si converte la situazione preesistente col sopravvenire del fatto giuridico*”.

¹⁸ JOÃO BAPTISTA VILLELA, *Do Fato ao Negócio: em busca da precisão conceitual*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*, São Paulo, Saraiva, 1982, p. 256. O autor aduz: “a juridicidade não é um atributo intrínseco à materialidade dos fatos, mas uma propriedade que o Direito lhes acrescenta, com base em puras razões de conveniência ou oportunidade. Logo é equivocado pretender-se fundar uma tipologia dos fatos jurídicos a partir de uma angulação estática. Não há fatos jurídicos *a priori*. É no dinamismo da sua apropriação axiológica que os fatos adquirem ou não o atributo, eminentemente extrínseco, de serem jurídicos”.

dos quais decorrem o dever de reparar, e atos antijurídicos, contrários ao direito e com eficácia distinta da reparação.¹⁹

Os fatos lícitos, ou seja, atribuídos à atividade humana e não reprovados pelo direito, compreendem os negócios jurídicos, os atos jurídicos *stricto sensu*, também designados *atos lícitos de conduta*, e os chamados atos-fatos, reconhecidos por parte da doutrina.²⁰

Em imagem gráfica pode-se melhor perceber a classificação:



Muito se disputa acerca da terminologia empregada, especialmente no que concerne à inclusão dos atos ilícitos no âmbito dos atos jurídicos. Como bem

¹⁹ A classificação é adotada por ROSE VENCELAU MEIRELES. O negócio jurídico e suas modalidades, in Gustavo Tepedino (coord.), *A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 183: “Os atos antijurídicos se distinguem dos atos ilícitos (art. 186), sendo atos que, por estarem em desconformidade com a ordem jurídico, não são merecedores de tutela”.

²⁰ Adotam, igualmente, a designação “ato jurídico *stricto sensu*”, dentre outros, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil: Volume I*, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 397 e MIGUEL REALE, *Lições Preliminares de Direito*, cit., p. 209. Designando o ato jurídico *stricto sensu* como ato lícito de conduta, SAN TIAGO DANTAS, *Programa de Direito Civil: Teoria Geral*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 211. No que tange à classe dos atos-fatos jurídicos, seu maior defensor na doutrina brasileira é, provavelmente, Pontes de Miranda, que assim os define: “Os atos-fatos são fatos humanos, em que não houve vontade, ou dos quais se não leva em conta o conteúdo de vontade, aptos, ou não, a serem suportes fáticos de regras jurídicas” (*Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, Tomo I: Pessoas Físicas e Jurídicas, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p. 158).

destacado em doutrina, embora terminologicamente fosse preferível afastar a ilicitude da qualidade jurídica, consolidou-se, na linguagem corrente, a qualificação de jurídico não como atributo de legitimidade, senão como gênero, a traduzir simplesmente a eficácia jurígena independentemente de valoração positiva ou negativa: “quando se fala em ato jurídico, o que se tem em vista é a relevância do acontecimento para o Direito, não a sua conformidade ao Direito”.²¹

4. A noção de negócio jurídico

A categoria dos atos jurídicos associa-se ao agir humano e suas consequências – e divergências – decorrem do papel atribuído, nessa atuação, à vontade humana, em maior ou menor grau, daí decorrendo consequências diversas.

Chama-se negócio jurídico o regulamento de interesses estipulado pela autonomia privada, ou autoregulamento ou ato jurídico apto a regular interesses. Constitui-se no principal instrumento engendrado pelo direito civil para o exercício da autonomia privada. Formulação teórica do final do Século XVIII, a noção de negócio traduz o esplendor do voluntarismo, procurando assegurar o mais amplo espaço para a autonomia privada regular seus interesses.²² Daí sua definição tradicionalmente estabelecida como “manifestação de vontade, dirigida a um escopo prático que consiste na constituição, modificação ou extinção de uma situação juridicamente relevante”.²³

Por ter sido concebido como instrumento de consagração da vontade individual, a noção de negócio jurídico avoca acirradas disputas ideológicas a partir do final do Século XIX e por todo o Século XX, ao longo das diversas fases e graus de intervenção do Estado na economia de países de tradição romano-germânica. Os reflexos dessa controvérsia ainda se fazem sentir nos dias de hoje, com significativas

²¹ JOÃO BAPTISTA VILLELA, *Do Fato ao Negócio: em busca da precisão conceitual*, cit., p. 259, o qual anota: “Entre nós é da tradição subentender em ato jurídico a conformidade com o Direito (...) A bem da estabilidade terminológica conviria, pois, não insistir no outro uso, cuja correção, entretanto, não pode ser contestada. Ocorre que a língua não é apenas um fato da razão, mas também um fato socialmente estabelecido”.

²² Assim destaca FRANCISCO AMARAL, *Direito Civil*: cit., p. 389: “A categoria do negócio jurídico surge, assim, como produto de uma filosofia político-jurídica que, a partir de uma teoria do sujeito, com base na 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”.

²³ ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, CEDAM, 1993, p. 124.

consequências práticas na aferição do papel da vontade em tema de invalidade dos negócios.

Em síntese estreita, podem-se dividir as diversas posições doutrinárias em dois grupos conhecidos como teorias subjetivista e objetivista. Pela primeira, o negócio jurídico é definido como ato de vontade dirigido à produção de efeitos jurídicos. Concebida pelos fautores do modelo voluntarista, tal concepção, em suas múltiplas vertentes, a partir da construção de Savigny, encontra-se amplamente divulgada na doutrina brasileira.²⁴ A partir de tal formulação, cumpre ao intérprete buscar a intenção do agente para aferir a legitimidade do negócio, já que é o vetor volitivo, isto é, a vontade real, o elemento essencial dessa categoria jurídica.

Em contrapartida, posicionaram-se os fautores da teoria objetivista, para os quais a essência do negócio jurídico é a declaração como tal percebida, reconhecida e considerada legítima pelo ordenamento, independentemente da intenção que possa ter tido o emissor. O negócio, portanto, embora resulte de manifestação de vontade, desprende-se dela, produzindo os efeitos autorizados pela ordem jurídica sem que se deva, portanto, por irrelevante, perquirir a intenção do agente emissor da vontade.

Ambas as posições doutrinárias refletem períodos históricos antagônicos, de coroamento do voluntarismo (individualismo iluminista que perdura do Século XVIII ao XIX), e de sua rejeição (perspectiva socializante e intervencionista do final do Século XIX e primeira metade do Século XX).²⁵ Levadas aos extremos, tais teorias não logram resolver a preocupação, de ordem eminentemente prática, de conciliar o respeito ao alvedrio individual com a segurança atribuída à manifestação de vontade, tal qual declarada.

Nesta linha de preocupação, desenvolveram-se, no âmbito das construções objetivas, posições menos radicais e mais sofisticadas, admitindo a importância da vontade, embora considerada como anterior ao negócio, em relação ao qual é a declaração, como manifestação exterior, e não o ato volitivo em si considerado, elemento essencial. A vontade, por sua vez, não decorre do simples querer individual,

²⁴ V. SAVIGNY, *Traité de Droit Romain*, Tome 3ème, Paris, Firmin Didot Frères, 1856, p. 3 e ss. Sobre as diversas correntes, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 4 e ss.

²⁵ Abordando essa passagem do Estado liberal do Século XIX para o Estado intervencionista, v. FRANCISCO AMARAL, *Direito Civil: Introdução*, cit., p. 363.

senão da autonomia privada como poder autorizado e temperado, por balizas valorativas, pelo ordenamento jurídico.²⁶ O principal artífice de tais posições é Emilio Betti, formulador da teoria preceptiva. Segundo tal orientação, o reconhecimento social da vontade tem por referência não elementos subjetivos internos ao agente, senão a declaração, na forma como exteriorizada, que se constitui, assim, em preceito vinculativo.

A vinculação do sujeito emissor da vontade à declaração é corroborada por ulteriores elaborações doutrinárias, em especial as teorias da autoresponsabilidade e da confiança. Pela primeira, embora o elemento subjetivo seja o vetor do ato de vontade, a vinculação à declaração decorre da responsabilidade pessoal do seu emissor pela respectiva exteriorização. Pela teoria da confiança, o preceito emanado pelo negócio, em virtude da declaração, vincula o seu emissor em virtude da expectativa despertada no corpo social quanto à correspondência entre a manifestação de vontade e a intenção do agente. Cabe ao direito, portanto, prestigiar quem confiou na higidez da declaração volitiva.

A teoria da confiança ganha destaque no direito positivo pátrio, com intensa repercussão em diversos dispositivos, pelos quais se considera o emissor responsável por suas declarações, na forma como exteriorizadas, mesmo em situações de invalidade de negócios, em face de terceiros de boa-fé, ou seja, que desconheciam a causa da invalidade e que, por isso mesmo, confiaram e agiram em conformidade com a expectativa gerada pela declaração.²⁷

Com a redução do papel da vontade no direito contemporâneo (paralela ao crescimento do papel do Estado na relações econômicas) e a conseqüente remodelação do conceito de autonomia privada (como poder atribuído aos particulares associados a deveres negativos e positivos), funcionalizada a valores constitucionalmente tutelados,

²⁶ Tratando da limitação da autonomia privada pelas balizas do ordenamento jurídico, expõe ORLANDO GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, cit., p. 242: “Mas esse vínculo, essa autolimitação, decorre, precisamente, do ordenamento jurídico que lhe reconhece o poder de regular, pela forma permitida, seus interesses”.

²⁷ Percebe-se, assim, como a noção subjetiva de boa-fé pode influenciar a figura da boa-fé objetiva, embora se trate de noções diferentes, conforme explica JUDITH MARTINS-COSTA: “a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição ‘egoísta’ à literalidade do pactuado. Diversamente, ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as ideias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do *alter*, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado” (*A boa-fé no direito privado*, São Paulo: RT. 1999, p. 412).

mostra-se mais consentânea com o sistema a definição de negócio jurídico como regulamento de interesses que agrega fontes heterônomas ao autoregulamento.

Com efeito, pareceria ingênuo reduzir o autoregulamento preceptivo, em que se constitui o negócio, em ato de vontade, pressuposto nem sempre íntegro da declaração. Como melhor se verá adiante, a vontade, em si mesma considerada, não é elemento do negócio jurídico, senão a declaração de vontade, conforme é manifestada e percebida no mundo social.²⁸

5. Ato jurídico *stricto sensu*, ato-fato e negócio jurídico em uma perspectiva funcional

Ao lado dos negócios jurídicos, situam-se os atos jurídicos *stricto sensu*, assim considerados os atos jurídicos que não se destinam a regulamentar, autonomamente, interesses privados. Limitam-se a executar preceitos previamente estabelecidos por lei ou por negócio jurídico antecedente, reduzindo-se, portanto, em sua ontologia, o espaço de atuação (e de controle) da autonomia privada.

Afirma-se, por isso mesmo, que nos atos jurídicos *stricto sensu* ou atos lícitos de conduta, a vontade tem papel menos relevante, já que se limita a dar eficácia a interesses jurídicos previamente regulados por lei ou por negócio jurídico anterior. O agente, ao praticá-los, submete-se às consequências jurídicas que lhes estão previamente reservadas.²⁹

Como acima destacado, a aptidão a regular interesses confere ao negócio jurídico atributo objetivo de produção de efeitos, independentemente da intencionalidade subjetiva, voltando-se o ordenamento para o controle da higidez da declaração da vontade. Já os atos lícitos de conduta, posto decorrentes da atividade

²⁸ Nesse sentido, ensina ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico*, cit., p. 82: “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”.

²⁹ ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, na esteira da teoria preceptiva, define o negócio como “um ato cercado de circunstâncias que fazem com que socialmente ele seja visto como destinado a produzir efeitos jurídicos”. Segundo o mesmo autor, “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” (*Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 19).

humana, não contém germe criador de preceitos, já que a atuação se dá aqui em conformidade com disposição normativa antecedente.

Em face de tal distinção, afirma-se que, se os efeitos produzidos decorrem do regulamento definido pelo próprio ato, tem-se negócio jurídico, como na celebração de um contrato de compra e venda. Se, ao reverso, a eficácia (finalidade) independe do ato do agente, ainda que a escolha do meio empregado lhe seja assegurada, está-se diante de ato lícito em sentido estrito, para qual se exige tão somente consciência de sua prática,³⁰ não sendo decisivo o papel da vontade³¹ – é o que ocorre, por exemplo, na fixação de domicílio ou no reconhecimento de paternidade, cujo exercício deflagra consequências atribuídas por lei, e no pagamento ou na quitação, que importam a incidência das regras fixadas por negócio jurídico antecedente.

O Código Civil, no art. 185, prevê a figura dos atos jurídicos lícitos, distintos do negócio jurídico, determinando-lhes a incidência, no que couber, das normas atinentes aos atos negociais.³² Procurou o legislador, desta forma, abranger as duas espécies de atos atribuíveis à vontade humana, sem regular, por considerar provavelmente desnecessário, a terceira categoria de atos, designados como atos-fatos. Adotados de maneira bissexta pela doutrina brasileira, são imputáveis ao agir humano embora desprovidos de elemento volitivo, associando-se à atuação subjetiva tão somente por relação de causalidade, despida de qualquer exigência de intencionalidade ou mesmo consciência de sua prática.³³

³⁰ JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *O Negócio Jurídico no Anteprojeto de Código Civil Brasileiro, Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, vol. 13, p. 3, set. 1974. V., também, em perspectiva crítica, JOÃO BAPTISTA VILLELA, *Do Fato ao Negócio*, cit., p. 263, que procura distinguir as noções de negócio e de ato jurídico *stricto sensu* com base na “qualidade” da vontade emitida. No primeiro caso, ter-se-ia liberdade criadora de regulamento. No segundo, comportamento adstrito a regulamento imposto ao agente.

³¹ Segundo PONTES DE MIRANDA, o ato jurídico em sentido estrito pode, residualmente, apresentar algum elemento volitivo, mas este não constitui requisito seu, nem se volta à produção de seus efeitos jurídicos típicos: “o conteúdo volitivo, que acaso tenha, não é suporte fático do fato jurídico e, pois, não alcança a eficácia jurídica como eficácia do que o fato jurídico manteve de tal conteúdo. (...) Quem interpelou não precisa ter querido determinado efeito, e só obtém os que a lei mesma atribui à interpelação” (*Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, cit., p. 159).

³² “Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior”.

³³ SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1966, p. 106-107, leciona: “Sono pertanto da ascrivere alla categoria dei meri fatti giuridici non solo i fatti della natura extraumani, ma anche quei fatti che sono, ma potrebbero non essere, dell’uomo, oppure che sono, ma potrebbero non essere, volontari”. Non vale opporre che nei fatti umani il riferimento degli effetti giuridici dipende dall’individuazione del soggetto agente. Non se ne può dedurre che essi siano da

Os atos-fatos foram concebidos por juristas alemães na primeira metade do Século passado, adotados por parte da doutrina italiana e desenvolvida no Brasil por Pontes de Miranda, que os divide em: (i) atos reais; (ii) indenização sem culpa; (iii) caducidades.³⁴

Por meio dos atos-fatos procura-se explicar a produção de efeitos jurídicos decorrentes de atos humanos, materialmente considerados, independentemente de controle quanto à formação da vontade que o originou – e por isso chamado de atos-fatos – como ocorre na responsabilidade por dano causado por incapaz (art. 932, I e II, do Código Civil), em que o dever de reparar deriva do dano causado por alguém independentemente de ter tido este sequer consciência de sua prática.

O ordenamento jurídico brasileiro, portanto, admite regime diferenciado para os atos atribuíveis ao agir humano. Prevê explicitamente a categoria dos atos jurídicos, em sentido lato, compreendendo os negócios jurídicos e os atos jurídicos *stricto sensu*. A partir daí, impõe controle rigoroso ao negócio jurídico, submetendo-o à extensa disciplina do Título I do Livro III (arts. 104 a 184, do Código Civil), além das regras incidentes em cada espécie negocial, quando tipificada (pensa-se no contrato de empreitada, que avocará os dispositivos dos arts. 610 e ss., do Código Civil). Menos rigoroso, por não importar autoregulamento de interesses, mostra-se o controle dos atos não negociais, já que o art. 185 se limita a autorizar a aplicação, no que couber, dos dispositivos atinentes ao negócio jurídico, cabendo ao intérprete definir o espectro de abrangência da remissão e o critério de incidência.

considerare atti in senso stretto, perché il riferimento soggettivo degli effetti non discende dalla natura di quei fatti, ma dal nesso di causalità fra gli effetti e il compimento del fatto”.

“Si comprende così come rientrano in questa categoria, ad esempio, non solo le accessioni naturali, ma anche quelle che avvengono per fatto dell'uomo, quali l'inedificazione e la piantagione, altresì la confusione, la commistione, la specificazione, l'invenzione delle cose smarrite e del tesoro, nel limite in cui non rileva per l'effetto giuridico la volontà dell'agente (articoli 927 ss., 934 ss). Dire che si tratta di fatti in senso stretto significa dire che non viene in questione rispetto ad essi né la capacità d'agire del soggetto, né l'elemento psichico, volontà e coscienza, dell'azione”.

³⁴ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. 2, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. 372 e ss. A conclusão é confirmada por JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003, 2ª ed. atualizada, p. 103, que assim justifica o dispositivo do art. 185 do C.C., inspirado em disposição semelhante do art. 295º do Código civil português: “ambas as normas esgotam a disciplina das ações humanas que, por força do direito objetivo, produzem efeitos jurídicos em consideração à vontade do agente, e não simplesmente pelo fato objetivo dessa atuação”. “Quando ocorre esta última hipótese, já não se fala em ato jurídico, mas sim – e é dessa forma que o considera o direito – em fato jurídico em sentido estrito (são os atos-fatos jurídicos da doutrina germânica)”.

Finalmente, no que tange aos atos-fatos, sua disciplina não se encontra prevista na Parte Geral do Código Civil, que regula difusamente sua incidência nos eventos humanos específicos dos quais decorrem efeitos jurídicos para cuja produção não se cogita de qualquer elemento volitivo na conduta do agente.

A classificação, contudo, a despeito de sua importância didática, mostra-se estabelecida por critérios abstratos e estruturais (maior ou menor vinculação da conduta à vontade humana, daí decorrendo gradação qualitativa da atuação humana), revelando-se insuficiente para as finalidades propostas. Por isso, provavelmente, apresenta-se tão controvertida a matéria, já que não soluciona com nitidez, na dinâmica das relações jurídicas, a disciplina a ser aplicada.³⁵ Somente a interpretação funcional, ao fotografar o regulamento de interesses em seu todo, de modo a compreender o ato e suas circunstâncias, inserido na atividade a ser analisada, permitirá qualificá-lo e estabelecer a disciplina aplicável.

No âmbito dos atos jurídicos não negociais, por exemplo, *ex vi* do art. 185, a entrega de coisa determinável em uma compra e venda (art. 487, do Código Civil) invoca a incidência das normas do negócio jurídico que lhe serve de título, incluindo o controle quanto à validade do ato de entrega (nulidade ou anulabilidade do pagamento). Não se poderia tolerar o pagamento praticado sob coação, por exemplo, ou a quebra da boa-fé objetiva no cumprimento da prestação. Assim também deve-se exigir de quem reconheceu o filho (não capacidade mas) a plena consciência do ato praticado. Por outro lado, reduzidíssima importância terá o papel da construção da declaração de vontade na hipótese prescrita pelo art. 1.280 do Código Civil, em que o proprietário ou possuidor exige do vizinho demolição ou reparação diante de iminente ruína (ato jurídico *stricto sensu* mandamental, para Pontes de Miranda).³⁶ Nesse caso, pouco importa a consciência da declaração, fixando o legislador no fato objetivo suscitado pelo possuidor.

Em posição contraposta, a consciência do comportamento mostra-se prudentemente exigida para atos materiais classificados como atos-fatos, como na ocupação de coisa sem dono (*res nullius* ou *res derelicta*), na lavragem de pedaço de

³⁵ Sobre o ponto, observa ORLANDO GOMES, *Introdução*, cit., p. 289: “Os atos jurídicos ‘stricto sensu’ não formam, como visto, categoria homogênea. Da dificuldade de sistematizá-los, resulta hesitação quanto à possibilidade de submetê-los a regras de aplicação geral”.

³⁶ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. 2, cit., p. 461 e ss. A classificação é minuciosamente resumida por MARCOS BERNARDES DE MELLO, *Teoria do fato jurídico*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 200-201.

madeira alheio por parte do escultor ou no apossamento pelo exercício possessório. Dispensa-se nestas hipóteses a capacidade de fato, mas não se poderia deixar de exigir a consciência do próprio comportamento por parte de quem ocupa, específica ou adquire a posse.³⁷ Tal discrepância serve de arrimo para a designação de tais eventos como atos jurídicos *stricto sensu* e a rejeição da categoria dos atos-fatos por grande parte dos autores brasileiros.³⁸

Aduza-se, ainda, que a sucessão de atos que compõem a atividade humana pode ser heterogênea, ou por vezes desprovida de negócio inaugural, devendo ser examinada a atividade em sua integralidade para a definição da disciplina aplicável. Neste caso, a função desempenhada pela atividade determinará a disciplina aplicável, o que terá grande serventia nas chamadas relações contratuais de fato.

Além disso, embora o negócio jurídico ofereça espaço exuberante de atuação para a autonomia privada, é errôneo concluir que o ato jurídico não negocial deva escapar ao controle de merecimento de tutela, por ausência de liberdade para autoregulamento do próprio interesse. Mesmo circunscritos a regras cogentes, esses atos traduzem também atuação humana e, por isso, submetem-se, por conta do art. 185, ao crivo do direito.³⁹

Imagine-se a fixação do domicílio, considerado ato jurídico *stricto sensu*. Não se pode afirmar que haja déficit de liberdade no momento da escolha, que muitas vezes abrange uma série de decisões pessoais e profissionais, as quais, por outro

³⁷ Conforme relatado por MOREIRA ALVES, trata-se da “consciência da aquisição da posse, ou seja, o *Besitzbegründungswille* ou, mais simplificada, *Besitzwille*”. Explica o autor: “por não precisar essa vontade de ser determinada, torna-se alguém possuidor daquilo a que se destina a receber sua caixa postal ou sua máquina automática de venda (não, porém das cartas que não lhe são endereçadas ou das coisas para os quais o receptáculo não se destina), e, por não ser ela juridicamente qualificada, pode o incapaz adquirir a posse desde que tenha consciência do que quer, como o que, tendo sido curado de doença mental, ainda não deixou de estar interdito, ou criança com alguns anos de vida (não, todavia, o recém-nascido, o louco, o que delira)” (O problema da vontade possessória, in *Revista do Tribunal Regional Federal*, vol. 8, outubro/1996, p. 22).

³⁸ Dentre muitos outros, não reconhecem a categoria do ato-fato: CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. I, Rio de Janeiro, GEN, 2009, p. 408; ARNOLDO WALD, *Direito Civil: Introdução e Parte Geral* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 217; SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil: Parte Geral, Volume I*, São Paulo, Saraiva, 2006, 158; SAN TIAGO DANTAS, *Programa de Direito Civil*, cit., p. 211.

³⁹ Esta parece ser a posição de JOÃO BAPTISTA VILLELA, *Do Fato ao Negócio*, cit., p. 264, para quem “o negócio se distingue do ato em que aquele é uma ação livre, este uma ação necessária”. O autor exemplifica: “Pode-se fazer ou não a doação de um bem, ainda ciente do mau uso que terá, emitir ou não disposições testamentárias, pactuar este ou aquele regime de bens no casamento etc., mas não se pode deixar de restituir a soma mutuada, de recolher os alugueres convencionados, de despachar um processo ou proferir uma sentença. Praticadas as ações, já no primeiro grupo de casos, negócios. No segundo, atos. Nos negócios pergunta-se pelo *quod placet*. Nos atos, pelo *quod oportet*”.

lado, se tomadas ao longo do tempo, na sucessão de atos que definem a atividade profissional e pessoal, por vez com repercussão em toda a família, devem ser examinadas e valoradas em seu todo, e não como eventos isoladamente considerados.

A percepção do conjunto dessas circunstâncias auxilia a compreensão da disciplina aplicável aos atos não negociais e aos atos-fatos, e do âmbito de incidência do art. 185 do Código Civil. O dispositivo permite superar a discussão doutrinária, levada a cabo alhures, acerca da aplicação analógica das normas do negócio jurídico. No caso brasileiro, o Código Civil autoriza a utilização direta, no que couber, dos dispositivos pertinentes contidos em todo o Título II. A pertinência de tal utilização dependerá da função concreta que desempenha a atividade no âmbito da qual se situam os atos considerados.

Por outro lado, o afastamento de qualquer relevância subjetiva para certos atos humanos, justificando a invocação dos atos-fatos, mostra-se útil, no direito brasileiro, não por peculiaridade ontológica da noção, importada do direito alienígena, mas tão somente nas hipóteses em que os efeitos atribuídos pelo legislador pátrio independam do comportamento do agente, como parece ser exemplo típico a conduta do incapaz que causa dano indenizável (art. 932, II, do Código Civil).

6. Negócio jurídico no Código Civil e seus três planos de análise: elementos de existência, requisitos de validade, fatores de eficácia

O Código Civil, na esteira das codificações dos países de tradição romano-germânica, dedica ao negócio jurídico, significativamente, 80 artigos (arts. 104 a 184), que compõem o Título I do Livro III, do Código Civil. A doutrina separa a análise do negócio jurídico em três planos, de modo a verificar, em etapas sucessivas, os pressupostos de existência (plano de existência), os requisitos de validade (plano de validade) e as condições para produção de efeitos (plano de eficácia).⁴⁰ Significa dizer que negócio há de ser, antes de mais nada, existente, ou seja, conter os pressupostos para

⁴⁰ A difusão dos três planos de análise do negócio jurídico no Brasil costuma ser atribuída sobretudo à obra de PONTES DE MIRANDA. A respeito, v. *Tratado de direito privado*, t. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, pp. 6 e ss.

o seu surgimento do mundo jurídico.⁴¹ Em seguida, uma vez estabelecida a existência jurídica do negócio, examinam-se seus requisitos de validade, isto é, os atributos considerados essenciais, sem os quais o negócio será considerado nulo ou se sujeitará à anulação.⁴² Se os dois primeiros planos forem superados pelo intérprete, ou seja, estabelecidas a existência e a validade do negócio, passa-se à última etapa, a saber, investiga-se se o negócio, plenamente válido, mostra-se apto à produção de efeitos jurídicos.⁴³ Em resumo, pode-se afirmar que os elementos do negócio jurídico são as partes integrantes do ato, ao passo que os requisitos do negócio são as suas qualidades e os pressupostos são os fatos jurídicos que lhe são anteriores.

Reputa-se, assim, *existente* o negócio que contém os seus elementos essenciais. Com efeito, faz-se alusão na doutrina a ao menos três espécies de elementos:

a) elementos essenciais (*essencialia negotii*): são os elementos fundamentais para o ingresso do ato no mundo jurídico. Trata-se da vontade declarada, do objeto, da forma e da causa do negócio;⁴⁴

b) naturais (*naturalia negotii*): são os elementos que, fixados supletivamente pela lei para o negócio, por isso mesmo, compõem o regulamento de

⁴¹ Explica ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO: “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” (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 23).

⁴² Não se confunde a invalidade com a simples ineficácia, conforme assevera EMILIO BETTI: “A invalidade é o tratamento que corresponde a uma carência intrínseca do negócio, no seu conteúdo preceptivo; a ineficácia, pelo contrário, apresenta-se como a resposta mais adequada a um impedimento do caráter extrínseco, que incida sobre o projetado regulamento de interesses, na sua realização prática” (*Teoria geral do negócio jurídico*, cit., pp. 655-656).

⁴³ Conforme explica CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, “ineficácia, *stricto sensu*, é a recusa de efeitos quando, observados embora os requisitos legais, intercorre obstáculo extrínseco, que impede se complete o ciclo de perfeição do ato. Pode ser originária ou superveniente, conforme o fato impeditivo de produção de efeitos, seja simultâneo à constituição do ato ou ocorra posteriormente, operando contudo retroativamente” (*Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 539).

⁴⁴ Segundo ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, os elementos essenciais podem ser gerais (subdividindo-se entre intrínsecos ou constitutivos – forma, objeto e circunstâncias negociais – e extrínsecos ou pressupostos – agente, lugar e tempo do negócio) ou, ainda, categoriais (referentes a determinados tipos negociais, sendo que os elementos categoriais inderrogáveis seriam espécies de *essencialia negotii* e os derogáveis, de *naturalia negotii*) (*Negócio jurídico*, cit., p. 40).

interesses se não forem afastados pela autonomia privada.⁴⁵ Pense-se, por exemplo, no lugar do pagamento, quando não convencionado (art. 327 do Código Civil).⁴⁶

c) acidentais (*accidentalia negotii*): podem figurar no negócio desde que expressamente previstos pelas partes. São responsáveis por modificar apenas a eficácia do ato, constituindo, principalmente, as chamadas modalidades dos negócios: condição, termo e encargo.⁴⁷

Embora a doutrina brasileira nem sempre o admita, a *causa* é elemento essencial do negócio jurídico, ao lado dos elementos subjetivo, objetivo e formal. Não se confunda causa com motivo, de natureza subjetiva ou psicológica. Do ponto de vista técnico, a causa consiste na mínima unidade de efeitos essenciais que caracteriza determinado negócio, sua função jurídica, diferenciando-o dos demais. Somente a identificação da causa pode determinar a qualificação contratual, a invalidade ou ineficácia de certas relações jurídicas para as quais o exame dos demais elementos mostra-se insuficiente. Bastaria lembrar os contratos, como a compra e venda de coisa futura e a empreitada, que se diferenciam exclusivamente em virtude da função ou causa que lhes é peculiar; ou a compra e venda de objeto lícito (uma arma, por exemplo), mas cuja invalidade decorre da ilicitude do objeto no contexto causal (a arma destinada à prática de certo crime).⁴⁸

Existente o negócio jurídico, parte-se para a análise de sua *validade*, vale dizer, para a verificação do cumprimento dos requisitos negociais previstos pelo art. 104 do Código Civil. Trata-se das qualidades exigidas para os elementos essenciais: capacidade do agente que declara a vontade, licitude do objeto negocial e legalidade da

⁴⁵ Afirma ROBERTO DE RUGGIERO: “Naturais são os [elementos] que correspondem à natureza típica do negócio, os que são conforme com a sua índole, os que o próprio ordenamento refere e exige, ainda quando as partes não os tenham incluído, como, por exemplo na venda, a garantia da evicção, pela qual responde qualquer vendedor. Permite-se, porém, às partes excluir ou modificar à vontade esse elemento, visto não ser requisito nem da existência, nem da validade do negócio” (*Instituições de direito civil*, cit., p. 321).

⁴⁶ Código Civil: “Art. 327. Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias. Parágrafo único. Designados dois ou mais lugares, cabe ao credor escolher entre eles”.

⁴⁷ Segundo ROBERTO DE RUGGIERO, “Acidentais são aqueles [elementos] que são introduzidos pela vontade das partes (visto o negócio ser suscetível disso) e que tendem a modificar o tipo abstrato na espécie concreta a que se dá vida. São em número infinito, mas há três que têm principalmente importância e merecem um estudo especial [...]: a condição, o termo e o modo” (*Instituições de direito civil*, cit., p. 321).

⁴⁸ GUSTAVO TEPEDINO. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 254-255.

forma escolhida para o ato (ou seja a sua correspondência à previsão ou não vedação legal).

Superadas as duas primeiras etapas, a produção de efeitos pelo negócio jurídico depende ainda da análise de sua eficácia propriamente dita, que pode ser obstada pela aposição de cláusula acessória ao negócio jurídico. A hipótese, a que se costuma denominar *modalidade* do negócio, será objeto de capítulo específico.

7. Classificação dos negócios jurídicos

Classificam-se usualmente os negócios jurídicos em diversas categorias, cuja identificação tem por escopo permitir ao intérprete a determinação de certos aspectos de sua disciplina legal.

Uma primeira classificação divide os negócios jurídicos entre *unilaterais*, *bilaterais* ou *plurilaterais*, conforme o número de partes que deles participem.⁴⁹ Vale notar que não se trata de classificação meramente quantitativa, mas também qualitativa, uma vez que o mesmo centro de interesses na relação negocial pode ser ocupado por inúmeros indivíduos e, ainda assim, representar uma única “parte” no que tange à presente classificação.⁵⁰ Contam-se, assim, a rigor não propriamente os sujeitos que tomam parte do negócio, mas o número de centro de interesses contrapostos, o que permite tanto cogitar de negócios unilaterais (como o testamento, reputado válido pela simples emissão de vontade do testador e antes que qualquer outra pessoa tome conhecimento de seu conteúdo, ou o ato de renúncia a um direito), quanto de negócios bilaterais (talvez a modalidade mais comum, como em um contrato simples de compra e venda) ou mesmo plurilaterais (pense-se em atos mais complexos, como o contrato de sociedade).

⁴⁹ ORLANDO GOMES, *Introdução ao direito civil*, cit., p. 277.

⁵⁰ Assim observa PIETRO PERLINGIERI a respeito das relações jurídicas (inclusive aquelas de origem negocial): “a ligação essencial do ponto de vista estrutural é aquela entre centros de interesses. O sujeito é somente um elemento externo à relação jurídica porque externo à situação: é somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõem a relação jurídica; de maneira que não é indispensável referir-se à noção de sujeito para individuar o núcleo da relação jurídica. O que é essencial é a ligação entre um interesse e um outro, entre uma situação, determinada ou determinável, e uma outra” (*O direito civil na legalidade constitucional*, cit., p. 734). No mesmo sentido, ORLANDO GOMES: “as várias pessoas que constituem uma parte agem em bloco unificadas pelo mesmo interesse. Por isso, a relação jurídica constituída não se desdobra em tantas relações quantas sejam as pessoas componentes da parte pluripessoal” (*Introdução ao direito civil*, cit., p. 277). V., ainda, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: “o conceito exato de parte pode-se dizer direcional, e traduz o sentido da declaração de vontade” (*Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 427).

Os negócios jurídicos reputam-se ainda *típicos* ou *atípicos*, conforme sua estrutura elementar tenha sido ou não prevista, junto à respectiva disciplina, pelo legislador. A doação e a empreitada constituem negócios jurídicos típicos, uma vez que sua qualificação remete ao modelo legal desses contratos previsto pelo Código Civil. No que tange aos negócios atípicos, trata-se, não raro, de contratos complexos que combinam elementos de diversos tipos legais; ilustrativamente, o contrato celebrado entre um viajante a agência de turismo, a envolver serviços de transporte, hospedagem e diversos outros. Alude-se por vezes ao termo “negócio misto” para designar as hipóteses de contratos que congregam elementos de diversos tipos legais – terminologia de todo criticável, vez que pressupõe a possibilidade de um meio termo entre a tipicidade e a atipicidade, o que, ao menos à luz da doutrina causalista, resultaria impossível.⁵¹

Dizem-se *gratuitos* os negócios que envolvem sacrifício patrimonial de apenas uma das partes, ao passo que *onerosos* são os negócios que importam em diminuição patrimonial para ambas.⁵² Tal conceituação, amplamente difundida pela doutrina, exige certa cautela; de fato, não é propriamente o decréscimo patrimonial que caracteriza a onerosidade, pois pode acontecer que a equação econômica do negócio não pressuponha o sacrifício do patrimônio da parte onerada.⁵³ Melhor, assim, compreender que será gratuito o negócio que importe a obtenção de vantagem por apenas uma das partes, reputando-se oneroso o negócio em que ambas as partes buscam obter vantagens patrimoniais.⁵⁴

⁵¹ Conforme já se afirmou em outra sede, os negócios atípicos não se confundem com os contratos coligados, nem permitem a designação “negócios mistos”: “O que caracteriza o contrato atípico é precisamente sua autonomia causal em relação aos tipos contratuais pré-dispostos pelo legislador. Nos contratos coligados, ao contrário, malgrado a interdependência negocial que os vincula, normalmente com caráter de acessoriedade, cada qual mantém sua própria função técnico-jurídica. Já os chamados contratos mistos, a doutrina os caracteriza pela presença de elementos peculiares a dois tipos contratuais (com a predominância de um deles, de modo que se possa defini-lo ou classifica-lo em um ou outro tipo legal). A conceituação, contudo, parece suscetível de objeção evidente, ao menos para os fautores de doutrinas causalistas, já que a síntese dos efeitos essenciais fará de cada contrato – lógica e ontologicamente –, ou bem típicos ou simplesmente atípicos, esvaecendo o valor dessa categoria conceitual” (GUSTAVO TEPEDINO, *A responsabilidade civil nos contratos de turismo*, cit., p. 258).

⁵² Cf., por exemplo, uma das definições citadas por ORLANDO GOMES: “Negócio a título oneroso é o que implica mútua transmissão de bens. Gratuito, o que se realiza com vantagem exclusiva para uma das partes, com diminuição do patrimônio da outra” (*Introdução ao direito civil*, cit., p. 311).

⁵³ Registra ORLANDO GOMES que a busca de um nexos causal entre duas atribuições patrimoniais contrapostas acabaria por equiparar o negócio oneroso ao negócio bilateral sinalagmático, tornando inútil a primeira classificação (*Introdução ao direito civil*, cit., p. 312).

⁵⁴ Assim, por exemplo, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: “É oneroso o que proporciona ao agente uma vantagem econômica, à qual corresponde uma prestação correspectiva, e gratuito aquele no qual uma

São *inter vivos* os negócios cuja eficácia se inicia durante a vida dos negociantes, e *causa mortis* os que têm seus efeitos dependentes da morte de ao menos uma das partes, sendo o exemplo clássico deste último tipo o testamento.⁵⁵ Consideram-se *solenes* ou *formais* os negócios que apresentam exigências de forma previstas em lei (tais como os negócios envolvendo imóveis cujo valor supere o piso estabelecido pelo art. 108 do Código Civil),⁵⁶ por oposição aos negócios *não solenes* ou *consensuais*, que têm forma livre. Faz-se alusão, ainda, aos negócios jurídicos *puros* e aos negócios *com modalidades*, conforme os negócios apresentem ou não os elementos acidentais do termo, da condição ou do encargo.

8. Atividade contratual sem negócio jurídico

A despeito da prevalência, até os dias de hoje, da dogmática voluntarista, a evolução política e econômica da sociedade, desde o final do Século XIX, exigiu a interferência do Estado nas relações privadas, mitigando-se a força vinculante da vontade negocial. Especialmente diante de situações específicas de vulnerabilidade, arrefeceu-se a tutela concedida ao interesse individual em favor de outros interesses jurídicos socialmente protegidos. Por conta da eclosão de movimentos sociais, no Brasil e alhures, a intervenção nas atividades contratuais incidiu primeiramente nas relações laborais, tendo sido o direito do trabalho precursor do que se convencionou chamar de *dirigismo contratual*, destinado a proteger a parte mais desfavorecida – técnica e economicamente – do contrato de trabalho. O desconforto do direito privado clássico com a intervenção heteronímica⁵⁷ na deliberação das partes levou à autonomia do direito do

peessoa proporciona a outra um enriquecimento, sem contraprestação por parte do beneficiado” (*Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 426).

⁵⁵ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. I, cit., p. 426.

⁵⁶ Código Civil: “Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

⁵⁷ Sobre a referida intervenção heterônoma nos contratos, afirma STEFANO RODOTÀ que o contrato, embora decorrente da vontade das partes, uma vez formado, sujeita-se à intervenção de fontes exteriores, alheias à vontade individual: “è evidente, allora, che le diverse fonti si ispirano ciascuna a peculiari valutazioni: ma qui interessa rilevare soltanto che tutte convergono nella finalità comune della costruzione del regolamento contrattuale; rispetto a quest’ultimo la particolare ratio delle singole fonti non viene in questione, riguardando esclusivamente il modo in cui ciascuna di esse, in sé considerata, opera” (*Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 87).

trabalho, afastando-se do direito civil tudo o que se considerava destinado a reduzir o papel da vontade como fonte soberana de vínculos obrigacionais.⁵⁸

Esse processo de intervenção legislativa, que muitos julgavam contingências momentâneas de crises econômicas, mostrou-se inevitável e irreversível, acirrando-se na primeira metade do Século XX como mecanismo de equilíbrio do mercado e do próprio regime capitalista. Nessa esteira, as locações também foram objeto de forte intervenção legislativa, com o intuito de gerir a escassez de imóveis e as crescentes demandas locatícias. Ao longo do tempo, tem-se tutelado de modo imperativo tanto o direito à moradia quanto o fundo de comércio, assegurando-se desde os anos 30 do Século passado a renovação do contrato de locação para fins comerciais (Decreto 24.150, de 20 de abril de 1934). O legislador interveio também intensamente na economia popular, combatendo os juros extorsivos, o curso de moeda estrangeira e assim por diante.⁵⁹

O incremento da intervenção estatal, que se acirrou na Europa a partir da Segunda Grande Guerra, destinado à tutela de direitos fundamentais alcançados pela iniciativa econômica privada e que, no Brasil, culminou com a Constituição da República de 1988, acaba por colocar em crise a noção de autonomia privada e a teoria do negócio jurídico, incapazes de abranger a variedade de modelos e interesses mediante os quais a atividade privada se estabelece e é socialmente reconhecida.

Anotem-se, nesse longo itinerário histórico, ao menos duas relevantes consequências para a teoria dos contratos. De um lado, o aparecimento de princípios

⁵⁸ Conforme se afirmou em outra sede: “Coincide, em certa medida, por isso mesmo, o movimento teórico de sustentação do direito de trabalho com construções antiformalistas surgidas no final dos anos 60 do século passado, que se opunham aos princípios dogmáticos do direito privado, inflexíveis no assegurar a vontade do proprietário e do contratante. Em certa medida, o crescimento do direito do trabalho, na segunda metade do século XX, coincide com a legitimação política do *Welfare State* e se aproxima a formulações teóricas que, na tentativa de romperem com a lógica da igualdade formal, notabilizaram-se como o *uso alternativo do direito*. A afirmação de direitos subjetivos extraproprietários, capazes de vergar as forças hegemônicas e de fazer prevalecer direitos sociais, afigurava-se sediciosa, sendo significativa a alusão, por parte de conceituado teórico do direito francês, à criação de *contradireitos*” (GUSTAVO TEPEDINO, “Direito civil e direito do trabalho: diálogo indispensável”, In Gustavo Tepedino et al. (coords.), *Diálogos entre o direito civil e o direito do trabalho*, São Paulo: RT, 2013, pp. 14-15). Sobre a expressão “contradireitos”, veja-se MICHEL MIAILLE: “Todas as lutas políticas e sociais dos séculos XIX e XX se desenrolaram sob esta palavra de ordem; todas as leis liberais que foram, assim, arrancadas à ordem burguesa se justificam pelos direitos subjetivos, do direito à instrução ao direito de defesa, passando pelo direito de associação. Neste sentido, como toda a ideologia de combate, a afirmação dos direitos subjetivos faz parte de uma luta viva, ainda eficaz nos nossos dias [...] É o ‘contradireito’” (*Uma introdução crítica ao direito*, Lisboa: Moraes, 1919, p. 143-144).

⁵⁹ Cfr., dentre outras normas, o Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933; Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951.

mitigadores da obrigatoriedade e da relatividade dos pactos, notadamente a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e a função social, que desde o início do Século XX foram incorporados gradualmente às legislações nacionais, dando margem ao surgimento de numerosos instrumentos de controle da justiça contratual (como a lesão, a revisão e a resolução por excessiva onerosidade, o adimplemento substancial, a vinculação a deveres anexos, o dever de mitigar danos, a proibição de comportamento contraditório, o abuso de direito). Essas e tantas outras figuras, na experiência brasileira, foram absorvidas pela doutrina, legislação e jurisprudência somente no final do Século XX, especialmente a partir da Constituição da República de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, de 1990. De outra parte, como espécie de válvula de escape para o rigor técnico imposto pelo excessivo controle de validade dos negócios jurídicos, desenvolveu-se, a partir do final da primeira metade do Século XX, a teoria das relações contratuais de fato, a qual, ao confrontar a realidade jurídica à realidade fática, teve o mérito de alargar a admissibilidade, pelo direito, de relações admitidas socialmente embora sem a proteção conferida pelo Direito ao negócio. De maneira geral, os países da família romano-germânica que adotam, de forma direta ou indireta, a doutrina do negócio jurídico, encontram dificuldade semelhante: o excessivo controle de validade do negócio acaba por excluir de seu espectro de incidência certas atividades que, em sua substância, despidas do aparato negocial, são admitidas como socialmente úteis e legítimas pelo corpo social.

Diante do contraste entre a legitimidade da atividade desenvolvida e a invalidação do ato negocial que a constitui, autores de renome sustentaram a preservação dos efeitos de tais atos a despeito de sua invalidade. No início do Século XX, Haupt construiu teoria pioneira nesta direção.⁶⁰ Com resultados semelhantes, Larenz produziu trabalho importantíssimo no qual concebeu a categoria dos comportamentos socialmente típicos.⁶¹ De outra parte, na doutrina italiana, Ascarelli⁶² e inúmeros outros conceituados

⁶⁰ GÜNTHER HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, 1941.

⁶¹ KARL LARENZ, *O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico* (1956), in *Revista Direito GV*, vol. 2, n. 1, jan-jun/2006.

⁶² Ao propósito, a obra de TULLIO ASCARELLI mostra-se particularmente importante. Cfr. *Lezioni di diritto commerciale - Introduzione*, 1955, Milano, Giuffrè, pp. 102 a 108, onde se lê: “L’attività dovrà essere valutata in via autonomia, indipendentemente cioè dalla valutazione dei singoli atti, singolarmente considerati. Indipendentemente dalla disciplina dei singoli atti può essere illecito (o sottoposto a norme particolari) l’esercizio dell’attività” (p. 103). Sobre o tema, v. também o verbete fundamental de Giuseppe Auletta (*Attività (dir. priv.)*), in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 982), que define

autores desenvolveram, em diversos campos da autonomia privada, o que seria a teoria das relações jurídicas de fato, a qual atingiu o seu apogeu nos anos 60 e 70, com o seu reconhecimento pela Corte Suprema Alemã – BGH (*Bundesgerichtshof*).⁶³

Paradoxalmente, o principal motor da teoria do comportamento socialmente típico, consubstanciado na crítica à exasperação da vontade negocial como fonte primordial das obrigações, transformou-se em sua maior vulnerabilidade. Associada ao processo histórico de crítica ao poder impositivo das forças econômicas nos regulamentos contratuais, no âmbito da massificação da economia e do fortalecimento dos mercados consumidores, a teoria do comportamento típico passa a ser admitida a prescindir do elemento volitivo. Buscava-se proteger a vontade do vulnerável, estigmatizando-se o poder da vontade como inevitável imposição das forças econômicas na celebração dos negócios jurídicos. Em última análise, da crítica ao voluntarismo opressor decorreu a hostilidade à vontade e a rejeição de seu papel como motor da livre iniciativa. Tal perspectiva não resistiria à retomada dos movimentos liberais que, ao lado do declínio do *Welfare State*, acabaram por sepultar a doutrina do comportamento socialmente típico.

Com efeito, a partir dos anos 70 do Século passado, assistiu-se, tanto na Alemanha quanto na Itália e em Portugal, à progressiva substituição dessa construção por uma ampliação da categoria do negócio jurídico, cuja abrangência o tornaria apto a compreender numerosas atividades socialmente típicas, ora mediante a invocação de *vontade presumida* dos seus agentes (a ampliar o conceito de negócio jurídico), ora por meio da *ratificação de atos inválidos*, ora mediante a mera *admissão de efeitos patrimoniais ressarcitórios* decorrentes de negócios inválidos – cuja fonte, portanto, seria o ato ilícito, não já o contrato.

attività “quale insieme di atti di diritto privato coordinati o unificati sul piano funzionale dalla unicità dello scopo”.

⁶³ Na doutrina italiana, CARLO ANGELICI analisa o caso julgado em 28 de Janeiro de 1976 pelo *Bundesgerichtshof* em que uma criança se acidentou no supermercado enquanto a mãe comprava, e estava pagando no caixa. Discutiu-se se a responsabilidade era contratual ou extracontratual e se haveria responsabilidade pré-contratual. Exclui-se a responsabilidade pré-contratual já que a autora, sendo criança, não efetuará compra alguma, ou seja, não teria nada a comprar, o que a impediria de intentar a ação contra o supermercado (*Responsabilità precontrattuale e protezione dei terzi in una recente sentenza del Bundesgerichtshof*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, ano LXXV, 1977, pp. 23-30). Segundo observa o autor, o dever de boa-fé serve de fundamento para a relação de proteção em face de terceiros, aplicando-se a teoria designada como *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, de modo a proteger terceiros alcançados pela atividade contratual independentemente de qualquer vínculo negocial: “il *Bundesgerichtshof* accentua il profilo del rapporto di protezione che deve intercorrere tra il contraente ed il terzo danneggiato e riconduce la vicenda ad una sua rilevanza, tramite il contratto o l’attività precontrattuale, pure nei confronti della controparte” (p. 25).

Do ponto de vista dogmático, não parece convincente a legitimação de efeitos obrigacionais com base na técnica da vontade presumida ou, por outro lado, como mera liquidação de danos. Basta lembrar a hipótese do incapaz que compra e vende artigos de suas necessidades pessoais, faz-se transportar e assim por diante. Não seria razoável admitir como válidos tais negócios com fundamento em suposta vontade presumida de seus responsáveis, já que, por vez, as atividades desenvolvidas são levadas a cabo contra a vontade expressa de quem deveria autorizá-las. Também em outras hipóteses de atividades desenvolvidas por pessoas capazes, mostra-se insustentável cogitar-se de vontade presumida pelo simples fato de que o agente se recusa a celebrar o negócio. E tampouco se sustentaria a explicação circunscrita à liquidação de danos quando se pensa na execução específica de certos contratos fundados em negócio nulo, na esteira de tendência progressiva do direito obrigacional.

Daí ser plausível a suspeita de que a rejeição à doutrina do comportamento social típico se associe mais ao contexto histórico e ideológico em que se insere do que aos seus fundamentos teóricos. Por ter sido germinada em oposição à Teoria do Negócio Jurídico, aquela doutrina acabou sendo desenvolvida como construção crítica ao papel da vontade na teoria contratual, associando-se a orientações que, por diversos matizes, enaltecera, ao longo do Século XX, o papel do Estado intervencionista, seja em regimes autoritários de diversos países, seja no dirigismo contratual.⁶⁴

As duas últimas décadas do Século passado, por outro lado, coincidem, em diversos países europeus e da América Latina, com a densificação do neoliberalismo e, especificamente na esfera jurídica, com a retomada entusiasmada do prestígio da

⁶⁴ Bastaria, para comprovar tal percepção, a crítica de DIETER MEDICUS à expressão “comportamento socialmente típico” (*Il ruolo centrale delle disposizioni relative al negozio giuridico*, in *I Cento anni del codice civile tedesco in Germania e nella cultura giuridica italiana – Atti del convegno di Ferrara*, 26-28 settembre 1996, Padova, Cedam, 2002, pp. 155 a 176). O autor critica (p.165) especialmente a decisão da Corte alemã (sentença de 1966, Landgericht di Brema, in *NJW* 1966, p. 2360) que obrigou o pagamento de bilhete de trem em face de um menino de 8 anos que havia realizado o trajeto, imputando-lhe também a multa. Invoca o festejadíssimo Flume (civilista liberal que se transformou em uma lenda viva na Alemanha, por sua posição de resistência ao regime nazista, quando se exonerou da Cátedra), que reduz a construção à retroatividade de efeitos para relações obrigacionais inválidas. Afirma a p. 166: “Il ricorso alla formula ‘contratto di fatto’ ha consentito di trattare come efficaci, per il periodo in cui era stata ad essi data esecuzione, contratti di lavoro subordinato e contratti di società conclusi sulla base di accordi giuridicamente inefficaci (...). In definitiva, essa non fa altro che sostituire l’effetto retroattivo della nullità, dell’annullamento e del recesso operante *ex tunc* (*Rücktritt*), con una causa di scioglimento del rapporto non pienamente retroattiva, assimilabile al recesso operante *ex nunc* (*Kündigung*)”. E remata de forma sarcástica: “In conclusione, si può dire che, nel complesso, il diritto classico dei contratti, imperniato sulla volontà negoziale, ha saputo difendersi dagli attacchi che gli sono stati portati: i tentativi operati in questo senso da quella che Flume ha efficacemente definito ‘*giurisprudenza della corsa in tram*’ sono falliti (*Jurisprudenz der Straßenbahnfahrt*)”.

autonomia privada, reduzindo-se, em diversos setores – mercado de locação, relações de trabalho, setores da economia privatizados – o grau de intervenção do Estado, que adquire feição regulamentar, com suas agências e instrumentos que enaltecem o papel da livre contratação, ainda que sob rígido controle do Estado.

A Europa, neste particular, diferencia-se da América Latina, onde, talvez pelas contradições sociais ainda muito evidentes, e por não se terem alcançado níveis médios satisfatórios na promoção dos direitos sociais, é compreensível que se propugne por um grau de intervenção e de promoção de políticas públicas maior, capaz de favorecer a distribuição de rendas e diminuir a desigualdade social. Tal diferença, superficialmente percebida, explica, em certa medida, intensificação mais visível, na doutrina europeia, da retomada do papel da vontade nas atividades privadas.

A preocupação com a preservação da vontade como elemento relevante da iniciativa privada, associada à reação liberal ao dirigismo contratual, mostram-se eloquentes para a compreensão do alargamento das doutrinas do negócio jurídico e da rejeição da doutrina do comportamento social típico. Entretanto, a análise dos comportamentos socialmente típicos, especialmente na perspectiva ascarelliana de atividade contratual sem negócio, não renega o papel da vontade, limitando-se a considerar secundária, para determinadas atividades socialmente típicas, a vontade negocial, ou seja, a existência de negócio jurídico que inaugure a atividade já existente de fato. Considerando-se a insuficiência do negócio jurídico – e da vontade presumida – para justificar a presença de atividades admitidas pelo grupo social, que produzem efeitos jurídicos carecedores de qualificação, ainda que desprovidas de negócio fundante, torna-se oportuno revisar a doutrina dos comportamentos socialmente típicos.

Do ponto de vista metodológico, a atividade contratual sem negócio exige qualificação da concreta relação jurídica a partir da sucessão de atos funcionalmente interligados, sem prévia tipificação e reconhecimento jurídico do negócio. Corroboram-se o ocaso da subsunção, como técnica hermenêutica a reclamar premissa legal abstrata, correspondente a suporte negocial determinado, em favor da verificação em concreto da disciplina aplicável ao conjunto de atos de natureza diversa. Amplia-se, dessa forma, o controle da atividade privada, permitindo-se proteger efeitos socialmente relevantes decorrentes de negócios nulos ou inexistentes, sem que a presença de negócio válido seja um pressuposto para a tutela jurídica.

O que se pretende propor, para a reflexão contemporânea, é a necessidade de se reler a doutrina dos comportamentos socialmente típicos, a partir, não

já do afastamento do elemento volitivo como motor da livre iniciativa, mas da distinção entre a vontade negocial e a vontade contratual. O negócio jurídico mantém-se vinculado ao controle estabelecido pelo Código Civil. Ao seu lado, contudo, uma série de atividades socialmente típicas, decorrentes de atos não negociais, é valorada positivamente e a ordem jurídica reconhece, como jurídicos, seus efeitos. Enquanto no negócio jurídico a declaração de vontade hígida é um *prius* para a sua validade (elemento essencial), nas atividades socialmente típicas a vontade suscita verificação *in posterius*, a partir dos efeitos por elas produzidos, independentemente de declaração destinada à instauração do vínculo, conferindo-se juridicidade a situações jurídicas que, de outra forma, não poderiam ser admitidas.

A rigor, a admissão da relação contratual sem negócio permite atribuir juridicidade a efeitos socialmente reconhecidos, a partir de qualificação *a posteriori* da função da atividade realizada, estabelecendo-se, dessa forma, controle de merecimento de tutela, à luz da legalidade constitucional, acerca de atos praticados sem negócio jurídico de instauração (mas que, nem por isso, podem ser considerados fora da lei), cuja eficácia, de ordinário, é mais restrita do que a gama de efeitos almejados pelo negócio. Basta lembrar as hipóteses do funcionário público cujo acesso à carreira não se deu por concurso público;⁶⁵ ou do vínculo empregatício do apontador de jogo do bicho;⁶⁶ ou do policial militar em empresa de segurança privada, a despeito de vedação legal expressa;⁶⁷ ou do menor que adquire, por si mesmo, produtos ou serviços; ou ainda o exemplo dos sócios de sociedade irregular ou da pessoa que integra modalidade de família inadmitida pelo direito.⁶⁸

⁶⁵ A respeito, v. o Enunciado nº 363 da Súmula do TST: “Contrato nulo. Efeitos (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”.

⁶⁶ A respeito, v. a O.J. nº 199 da SDI-1: “Jogo do bicho. Contrato de trabalho. Nulidade. Objeto ilícito (título alterado e inserido dispositivo) - DEJT divulgado em 16, 17 e 18.11.2010. É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico”.

⁶⁷ A hipótese é disciplinada pelo art. 22 do Decreto-lei nº 667/1969: “Art. 22. Ao pessoal das Polícias Militares, em serviço ativo, é vedado fazer parte de firmas comerciais de empresas industriais de qualquer natureza ou nelas exercer função ou emprego remunerados”.

⁶⁸ Em interessante precedente, o Superior Tribunal de Justiça, baseado no princípio da monogamia (compreendido pela Egrégia Corte como essencial ao regime das famílias no ordenamento brasileiro), decidiu, ao analisar pretensões sucessórias das partes, pela impossibilidade de reconhecimento de duas uniões estáveis simultâneas do *de cuius* – que, após se divorciar, manteve união estável com a própria ex-

Em todos esses casos, a invalidade dos negócios não exclui a admissibilidade, para certos fins, de eficácia jurídica à atividade desenvolvida. E somente graças a artificialismo retórico se poderia afirmar que se pretendeu, em tais hipóteses, celebrar ou extinguir uma série de negócios, alçando-se o mesmo efeito rejeitado ora pela vontade expressa do declarante, ora pela lei. Torna-se, assim, incongruente, nesses casos, falar-se em negócio jurídico, cuja admissão colidiria com matéria de ordem pública, que pauta a teoria das capacidades, das formas *ad substantiam* e da licitude dos bens passíveis de circulação.

esposa, bem como com segunda mulher. *In casu*, foi privilegiada a união estável com a companheira com a qual não foi casado, em detrimento da união com a ex-esposa (iniciada após o divórcio), reputada concubinato diante da pré-existência da outra união (STJ, REsp. 1.157.273, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 18.5.2010).