

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

André Guimarães Avillés

A Declaração de Vontade Negocial na Formação do Negócio Jurídico

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC/SP

André Guimarães Avillés

A Declaração de Vontade Negocial na Formação do Negócio Jurídico

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção de título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Giovanni Ettore Nanni.

São Paulo

2016

Banca Examinadora

Sumário

Agradecimentos	8
Resumo	10
Abstract	11
Introdução	12
1. O Conceito de Negócio Jurídico.....	16
1.1. Primeiras Noções	17
1.2. Mudança de Paradigma - Caráter Objetivo do Negócio	18
1.2.1. O Negócio Jurídico Como Criador do Direito - Visão Kelseniana.....	20
1.3. Negócio Jurídico - Conceito Contemporâneo.....	22
2. O Conceito de Declaração de Vontade Negocial	24
2.1. Declaração de Vontade e Declaração de Vontade Negocial.....	25
2.2. Elementos da Declaração de Vontade Negocial	26
2.3. As Circunstâncias Negociais.....	31
2.3.1. As Circunstâncias Negociais Como Qualificadora da Declaração de Vontade.....	32
2.3.2. As Circunstâncias Negociais Internas: Consciência da Declaração Negocial	36
2.3.3. As Circunstâncias Negociais Externas: o Reconhecimento Social da Declaração de Vontade.....	44
2.4. A Autonomia Negocial e a Declaração de Vontade Negocial.....	46
2.5. Os Sujeitos e o Objeto da Declaração de Vontade Negocial	53
3. A Declaração de Vontade Negocial Como Meio de formação do Negócio Jurídico.....	58
3.1. A Teoria Voluntarista	60
3.1.1. Críticas ao Voluntarismo e ao Dogma da Vontade.....	63
3.2. A Teoria da Declaração.....	66
3.2.1. A Confiança na Formação do Negócio Jurídico - Nova Teoria ou Elemento da Teoria da Declaração?	69
3.2.2. Críticas à Teoria da Declaração	75
3.4. Teoria Intermediária - A Responsabilidade na Formação do Negócio Jurídico.....	79
3.5. O Negócio Jurídico Como o Exercício de um Direito Subjetivo.....	83

3.6. A Consciência Funcional da Vontade Negocial	88
3.7. A Responsabilidade Civil Pela Não Formação do Negócio Jurídico	98
3.8. A Culpa na Declaração Inconsciente	103
4. As Espécies De Declaração Como Meio De Formação Do Negócio Jurídico.	117
4.1. A Declaração de Vontade Expressa.....	119
4.2. Declaração Tácita e o Comportamento Concludente.....	124
4.2.1. Distinção entre o Comportamento Concludente e os Negócios de Atuação	133
4.3. O Silêncio Como Declaração de Vontade Negocial	135
5. Os Limites da Declaração de Vontade Negocial	145
5.1. Reserva Mental	146
5.2. A Declaração Não Séria.....	151
5.3. A Distinção entre o Erro e a Ausência de Consciência Negocial	153
Conclusão	158
Bibliografia.....	164

"Onde não falta vontade há sempre um caminho".

J.R.R. Tolkien

Aos meus pais, Silvia e Divino, a razão de tudo.

Agradecimentos

A vida moderna, em geral, é uma sucessão de fatos aos quais muitas vezes não damos o devido valor: seja nas conquistas, seja nos reveses, de tudo é possível extrair uma lição e a utilizarmos em algo que está por vir.

Em meio à agitada vida que a advocacia litigiosa nos impõe, a chance de me tornar Mestre em Direito Civil Pontifícia Universidade Católica de São Paulo surge como a maior vitória até agora alcançada.

Contudo, isso não seria possível sem a ajuda de pessoas especiais que me propiciaram esta oportunidade.

Assim, primeiramente, agradeço aos meus pais, Silvia e Divino, que mais do que me proporcionarem estudo e educação, são fonte incondicional de amor, segurança e devoção.

Logo em seguida, mas não menos importante, não poderia deixar de agradecer ao meu orientador, Professor Doutor Giovanni Ettore Nanni, um exemplo acadêmico, profissional e de retidão, que desde os tempos de graduação me brinda com seus ensinamentos no trato do Direito Civil.

Agradeço igualmente ao Professor Doutor Renan Lotufo, Mestre de grandes Mestres, que durante dois anos me acolheu em seu escritório. Muito além das cotidianas lições jurídicas, sou grato pelo prazer da convivência e por me mostrar que a última coisa que envelhece é o coração.

Devidos também são os agradecimentos às advogadas Lígia Regini da Silveira e Thaís Hirata de Oliveira, que sempre me trouxeram luz nos momentos de dúvida e indecisão.

Do mesmo modo, agradeço aos colegas dos escritórios Pinhão e Koiffman, TozziniFreire e Pinheiro Neto que, cada um a sua medida, puderam contribuir para a realização desta obra.

Por fim, sou grato a todos aqueles que, de uma maneira ou de outra, colaboraram para que fosse chegado esse momento, em especial, aos amigos Iuri

Ribeiro Novais dos Reis e Walter Alves Souza Neto, eternos questionadores, pelos frutíferos e intensos debates acadêmicos, e Tayná de Souza Juz, grande colaboradora deste projeto.

André Guimarães Avillés, *A Declaração de Vontade Negocial na Formação do Negócio Jurídico.*

Resumo

A escolha do objeto deste estudo se deveu à grande importância que o estudo da declaração de vontade negocial tem para a formação do negócio jurídico. A análise de seus aspectos subjetivos e objetivos, da vontade e de seu modo de exteriorização ainda não possui consenso entre a doutrina e as principais legislações civis de origem romano-germânica vigentes. Por isso, buscou-se adentrar no próprio conceito de negócio jurídico, a fim de se dissecar qual é de fato o papel da declaração de vontade negocial na sua formação, bem como quais são os elementos necessários para que se produza manifestação de vontade apta a criar, alterar ou extinguir direitos dentro da esfera do Direito Privado. Além disso, o trabalho buscou enfrentar as principais formas de declaração de vontade negocial conhecidas, bem como a maneira como estas são encaradas pelas legislações contemporâneas.

Palavras-chave: Negócio Jurídico - Declaração de Vontade Negocial - Consciência Negocial - Manifestação de Vontade - Circunstâncias Negociais.

André Guimarães Avillés, *A Declaração de Vontade Negocial na Formação do Negócio Jurídico.*

Abstract

This work comes in response to the great importance of study about transaction declaration of will to the transaction acts. The analysis of subjective and objective aspects, of the will and its manifestation does not have consensus between the doctrine and the main Roman-Germanic origin civil legislation in force. Therefore, the work seeks to analyze the concept of transaction act, in order to dissect what is in fact the place of declaration of will on its formation, and what are its necessary elements to bring a declaration of will able to create, modify or extinguish rights within the sphere of Private Law. In addition, the study seeks to address the main forms of known declaration of will, as well as how these are viewed by contemporary laws.

Keywords: Transaction Act - Transaction Declaration of Will - Transaction Consciousness - Manifestation of - Transaction Circumstances.

Introdução

O negócio jurídico é um fenômeno social. Ainda que a sua conceituação como tal seja oriunda de meados do Século XIX, a atividade negocial continuamente permeou a existência da humanidade. Desde a formação dos primeiros agrupamentos humanos, a prática negocial sempre esteve presente no cotidiano da sociedade, seja através de um primitivo escambo à assinatura do mais complexo e atual contrato de compra e venda.

A formação do negócio, seja atualmente, seja no passado, necessariamente passa pela emissão e pela percepção de uma declaração de vontade - expressa ou não. Através de uma demonstração clara de suas intenções, mesmo que de forma rudimentar, um indivíduo sempre pôde adquirir e se desfazer de seus bens, movimentando e incrementando suas relações pessoais e patrimoniais.

Se tais práticas são comuns desde o início das relações sociais, não se pode negar que a verificação da formação do negócio nem sempre foi a mesma perante os olhos da sociedade. Ainda que antes um aperto de mãos fora suficiente para vincular as partes, atualmente, em face da complexidade dos negócios, contratos de infundáveis páginas são firmados diariamente em todas as partes do globo.

Por isso, o objeto deste estudo é, justamente, analisar como se dá a declaração de vontade para que ocorra a formação e interpretação do negócio jurídico. Para tanto, o estudo se dividirá em cinco capítulos, os quais abordarão a declaração de vontade negocial no ordenamento pátrio e nas legislações estrangeira, bem como procederão com a análise da doutrina nacional e de outros países.

O foco principal do estudo, desta maneira, incidirá principalmente sobre o plano da existência do negócio jurídico, buscando demonstrar quais são os requisitos essenciais para que, a partir de uma declaração de vontade negocial possa se aferir se existe ou não vinculação entre as partes, existindo compromisso válido e apto a produção de efeitos.

Pretende-se, em um primeiro momento, diferenciar os conceitos de declaração de vontade da declaração de vontade negocial, visto que nem toda a declaração de vontade possui o intento de firmar negócio jurídico, sendo necessário se apurar em quais condições haverá a identificação de tal caráter.

Mostra-se necessária também a análise do objeto da declaração, bem como as condições dos sujeitos, que emanam e recebem a manifestação de vontade negocial e em quais circunstâncias estarão aptas a exercer a plenitude da autonomia negocial das partes para concreção do negócio jurídico.

No segundo capítulo, abordar-se-ão as principais teorias jurídicas acerca da declaração de vontade negocial no que tange à sua produção de efeitos. Assim, serão analisadas a teoria voluntarista - oriunda do direito francês e encampada por Savigny- que pretende a prevalência, acima de tudo, da vontade do declarante como dogma absoluto, bem como a teoria da vontade declarada - de origem pandecta - que determina que a vontade, em verdade, se infere sobre a declaração, tanto pelo fato de um destinatário a ela se prender, como pelas expressões nela empregadas, as quais irão gerar determinada expectativa no seu destinatário.

Deste modo, contrapostas tais teorias, aliadas à análise da confiança na formação do negócio jurídico, se buscará neste capítulo fazer o cotejo analítico entre as duas posições, com as respectivas críticas e desenvolvimento, além da comparação dos principais ordenamento jurídico vigentes e como se estruturam diante das faces da declaração de vontade negocial.

Além disso, o capítulo tratará da importância da vontade do declarante como elemento para formação do negócio jurídico, vez que a doutrina e os ordenamentos jurídicos não são unânimes quanto a sua necessidade para que ocorra a existência negocial.

O terceiro capítulo pretende analisar as principais espécies de declaração de vontade negocial até hoje reconhecidas. Além das declarações expressa e tácita, receberão grande destaque no estudo o instituto do comportamento concludente e do silêncio, ambos previstos e consagrados em grande parte dos ordenamentos civis vigentes.

Importante salientar que os pontos em destaque não são, em si, o mote da análise capitular, mas ganham maior relevo tendo em vista a dinamicidade das relações e o modo como, atualmente, são firmados os mais variados negócios jurídicos.

Tal fato observa na medida em que muito é questionado se, a despeito de um apertar de mãos ou da assinatura de um contrato, pode o comportamento das partes vinculá-las a ponto de criar um negócio jurídico válido e apto a produzir efeitos.

Isto porque, mesmo que de fato a edificação do negócio jurídico passe pela declaração da intenção de cada uma das partes, a criação de determinadas expectativas na outra não demanda manifestação expressa, de maneira que a análise comportamental dos negociantes assume fator de extremo relevo para identificação dos principais efeitos do negócio.

Em suma, mais do que um par de assinaturas em um pedaço de papel ou mesmo um sacudir de mãos, o comportamento da parte, também gera perspectivas, direitos e deveres para cada um dos negociantes. Buscará, assim, demonstrar que declaração de vontade negocial não mais se vincula às manifestações explícitas, vez que, atualmente, conceitos como a declaração tácita e o comportamento concludente fazem parte do cotidiano dos estudiosos do negócio jurídico.

No mesmo sentido, em razão dos negócios consuetudinários, diversos ordenamentos jurídicos incorporaram a possibilidade do silêncio como forma de expressão na formação do negócio jurídico. Deste modo, o capítulo também tratará de abordar em quais circunstanciais o silêncio pode ser encarado como um meio de declaração de vontade e como as principais legislações civis abordam o instituto.

No quarto capítulo, já se encaminhando para finalização do estudo, a pretensão é, à luz do exposto até então, apontar os limites da declaração de vontade negocial, bem como a partir de qual momento ela perde seu status e assume a condição de negócio jurídico, passando assim a produzir determinados efeitos.

Ademais, se mostra necessária a análise dos conceitos de reserva mental e de declaração não séria, além da necessária diferenciação entre o erro, como

previsto no código civil, da declaração de vontade desprovida de consciência negocial.

Feitas todas as análises oras expostas, serão apresentados apontamentos e as conclusões do trabalho.

Em resumo, a análise da declaração de vontade negocial assume grande importância no contexto negocial altamente estimulado em que nos encontramos.

Mais do que nunca, a sociedade é pautada pela fomentação dos negócios e do giro da economia, ao mesmo tempo que as relações sociais - econômicas ou não - assumem caráter prático e dinâmico, de maneira que a análise da declaração de vontade negocial se mostra extremamente importante para que se dê a correta interpretação de um negócio jurídico.

Se anteriormente prevalecia absoluto o princípio do *pacta sunt servanda*, apesar de sua mitigação, a produção de feitos do negócio jurídico ainda passa por aquilo que as partes avençaram, de maneira que é primordial a verificação das intenções e das declarações expostas pelas partes. Tal análise, contudo, não pode ser feita ao mero alvedrio dos envolvidos, mostrando-se necessário cotejo do ordenamento e a maneira como cada um dos envolvidos se pautou para a conclusão do negócio.

Assim sendo, diante da importância do tema, a presente obra pretende analisar os meandros da declaração de vontade negocial para a formação dos negócios jurídicos e sua interpretação, bem como a análise comportamental das partes à luz do ordenamento e da doutrina, de modo a produzir efeitos reconhecidos que impliquem na criação negocial.

1. O Conceito de Negócio Jurídico

Desde início da organização do homem como ser social, os indivíduos pautam boa parte das suas relações pessoais pela interação negocial com seus semelhantes, seja ela patrimonial ou não. Ainda que sem qualquer noção conceitual ou mesmo de alcunha, o negócio jurídico caminha *pari passu* ao desenvolvimento da humanidade.

Segundo Francisco de Paula Crescenzo Marino, "pode-se tomar o negócio jurídico como um fato social, manifestação humana movida pela necessidade prática, ou mediante processo de síntese a partir dos diversos tipos negociais".¹

Em se tratando de um fenômeno estritamente social, sua gênese emerge da interação humana, na qual um indivíduo, exercendo sua autonomia privada, expressa sua intenção e esta, em regra, vai ao encontro da intenção de outro, para que seja realizado o negócio jurídico após a permuta de vontades.

Entretanto, justamente por ser um evento social que demanda interação e reconhecimento dos demais, tem-se que o negócio jurídico reflete os pensamentos e os ideais de seu tempo. Se antes um apertar de mãos era mais do que suficiente para selar o negócio, estamos em um tempo em que a expressão da vontade demanda profunda análise para interpretação do negócio jurídico.

Não nos afigura possível conceituar o negócio jurídico sem, entretanto, fazer uma breve análise das principais teorias acerca da declaração de vontade negocial: a voluntarista e a preceptiva, que serão aprofundadas em momento oportuno.

¹MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Interpretação do Negócio Jurídico, São Paulo, Saraiva, 2011. p. 21.

1.1. Primeiras Noções

As primeiras noções de negócio jurídico remontam ao direito civil francês do século XIX, de ordem voluntarista, isto é, que primam pela vontade dos agentes com fins de produzir efeitos jurídicos.

Por meio da expressão e prevalência da vontade interna, as teorias de ordem voluntarista entendiam que se buscava e se verificava a movimentação das relações jurídicas e a produção de efeitos.²

No Brasil, o Código Civil de 1916, *e.g.*, através seu artigo 81, sob a genérica rubrica de "atos jurídicos", demonstrava seu viés voluntarista ao dispor que "todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico".

Vê-se que tais pressupostos partem da premissa que é a vontade da parte em produzir de determinados efeitos (de ordem prática ou jurídica) que caracterizam o negócio jurídico em si.

Clóvis Beviláqua, em comentários ao referido código por ele idealizado, entende que "ato jurídico deve ser conforme a vontade do agente e as normas de direito; é toda manifestação da vontade individual, a que a lei atribui o efeito de movimentar as relações jurídicas".³

Apesar de trazer elementos que se afastam um pouco das teorias voluntaristas, verifica-se nos comentários do autor um claro viés volitivo, que dá grande importância à vontade para a formação do negócio jurídico.

Na doutrina européia, Giuseppe Stolfi emerge como um dos seus principais representantes. Para o referido autor, o negócio jurídico está atrelado à

² O direito francês, entretanto, não foi o responsável por introduzir a concepção clássica de negócio jurídico, visto que tratava do tema ainda sob a rubrica do contrato que, abstratamente, seria o instrumento base para estabelecimento das relações intersubjetivas.

³ BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1931, v. 1, p. 318-320, art. 81.

manifestação de vontade das partes que visa à produção de efeitos jurídicos, sendo estes a sua consequência imediata.⁴

1.2. Mudança de Paradigma - Caráter Objetivo do Negócio

Posteriormente, a partir da segunda parte do século XIX e início do século XX, passaram a integrar o direito privado os conceitos que, definitivamente, se afastaram da teoria voluntarista, vez que a doutrina passou a ver no negócio jurídico um meio concedido pelo ordenamento para a produção de efeitos, muito mais do que propriamente o ato de vontade.⁵

Neste sentido, se escorando em Brinz e Thon, Renato Scognamiglio bem expõe o processo de modificação de pensamento então vigente, segundo o qual o negócio jurídico não está somente atrelado à declaração de vontade da parte, mas também depende de um caráter objetivo reconhecido pelo ordenamento para que haja a produção de efeitos jurídicos⁶.

⁴ "A manifestação de vontade de uma ou mais partes que visa a produzir um efeito jurídico, quer dizer, o nascimento, a modificação, de um direito subjetivo, ou sua garantia ou extinção". Posteriormente, aduz que "os atos lícitos se distinguem conforme o efeito jurídico seja consequência de uma manifestação de vontade diretamente encaminhada a produzi-lo ou não. Unicamente os primeiros se consideram negócios jurídicos, porque têm em comum a nota essencial de serem queridos por seu ator para conseguir um certo efeito, o qual, caso se verifique, é consequência imediata da vontade: o comprador torna-se proprietário porque quis concluir a compra e venda de uma coisa específica e determinada; o mutuante torna-se credor do capital e, neste caso, dos juros, por que sua vontade foi dar o dinheiro a crédito; o titular de um direito patrimonial o perde se renuncia voluntariamente a ele, etc." STOLFI, Giuseppe. *Teoría Del Negócio Jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 1 a 3 *in* MARINO. *Ob. Cit.* P. 22 e 23.

⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, 4ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2002. P. 10.

⁶ "Respinta la concezione del negozio come dichiarazione di volontà, occorre soffermarsi brevemente sulle teorie che, partendo dalla stessa premessa critica, ne prospettano nozioni diverse. Sembra che il BRINZ abbia definito, per primo, il negozio ponendosi da un angolo visivo diverso dalla volontà delle parti. Questo Autore ritiene che i negozi giuridici siano, come risulta dall'espressione adottata, negozi creati dal diritto o dallo stesso accolti per i suoi scopi e chiarisce che la volontà del diritto, non l'intento del privato, imprime ad un'azione il carattere negoziale. Successivamente il THON, dimostrata l'erroneità della concezione che ravvisa l'essenza del negozio nella volontà privata diretta ad un effetto giuridico, afferma che esso deve esattamente definirsi un mezzo accordato dall'ordinamento per produrre effetti giuridici. Entrambi gli Autori citati pongono in evidenza un profilo nuovo per lo Studio Del negozio giuridico, quello oggettivo, eventualmente concorrente del resto con la concezione volontaristica, ma non ci danno appunto de una definizione esauriente, a tutto giro, della figura; essi

O movimento pandecta alemão, que viria a inspirar a edição do BGB, a fim de dar maior abstração às relações intersubjetivas, adotou o conceito de negócio jurídico, vez que a postura francesa tão somente qualificava as relações sob ótica contratual.

Pretendeu-se, assim, um maior alargamento conceitual, mais abstrato e generalizante, tendo em vista que nem toda emissão de vontade com vistas a modificar, extinguir ou criar direitos ocorre esfera contratual.

A efetiva confirmação de uma nova corrente se dá com Emilio Betti, que conceitua o negócio jurídico⁷ como o "acto pelo qual o individuo regula, por si, os seus interesses nas relações com outros (acto de autonomia provada): acto pelo qual o direito liga os efeitos mais conforme a função económico-social que lhe caracteriza o tipo (típica neste sentido)".⁸

A principal crítica à teoria voluntarista trazida pelo autor se refere aos seus aspectos psicológicos, visto que esta não seria capaz de capturar a plena expressão da vontade do agente. A autorregulamentação referente à autonomia privada das partes não deveria se limitar à intimidade do emissor, mas deve ser faticamente realizada e percebida.

Assim, Emilio Betti preceitua que a gênese do negócio não acontece a partir da expressão da declaração de vontade negocial, mas deu seu reconhecimento pelo ordenamento e pela sociedade como tal. Não se trata de um estado de espírito, mas deve apontar um critério de conduta, com carácter vinculativo caracterizado pelo reconhecimento da autonomia privada da parte.⁹

si limitamo ad affermare - il che negozio costituisce un mezzo per la produzione di effetti giuridici, ma traslaciano poi spiegare in che consista questo mezzo e come operi". SCOGNAMIGLIO, Renato. Contributo Alla Teoria Del Negozio Giuridico, 2ª Ed., Roma, Jovenem, 2008. p. 63-64

⁷ A definição de negócio jurídico feita pelo autor se dá em descompasso em relação à sua legislação civil natal, que de certa forma se contrapõe ao BGB, vez a consagrar o contrato como figura central do código. Apesar disso, a doutrina italiana, em geral, optou por dar continuidade às tradições alemãs em seus estudos, sempre abordando o negócio jurídico como parte do ordenamento.

⁸ BETTI, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico, Tomo I, Coimbra, 1969. p. 107-108.

⁹ "Com o negócio, o indivíduo não se limita a declarar que quer alguma coisa, mas declara, para os outros, o objecto do seu querer: e deve ser um regulamento vinculativo, o que ele estabelece no seu interesse, para as relações com os outros. Com o negócio, ele não pode limitar-se a manifestar um estado de espírito um modo de ser do querer, que teria uma importância psicológica puramente individual. Mas deve apontar um critério de conduta, estabelecer uma relação de valor normativo. A

Tem-se, assim, a formação da chamada corrente objetiva, que entende que o negócio jurídico não demanda somente uma declaração de vontade, mas uma percepção da vontade negocial, seja pelas partes, seja pelo ordenamento jurídico.

1.2.1. O Negócio Jurídico Como Criador do Direito - Visão Kelseniana

Para muitos dos partidários dessa teoria, principalmente escorados em Hans Kelsen¹⁰, o negócio jurídico seria um fenômeno criador do direito, vez que os indivíduos teriam a capacidade de regular as próprias relações.

Emilio Betti, veladamente, critica a posição kelseniana, vez que não qualifica o negócio jurídico como criador de normas jurídicas, pois, apesar da autonomia das partes em autorregulamentarem, é necessária a ordem jurídica para lastrear e sacramentar o que fora firmado entre os indivíduos.¹¹ Não é o negócio jurídico, portanto, a fonte primária da lei, mas tão somente um fenômeno social reconhecido e apoiado na norma vigente.¹²

questão diz respeito, não já ao caráter de acto voluntário, que qualquer negócio deve ter, mas à função da vontade, ao lugar que lhe deve ser atribuído na estrutura como fato social, como é a manifestação da autonomia privada na vida da relação". BETTI, Emílio. *Ob. Cit.* p. 112-113.

¹⁰ "O contrato é um ato cujo sentido subjetivo é um dever ser. Na medida em que a ordem jurídica, através de uma norma geral, autoriza os indivíduos a concluírem contratos, eleva o sentido subjetivo do ato negocial a um sentido objetivo. Se o contrato cria deveres para as partes contratantes, é porque a ordem jurídica liga à conduta anticontratual, quer dizer, à conduta contrária à norma contratualmente produzida, uma sanção. A norma produzida por negócio jurídico é, neste sentido, uma norma não-autônoma. Se o contrato cria direitos subjetivos para as partes contratantes, é porque a ordem jurídica, enquanto autoriza os indivíduos a concluírem contratos, atribui às partes contratantes o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento dos deveres estatuídos pela norma contratual, ou seja, a violação da norma jurídica produzida pelo contrato - quer dizer: atribui-lhes o poder jurídico de intervir na produção da decisão judicial que representa uma norma jurídica individual. A capacidade negocial é uma capacidade conferida pela ordem jurídica aos indivíduos para, com base nas normas jurídicas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária produzirem normas jurídicas de escalão inferior e intervirem na produção das normas jurídicas individuais a produzir pelo tribunal. Ela constitui um autêntico poder jurídico". KELSEN, HANS. *A Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª Ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998. p. 104.

¹¹ "Os negócios jurídicos têm a sua gênese na vida de relações: surgem como actos por meio dos quais os particulares dispõem, para o futuro, um regulamento obrigatório de interesses da suas recíprocas relações, e desenvolvem-se, espontaneamente, sob o impulso das necessidades, para satisfazer diversíssimas funções econômicos-sociais, sem a ingerência de qualquer ordem jurídica". BETTI, Emílio. *Ob. Cit.* P. 88-89.

¹² Posteriormente o autor ainda dispõe: "Ora o direito, quando se decide a elevar os contratos sob a palavra, ao nível de negócios jurídicos, não faz mais do que reconhecer, em vista da sua função socialmente relevante, aquele vínculo que, segundo a consciência social, os próprios particulares já

Francisco Paulo de Crescenzo Marino expõe claramente as diferenças entre as acepções de Emilio Betti e de Hans Kelsen¹³:

"Na expressão de Betti, a autonomia privada é 'reconhecida' por parte da ordem jurídica. A diferença entre a sua teoria e a de Kelsen parece estar na função desse reconhecimento. Enquanto autoridade e poder de autorregulamentação dos próprios interesses e relações exercido pelo respectivo titular, a autonomia - afirma Betti - pode ser reconhecida pela ordem jurídica em duas funções distintas: (i) 'como fonte de normas jurídicas, destinadas a fazer parte integrante da mesma ordem jurídica que reconhece' ('fonte de direito subordinada e dependente'); ou (ii) 'como pressuposto e causa geradora de relações jurídicas já disciplinadas, em abstrato e geral, pelas normas desta ordem jurídica'. Ocorre que a autonomia privada é reconhecida somente na segunda função, isto é, como 'atividade e poder criativo, modificativo ou extintivo das relações jurídicas entre particulares, relações cuja vida e vicissitudes são antecipadamente disciplinadas por normas jurídicas preexistentes'."

O referido entendimento, inclusive, é compartilhado nas doutrinas espanhola e italiana por Frederico de Castro y Bravo¹⁴ e Renato Scognamiglio¹⁵, respectivamente.

anteriormente admitiam existir nas relações entre eles. Não faz mais que reforçar e tornar mais sólido esse vínculo, acrescentando-lhe a sua sanção. BETTI, Emilio. *Ob. Cit.* P. 90-91.

¹³MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Ob. Cit.* P. 26.

¹⁴CASTRO Y BRAVO, Frederico de. *El Negócio Jurídico*. Civitas, Madrid, 1985. P. 31 e 32. "§ 28. *El negocio jurídico como regla*.—El poder de la persona para poder dictar reglas (testamento) y para dárselas a sí mismo (contrato), es decir, la autonomía ("subject made law") es la médula del negocio jurídico. La doctrina alemana, al principio, al construir el concepto de negocio, la deja de lado. Se hizo así conscientemente, por lo mismo que no se usa el término de autonomía, para evitar se confundan negocio y norma jurídica. El negocio será por ello visto como presupuesto de hecho del nacimiento de derechos subjetivos, o, mejor aún, de relaciones jurídicas. Después, se procura destacar todavía más (a costa de la de la voluntad) la función formadora y conformadora que realiza el Derecho estatal. Ello no obstante, la vieja idea de la autonomía pervive, es decir, la de que el negocio jurídica es "norma concreta establecida por las partes"; y ella despertará con nueva fuerza, en defensa de la autonomía privada. La que se hiciera necesaria ante los ataques que se dirigen en Alemania contra el negocio jurídico, hacia el año 1936. Se sostendrá a tal efecto, que el negocio jurídico tiene eficacia en virtud del poder ("Ermächtigung") que el Estado concede al individuo. Afirmación que viene a coincidir con los resultados a los que hacía tiempo llegara la teoría normativista. Punto de vista que, aunque nacido en círculos un tanto extraños al común de los juristas, servirá de acicate para que se reconozca el significado del negocio como medio de la autodeterminación personal o de la autoregulación de intereses".

¹⁵SCOGNAMIGLIO, Renato. *Ob. Cit.* p. 71: "Già sotto um profilo patrico risulta chiaro que il negozio non costituisce um comando. Basta dire il comando postula uma posizione di supremazia di um soggetto su di um altro ad Esso subornidato, che non può assolutamente configurarsi invece in tema di negozio: infatti qui il comando no potebbe indirizzarsi agli altri privati e tanto meno, all'ordinamento e resterebbe dunque privo di destinatario".

1.3. Negócio Jurídico - Conceito Contemporâneo

Antônio Junqueira de Azevedo reconhece os méritos das definições genéticas e funcionais do negócio jurídico, mas entende que não se deva buscar como o negócio jurídico surge, nem como atua, mas pelo o que de fato ele é.

Segundo o autor, o negócio jurídico é muito mais do que a simples manifestação das partes que, ao se encontrarem, formaram uma declaração de vontade una. Em verdade, para que o negócio seja existente, válido e eficaz, a declaração demanda o respectivo reconhecimento social.

Trata-se, em suas palavras, de "todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade, eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide".¹⁶

Deste modo, o negócio jurídico somente será assim reconhecido quando presente tais circunstâncias, as ditas circunstâncias negociais, aptas a dar efetividade jurídica à declaração de vontade produzida pelas partes.

O negócio jurídico somente assim será se, uma vez declarada a vontade para sua formação, esta possua respaldo jurídico social, isto é, seja reconhecida como tal, de maneira que a sociedade possa reconhecer nela a intenção das partes em celebrar negócio que produza determinados efeitos jurídicos.

Vê-se, assim, que o entendimento contemporâneo de certa forma se afasta da teoria voluntaria, ao mesmo tempo em que se rejeita a ideia do negócio jurídico como "norma jurídica concreta".¹⁷

¹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de Azevedo. Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia. *Ob. Cit.* p. 16.

¹⁷ Neste sentido, Francisco Paulo de Crescenzo Marino: "Embora não pareça necessário, ou mesmo possível, optar de maneira radical por uma ou outra concepção de negócio jurídico, propende-se para uma visão objetiva, embora não normativa, do negócio jurídico. Na se pode esquecer, todavia, que a teoria da vontade é relevante para compreensão de várias questões. No campo específico deste trabalho, por exemplo, a teoria da vontade, aliada à consideração dos pontos de relevância hermenêutica das diferentes categorias de negócio jurídico, desempenha papel importante na interpretação dos negócios jurídicos *causa mortis*". MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Ob. Cit.* p. 28.

Segundo o autor, o negócio não é um simples ato de vontade do agente, mas um ato socialmente visto como tal¹⁸:

"O negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê como declaração de vontade do agente. Deixa-se, pois, de examinar o negócio através da ótica estreita do autor e, alargando-se extraordinariamente o campo de visão, passa-se a fazer o exame pelo prisma social e mais propriamente jurídico".

Karl Larenz, escorado no direito alemão, aduz que é o negócio jurídico um ato ou uma pluralidade de atos entre si relacionados, com uma ou mais pessoas, cujo fim é produzir efeitos jurídicos no âmbito do direito privado, isto é, uma modificação nas relações jurídicas particulares.

Assim, segundo o autor germânico, a produção de efeitos jurídicos está estritamente atrelada à capacidade que lhe é ordenamento jurídico vigente, havendo, portanto o reconhecimento social do negócio jurídico como tal.¹⁹

Nos parece um tanto quanto lúcida tal definição, visto que o agente, ao declarar sua vontade negocial - exercendo as prerrogativas da sua autonomia negocial -, o faz em vista do ordenamento jurídico vigente e espera a produção dos efeitos normativamente estipulados. Do contrário, o negócio é totalmente ineficaz.

O negócio jurídico é, em nossa concepção, uma manifestação de vontade qualificada, percebida e aceita pelas partes e que, em dadas circunstâncias negociais, é vista socialmente como apta a produzir efeitos jurídicos além da

¹⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia *Ob. Cit.* p. 21.

¹⁹ "El Código Civil conceptúa como << negocio jurídico >> un acto - o una pluralidad de actos ente sí relacionados, ya sean de una o de varias personas - cuyo fin es producir un efecto jurídico en el ámbito del Derecho Privado, esto es, una modificación en las relaciones jurídicas entre particulares. Por medio del negocio jurídico el individuo configura por sí sus relaciones jurídicas con otros. El negocio jurídico es el medio para la realización de La <<autonomía privada >> prepuesta en principio por el Código civil. Cuando decimos que el negocio jurídico tiene por finalidad producir consecuencia jurídica, entendemos por ello que el efecto jurídico se origina no sólo porque el ordenamiento jurídico lo vincula a aquel - el reconocimiento otorgado por el ordenamiento jurídico ha de darse siempre adicionalmente - sino en primer término, porque quien celebra el negocio jurídico quiere producir el efecto jurídico precisamente con la celebración del negocio jurídico. Por tanto, este es en los casos normales, de los cuales se ha de partir, un acto finalista dirigido adecuadamente a la producción de una determinada consecuencia jurídica". LARENZ, Karl. Derecho Civil. Parte General. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Editorial Revista Del Derecho Privado. p. 421-422.

vontade subjetiva, implicando na vinculação dos indivíduos para a concreção do negócio.²⁰

2. O Conceito de Declaração de Vontade Negocial

A declaração de vontade negocial²¹ é o suporte fático primordial do negócio jurídico. Uma vez emitida uma declaração qualificada, isto é, socialmente reconhecida como tal diante das circunstâncias negociais, o negócio jurídico estará apto a produção de efeitos.

Para Antônio Junqueira de Azevedo, neste sentido, todo negócio jurídico existente parte da premissa da ocorrência de declaração de vontade:

"Seria todo negócio jurídico uma declaração de vontade? A resposta é positiva; no mesmo negócio jurídico, pode haver uma ou mais declarações, mas não há negócio jurídico que não tenha suporte fático pelo menos uma declaração de vontade. A declaração de vontade é, pois, elemento necessário para que o negócio jurídico exista".²²

Importante salientar, como já expresse, que não é toda declaração de vontade que é apta a formação do negócio jurídico. É preciso que haja uma vontade qualificada, isto é, socialmente vista como meio para produção de efeitos jurídicos.²³

²⁰ Neste Sentido, Pontes de Miranda: "O conceito surgiu exatamente para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações ou exceções, tendo por fito esse acontecimento no mundo jurídico". MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: parte geral, Tomo 3, 1ª Ed., Campinas, Bookseller, 2000. p. 29.

²¹ Segundo Pontes de Miranda, os conceitos de declaração e manifestação de vontade não se confundem. A distinção entre ambas se fundamenta no aspecto psicológico do agente. A declaração seria toda a exteriorização da vontade como meio declarativo. A manifestação, por seu turno - ou atos volitivos adeclarativos - como aduz o autor, seria toda aquela em que é demanda análise da conduta do agente para verificação dos fins negociais. De todo modo, tanto numa como noutra, é necessária a vontade negocial para verificação do suporte fático do negócio jurídico que delas emerge (MIRANDA, Pontes de. *Ob. Cit.* p. 30-33). Para fins do presente trabalho, entendemos não ser o caso de adoção da classificação terminológica do autor, visto que o que de fato este pretendeu foi muito mais apartar as declarações de vontade expressa do comportamento concludente. Por isso, utilizaremos no decorrer do estudo os termos manifestação e declaração de vontade como sinônimos do mesmo instituto jurídico.

²² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico e Declaração Negocial, São Paulo, 1986. p. 16.

²³ Neste sentido, MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Ob. Cit.* p. 30 e 31: "Trata-se, pois, de uma declaração de vontade negocial. Ao passo que a expressão declaração de vontade acarreta a separação dos elementos do conceito (declaração + vontade), levando a supor que não há declaração sem vontade e que o negócio jurídico exige vontade mais declaração, o acréscimo do adjetivo 'negocial' torna unitário o conceito, afastando a necessidade de colocar a vontade interna no

2.1. Declaração de Vontade e Declaração de Vontade Negocial

O conceito de declaração de vontade *lato sensu* é muito mais amplo e abarca o conceito de declaração de vontade negocial, em seu *estrito sensu*.

Por declaração de vontade podemos ter tudo aquilo que é expressado como intenção pelo ser humano, sem, necessariamente, ser reconhecida para a formação de um negócio jurídico.

Como exemplo, tomemos o caso do eleitor que expressa a sua vontade ao votar em um determinado candidato nas eleições. Há vontade e há a sua expressão, mas não existe qualquer interesse na produção de efeitos jurídicos dentro da esfera do direito privado.

A declaração, em regra, como lembra Francisco Paulo de Crescenzo Marino, se caracteriza pelo fato de atingir, de buscar modificar a vontade interna de seu destinatário, podendo ser definida como o ato jurídico, de caráter psíquico, que ao se materializar, promove a alteração da psique de quem a recebe.²⁴

A declaração de vontade negocial, por sua vez, demanda uma determinada contextualização, ainda que mínima, dentro da esfera do direito privado. É preciso que ocorram determinadas circunstâncias e que, em vista do ordenamento, o declarante pretenda a produção de determinados efeitos.

Portanto, a manifestação de vontade negocial é aquela que se dá exclusivamente dentro dos limites do direito privado e visa à concreção de um negócio jurídico.

A declaração de vontade negocial, como tal, também exige igualdade entre o declarante e ao seu destinatário, isto é, não deve haver hierarquia entre as partes.

nível da declaração ou mesmo de auferir qual dos elementos deverá prevalecer em caso de divergência".

²⁴ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Ob. Cit.* p. 76.

Isto porque sua função primordial é a produção de efeitos entre as partes sem qualquer traço de subordinação.²⁵

Não se trata aqui da disparidade de forças econômicas, mas sim de eventual relação de submissão. Não pode uma das partes se sobrepor a outra, determinando a realização do negócio de maneira forçada, sob pena de locupletamento da autonomia negocial da parte em condição inferior.

O fato de, eventualmente, existir uma disparidade econômica - e que em função disto uma das partes possa impor determinadas condições - não implica em hierarquização, tendo em vista que o gozo da autonomia negocial de ambas as partes se encontra em pleno pé de igualdade.

2.2. Elementos da Declaração de Vontade Negocial

Em termos objetivos, a declaração negocial apta a formação do negócio jurídico é aquela que coaduna o reconhecimento social de sua significação, bem como a ausência de hierarquia entre a autonomia da vontade dos declarantes.

Carlos Alberto da Mota Pinto aduz que a análise da declaração de vontade negocial se subdivide em dois elementos: (i) o elemento externo, que seria a declaração propriamente dita; e (ii) um elemento interno, que seria a vontade do agente.

Segundo o jurista português, o elemento interno se dividiria em outros três fatores, quais sejam²⁶:

²⁵ Explica AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*. *Ob. Cit.* p. 23: "há declarações de vontade, e também destinadas a feitos jurídicos, em que o agente não está em posição de paridade com os declaratários; está em posição superior, ou inferior, ou dentro de uma instituição. No primeiro caso, às vezes, são atos de direito público, como a promulgação de uma lei ou a declaração de uma sentença, e, às vezes, de direito privado, como a aprovação, pela assembleia de um condomínio de edificações, do regimento interno e o ato de exercício do poder regulamentar, pelo empresário, na empresa. Pode ocorrer também que as declarações de vontade sejam de agentes colocados em posição de inferioridade diante dos declaratários, como uma petição, para designação de audiência, dirigida ao juiz, ou um requerimento, para registro de um imóvel, ao oficial de registro. Em todos esses casos, não há negócio jurídico".

a) A vontade de ação (*Adlungswille*), que consiste na voluntariedade, isto é, consciência e intenção do declarante em se portar como tal. Somente haverá declaração de vontade e, conseqüentemente, negócio jurídico se o agente declarante tiver plena noção que seu comportamento implica em manifestação de vontade.

Assim, aquele que por engano ou sob coação dá a entender pela aceitação ou formalização de uma proposta, e.g., não declara em verdade sua vontade, quanto menos forma o negócio jurídico, visto a ausência de intenção de realizá-lo;

b) A vontade da declaração (*Erklärungswille*) ou vontade de relevância negocial de ação (*Geltungswille*), que se verificam quando o declarante, de maneira inequívoca, atribui ao seu comportamento a significação de uma declaração negocial.

Este ocorrerá somente se o declarante tenha plena consciência de seus atos e que sua manifestação implicará, necessariamente, em vinculação com a outra parte.

c) A vontade negocial, vontade do conteúdo da declaração ou intenção do resultado (*Geschäftswille*), que se dá quando a vontade declarada coincide exatamente com a vontade interna do agente.

É a correspondência efetiva entre o negócio concreto que emergiu exteriormente declarado.

Neste sentido, se percebe que a vontade apta a produzir efeito jurídico é aquela que transcende a esfera psíquica e é faticamente declarada. A vontade, por si só, enquanto presa ao âmago do indivíduo sem se traduzir em quaisquer atos, não é apta a produzir quaisquer efeitos jurídicos, apesar de juridicamente protegida e tutelável.

²⁶ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria Geral do Direito Civil, 3ª Ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1992. p.424- 425.

Tem-se, portanto, que a vontade interna, isoladamente, não é elemento da formação do negócio jurídico, mas será tão somente a partir do momento em que assume seu caráter exterior e é reconhecível pelos demais.

O objeto da interpretação do negócio jurídico nunca será a intenção do agente, mas tão somente aquilo que fora declarado, vez que se não há transposição ao mundo jurídico, não há de se falar na sua produção de efeitos.²⁷

Entretanto, a vontade interna do agente, apesar de não atuar isoladamente para a formação do negócio, é elemento essencial para a sua existência, visto que, em nuclearmente, trata-se da faísca que impulsiona as relações negociais.

Renato Sconamiglio, ao tratar da declaração de vontade negocial, questiona se esta deve assumir uma forma específica para que seja reconhecida socialmente²⁸.

Entretanto, como se demonstrará em capítulo oportuno, o direito privado não demanda que a declaração se configure apenas através de expressa manifestação de vontade, mas ela pode decorrer de um ato, um comportamento, ou até mesmo do silêncio em algumas situações.

A declaração de vontade negocial, independentemente de espécie, demanda sua incontestabilidade social.

O reconhecimento da autonomia negocial - expressa ou não - deve ser evidente, não pairando quaisquer dúvidas sobre a sua intenção declarada de produzir determinados efeitos jurídicos, sob pena de o negócio jurídico não alcançar sua plenitude perante o ordenamento.

²⁷ Neste sentido: "antes de prosseguirmos, cumpre dizer, para bom entendimento da questão, que, mesmo no mais subjetivo dos sistemas de interpretação, não há de se fazer tabula rasa da declaração, ou seja, jamais se diz que a vontade pode ser pesquisada independentemente da declaração. O ponto de partida é sempre a declaração. Parte-se da declaração para descobrir a intenção. O objeto da interpretação nunca é a vontade real não manifestada". AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. *Ob. Cit.* p. 99.

²⁸ "Intesa esattamente la dichiarazione, si determina poi con maggiore evidenza il senso della questione posta: qui no ci si domanda se il negozio debba o no essere esteriormente rinoscibile - la qual cosa è fuori discussione - ma se esse debba assumere una forma specifica (appunto la dichiarazione) che venga a costituire dunque un elemento del suo concetto". SCOGNAMIGLIO, Renato. *Ob. Cit.* p. 218-219.

Emilio Betti, sobre a questão, entende que "uma forma que satisfaça, ainda que de maneira mínima, a exigência fundamental da recognoscibilidade por parte de outros é um elemento de que nunca pode prescindir-se".²⁹

Neste tocante, importante salientar que os conceitos de forma de expressão da vontade e manifestação nem sempre se confundem. O primeiro diz respeito ao reconhecimento da conduta, dentro de um ambiente social que esta se produziu. A segunda está um passo adiante, vez que demanda a consciência do autor quando dá realização da conduta negocial.

A diferença entre a forma (recognoscibilidade) e consciente manifestação, aponta Emilio Betti, mede-se na transposição conceitual que se reproduz de uma, de uma instância objetiva e social para uma instância subjetiva e individual, como medida para avaliar a coerente concludência de uma conduta.³⁰

É possível que se questione, em função do disposto pelo artigo 112 do Código Civil brasileiro, que a intenção das partes se sobreporá ao sentido literal da linguagem da vontade declarada.

A nosso ver, apesar do resguardo ao critério subjetivista dado pelo Código, não nos afigura possível que a intenção não declarada venha a se sobrepor sobre aquilo que foi dado conhecimento geral e produziu efeitos jurídicos, salvo se desta não se tinha domínio ou consciência.

A vontade negocialmente declarada gera expectativas e confiança no agente que irá firmar o negócio jurídico. Neste caso, caso se primasse pelo intento do declarante, seria possível a quebra da expectativa e da confiança da parte adversa.

Haverá, deste modo, um embate entre a vontade subjetiva do agente e a boa-fé presente no negócio jurídico, da qual a hermenêutica negocial não pode se dissociar.

Conforme salienta Judith Martins Costa, a "boa-fé atua como um *kanon* hábil ao preenchimento das lacunas, uma vez que a relação contratual consta de eventos

²⁹ BETTI, Emílio. *Ob. Cit.* p. 245-245.

³⁰ BETTI, Emílio. *Ob. Cit.* p. 247.

e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes.³¹

A boa-fé, portanto, é parte integrante da interpretação do negócio jurídico³², de maneira que, partindo-se da verificação da vontade declarada para interpretação do negócio jurídico, assim como Antônio Junqueira de Azevedo³³, entendemos que a solução para o embate está no alargamento da interpretação do conceito de vontade declarada:

"Deve-se entender por declaração, como temos insistido, não apenas o 'texto' do negócio, mas tudo aquilo que, pelas circunstâncias (pelo 'contexto') surge aos olhos de uma pessoa normal, em virtude principalmente da boa-fé e dos usos e costumes, como sendo a declaração. A essência da declaração é dada por essas circunstâncias. Depois, então, passa-se a investigar a vontade real do declarante".

O processo interpretativo deve ser exógeno, isto é, parte-se da interpretação da vontade negocial declarada para, de maneira objetiva, interpretar aquilo que foi querido pelo agente quando da elaboração de sua declaração, sempre tendo em vista a boa-fé que é parte integrante das relações negociais.

Em casos onde, mesmo após a utilização da sistemática, ainda remanescerem dúvidas quanto à interpretação do negócio jurídico, deverá ser utilizada a vontade presumida, isto é, dada as circunstâncias do negócio, normalmente o agente receptor suporia ou presumiria a situação.

Mais uma vez, em que pese se fale em uma "intenção ficta", a boa-fé é o elemento delimitador da interpretação do negócio jurídico, prevalecendo sobre os traços subjetivos da declaração.

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado. RT, São Paulo, 1999. p. 428.

³² Neste sentido, Judith Martins-Costa: "Na doutrina italiana, estudo ainda atual de Máximo Bianca registra, com total adequação: "ainda que referida ao momento executivo, a boa-fé conserva a sua função de integração de relação. A tese segundo a qual a boa-fé não integraria o contrato, mas serviria tão só para corrigir o rigoroso juízo de formal conformidade do comportamento à lei não pode ser compartilhada. Ainda que aplicada na fase da atuação do contrato, a boa-fé é sempre uma regra objetiva que concorre para determinar o comportamento devido". ³² MARTINS-COSTA, Judith. *Ob. Cit.* p. 429.

³³ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia. *Ob. Cit.* p. 102.

Por outro lado, conforme lembra Renan Lotufo, ainda em função da boa-fé, o destinatário não pode ater-se simplesmente ao sentido literal da declaração, por que é seu dever diligenciar quanto ao conteúdo querido pelo negócio.

Cumprindo tal requisito, o destinatário estará acobertado pela boa fé e pelas expectativas que extraiu da declaração de vontade negocial do emitente.³⁴

A correta interpretação da declaração de vontade negocial, portanto, passa muito mais pela análise da boa-fé e da confiança daquilo que foi declarado pelas partes, a despeito do que dispõe o artigo 112 do Código Civil.

É preciso que seja feita a análise circunstancial do negócio, à luz do que se espera como um mínimo de recognoscibilidade da intenção das partes quando da emanção da declaração de vontade negocial.

2.3. As Circunstâncias Negociais

Como exposto no tópico anterior, as circunstâncias negociais são de suma importância para percepção e constituição do negócio jurídico, sendo ao lado da forma e de seu objeto, elemento essencial para verificação da declaração de vontade negocial.

A exemplo do que já se disse, nem toda declaração de vontade se traduz em declaração de vontade negocial. É preciso que esta esteja dotada de caráter negocial, isto é, seja reconhecida pelo ordenamento como tal, além de ter como principal intuito a produção de efeitos negociais.

Por isso, declarações de vontade fora do contexto negocial são tidas como atos jurídicos em estrito senso, pois, ainda que concernentes ao direito privado, não possuem subordinação à autonomia negocial das partes, visto que o próprio ordenamento restringe sua produção de efeitos.

³⁴ LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado. Parte Geral. Vol. I. 2ª Ed. Saraiva. São Paulo, 2004. p. 308.

Exemplo clássico é o de reconhecimento de paternidade. O artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente permite o reconhecimento da filiação através de diversas maneiras, mas, uma vez reconhecido, o agente não possui autonomia negocial para modificar, criar, ou limitar os efeitos pregados pela lei, em oposição ao que acontece, em regra, no negócio jurídico.

Além disso, a declaração de vontade negocial demanda a equivalência de hierarquia das partes, vez que haverá contaminação da autonomia negocial sempre que um dos agentes estiver em condição de submissão em relação ao outro. É preciso que a expressão da autonomia da vontade se dê em pé de igualdade entre as partes envolvidas.

Vale salientar, a igualdade aqui não se trata em relação à capacidade socioeconômica dos agentes. É possível e natural que haja este tipo de disparidade entre as partes, mas, ambas as partes precisam estar igualmente aptas a expressar sua autonomia negocial, sem que uma influencie na tomada de decisão da outra.

Neste contexto, ainda que tenha forma e objeto definidos, a declaração de vontade somente assumirá caráter negocial quando estiver acompanhada de determinadas circunstâncias, as chamadas circunstâncias negociais que, em nosso entendimento, se observam sempre sobre duas perspectivas: uma psicológica e outra social.

2.3.1. As Circunstâncias Negociais Como Qualificadoras da Declaração de Vontade

Historicamente, as circunstâncias negociais são a contextualização que permite à declaração de vontade em assumir o caráter negocial, isto é, o mínimo de reconhecimento jurídico e social que atribui ao declarante quando da emissão da sua vontade em firmar o negócio.

Segundo Antônio Junqueira de Azevedo, "as 'circunstâncias negociais' são, pois, um modelo de atitude, o qual, em dado momento, em determinada sociedade,

faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos".³⁵

Na mesma esteira, Emílio Betti entende que um ato fato socialmente eficaz não existe sem a verificação de um comportamento reconhecível perante os demais.³⁶

Sob essa ótica, as circunstâncias negociais residem no reconhecimento da declaração de vontade com vistas à realização de um negócio jurídico.

Entendemos, pois, que além do reconhecimento social, as circunstâncias negociais demandam também uma análise sob a perspectiva do próprio agente declarante, pois a pretensão da produção de determinados efeitos é o cerne da formação do negócio jurídico.

Assim, do ponto de vista subjetivo, como bem lembra Antônio Junqueira de Azevedo, a pandectista alemã procede com a divisão da declaração de vontade negocial em dois aspectos distintos: a vontade de declarar e a vontade de conteúdo, visando demonstrar que a declaração vontade negocial é elemento que não se confunde com o próprio negócio jurídico.³⁷

Neste contexto, retomando os elementos de formação da declaração de vontade introduzidos por Carlos Alberto da Mota Pinto, percebe-se que a vontade negocial é composta, psicologicamente, por mais de uma vontade. É preciso, de fato, que o agente queira, acima de tudo, promover a realização do negócio jurídico e buscar a sua produção de efeitos.

A vontade de conteúdo é aquela que almeja o objeto do negócio, que busca como fins a produção de determinado efeito. Em uma compra e venda, e.g., seria a intenção do agente em adquirir determinado objeto.

Entretanto, esta não é suficiente para que haja produção de efeitos jurídicos. É preciso que esta ganhe expressão no mundo fático, ou seja, além de da vontade

³⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia Ob. Cit.* P. 122.

³⁶ BETTI, Emílio. *Ob. Cit.* p. 245.

³⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia Ob. Cit.* p. 118.

de conteúdo, é necessária a intenção de declará-lo. No mesmo exemplo, seria a intenção do agente em manifestar a sua intenção em adquirir determinado bem.³⁸

Aliada às vontades de declarar e de conteúdo, ainda é possível identificar outra faceta da vontade, que é a vontade comportamental em expor as duas primeiras.

Trata-se da forma como se dará a exteriorização da vontade negocial, quando esta deixa a esfera psicológica e se manifesta de fato, estando apta a produzir efeitos jurídicos.

O agente, ao pretender um objeto, ter intenção de declarar sua pretensão e, posteriormente, fazê-lo de alguma maneira, busca agregar a sua declaração o caráter negocial inerente ao negócio jurídico.

A partir desse ponto a declaração deixa de ser mera expressão da vontade, para se tornar declaração de vontade negocial, totalmente hábil a produção de efeitos jurídicos e percepção fenomênica.

Vale salientar que não é a vontade interna, por si só, que origina o negócio. É preciso que haja sua exteriorização qualificada e reconhecida, isto é, imbuída das circunstâncias negociais acima colocadas.

Além destes fatores, as circunstâncias negociais demandam uma análise objetiva da declaração de vontade, qual seja, o reconhecimento social e do ordenamento para que haja a produção de efeitos.

³⁸ Antônio Junqueira de Azevedo ainda menciona Cariota Ferrara para exemplificar algumas situações em que é possível distinguir a vontade de declarar, da vontade de conteúdo: "a) podem se encontrar, num negócio concreto, a vontade de manifestação e a vontade de conteúdo: é o caso normal; b) pode faltar a vontade de manifestação (por violência física, erro substantivo consistente em engano material, como se verá em seguida) e a *fortiori* faltará a vontade negocial (se eu não quis declarar, certamente não quis vender; c) pode estar somente viciada a vontade de manifestação e faltar a vontade negocial (se eu sou levado a declarar a doar a Tício, acreditando que esse era o nome de meu benfeitor, quis, portanto, declarar doar 'a Tício', sob influência de erro; não quis, porém, doar a Tício, erro substantivo ao nome ou outro sinal individualizador); d) pode estar perfeita a vontade de manifestação e faltar a vontade negocial (eu declaro doar a Tício porque a ele quero livre e conscientemente declarar doar, mas, na realidade, não quero doar nada ou não quero doar nada a ele: brincadeira, reserva mental, etc.); e) a vontade de manifestação existe e está imune a vícios; a negocial está viciada (declaro comprar um objeto porque acredito que ele seja de ouro, mas é somente dourado: a vontade de manifestação é livre e imune de vícios; a negocial existe, mas é viciada, porque sofreu, no seu processo de formação, a influência de motivo que a desviou; erro-vício ou, mais propriamente, sobre qualidade substancial do objeto)". AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia. *Ob. Cit.* p. 119.

A declaração de vontade negocial feita em tom jocoso (*jocandi causa*), e.g., ainda que revestida de todos os demais elementos de existência do negócio jurídico (forma, objeto e causa), não estará apta a produzir quaisquer efeitos.

No caso, apesar de eventualmente estarem presentes os elementos internos das circunstâncias negociais, falta o reconhecimento social da declaração de vontade como negocial, não podendo se falar em vinculação para fins de realização do negócio jurídico.

Nesta hipótese, poder-se-ia argumentar que a não realização do negócio é dada pela clara ausência de intenção do declarante.

A ausência de vontade, nesta hipótese, seria essencialmente caracterizada pela ausência de vontade de declarar, de maneira séria e vinculante, a ponto de verdadeiramente pretender a formação do negócio jurídico.

A falta de vontade de declarar significaria que o agente não pretendia dispersar no mundo fenomênico uma declaração negocial, quanto menos, a sua produção de efeitos jurídicos.³⁹ Não se trataria, pois, da ausência da vontade de conteúdo, mas sim da ausência de intenção de expor o objeto da declaração negocial.

O Código Civil Português, em seu artigo 245º, bem como o §118 do BGB, ao contrário do que faz o Código Civil Brasileiro, abordam expressamente a questão, tornam sem efeito a declaração dotada de seriedade.

A hipótese apresentada, de fato é plausível. Não entendemos, entretanto, ser a real causa da não produção de efeitos da declaração de vontade negocial. A inexistência de efeitos, em nosso ver, se dá pela não recognoscibilidade da vontade negocial como tal.

³⁹ A este respeito, Antônio Junqueira de Azevedo é claro ao dispor que a ausência da vontade de declarar acarreta, necessariamente, a falta da vontade de conteúdo, e não o inverso: "Assim, se o tabelião apõe, à força, a impressão digital do moribundo no livro de testamentos e certifica que o testador é analfabeto (o que pode ser verdade), verifica-se que é total a falta da vontade de declarar e, como decorrência, também a falta da vontade de conteúdo. Já o inverso não acontece: A pode assinar contrato com B, com a deliberação interna - reserva mental de não obedecer a uma palavra sequer do instrumento e, no entanto, terá a vontade de declarar". AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico e Declaração Negocial. *Ob. Cit.* p. 160-161.

Isto porque, ainda que o agente tenha a real vontade em realizar o negócio, mas, no contexto em que se verificou a declaração não produziu o seu reconhecimento social, não haverá de se falar na completa presença das circunstâncias negociais.

É necessário, portanto, o reconhecimento da declaração de vontade negocial enquanto instituto. Este reconhecimento, tanto social, quanto pelo ordenamento, reflete a cultura humana de seu tempo. Por isso, não é forçoso dizer que as circunstâncias negociais objetivas não possuem estaticidade valorativa.

Em se tratando do reflexo do pensamento social, tal instituto jurídico se aproxima muito mais da teoria preceptiva do que da teoria voluntarista, visto que demanda a recognoscibilidade da declaração de vontade negocial como tal, não bastando a mera vontade interna do agente.

São as circunstâncias negociais que à luz do ordenamento vigente, por exemplo, podem tornam nulos ou anuláveis os negócios jurídicos eivados de vício de vontade.

O negócio jurídico firmado sob coação é, em regra, negócio jurídico: há declaração de vontade, forma e objeto.

Contudo, as circunstâncias negociais são as responsáveis, neste caso, por desqualificar a declaração de vontade, que não assume caráter negocial, tendo em vista a reprovabilidade da conduta perante a sociedade.

Entendemos, desse modo, que as circunstâncias devem ser observadas de dois primas indissociáveis: um endógeno e outro exógeno.

2.3.2. As Circunstâncias Negociais Internas: Consciência da Declaração Negocial

Do ponto de vista interno, ainda sem ultrapassar a psique do agente, as circunstâncias negociais se verificam na intenção do agente em realizar negócio jurídico que produza efeitos.

Assim, ainda que minimamente, o declarante deve ter a intenção também qualificada, visto que se verificada a sua ausência ou vício de vontade, o negócio jurídico poderá não subsistir.

A vontade de conteúdo, a vontade de declarar e a intenção comportamental de expô-las, em nosso entendimento, são os elementos internos das circunstâncias negociais.

Não se trata aqui de uma aproximação ao voluntarismo do Século XIX, mas, de um alargamento da interpretação da vontade interna do agente, visto que este também é acobertado pela boa-fé, cláusula geral de direito integrante do ordenamento jurídico.

Se, de um lado, o receptor da declaração de vontade negocial é protegido pela expectativa e pela confiança, o declarante também é. Não pode ser firmado negócio jurídico sem que o declarante tenha a mínima consciência da sua intenção, ainda que esta esteja aparentemente declarada negocialmente.

Ou seja, o agente deve apresentar traços suficientes de compreensão da sua vontade a fim de que, ao emitir uma declaração, saiba que esta ecoará perante o reconhecimento social dado pelo ordenamento.

O negócio jurídico que não apresente esta condição será inexistente, visto que jamais foi a intenção do declarante produzir tais efeitos negociais.

Por óbvio sua interpretação demandará análise casuística a fim de que seja verificado se havia qualificação na sua vontade ou se trata-se de vontade presumida.

Fato é que, sendo a boa-fé parte do negócio jurídico, tanto daqueles que emanam, como dos que recebem a declaração, entendemos que a consciência das circunstâncias negociais deva integrar, de fato, a vontade do agente quando há manifestação da sua vontade.

É dever do declaratório, em atenção ao princípio da boa fé e da bilateralidade do negócio, se certificar de que há consciência no declarante quanto ao conteúdo manifestado.

No mesmo compasso, discordamos de Antônio Junqueira de Azevedo, para qual a simples ausência de vontade negocial, ainda que haja declaração em sentido contrário, daria o negócio como existente. Para tanto, faz uso do exemplo da secretária que ao redigir uma carta, se esquece de datilografar o "não" antes do "aceito", fazendo a outra parte crer na confirmação do negócio.

Para o autor, o negócio seria nulo, anulável ou válido, a depender da legislação, mas sempre existente.⁴⁰

Parece-nos um tanto quanto extremo alguém se dar por vinculado quando a análise da situação fática mostra justamente o contrário.

Não se trata de aproximação com o voluntarismo superado pela doutrina, mas, em não se tratando de hipótese de reserva mental, também não nos parece a melhor solução vincular o indivíduo ao negócio jurídico que por ele não é querido.

Em razão disso, entendemos que o negócio não mereceria verificação no campo da validade, visto que a sua análise não ultrapassaria sequer o campo da existência.

Em um contexto negocial altamente complexo, como bem colocou Renan Lotufo⁴¹, não pode o agente receptor se dar por vinculado ao conteúdo literal da declaração.

É preciso que se observe a situação que circunda o negócio para, a partir daí, criarem-se certezas e expectativas quanto à vinculação das partes. Enquanto for questionável a declaração do agente, principalmente em torno do contexto negocial em que esta foi expressa, acreditamos não ser possível se falar em vinculação ou criação de expectativas, em função do não cumprimento do dever de boa-fé do declaratário.

A interpretação cognitiva do negócio jurídico demanda, necessariamente, a averiguação do sentido que, efetivamente, se pretendeu à declaração feita pela

⁴⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia. *Ob. Cit.* p.22-23.

⁴¹ Vide nota 34.

parte. A ênfase, portanto, está na real compreensão da vontade quando emitida a declaração.⁴²

Não se pretende, obviamente, que o declaratório proceda com o minucioso confronto da vontade psicológica do declarante com aquilo que efetivamente se declarou. Porém, nos parece um tanto quanto oneroso impor somente a este o fardo de ter que comprovar o não domínio da sua vontade negocial se, do lado oposto, o agente receptor poderia reconhecê-lo e não fez.

Na hipótese apresentada pelo autor, ainda que não tenha como o declaratório ter ciência do equívoco cometido quando da emissão da declaração de vontade, nos parece mais correto a sua decretação de inexistência do negócio jurídico, ao revés do reconhecimento da sua nulidade.

Evidentemente que não deixamos de reconhecer a responsabilidade do declarante quanto à expectativa criada no declaratório sobre a realização do negócio. Entretanto, todos os prejuízos que este perceber, neste caso, configurariam ilícito extra contratual, visto que em momento algum foram preenchidos todos os requisitos para formação do negócio jurídico.

Solução similar é dada pelo direito português no próprio artigo 245º, em caso de declaração não séria que gera expectativas no agente declaratório. Entendemos, entretanto, que a interpretação deva ser alargada para todos os casos em que a vontade interna do declarante difira da vontade declarada.

Veja-se que a teoria preceptiva se mostra de suma importância para o desfecho de eventuais conflito surgidos pela divergência entre a vontade interna do declarante e o que foi exposto externamente. É exatamente através da percepção social que se dará o fundamento para responsabilização civil daquele que, por descuido, gera no outro a certeza da formação do negócio.

Contudo, o negócio jurídico é nada menos que a permuta e a conformação de vontades negociais. Se uma das partes jamais pretendeu a sua vinculação, conceitualmente, não há que se falar em negócio jurídico, ainda que contrariamente tenha sido declarado.

⁴² MARINO, Francisco de Paula Crescenzo. *Ob. Cit.* p. 163-167.

Em verdade, o agente declaratório tem apenas a impressão de negócio jurídico, quando, em verdade este não há. Não há de se falar na nulidade ou na anulabilidade do negócio, mas tão somente na formalização de sua inexistência, dado que o ato se faz necessário perante aquele que se achava vinculado e não está.

O negócio jurídico somente passaria a ser existente se, no mesmo exemplo dado pelo autor, o declarante, ao perceber o equívoco, não se insurge. Assim, em total domínio, presume-se que a sua vontade interna se alinha à declarada, fazendo total sentido a conformação do negócio jurídico nos moldes então pactuados.

A vontade negocial interna é, em nosso ver, circunstancia negocial inderrogável para que haja a conformação do negócio jurídico.

A sua inexistência, invariavelmente, implicará na não conformação negocial. Qualquer ônus decorrente de declaração equivocada deverá ser acertado sob a esfera da responsabilidade civil, visto que não se trata de negócio jurídico nulo, mas de negócio jurídico inexistente.

Nem mesmo se poderia contra argumentar com a hipótese de o representante que declara vontade negocial em descompasso com a vontade interna do representado.

Ainda que este último não tenha a intenção de firmar negócio, ao outorgar poderes ao representante, lhe conferiu a possibilidade de, conforme as suas próprias vontades internas, emitir declaração de vontade negocial diversa da vontade do representado.

Assim, ao declarar sua intenção, o declarante demonstra o total domínio da sua vontade negocial - que no caso, não coincide com a vontade do representado.

A causa da desconformidade da vontade entre ambos pouco importa para fins de declaração de vontade negocial. Uma vez que o representante possui domínio da sua vontade negocial, consideram-se verificadas as circunstâncias negociais internas ao agente.

O que importa é que haja naquele que emite a declaração o domínio da vontade negocial. Trata-se de situação diversa do exemplo dado pelo autor paulista. Em um caso, o declarante não tem vontade nenhuma em realizar o negócio, ao passo que no outro, foi possibilitado a terceiro a viabilidade de realização negocial conforme as suas próprias vontades.

Neste sentido, nos parece um tanto quanto acertado o artigo 246º do Código Civil Português, que *"a declaração não produz qualquer efeito, se o declarante não tiver a consciência de fazer uma declaração negocial ou for coagido pela força física a emití-la; mas, se a falta de consciência da declaração foi devida a culpa, fica o declarante obrigado a indemnizar o declaratário"*.

Conforme se vê, a legislação lusitana entende que o declarante necessita estar ciente dos efeitos que seus atos - expressos ou não - irão produzir para que seja efetiva a sua declaração de vontade negocial.⁴³ Do contrário, como bem salienta Jacinto Rodrigues Bastos⁴⁴, o negócio jurídico será inexistente.⁴⁵

Nos parece correta também a saída apresentada quanto à culpa pelo equívoco na vontade declarada. Por força do próprio princípio da justiça contratual, não pode o declaratário ficar à mercê da vontade do declarante. Se assim fosse, cada vez que o receptor se deparasse com uma manifestação de vontade vinda do outro lado, lhe seria imputado o ônus de confirmar a real intenção do declarante.

Não nos parece a melhor saída, exceto nos casos em que o contexto em que as partes se encontram mostre um comportamento contraditório em relação aquilo que foi declarado.

Neste caso, o ônus decorre da boa-fé que deve permear as relações negociais, visto que o declaratário teria, ao menos, a noção que o declarante não pretende a realização do negócio naqueles moldes, mas se aproveita da situação para dar-se por vinculado.

⁴³ Não se fala aqui e efetividade do Negócio Jurídico, mas tão somente na efetividade da declaração de vontade negocial.

⁴⁴ Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal.

⁴⁵ BASTOS, Jacinto Rodrigues. Código Civil Português Anotado e Atualizado. 16ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008. p.113.

Nesta hipótese, o declaratório assume os riscos caso o declarante venha, posteriormente, objetar o equívoco na emissão de vontade, não podendo fazer uso da própria má-fé para se ver indenizado.

Do contrário, em total respeito à teoria preceptiva da declaração de vontade, aquele que se entende vinculado e sequer tinha como pensar o contrário, fará jus à verba indenizatória pela expectativa de vinculação a negócio jurídico que na realidade não existe.

Conforme bem disposto por Luiz Edson Facchin, "tal configuração da à declaração de vontade força vinculante, dado o caráter dispositivo do negócio. O universo do negócio absorve totalmente a vontade, passando o preceito a ter vida própria, para o futuro, independentemente dessa vontade".⁴⁶

A indenização, neste caso, assume caráter eminentemente extra contratual, visto que não houve aperfeiçoamento do negócio jurídico.

O Código Civil e Comercial Argentino⁴⁷, recentemente promulgado, ao se adentrar no mérito indenizatório, também segue na mesma trilha ao dispor que todo ato de vontade deve ser executado com intenção, liberdade e discernimento, sendo manifestado por um ato exterior.⁴⁸

Por isso, a consciência da vontade de realizar negócio jurídico é, em nosso entendimento, parte integrante das circunstâncias negociais, visto que a pretensão do declarante é, em regra, o reconhecimento da sua vontade como tal. Se não

⁴⁶ FACCHIN, Luiz Edson. Negócio Jurídico e Ato Jurídico em Sentido Estrito: Diferenças e Semelhanças sob uma Tipificação Exemplificativa no Direito Brasileiro. Dissertação de Mestrado Apresentada à PUC-SP, São Paulo, 1986. p.18.

⁴⁷ Art. 260 - "Acto Voluntario. El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior".

⁴⁸ Neste Sentido, Silvia Y. Tanzi: " El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad que se manifiesta en un hecho exterior (art. 260) en tanto que el acto involuntario (art. 261) es así denominado por carecer de discernimiento y se da en los supuesto de aquellos actos que, al momento de ser realizados, se hallaba privado de la razón, o el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez (10) años o el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece (13) años". TANZI, Silvia Y. *in* PARADA, Ricardo Antônio; ERRECABORDE, José Daniel; CAÑADA, Francisco Roberto. Código Civil y Comercial de La Nación. Errepar, 1ª Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2014. p. 14.

existem traços conscientes dessa pretensão, não há como se falar no seu reconhecimento jurídico ou social.⁴⁹

A reflexão se torna ainda mais importante se elevada à análise das espécies de declaração de vontade negocial. Como se mostrará oportunamente, a expressão da vontade pode ocorrer de maneira expressa ou tácita.

Será sempre expressa a declaração de vontade negocial a manifestação clara do agente, isto é, que o conteúdo declarado não demanda interpretação dos signos postos no mundo fenomênico.⁵⁰ É o caso do "aceito", "de acordo" ou até mesmo o gesto de positivo feito com as próprias mãos.

A declaração tácita, por sua vez, é aquela que do comportamento do agente se extrai a sua intenção em firmar negócio jurídico. Não há manifestação expressa, mas, dada a sua conduta, se conclui pela vontade em conformar o negócio.

Em ambas as hipóteses, mas principalmente nesta última, a consciência da vontade negocial do agente é de suma importância para que se concretize o negócio. Não nos parece possível afirmar que alguém, que sequer tem consciência da expectativa gerada em outrem, esteja vinculado a negócio jurídico que indubitavelmente não quis, mas dada à sua postura, não entendem assim os demais.

A teoria preceptiva, neste tocante, não nos parece ser a melhor via de solução do problema. O ser humano é, sem dúvida alguma, o centro do ordenamento jurídico. A interação negocial resulta senão da vontade interna de cada indivíduo. Ao nos pautarmos não por aquilo que o sujeito pretende, mas por aquilo que presumimos que ele pretende, não necessariamente haverá consenso entre os dois entendimentos.

Somente o próprio agente é capaz de dar efetividade às regras que regem sua vivência negocial. Por isso, o total domínio das suas intenções é essencial à

⁵⁰ Esclarecemos que apesar de os signos não demandarem interpretação, o mesmo não se fala em relação ao contexto negocial. Ao conceituarmos a declaração expressa, nos limitamos tão somente ao micro conceito em análise. A conformação do negócio jurídico depende, pois, não só da verificação do conteúdo declarado, mas também do cenário em que se encontram as partes.

formação do negócio. Sem esta, sob a ótica do protagonista do negócio, este inexistente.

Não nos parece salutar retirar do negócio jurídico, tal qual a maioria dos ordenamentos, o domínio da vontade negocial do agente. Esta é, sem sombra de dúvidas, a força motriz do negócio jurídico. Não há que se falar neste, sem que o declarante queira declarar ou se portar de forma que sua conduta venha a produzir efeitos jurídicos.

A percepção do agente, por sua vez, também não deve ser abandonada. Contudo, jamais deverá se sobrepor a vontade do emissor. Assim, diante do caso concreto, é preciso se aferir com precisão se o agente era consciente da sua vontade negocial e, em caso negativo, se ao menos tinha condições de perceber que determinada postura poderia implicar na criação de expectativas em outrem, o que, na visão deste, importaria na conformação negocial.

Em suma, a vontade interna do agente em ter produzir determinados efeitos à luz do ordenamento vigente é, em nosso ver, uma circunstância negocial interna para a realização do negócio jurídico.

Trata-se de desdobramento do conceito clássico de circunstância negocial, visto que, aos olhos do declarante, é preciso que haja o interesse na performance do negócio jurídico e que a sua manifestação, seja assim, reconhecida.

2.3.3. As Circunstâncias Negociais Externas: o Reconhecimento Social da Declaração de Vontade

De outra senda, sob o aspecto externo, as circunstâncias negociais são observadas na medida em que a declaração de vontade é socialmente reconhecida como tendo caráter negocial, assim como preceitua a doutrina tradicional. Ou seja, não podem pairar dúvidas que a manifestação de vontade do agente, perante o ordenamento e a sociedade, visa à concreção de determinado negócio jurídico.

Paulo Mota Pinto, entretanto, alerta que a consciência da declaração está ligada à realização do ato jurídico-negocial, não somente ao ato de exteriorização de

conteúdo do pensamento. Isto significa que o agente precisa estar consciente que seu ato ou comportamento importa em declaração negocial que produzirá efeitos jurídicos.

Contudo, como bem salienta, não ter consciência de que está praticando ato que, socialmente, é tido por inquestionável quanto à produção de efeitos e, posteriormente, alegar a falta de consciência da vontade negocial, é algo que não pode ser permitido na interpretação do negócio jurídico.⁵¹

A nosso ver, parece equilibrada a posição adotada pelo autor quanto à interpretação da sua legislação natal. Espera-se que o agente saiba que, ao se comportar de destinada forma ou realizar ato claramente vinculativo, este produzirá efeitos jurídicos, não podendo alegar a sua falta de vontade negocial, com ressalvas aos casos de vício de vontade.⁵²

O mesmo pode se dizer acerca da legislação argentina, tida como atual e condizente com seu tempo, que coloca a consciência dos atos jurídicos como requisito necessário para que se dê a produção de seus efeitos.

As circunstâncias negociais endógenas e exógenas se tornam uma só quando, ao querer e ter consciência da produção de efeito negociais de seu ato, o agente tem sua declaração de vontade reconhecida pelo ordenamento, adquirindo seu caráter negocial.

Em verdade, são dois lados da mesma moeda, vez que não haverá "circunstância negocial lato senso" se o agente, internamente, não pretender a

⁵¹ "A 'consciência da declaração' liga-se à realização de um acto jurídico negocial e, portanto, à produção de conseqüências jurídicas (à relevância jurídica do comportamento) - não somente ao acto notificativo ou à exteriorização de um conteúdo de pensamento. [...] Já, todavia, se o agente sabe que está a proceder a uma notificação ou a exteriorizar um conteúdo de pensamento, mas não está cômico da relevância do comportamento como conducente a uma vinculação à face do direito, também não tem consciência de fazer uma declaração negocial, não se preenchendo o requisito do artigo 246º. PINTO, Paulo Mota. Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico. Coimbra, Almedina, 1995. p. 230.

⁵² O Código Civil Português entende que, em caso de vício de vontade, a declaração negocial é anulável. O brasileiro, na mesma hipótese, prevê a anulabilidade do negócio jurídico. Parece-nos ser melhor a solução apontada pelo código europeu, visto que ao determinar a anulabilidade da declaração, sequer há de se falar em formação negócio jurídico. Este somente terá efeitos de se o declarante aceitar o negócio conforme o declaratório queria, o que, o nosso ver, importa em nova declaração de vontade negocial, momento a partir do qual irá produzir efeitos o negócio jurídico, inclusive de maneira retroativa, se as partes, no gozo da autonomia negocial, assim decidirem.

produção de efeitos, bem como se a sua declaração não for socialmente reconhecida.

Pode-se, inclusive, afirmar que uma exerce forte influência sobre a outra, na medida em que o pensamento social irá atuar sobre a psique do agente que, ao ter consciência e buscar efeitos pretendidos, ainda que sem forma definida, irá declarar sua vontade de acordo com o entendimento vigente.

A fusão das circunstâncias negociais endógena e exógena forma, portanto, as circunstâncias negociais em sentido lato. A ausência de qualquer uma dessas faces torna ineficaz a outra, visto que esta, por si só, não será capaz de conferir o caráter negocial à declaração de vontade.

Deste modo, conceituamos circunstâncias negociais como o contexto subjetivo e socialmente reconhecível da declaração de vontade, que lhe confere o caráter negocial e, conseqüentemente, apto a produzir efeitos quando da formação do negócio jurídico.

2.4. A Autonomia Negocial e a Declaração de Vontade Negocial

Os negócios jurídicos, como já se expôs, são frutos do relacionamento humano. Através de manifestações de vontade qualificadas, os indivíduos atentem aos seus interesses particulares, de modo a criar obrigações recíprocas, a fim de satisfazer, cada um, a sua necessidade pessoal.

Em verdade, antes de qualquer positivação do conceito, o negócio jurídico sempre se mostrou como um fenômeno social, dinâmico e inerente a circulação de bens e riquezas dentro de um contexto social.

O referido contexto negocial sempre se pautou na liberdade individual de cada um em se relacionar com os demais.

A liberdade do indivíduo, sobretudo sobre a dogmática voluntarista do direito francês, pauta-se na autonomia da vontade das partes. Esta se caracterizaria pela ampla gama de possibilidades que o indivíduo possui subjetivamente, em criar,

modificar ou extinguir direitos, sempre sob a perspectiva psicológica. Trata-se do exercício da vida privada sem qualquer ingerência ou interferência externa, fruto somente da liberdade das artes em conformarem suas avenças da maneira que melhor lhes fossem conveniente.

Em resposta ao voluntarismo francês, a teoria preceptiva alemã faz emergir do conceito de autonomia privada, em que há o reconhecimento e a limitação jurídica deste arbítrio, isto é, a possibilidade legal de autorregulamentação dos interesses individuais visando ao nascimento de um negócio, mas sempre dentro das balizas sociais impostas pelo ordenamento.

Segundo Emilio Betti, esta seria "reconhecida como actividade e *potestas*, criadora, modificadora ou extintora das relações jurídicas entre os particulares: relações cuja ida e cujas vicissitudes, são, antecipadamente disciplinadas por normas jurídicas preexistentes".⁵³

Francisco Amaral expõe que substituição conceitual se deu em função da transição do voluntarismo francês ao preceptismo alemão, que passou a prevalecer sobre o primeiro na maior parte dos ordenamentos de tradição romanística. O objetivismo das relações jurídicas, expresso na autonomia privada, se impôs sobre o aspecto subjetivo, do qual se extraia a autonomia da vontade.⁵⁴

Insta salientar, como bem aduz Pietro Perlingieri que, paulatinamente, o direito contemporâneo tem apresentado uma evolução do referido conceito, isto é, um alargamento de sua aplicação, que deixou de se limitar aos entes de direito privado, mas se ampliando a todos aqueles que são sujeitos de uma declaração negocial, tal qual costuma também ser o ente público ou o sujeito de direito privado que regulamenta seus próprios interesses não patrimoniais.⁵⁵

⁵³ BETTI, Emílio. *Ob. Cit.* p. 98.

⁵⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 5.ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.347-348.

⁵⁵ O Direito Privado contemporâneo tem deixado de utilizar a expressão "autonomia privada das partes" e feito uso da expressão "autonomia negocial". Embora, para fins do presente estudo, ambas se refiram à autodeterminação da parte para firmar negócios jurídicos, o conceito mais recente se mostra em maior consonância com a dinâmica das relações jurídicas atuais, dada à amplitude de seu alcance. Sobre a questão, Pietro Perlingieri: "a locução mais idônea a acolher a vasta gama de exteriorizações da autonomia é aquela de <<autonomia negocial>>, enquanto capaz também de se referir às hipóteses dos negócios com estrutura unilateral e dos negócios com conteúdo não

Assim, a manifestação da autonomia negocial das partes, que, mormente se dá através de uma declaração de vontade negocial, que irá conceber a existência do negócio jurídico.

Ademais, é graças a esta autonomia que se pode dizer que o negócio jurídico é um ato jurídico regulamentado, visto que da vontade das partes emana o seu auto disciplinamento, de acordo com os interesses dos envolvidos.

Neste tocante, insta salientar que, ao contrário da retórica Kelseniana exposta anteriormente, não é a autonomia privada um instrumento criador de normas jurídicas.

Trata-se de elemento de autorregulamentação da relação jurídica havida exclusivamente entre as partes, sem qualquer alargamento para outros que estejam fora desta relação.⁵⁶

A autonomia negocial, sendo um alargamento da autonomia privada, tem como pano de fundo o ordenamento jurídico já existente, para a partir deste dar vida e regular os interesses dos particulares⁵⁷. Não há de se falar em qualquer delegação normativa aos indivíduos para criação ou edição de normas, mas tão somente na possibilidade destes em regulamentarem seus interesses dentro de uma relação particular havida.⁵⁸

O fim da autonomia negocial é fazer dos particulares os senhores da própria relação, de maneira que estes e, somente estes, estejam aptos a definir os termos

patrimonial. Querendo, pois, propor um conceito de autonomia (não privada ou contratual, porém) negocial mais aderente à dinâmica das hodiernas relações jurídicas, pode-se descrever o referido conceito como o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regula com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios". PERLINGERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Trad. DE CICCO, Maria Cristina. Renovar, Rio de Janeiro, 2008. p. 338.

⁵⁶ Neste sentido, Emílio Betti: "A competência para criar normas jurídicas, que é atribuída à autonomia privada na primeira função serve para conferir, a quem dela está investido, a posição constitucional de órgão com poderes normativos no âmbito da ordem jurídica que a reconhece". BETTI, Emílio. *Ob. Cit.* p. 100-101.

⁵⁷ Eventualmente, como se colocou, de entes públicos que se colocam em condições de particulares, na medida em que possui a capacidade de regular seus próprios interesses quando da formação do negócio jurídico.

⁵⁸ Neste sentido, Pietro Perlingieri: "Uma definição usual, a ser considerada, no entanto, como mero ponto de partida para em seguida desenvolver as respectivas críticas, entende por <<autonomia privada>>, em geral, o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo determinar <<vicissitudes jurídicas>> como consequência de comportamentos - em qualquer medida - livremente adotados. PERLINGERI, Pietro. *Ob. Cit.* p. 335.

do negócio entre eles firmado. Contudo, a expressão da autonomia negocial não se dá de maneira ilimitada, tendo sempre como balizas o ordenamento jurídico vigente.

Segundo Renato Sconamiglio, a autonomia negocial é um produto real da sociedade, cuja raiz está na livre circulação de bens e visa, unicamente, resguardar os interesses das partes envolvidas na formação do negócio.⁵⁹

Assim, a ordem jurídica serve como fiel no regulamento dos interesses das partes, de maneira a integrar-se com a autonomia negocial para regulamento da relação existente.

Neste sentido, Frederico de Castro y Bravo conceitua o referido instituto como recurso atribuído ao indivíduo para o exercício de suas competências, quer no âmbito da liberdade que lhe pertence como sujeito de direitos, seja para criar regras de conduta para si e nas relações com os demais com a responsabilidade pela atuação na vida social.

O autor dispõe que a responsabilidade pela atuação na vida social não é ilimitada, visto que o ordenamento jurídico limita e se integra à autonomia privada das partes.

Neste sentido, a autonomia negocial estará sempre vinculada a um ato ou a uma declaração de vontade que tenha um valor específico, que seja vinculante, que implicitamente negue a liberdade absoluta das partes no exercício da sua vontade e, que, em sendo necessário, haja a interferência do Estado para que se imponha a ordem perante os afetados.⁶⁰

⁵⁹ "Può concludersi, in definitiva, alla stregua delle considerazioni fatte, che il fondamento dell'autonomia negoziale, la <<ratio>> del suo riconoscimento, va riposta nella funzione della circolazione dei beni: resta confermato che tale autonomia non costituisce una pura ipotesi teorica, una formula astratta, ma un fenomeno reale, un <<prodotto>> della vita associata, che si determina e si appiega appunto riguardo alla prospettiva". SCONAMIGLIO, Renato. *Ob. Cit.* p. 92-93.

⁶⁰ "*Significado sociológico y político de la autonomía privada.*—La frase autonomía privada contiene en sí misma una potente carga sentimental y valorativa (¡libertad! ¡derechos del individuo!). Para apreciar en verdad su significación, resulta indispensable dejar de lado prejuicios y estar atento a su complejo significado real. Porque resulta engañoso el que se diga, sin más, que la autonomía en Derecho privado consiste en una libertad de hacer o no hacer, de prometer y obligarse, en demarcar un círculo de libertad o de lucha libre para los individuos, exento de la intervención del Estado. Se oculta que se pretende algo más, se pide que el acto o la declaración de voluntad tenga un valor jurídico específico, que sea vinculante, con lo que implícitamente se niega la libertad de desdecirse o retractarse. "Contractus ab initio est voluntas, ex post facto necessitatis". Para todo lo cual se requiere la intervención del aparato coactivo del Estado, que éste se imponga por la fuerza a los afectados

Considerada um dogma pelos civilistas, a autonomia negocial representa a positivação da liberdade individual das partes na concreção de relações interpessoais dentro da esfera do direito privado, especialmente no que concerne à liberalidade econômica e aos direitos patrimoniais.

Por isso, sob a ótica negocial, o instituto, enquanto meio de autorregulamentação das relações, ganha através da manifestação da vontade negocial forma e expressão no mundo fenomênico.

Ausente a possibilidade legal de expressão da vontade para regulação do negócio jurídico, sequer há de se falar em sua existência, visto que a liberdade das partes é a sua pedra fundamental.

Destarte, torna-se importante a análise do instituto aos olhos das duas principais teorias relativas à vontade negocial dentro do direito civil: a preceptiva e a voluntarista.

À luz da teoria voluntarista, a autonomia possui caráter vinculante no que diz respeito à vontade do declarante, de maneira que a interpretação da sua vontade interna - ou real - deve prevalecer para fins de análise do negócio jurídico. O declaratório, neste tocante, estaria à mercê da efetiva vontade do declarante.

A principal crítica que se fez ao voluntarismo, e com certa razão, se dá a medida em que o destinatário da declaração, ao estar atrelado à vontade real do declarante, tem a sua expectativa e a confiança no negócio mitigadas.

Conforme salientamos, a boa-fé é parte integrante e meio de interpretação do negócio jurídico. Se a sua realização exige a consciência do agente quanto àquilo que declara, não podendo o declaratório se quedar completamente refém da vontade interna do primeiro, a vinculação à oferta interna do agente, ainda que consciente, mas, manifestada de maneira diversa, não nos parece ser a melhor alternativa à formação do negócio jurídico.

Em resposta, a teoria preceptiva, por sua vez, apresenta avanços justamente na seara da confiança, da boa-fé e da expectativa criada no declaratório.

(obligado por el negocio, sujeto pasivo del derecho), que se exija así el cumplimiento de lo debido o el pago de una indemnización (arts. 1.096-1.101 C. a)."CASTRO Y BRAVO, Frederico de. *Ob. Cit.* p. 12.

A responsabilidade do agente, neste caso se dá na medida em que é responsável pela certeza criada quanto à formação do negócio e à circulação de bens.⁶¹

A diferença entre as duas correntes se observa porquanto na teoria da vontade se preza pela correspondência entre efeitos desejados e os efeitos jurídicos, ao passo que na teoria preceptiva ocorre entre aquilo que foi declarado e seus efeitos jurídicos.

Conforme bem observa Pietro Perlingieri, há em ambas as hipóteses a tendência de instaurar uma correspondência entre a vontade (real ou declarada) e os efeitos jurídicos produzidos.

Contudo, o referido civil-constitucionalista faz importante questionamento. Segundo dispõe, é necessário indagar em quais aspectos que se manifesta a autonomia negocial para fins de negócio jurídico, visto que esta não deve ser encarada como um postulado do direito privado.⁶²

A autonomia negocial, verificada através da liberdade de iniciativa dos atos dos agentes, não é um valor em si. Esta precisa estar em consonância e ser compatível com o ordenamento jurídico vigente. Além disso, ela também não é absoluta entre as próprias partes visto que a modificação e a extinção de um negócio não pode se dar ao arbítrio dos envolvidos. É necessário que, além das regras impostas pelo Estado de Direito, também se observem às regras que as próprias partes convencionariam quando da formação do negócio.

A ação em maneira contrária, em verdade, se mostraria um atentado ao próprio instituto, vez que iria de encontro à vontade declarada anteriormente, o que, fatalmente, implicaria também em desatenção ao princípio da boa-fé e da confiança.

Por isso, o exercício da autonomia negocial demanda muito mais do que o livre exercício da vontade das partes, mas é necessário que tal exercício se dê em

⁶¹ Mais uma vez salientamos, não basta a mera criação de expectativa. Não pode o receptor pressupor que a formação do negócio jurídico se dá unilateralmente. É preciso que este agente atue também nos limites da boa-fé e da diligência, de maneira a se certificar que a pretensão do declarante é, de fato, a realização de negócio e que este possui total domínio volitivo quando da expressão declaração de vontade negocial.

⁶² PERLINGIERI, Pietro. *Ob. Cit.* p. 342-343.

conformidade com o ordenamento e com as próprias convenções particulares, frutos também da prerrogativa de autonomia negocial de cada um dos envolvidos.

Não se trata aqui de impor às partes a intervenção do ordenamento na conformação do negócio jurídico. Estas devem gozar da sua total autonomia, contudo, sempre em vista do ordenamento jurídico - seja de ordem civil ou constitucional.

Do contrário fosse, em total desatenção ao equilíbrio da expressão da autonomia negocial, poderia uma das partes impor à outra a prevalência de seus interesses, de modo a gerar um negócio jurídico com resquícios de vícios de vontade.

Nesta hipótese de exercício da liberdade irrestrita, mostra-se dever do ordenamento limitar a ação do agente, a fim de atender ao interesse de justiça e equilíbrio social.

Vale lembrar que é condição necessária para produção de efeitos da declaração de vontade negocial que a expressão da autonomia se dê em condições de igualdade, sem qualquer vestígio de hierarquização das partes quando da formação do negócio jurídico.

O entendimento se encontra em plena consonância com o princípio da justiça contratual invocado por Paulo Mota Pinto, segundo qual o negócio jurídico somente seria suscetível de funcionamento se estiverem assegurados certos pressupostos, não só quanto à existência de uma efetiva autodeterminação do sujeito - uma vontade livre e ponderada - mas também de igualdade de poder negocial entre as partes.⁶³

É preciso que haja um equilíbrio, portanto, entre a justiça negocial e a liberdade das partes em realizarem o negócio jurídico. Se de um lado é vedada a expressão de vontade além dos limites do ordenamento, de outro, não pode este

⁶³ PINTO, Paulo Mota. *Ob. Cit.* p. 61.

remover dos particulares a possibilidade de, através do exercício da autonomia negocial, regularem as relações jurídicas da maneira que melhor lhes convém.⁶⁴

Por isso, situando-se a autonomia privada das partes em um passo anterior à emissão da declaração de vontade negocial, é preciso que seu exercício esteja em plena harmonia com os preceitos normativos vigentes, pois, caso assim não estiver, toda e qualquer declaração de vontade negocial será emitida de maneira viciada e sem a certeza da produção de quaisquer efeitos jurídicos.

É função do ordenamento, pois, limitar sem tornar irrestrito o gozo da autonomia negocial das partes, a fim de evitar que a permuta de declarações negociais se verifique de forma válida e eficaz, bem como provida do reconhecimento social que torna a sua expressão apta a produzir efeitos jurídicos.

2.5. Os Sujeitos e o Objeto da Declaração de Vontade Negocial

O instituto do negócio jurídico nada mais é do que o exercício da autorregulamentação dos interesses das partes a fim de criar, modificar ou extinguir direitos, que se verifica através, em regra, da permuta de declarações de vontades negociais.

⁶⁴ Neste sentido, Paulo Mota Pinto: "O problema do funcionamento sem perturbações do mecanismo contratual - a questão da justiça contratual - pareceria, portanto, transportar-se para o nível destes pressupostos ou, quanto estes não podem ser alterados, obrigar a um controlo de conteúdo. A anunciada 'materialização do direito privado' não pode, porém, significar um controlo externo que venha, e nome da sua proteção, retirar aos particulares a possibilidade de, através do exercício da autonomia privada, conformar as suas relações jurídicas como entenderem, também por este modo, se atingiria o valor da liberdade que se quer proteger. Está, pois, em causa o estabelecimento de um equilíbrio entre liberdade e justiça contratuais. Nos contratos individualmente negociados, e tirando certos domínios em que há interesses supra individuais (designadamente, de proteção social) no estabelecimento de limites imperativos (taxas de juros, actualização de rendas, etc.), o controlo material da justiça contratual parece dever, pois, em nome da própria autonomia que se visa proteger - e excetuados limites extremos, como por exemplo, o da lesão *ultra dimidium* do nosso antigo direito, ou dos negócios usuários (os quais, aliás, exigem igualmente requisitos subjetivo e da 'ordem pública' -, parece dever, dizíamos, a ser subtraído à intervenção do direito objetivo. Não esquecendo o efeito nivelador que o mercado possui e o facto de, nesse contexto, entre sujeitos de poder igual o contrato, apear de tudo, fornecer normalmente, pelo menos, 'uma certa garantia de que o contrato não é contrário de forma patente, crassa, à exigência da justiça', cremos que, sem prejudicar o exercício da autonomia privada e da liberdade contratual, se poderão apenas fixar balizas amplas para a legitimidade do conteúdo contratual. PINTO, Paulo Mota. *Ob. Cit.* p. 61-62.

Assim, como sujeito da declaração de vontade negocial, temos aquele que pretende a realização do negócio jurídico e, imbuído de tal intuito, declara a sua intenção, a qual será absorvida pela pessoa a quem se dirige.

O declarante deve, necessariamente, estar apto ao gozo da sua autonomia negocial e ter capacidade para exercê-la. Além disso, será somente sujeito da declaração aquele que de fato domina a vontade negocial. Quem não possui a real intenção em gerar negócio jurídico será somente o sujeito de uma declaração, mas desprovida de caráter negocial, intimamente ligado a sua vontade em realizar a avença.

Na mesma esteira, somente aquele, que dada à sua manifestação ou ao seu comportamento, gera a certeza inquestionável da sua declaração negocial, é que também será considerado o sujeito da conduta.

Na outra ponta da formação do negócio, será sujeito o agente a quem se dirige a emissão negocial. O declaratário, assim denominado, deve reunir as mesmas condições de gozo da autonomia negocial e exercício da capacidade jurídica para que se faça a troca do conteúdo negocial.

Neste tocante, é importante salientar que nem toda declaração de vontade negocial terá um agente declaratário que irá devolvê-la ao primeiro para aperfeiçoamento do negócio jurídico.

Como exemplo, tomemos a declaração *causa mortis*, consoante se verifica em um testamento: o declarante emite a sua vontade negocial sem, contudo, existir uma contrapartida negocial dos herdeiros. O negócio, neste caso, se aperfeiçoará com a simples emissão da vontade, visto que a transmissão da herança, por conta do princípio do *droit au saisine*, se dá a partir do falecimento do testador.⁶⁵

⁶⁵ Ainda que o Código Civil expressamente disponha em seu artigo 1.804 que a aceitação da herança torna definitiva a sua transmissão, o entendimento doutrinário prevalente se dá no sentido de que se trata de mero ato de formalização, visto que a transmissão dos bens, ainda que provisória, decorre do falecimento do testador. Não entendemos, portanto, se tratar a aceitação de declaração de vontade negocial, mas de confirmação dos efeitos do negócio jurídico que se aperfeiçoou através da declaração de vontade negocial do testador. A este respeito, Carlos Roberto Gonçalves: "Trata-se de uma confirmação, uma vez que a aquisição dos direitos sucessórios não depende da aceitação. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo e por força de lei, ao patrimônio do herdeiro legítimo ou testamentário (CC, art. 1.784). A aceitação revela, destarte, apenas a anuência do

Além disso, a condição de declarante e declaratário nem sempre é identificável, visto que não há de se falar em um encontro de declarações negociais - como um questionamento e uma resposta - mas sim em uma simbiose, em uma permuta de manifestações e comportamentos que levam os agentes à formação do negócio jurídico.⁶⁶

De se salientar também que os sujeitos da declaração de vontade negocial não necessariamente são os mesmos do negócio jurídico, visto que é possível que determinado indivíduo, imbuído de poderes de representação, venha a declarar a vontade daquele em firmar negócio jurídico, em nome de terceiro.

Neste caso, o declarante possui o total domínio da vontade negocial, que não necessariamente coincide com a vontade do representado, mas, que será obrigado a firmar negócio jurídico em função da vinculação obrigatória imposta pelo ordenamento.⁶⁷

Entretanto, em razão da condição de representação, nesta hipótese não haverá de se falar em coincidência entre o agente declarante e o agente negocial. Ainda que o representante tenha poder para agir como se o representado fosse, não é ele quem de fato será parte integrante do negócio.

Pode-se falar, então, que o sujeito da declaração é todo aquele que reúne a capacidade para consentir⁶⁸ à consciência da sua vontade negocial, proferindo, assim, declaração de vontade negocial.

beneficiário em recebê-la, tendo em vista que, perante o nosso ordenamento jurídico, só é herdeiro ou legatário quem deseja sê-lo". GONÇALVES, Carlos Roberto. Curso De Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. Vol. 7. 6ª Ed. Saraiva. São Paulo, 2012. p. 66.

⁶⁶ A este respeito, dispõe Emílio Betti que "na realidade, o que gera o preceito contratual não é um <<encontro>> oculto, uma mística <<fusão dos querer>>, mas a permuta das respectivas declarações (oferta e aceitação) e a sua consciente congruência (que é o chamado acordo ou consenso), ou a intencional reciprocidade e congruência dos respectivos comportamentos". BETTI, Emílio. *Ob. Cit.* p. 124-125.

⁶⁷ Art. 116 do Código Civil: "A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado".

⁶⁸ Ao nos referirmos ao termo capacidade para consentir, fazemos menção aos requisitos legais de exercício da autonomia privada que irão culminar em uma declaração de vontade negocial, notadamente com efeitos patrimoniais. O esclarecimento se faz necessário na medida em que muito tem se debatido sobre a capacidade de consentimento em negócios jurídicos extra patrimoniais, referentes ao exercício da autonomia privada ligados ao direito ao desenvolvimento da personalidade e ao direito à autodeterminação aos cuidados de saúde, os quais não são objetos da análise feita pelo presente estudo, que se volta de maneira exclusiva aos negócios jurídicos patrimoniais. Neste

No que tange ao objeto, a sua análise se dá em atenção ao gozo autonomia negocial das partes quanto à efetivação da declaração de vontade negocial e a realização do negócio jurídico

Por isso, entendemos que este se divide em duas partes: a vontade interna negocial e a manifestação externa.

A vontade interna, que se observa dentro da esfera psíquica, é o interesse que o declarante possui em iniciar relação que importe em criação, modificação ou extinção de direitos dentro no direito privado.

Trata-se de sua autodeterminação para, utilizando-se de sua liberdade individual, venha a pautar sua conduta com vistas ao reconhecimento jurídico e social.

Como dito previamente, não se trata da mera vontade, da simples intenção em realizar tal ou qual conduta. O interesse do agente deve ser qualificado, ou seja, deve haver ampla intenção negocial.

Internamente, pode-se dizer que o objeto da declaração é a vontade consciente do autor em manifestar o conteúdo de suas intenções - de maneira expressa ou não - a fim de que desta se extraia a inequívoca intenção em, no gozo de sua autonomia negocial, realizar negócio jurídico.

Em virtude disto, é essencial que o autor tenha total lucidez do caráter negocial de sua vontade, caso contrário, esta será uma mera intenção desqualificada, sem a menor pretensão de formar negócio jurídico.

O objeto interno da declaração será o conteúdo, o teor da vontade negocial consciente, isto é, aquilo que se pretende declarar, mirando a gênese de um negócio jurídico.

A título exemplificativo, em uma locação, o objeto interno seria a vontade consciente e direcionada, isto é, a intenção do declarante em alugar determinado

sentido, vide NANNI, Giovanni Ettore. A capacidade para consentir: uma nova espécie de capacidade negocial *in* NANNI, Giovanni Ettore. Direito Civil e Arbitragem, São Paulo, Atlas, 2014. p. 301-304.

bem. Ao revés, a mesma qualificação volitiva do declaratório em dispor seu bem ao declarante para locação.

O aspecto da manifestação, sempre de caráter externo, se verifica através da expressão de vontade negocial observada pela sociedade e reconhecida pelo ordenamento. Esta é a materialização da intenção psicológica do agente que passa a ser percebida de fato pelos demais.

Neste tocante, o objeto da manifestação de vontade independe da forma como esta é percebida no contexto fático-negocial. O objeto da declaração de vontade negocial será sempre o teor almejado e exposto, independentemente se de maneira expressa ou tácita, bastando apenas que a manifestação do declarante seja notada socialmente e esteja apta a produzir os efeitos jurídicos desejados por quem a arrazoa.

Portanto, o objeto externo da declaração de vontade negocial é a cognição social incontestável do conteúdo querido e conscientemente declarado pelo agente, com vistas à exclusiva formação do negócio jurídico.

O objeto da declaração, assim como no caso dos sujeitos, nem sempre coincidirá com o objeto do negócio jurídico, visto que esse emerge justamente do intercâmbio de vontades negociais das partes envolvidas.

Assim, em uma compra e venda temos: a) uma parte cuja declaração negocial tem por objeto comprar; b) uma parte cuja declaração negocial tem por objeto vender; c) da permuta de declarações emergirá um negócio jurídico cujo objeto é a transmissão da propriedade de determinado bem de uma pessoa à outra.

Vê-se que a simbiose dos objetos das declarações de vontades negociais resultara na conformação do objeto do negócio jurídico. Entretanto, se individualmente consideradas, os objetos declarativos são diversos do negócio jurídico em si.

A única ressalva, onde o objeto da declaração de vontade negocial e do negócio será coincidente, mais uma vez, será o negócio jurídico *causa mortis*.

Nesta modalidade, a vontade negocial do testado será justamente aquela que irá resultar na criação, modificação ou extinção de direitos, de maneira unilateral para a conformação do negócio jurídico.

Assim, se um indivíduo declara em seu testamento deixar um determinado bem para um herdeiro não necessário, a própria vontade negocial do falecido será o objeto do negócio jurídico, qual seja, a transferência da propriedade do referido ativo.

Não há, nesta hipótese, um agente declaratório que irá permutar sua intenção com o agente declarante. O negócio se confirma assim que a declaração do testador passa a produzir efeitos jurídicos, qual seja, após a publicidade de sua declaração testamentária.

Em conclusão, as análises subjetivas e objetivas da declaração de vontade negocial possuem estreita ligação com o princípio da autonomia privada negocial.

Através deste os sujeitos podem exercer a sua autodeterminação pessoal, a fim de declarar o conteúdo de vontade negocial e direcioná-la a determinado indivíduo a fim de, através de uma relação balizada pelos ditames do direito privado, criarem, extinguirem ou modificarem direitos.

3. A Declaração de Vontade Negocial Como Meio de formação do Negócio Jurídico

O negócio jurídico é a expressão máxima da autonomia negocial dos indivíduos no que tange ao relacionamento humano, servindo como reconhecimento do ordenamento jurídico para a livre circulação de bem e disposição de interesse.

A autonomia negocial, por sua vez, decorre da liberdade que as partes possuem para firmar o negócio jurídico da maneira que melhor convir, desde que respeitados os ditames mandamentais. Tal liberdade, por seu turno, é oriunda da vontade interna do indivíduo em alterar, extinguir ou modificar direitos dentro da seara do direito privado.

A análise do negócio jurídico passa, invariavelmente, pelo papel que a vontade negocial exerce na sua conformação como canal de expressão da autonomia negocial ("*quod radix libertatis est voluntas*"⁶⁹).

A partir da positivação do conceito de negócio jurídico a doutrina e as legislações subsequentes passaram a debater de que maneira a vontade do agente importaria para a declaração negocial e, conseqüentemente, para a formação do negócio jurídico.

Assim, emergiu um debate entre as duas principais teorias sobre a vontade como meio de formação do negócio jurídico: a teoria voluntarista e, posteriormente, a teoria preceptiva.

O embate central aparece, basicamente, entre qual vontade deve prevalecer para fins de formação, validade e produção de efeitos negociais: a interna, de conteúdo do agente, ou a declarada, percebida pelo declaratário e pela sociedade.

A análise das duas teorias mais aceitas se mostra deverás necessária para o entendimento do negócio jurídico tal como visto hoje, bem como para o estabelecimento do diálogo entre ambas as correntes, algo buscado por juristas de renome, mas que até o momento, ainda não se deu definitivamente.⁷⁰

⁶⁹ Em tradução livre: "a raiz da liberdade é a vontade".

⁷⁰ "Resultado insatisfactorio de las teorías voluntarista y declaracionista.—Los autores se irán alineando a favor de una u otra teoría, y se entregan al juego de señalarse mutuamente defectos. Resultado de tal polémica será el quedar al descubierto que ninguna de las teorías concuerda con el Derecho positivo y que, al llevarse a sus extremos lógicos, tampoco ellas satisfacen las exigencias del tráfico de buena fe. En efecto, la teoría voluntarista no puede explicar la validez del negocio bajo reserva mental, ya que en él falta la voluntad, ni la del contrato celebrado con error inexcusable, pues en él tampoco se quiso lo declarado; incluso contradirá el que se tenga por anulable y no por nulo el negocio en el que se aprecia el vicio de error, ya que la carencia de voluntad debería determinar el no ser del negocio. La teoría declaracionista, por su parte, se encuentra ante el escollo inevitable de los casos en los que una declaración, en sí misma correcta, no se considera suficiente para la validez del negocio, y en el que el defecto de la voluntad determina su nulidad o anulabilidad; así, p. ej., el celebrado "jocandi causa", el simulado y el contraído por error excusable". CASTRO Y BRAVO, Frederico. *Ob. Cit.* p. 59.

3.1. A Teoria Voluntarista

O início do século XIX é marcado por diversas revoluções liberais, todas elas fomentadas no ápice do pensamento iluminista que, em contraposição aos prévios anos de absolutismo, pretendia colocar o homem no centro das relações sociais, principalmente, a possibilidade da burguesia emergente em dispor dos seus próprios interesses em suas relações patrimoniais, isto é, sem estar à mercê da vontade de um soberano ou de qualquer outra esfera de interferência.

O espírito iluminista, bem definido por Immanuel Kant como a possibilidade do indivíduo tutelar seus próprios interesses sem qualquer ingerência de outrem⁷¹, acabou por refletir as codificações da época.

Assim, neste contexto filosófico foi dada vigência ao Código Civil francês de 1804 - principal legado de Napoleão Bonaparte⁷² - cujo dogma da vontade era nada menos do que uma consequência do ideal liberal-burguês que prevaleceu nos movimentos pós revoluções.

O direito civil, através desta norma, foi alçado ao centro do ordenamento, tornando o então princípio da autonomia da vontade, sem restrições, o símbolo do pensamento da época: o sujeito era capaz, individualmente, de contratar como bem entendesse.

O estado deixou de ser um ente absoluto, sem qualquer poder de interferência nas relações privadas e, conseqüentemente, na vontade dos sujeitos.

⁷¹O iluminismo representa a saída dos seres humanos de uma tutela que estes mesmos se impuseram a si. Tutelados são aqueles que se encontram incapazes de fazer uso da própria razão independentemente da direção de outrem. É-se culpado da própria tutela quando esta resulta não de uma deficiência do entendimento mas da falta de resolução e coragem para se fazer uso do entendimento independentemente da direção de outrem. Sapere aude! Tem coragem para fazer uso da tua própria razão! - esse é o lema do iluminismo". Traduzido de KANT, Immanuel. Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung "Aufklärung ist der Ausgang des Menschen aus seiner selbstverschuldeten Unmündigkeit. Unmündigkeit ist das Unvermögen, sich seines Verstandes ohne Leitung eines anderen zu bedienen. *Selbstverschuldet* ist diese Unmündigkeit, wenn die Ursache derselben nicht am Mangel des Verstandes, sondern der Entschließung und des Mutes liegt, sich seiner ohne Leitung eines andern zu bedienen. Sapere aude! Habe Mut, dich deines *eigenen* Verstandes zu bedienen! ist also der Wahlspruch der Aufklärung". (<http://www.ub.uni-bielefeld.de/cgi-bin/navtif.cgi?pfad=/diglib/aufkl/berlmon/122842&seite=00000514.TIF&scale=4> consulta feita em abril de 2015).

⁷²"Minha verdadeira glória não foi ter vencido quarenta batalhas; Waterloo apagará a lembrança de tantas vitórias. O que ninguém conseguirá apagar, aquilo que viverá eternamente, é o meu Código Civil". BONAPARTE, Napoleão.

Sua função era, pois, assegurar a igualdade legal entre todos aqueles que, no gozo da sua autonomia da vontade - conceito vigente à época - pretendessem realizar negócios e praticar a circulação de bens.

Roger Perrot - citado por Antônio Junqueira de Azevedo - salienta que o papel da vontade transcendeu à filosofia no final do século XVIII e no começo do século XIX. Esta atingiu um grau de princípio político, servindo de instrumento de luta contra as enrijecidas estruturas semi feudais que vigiam na França nesta época, o que acabaria por se refletir no direito então positivado.⁷³

Por isso, a vontade assume papel fundamental dentro do ordenamento civil francês. O seu artigo 1.134⁷⁴, por exemplo, eleva à intenção das partes ao patamar central das relações jurídicas firmadas à época.

O ideal normativo visa dar às partes o total controle dos termos das relações patrimoniais criadas, tal qual se observa dos anseios sociais da época. Exatamente sobre este prisma se fundamenta a teoria voluntarista, ou teoria da vontade, segundo a qual para formação do negócio jurídico deve prevalecer aquilo que as partes pretendiam, internamente, convencionar.

A teoria voluntarista, portanto, enfatiza o caráter psicológico do agente, dando ao foro íntimo função crucial quanto à formação do negócio jurídico.

Antônio Junqueira de Azevedo relata que Savigny se mostrou o maior defensor do voluntarismo, ao que dispor que deve prevalecer, costumeiramente, a vontade do declarante, que é a vontade de produzir os efeitos de direito que estão em causa, fazendo da vontade, da intenção, um paradigma absoluto.⁷⁵

No mesmo sentido, Frederico de Castro y Bravo assinala que o referido mestre alemão do século XIX aduz que a vontade é o único elemento eficaz do negócio, mas que, em sendo algo imaterial, necessita-se de um signo através do qual esta se manifesta, que é a declaração.

⁷³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. *Ob. Cit.* p. 76.

⁷⁴ "Art. 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi".

⁷⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. *Ob. Cit.* p. 74.

O autor salienta que no negócio jurídico, não há vontade sem declaração, assim como não há declaração sem vontade. Em seu entendimento, a vontade deve prevalecer sobre o declarado, assim como a alma para um corpo.⁷⁶

De se observar que a teoria voluntarista não coloca a declaração negocial à margem da interpretação do negócio, como, inicialmente, poderia se pensar. Esta é elemento fundamental do negócio jurídico, sem o meio pelo qual a vontade interna do agente ganha expressão no mundo fenomênico. O que prega tal teoria, em verdade, é a prevalência da vontade real ante aquela que foi exteriorizada pelo declarante.

Em suma, a teoria voluntarista se baseia na expressão máxima da autonomia da vontade do indivíduo. A existência do negócio jurídico se baseia naquilo que ele pretende e idealiza para a concreção da avença, não o que de fato é percebido pela sociedade.

A vontade, em meados do século XIX, não é um dogma somente adstrito ao direito. A filosofia germânica, influenciada pelo pensamento de Kant, também coloca o tema como o centro de suas discussões, tal qual se observa da obra máxima de Arthur Schopenhauer, "O Mundo como Vontade e Representação", onde este afirma que a essência do mundo não está propriamente nele, mas naquilo que condiciona seu aspecto exterior, que seria a vontade do homem. Segundo o filósofo, em sendo o mundo uma representação, este seria tão somente fruto do reflexo da vontade humana.

Neste contexto cultural, Paulo Mota Pinto salienta que além de Savigny, outros autores germânicos, tais quais Puchta, Keller, Wächter e Windsched, todos adeptos do dogma da vontade, defendiam que o fundamento da vinculação negocial estaria, justamente, na existência de um elemento volitivo concordante com a declaração expressa, dando a esta o sentido que o declarante lhe imprimiu.

⁷⁶"*La teoría de Savigny*.—Recogiendo la opinión común de civilistas y canonistas, Savigny enseña que la voluntad es "lo único importante y eficaz"; pero que, como Ella es invisible, necesitamos de un signo que la manifieste y podamos así conocerla, ésta es la declaración (12). Interdependencia que también se expresa diciendo que ni una voluntad sin declaración, ni una declaración sin voluntad, es negocio jurídico; pero siempre ello se dice señalándose la primacía de la voluntad, alma de la que es cuerpo la declaración (13). Esta teoría será después la denominada 'teoría voluntarista' ".CASTRO Y BRAVO, Frederico de. *Ob. Cit.* p. 58-59.

Unger, citado pelo autor lusitano, aduz que "tão pouco significa a vontade sem declaração como a declaração sem vontade: ambos juntos, uma vontade é declarada, uma declaração que corresponde à vontade, é que fazem o negócio jurídico".⁷⁷

O negócio jurídico seria, portanto, fruto da prevalência da vontade real do agente, independentemente da forma como se foi exteriorizada na esfera fenomênica. A vontade consubstanciada agente, segundo o voluntarismo, deveria prevalecer ante a literalidade das declarações, como meio de se assegurar a real intenção quanto á formação do negócio jurídico.

3.1.1. Críticas ao Voluntarismo e ao Dogma da Vontade

O voluntarismo, fruto do pensamento filosófico do início do século XIX, apesar dos avanços no direito privado, não passou ileso das críticas provenientes do processo analítico do direito.

A referida teoria tinha como pedra fundamental a soberania da vontade individual dos contraentes, sendo a fonte primaria dos efeitos jurídicos, a força motriz criadora de obrigações.

O movimento de intensificação das relações econômicas, bem como o alargamento da tutela do negócio jurídico por diversos ordenamentos, mostrou que tal teoria não mais atendia, em sua forma pura, as necessidades sociais das relações que se desenvolviam.

O sistema voluntarista é altamente marcado pelo individualismo da vontade do declarante. A dinamicidade das relações, característica das economias modernas, se mostrava incompatível com as prerrogativas jurídicas da formação do negócio de maneira personalíssima.

⁷⁷ PINTO, Paulo Mota. *Ob. Cit.* p. 21.

A sociedade da virada do século XX, portanto, exigia mais objetividade negocial, de maneira a tornar os atos jurídicos mais impessoais.⁷⁸

Além das condições sociais, outros fatores contribuíram para o descrédito do voluntarismo naquele momento.

Isto por que, ao se centrar na vontade interna do agente, esta corrente peca por tornar onerosa a condição do declaratório, que fica à mercê dos ditames psicológicos do declarante. Na formação do negócio, este estava em total condição de vantagem, enquanto o outro teria sua condição desvalorizada, o que claramente atenta contra o princípio da justiça contratual.

Além disso, como bem lembra Paulo da Mota Pinto, possibilidade do regime da reserva mental, bem como a rejeição do "sistema da nulidade" como sanção à falta de vontade, levaram tal teoria ao afastamento dos principais ordenamentos em fins do século XIX e início do século XX.⁷⁹

O dogma da vontade, à luz do emergente conceito de autonomia privada, também foi alvo de censuras por parte da doutrina, visto que não mais a vontade era o principal elemento formador negocial, mas deveria se conformar aos ditames impostos pelo ordenamento jurídico.

Neste sentido, o negócio jurídico deveria ser tido não como apenas fruto da vontade dos declarantes, mas como um fenômeno socialmente reconhecido pelo ordenamento.

Por isso, segundo Emilio Betti, em sendo a vontade algo desprovido de substancia física, não é nela que devem ser fixas as bases do negócio jurídico, mas tão somente naquilo que é reconhecido socialmente, qual seja, a sua expressão percebida no mundo fenomênico.

⁷⁸ Neste sentido, Enzo Roppo: "Num sistema caracterizado pela produção, distribuição e consumo de massa, o primeiro imperativo é, de facto, o de garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações: mas estes objectivos requerem, justamente, que as transacções sejam tomadas e disciplinadas na sua objectividade, no seu desenvolvimento típico; eles são, portanto, incompatíveis com a atribuição de relevância destisanda à vontade individual, às particularidades e concretas atitudes psíquicas dos sujeitos interessados na troca, numa palavra, com a teoria da vontade". ROPPO, Enzo. *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 2009. p. 298.

⁷⁹ PINTO. Paulo Mota. *Ob. Cit.* p. 23;

Segundo o autor, é através da declaração ou do comportamento que pode ser interpretado o *animus* negocial do agente, mas, para a ocorrência da análise da vontade subjetiva, esta precisa, necessariamente, ser exteriorizada, configurando-se um dado objetivo, algo palpável perante o ambiente social.⁸⁰

Percebe-se, assim, que se buscou, claramente, a desconstituição do dogma da vontade como ente absoluto do negócio para, em prol da autonomia privada, atribuir novos fundamentos ao negócio jurídico, estes mais condizentes com o pensamento e a condição social do início do século XX.

Na mesma esteira, Antônio Junqueira de Azevedo acrescenta outras perspectivas negativas ao voluntarismo. O autor sustenta que, em verdade, a vontade não é elemento necessário à formação do negócio jurídico, visto que é possível a existência de negócio desprovido de vontade - o que se resolveria, a depender da legislação, como negócio nulo ou anulável, eficaz ou não, a depender da legislação, mas sempre existente.⁸¹

Fato é que, a teoria da vontade, nos moldes impostos pelo direito francês e escorada por juristas germânicos em meados do século XIX, encontra-se há muito superada. Não há mais espaço, atualmente, para se atribuir, como fonte primária do negócio, o consenso das partes.

A conformação do negócio jurídico, verdadeiramente demanda muito mais do que a exclusiva análise e a interpretação da vontade real do agente: é necessária a verificação de todo o contexto negocial e o reconhecimento dado pela conduta do sujeito pelo ordenamento jurídico.

Contudo, não há de se fazer tabula rasa da vontade como elemento do negócio jurídico. Não se defende aqui uma aproximação à corrente em questão, mas

⁸⁰ Vale aqui, transcrever a opinião do autor: "Ora, esta dado elementar da experiência, é perdido de vista por quem, através de uma elipse inconsciente, descobre na <<vontade>>, tanto o objecto da interpretação como a essência do negócio jurídico. Na verdade, a <<vontade>>, como factio psicológico meramente interno, é qualquer coisa em si mesma incompreensível e incontrolável, que pertence, unicamente ao foro intimo da consciência individual. Só na medida em que se torne reconhecível no ambiente social, quer por declarações, quer por comportamentos, ela passa a ser um factio social, susceptível de interpretação e valoração, por parte dos consociados. Somente declarações comportamentos são entidades socialmente reconhecíveis e, portanto, capazes de poder constituir objecto e interpretação, ou instrumento de autonomia privada". BETTI, Emílio. *Ob. Cit.* p. 109.

⁸¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia Ob. Cit.* p. 82.

entendemos não ser possível mitigar o caráter volitivo dos negociantes no desempenho da avença. Esta é, em nosso ver, parte integrante e necessária ao negócio jurídico, discussão que será travada em momento oportuno.

3.2. A Teoria da Declaração

Conforme exposto anteriormente, o voluntarismo emergiu como o principal dogma das codificações civis em função do contexto liberal-autonomista em que se encontrava a sociedade no início do século XIX.

O movimento de massificação comercial, impulsionado pela difusão industrial e pela mercantilização econômica, demandava um aprimoramento da análise interpretativa dos negócios jurídicos.

A teoria da vontade não se mostrava mais suficiente e condizente com a condição social exigida no início do século XX. O seu caráter personalíssimo, extremamente ligado ao caráter psicológico do agente, dava ao negócio jurídico alto teor de subjetividade, o que já não era mais aceitável aos padrões da época.

Neste contexto, iniciou-se intenso combate ao dogma da vontade, o que, anos mais tarde, deu origem à teoria da declaração - ou preceptiva/objetiva - na formação do negócio jurídico, culminado com a edição do Código Civil alemão - o BGB - no começo do último século.

A teoria da declaração emerge como uma resposta ao subjetivismo da teoria da vontade, muito criticada pela falta de confiança que a valoração extrema do aspecto interno do agente poderia trazer como consequência ao negócio.

Já na segunda metade do século XIX, juristas da escola pandecta germânica expuseram sua insatisfação com o voluntarismo vigente. Para estes o negócio jurídico nasce não da vontade interna dos declarantes, mas da percepção social daquilo que foi declarado como intenção de formação do negócio.⁸²

⁸² "No muchos años después (en 1874) empiezan las críticas de la teoría voluntarista. Se censura, como insatisfactorio para el comercio jurídico, basar el negocio jurídico en la voluntad, ya que así se convertía al contrato en un vínculo muy poco de fiar, el que hasta el error inexcusable habría de

Veja-se que a diferença, apesar de sutil, é essencial. Para esta escola, o que deve produzir efeitos não é a vontade interna do agente, mas somente aquilo que foi efetivamente declarado ou manifestado, que ganhou substância no mundo fenomênico, sendo passível de reconhecimento social e do ordenamento.

Isto porque, tal corrente defende que, ainda que haja divergência entre o pretendido e o declarado, deverá prevalecer esta última, como meio de se agregar ao negócio maior confiabilidade, dando às partes maior segurança jurídica.

A principal característica da teoria declarativa está em ligar os efeitos do negócio jurídico muito mais àquilo que é socialmente extraído da declaração, do que aquilo que de fato é querido pelo declarante - fatos estes, que podem coincidir ou não.

Assim, em caso de conflito entre a vontade declarada e a vontade interna, salienta Enzo Roppo que, como consequência, tende-se a prevalecer a primeira, sacrificando-se a segunda. Busca-se tutelar os interesses do destinatário da declaração, o qual tinha confiado no teor objetivo e socialmente reconhecido desta: uma tutela de interesses individuais que se converte em garantia de segurança jurídica e da estabilidade das relações.⁸³

O negócio jurídico, segundo esta teoria, se converte em um comando concreto ao qual o ordenamento jurídico reconhece sua eficácia vinculante.⁸⁴

A teoria da declaração, apesar de se pautar pelo seu primado, não propõe o completo abandono da vontade do agente - muito embora, é o que se verifica em grande parte dos autores.

O negócio jurídico não deixa de ter seu aspecto subjetivo, mas valoriza a vontade do ponto de vista objetivo como uma orientação concreta reconhecível no ambiente social, a fim de ser tutelável juridicamente.⁸⁵

quebrarlo (Rover). En seguida (1875) se agrega el argumento de que, quien la crea "responde de esta apariencia externa de su voluntad, como si realmente hubiera querido" (Báhr). No mucho después (1878) se formula claramente la teoría declaracionista. Según ella, el Derecho no dice "elige tu efecto y te lo doy", sino que dice "concedo un efecto a ciertos actos"; si has elegido uno —la declaración— el efecto jurídico se produce "vi legis", y es indiferente que tal efecto sea o no sea querido (Kohler, Thon). CASTRO Y BRAVO, Frederico. *Ob. Cit.* p. 59.

⁸³ ROPPO, Enzo. *Ob. Cit.* p. 299.

⁸⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia. Ob. Cit.* p. 11-12.

Em suma, a teoria preceptiva funda-se na eficácia vinculante da declaração negocial do agente, prezando muito mais pelo reconhecimento social dado à manifestação, do que pela vontade interna do manifestante.

O grande mérito da teoria preceptiva, considerado um avanço em relação à vontade, diz respeito à tutela da confiança na formação do negócio jurídico, na medida em que este passou a ser visto objetivamente, resguardando os interesses do declaratário - algo que, dado ao subjetivismo da teoria da vontade, não era possível se conformar anteriormente.

A adoção da teoria preceptiva mostra que a consciência negocial abandona seu caráter estritamente liberal para assumir uma posição coletiva: o indivíduo deixa de ser o senhor do negócio para ser balizado pelo ordenamento e pela sociedade.

O principal pilar desta limitação é, indubitavelmente, a confiança negocial, ferramenta utilizada para legitimar a expectativa que a manifestação do declarante dá ao seu destinatário e à sociedade.

A teoria preceptiva, ao contrario da voluntarista, parte da premissa que aquilo que é reconhecido pela sociedade como manifestação de vontade é a real vontade negocial.

Se o agente possuía vontade diversa e, por alguma razão não a declarou, não poderá alegar divergência entre a sua vontade interna e aquela declarada, sob pena de violação à confiança e à expectativa geradas.

⁸⁵ Neste sentido, Emilio Betti: "Aliás, a crítica do dogma da vontade não deve ser entendida no sentido de que, com ela, se desconhece o elemento subjectivo do negócio jurídico, e que, no tratamento deste se propugna um regresso ao formalismo. Ninguém pode em dúvida que a vontade constitui um elemento normal do negócio jurídico, e que a ela deve atender-se ao apreciar um comportamento, especialmente quando, considerado de per si, no seu aspecto exterior, esse se apresenta não unívoco. Apenas por em relevo, com esta crítica, que o elemento <<vontade>> - entendida, não já em sentido meramente formal, como facto psicológico individual do querer em geral, mas antes como orientação e tomada de posição, em relação a certos interesses - deve tornar-se exteriormente reconhecível no ambiente social para poder adquirir relevância em face dos consócios e obter a tutela jurídica. BETTI, Emilio. *Ob. Cit.* p. 123.

3.2.1. A Confiança na Formação do Negócio Jurídico - Nova Teoria ou Elemento da Teoria da Declaração?

A teoria preceptiva do negócio jurídico, conforme já se expôs, visa dar maior ênfase àquilo que é socialmente reconhecido por manifestação de vontade, do que à vontade interna do agente, em caso de disparidade entre as duas.

O fundamento preceptista reside, portanto, na expectativa e na confiança gerada pelo declarante, sempre presumindo sua boa fé para conclusão do negócio jurídico.

Deste modo, encontrou-se uma solução que tirava do declaratório sua condição de vulnerável, vez que, estava sempre ao alvedrio da vontade interna do agente para a produção de efeitos do negócio.

Uma das maiores críticas à teoria preceptiva - como se verá oportunamente - reside no fato desta também se apegar à vontade do agente: não à vontade interna, mas tão somente à vontade declarada.

Há quem diga que, por isso, haveria uma terceira via conciliadora, qual seja, a teoria da confiança, segundo a qual, como aduz Roberto Senise Lisboa:

"Prestigia a declaração de vontade emitida, e não a vontade interna, como meio de proteção social. Verifica-se, pois, se o declarante deve arcar com os ônus decorrentes do fato de ter despertado a confiança dos outros no conteúdo daquilo que declarou. A análise repousa, portanto, no fato de a confiança depositada na declaração, pelo declaratório, ter cabimento ou não".⁸⁶

Em nosso ver, há um equivoco em excluir a confiança como um dos pilares da teoria preceptiva, tornando-a uma teoria aparte. Segundo tal teoria, a corrente da declaração valoriza tão somente aquilo que foi declarado, tornando quase nula a vontade interna do agente.⁸⁷

Respeitosamente, discordamos de tal entendimento.

Isto porque, já salientamos que a desvalorização da autonomia da vontade em substituição pela autonomia privada (leia-se teoria voluntarista pela preceptiva)

⁸⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Confiança Contratual*, São Paulo, Atlas, 2012. p. 48.

⁸⁷ LISBOA, Roberto Senise. *Ob. Cit.* p. 52.

não significa o desaparecimento da vontade interna do agente, mas tão somente a prevalência daquilo que é externamente reconhecível ante aquilo que é internamente resguardado.

De fato, reconhecemos que há uma ampla mitigação da vontade psicológica do agente - mitigação esta, que entendemos não ser mais condizente com o direito contemporâneo. Mas, fato é que, não há de se dissociar a confiança em uma nova teoria que se contraponha à preceptiva.

A confiança, em nosso entendimento, não deve ser teorizada como uma corrente aparte da teoria da declaração, mas, é, justamente, o seu fator moderador, o seu elemento objetivo.

O núcleo da teoria da declaração é a expectativa que um comportamento, uma emissão de vontade gera naquele que é seu destinatário. Este, em função dos signos que lhe foram transmitidos, crê, espera e confia na produção dos efeitos expressados pelo declarante.

Assim, a confiança do declaratório na formação do negócio é, em suma, o pilar geral da teoria preceptiva. Não há de se falar em uma nova teoria nela escorada, mas tão somente como fator regulador do organismo que é o negócio jurídico.

Nesta senda, Enzo Roppo, ao tratar da formação dos contratos, deixa claro que a função da confiança está em estabilizar e dar segurança às intenções expressas pelas partes. Contudo, para tutelar a confiança, é preciso que se analisem os elementos externos de formação do negócio jurídico, aqueles que são socialmente reconhecíveis e possuem o respaldo do ordenamento jurídico, de maneira a dar menor relevo - não exclusão - aos dogmas puros da vontade.⁸⁸

⁸⁸ "A razão unificante de todas estas regras é a exigência de tutelar a confiança (e enquanto isso, como sabemos, garantir a estabilidade, a ligeireza, o dinamismo das relações contratuais e, portanto, da transferência de riqueza). Mas tutelar a confiança só é possível dando proeminência - na definição do tratamento jurídico das relações - aos elementos exteriores, ao significado objectivo e típico dos comportamentos, à sua cognoscibilidade social; e isto significa, por contraposição, atenuar o tradicional relevo dado às atitudes psíquicas singulares, concretas e individuais dos contraentes, às suas representações subjectivas, limitadas ao foro íntimo - em conclusão, à sua <<vontade>>". ROPPO, Enzo. *Ob. Cit.* p. 301.

A confiança na formação do negócio é o fio norteador da teoria preceptiva, ainda que esta tenha como mote a super valorização da vontade emitida, em detrimento da vontade psicológica do agente. O interesse negocial do declaratório somente se concretiza ante a confiança exalada pelo declarante quando da exteriorização da manifestação de vontade.

Contudo, a formação do negócio jurídico passa, essencialmente, pela análise da perspectiva da vontade - interna ou declarada, a depender da corrente adotada. A confiança é, sob a perspectiva objetivista, uma decorrência da declaração de vontade negocial, mas não é elemento estrutural do negócio jurídico. Este nasce tão somente a partir da conformação das vontades dos agentes, não da confiança desperta em cada um quanto à concreção do negócio.

A confiança e a expectativa servem como meios de interpretação do negócio em caso de discrepância entre a vontade interna e a exteriorizada pelo declarante. Será com base na recognoscibilidade da intenção que serão imputados os ônus às partes pela não conformação do negócio jurídico, independentemente da corrente adotada.

A proteção à confiança negocial não se confunde, todavia, com o próprio negócio jurídico. Este é oriundo da permuta de vontades, dentro de um contexto social reconhecível. A confiança é tão somente uma consequência tutelável pelo ordenamento, mas não a força geradora do negócio em si.

A tendência dos ordenamentos editados sob a influência pandectista é seguir exatamente neste sentido: a confiança é elemento decorrente e tutelável do negócio jurídico, mas não é um pilar para sua existência.

O BGB, em seu §116⁸⁹, ao tratar da hipótese de reserva mental, deixa claro que deverá prevalecer aquilo que foi exteriorizado pela parte, como maneira de premiar a confiança gerada pela manifestação emitida.

⁸⁹ §116: "Mental reservation. A declaration of intent is not void by virtue of the fact that the person declaring has made a mental reservation that he does not want the declaration made. The declaration is void if it is to be made to another person who knows of the reservation".

O diploma germânico, posteriormente, no seu §122⁹⁰, mais uma vez menciona a confiança como critério de interpretação negocial, dispondo que aquele que quebra a confiança de outrem deverá arcar com o ônus de sua conduta.

O Código Civil italiano, em seu artigo 1.428⁹¹, bem como o português, no artigo 247^{o92}, expõem que o reconhecimento da parte na formação do negócio gera neste uma expectativa, uma sensação de segurança quanto à formação do negócio.

Em nenhuma das referidas normas, todavia, a confiança é elemento formador do negócio jurídico. Este ocorre apenas em decorrência da permuta de vontades - interna ou declarada - dos envolvidos. A expectativa é uma consequência da troca de vontades, mas não o que torna existente o negócio jurídico.

O próprio Código Civil brasileiro, que adota uma posição intermediária, isto é, protege tanto a vontade das partes como aquilo que foi declarado, deixa claro que a confiança gerada na parte é o fundamento tutelável da tutela da declaração de vontade, mas não o fator de sua gênese.⁹³

Em comentários ao dispositivo, Renan Lotufo, escorado em Francisco Amaral aduz que o "sistema brasileiro adotou um critério que avulta a preocupação com a confiança despertada no destinatário da declaração, com sua boa fé, e com os usos e costumes do local".⁹⁴

No mesmo sentido, Nestor Duarte faz referência a Orlando Gomes ao dispor que enquanto tem um dos contratantes razão para crer que a declaração

⁹⁰ §122: "Liability in damages of the person declaring avoidance (1) If a declaration of intent is void under section 118, or avoided under sections 119 and 120, the person declaring must, if the declaration was to be made to another person, pay damages to this person, or failing this to any third party, for the damage that the other or the third party suffers as a result of his relying on the validity of the declaration; but not in excess of the total amount of the interest which the other or the third party has in the validity of the declaration. (2) A duty to pay damages does not arise if the injured person knew the reason for the voidness or the voidability or did not know it as a result of his negligence (ought to have known it)".

⁹¹ Art. 1428 "Rilevanza dell'errore. L'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale ed è riconoscibile dall'altro contraente".

⁹² 'Art. 247º "Quando, em virtude de erro, a vontade declarada não corresponda à vontade real do autor, a declaração negocial é anulável, desde que o declaratório conhecesse ou não devesse ignorar a essencialidade, para o declarante, do elemento sobre que incidiu o erro".

⁹³ Art. 110. "A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento".

⁹⁴ LOTUFO, Renan. *Ob. Cit.* p. 298.

corresponde à vontade do outro, há de se considerá-la perfeita, por ter suscitado a legítima confiança em sua veracidade.⁹⁵

Assim, não pairam dúvidas que a confiança não há de ser objeto de uma teoria formadora do negócio jurídico, mas tão somente um de seus elementos no que tange à teoria da declaração.

É na confiança e na expectativa criada perante o declaratório que surtirão as consequências do negócio, mas não dela que se extrai a formação da avença, que ocorre, exclusivamente, da permuta de vontades - declaradas ou internas, a depender da linha adotada.

A proteção da certeza na concatenação do negócio jurídico criada no declaratório está vinculada ao que Emilio Betti chama de "auto responsabilidade do declarante".⁹⁶

Segundo tal conceito, o ato da declaração encontra-se a ela diretamente vinculado, presumindo-se o conhecimento dos efeitos da manifestação de vontade por ele realizada, salvo prova em contrário de emissão viciada ou inconsciente.

Assim, uma vez emitida uma manifestação de vontade negocial, independentemente da vontade interna do agente, este estará vinculado àquilo que declarou e que foi objeto da criação de expectativas do declaratório para conformação do negócio jurídico, salvo hipótese de declaração viciada devidamente comprovada.

Ou seja, a confiança do declaratório emerge da presunção social de que a manifestação social, reconhecível como tal, é um ato consciente do declarante a fim de que se crie vínculo jurídico para formação de negócio. Esta confiança é tutelável na medida em que se reconhece a vontade declarada, não a interna, como aquela que é apta à vinculação das partes e intenção da produção de efeitos.

⁹⁵ DUARTE, Nestor in PELUZO, Cezar. Código Civil Comentado. 4ª Ed. Manole, Barueri, 2010. p. 101.

⁹⁶ BETTI, Emilio. *Ob. Cit.* p. 194.

A confiança é o elemento objetivo da boa-fé negocial, consagrado pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 113, aplicável a todos os envolvidos no ato jurídico.

Por isso, entendemos que a confiança, como expressão da autorresponsabilidade, não está adstrita somente ao declarante. Trata-se de situação bilateral, em que o tráfego negocial se movimenta para ambos os lados da situação.

Deste modo, tal qual como bem dispõe as legislações pátria e estrangeira, é dever também do declaratório se cientificar que o declarante possui plena consciência da sua vontade em firmar negócio jurídico. Ainda que a conduta do agente importe no reconhecimento jurídico social da intenção em formar negócio, é preciso se certificar que está é de fato a sua real intenção.

Por óbvio, não é possível impor ao declaratório o ônus de toda vez comprovar a ciência do declarante sobre seus atos, mas, ao menor sinal de inconsistência entre a vontade interna e aquilo que foi manifestado pelo segundo, é seu dever trazer à baila tal incongruência, sob pena de não conformação do negócio jurídico, ou de sua nulidade e anulabilidade, a depender da legislação adotada.⁹⁷

A confiança, mesmo não sendo elemento estrutural do negócio, paira sobre este como uma decorrência parassocial. Ao mesmo tempo em que a expectativa do declaratório é tutelada ante a manifestação do declarante, a ausência de vontade deste também é tutelada quando há a aparência de vinculação não desejada.

O negócio jurídico, como fenômeno social e cuja vinculação está relacionada ao reconhecimento das partes perante os demais, demanda que todos os envolvidos pautem sua conduta pela boa fé e confiança recíproca.

Assim, aquele que não tem a intenção de se manter vinculado, implicitamente, confia e espera dos demais que não se aproveitem desta condição para criar a falsa expectativa de existência do negócio.

⁹⁷ A maioria da doutrina e das legislações tratam a hipótese como fato nulo ou anulável. Em nossa visão, entretanto, não há conformação do negócio jurídico, o que será explicado em momento oportuno.

A autorresponsabilidade passa, portanto, não somente por aquele que emite uma declaração de vontade, mas também naquele que a recebe e a confirma perante o declarante. É de ambos, em atenção à boa fé, garantir que a existência do negócio jurídico se dê por vontade de todos, não somente em função da expectativa que uma manifestação pode gerar no indivíduo.

Em conclusão, a confiança em nosso ver, está diretamente atrelada à teoria da declaração, não sendo considerada uma teoria aparte para formação do negócio jurídico. Trata-se de uma consequência da permuta de vontade das partes, e que se impõe a ambas, mas não elemento essencial para existência do negócio.

3.2.2. Críticas à Teoria da Declaração

A teoria preceptiva - ou da declaração - é caracterizada por dar maior ênfase à vontade declarada pelo agente, valorizando seu reconhecimento social e a confiança gerada no declaratário acerca da formação do negócio jurídico, em detrimento da vontade interna do declarante, que nem sempre pode corresponder ao que ganhou forma no mundo fenomênico.

O negócio jurídico é, pois, segundo esta corrente, a permuta de vontades declaradas pelos agentes, que resultam em uma confiança recíproca para a formação da avença.

Como exposto anteriormente, a confiança não é, sob qualquer hipótese, elemento estrutural do negócio jurídico, tão somente uma consequência das declarações negociais, mas, também tutelável juridicamente.

Desde a promulgação do BGB, por força da conceituação de autonomia privada, a grande maioria dos ordenamentos civis posteriores adotou posicionamento primando pela vontade declarada, reconhecida como meio hábil para a formação do negócio jurídico como tal.

Entretanto, a corrente da declaração não passou ilesa de críticas em mais de um século desde seus primeiros postulados.

A primeira delas diz respeito a sua eficácia vinculante das partes que, sob a perspectiva kelseniana, eleva o negócio jurídico a um preceito concreto legal.

Antônio Junqueira de Azevedo tece suas críticas exatamente contra tal posicionamento. Segundo o autor, ao conceber o negócio jurídico sob tal perspectiva, a teoria peca pelo mesmo unilateralismo apresentado pela corrente subjetivista, na medida em que, ao converter o negócio jurídico em norma artificial, esta implicará em um mandamento que não lhe é característico

O negócio jurídico pode até ser elevado à condição de preceito jurídico entre as partes, por força do ordenamento, mas nunca será um preceito jurídico propriamente dito.

Do contrário fosse, sendo o negócio jurídico elevado à condição de norma, este se desligaria da vontade das partes - sua força propulsora - e se quedaria imune frente aos princípios básicos do ordenamento jurídico, dada sua autonomia legislativa.

Tal fenômeno seria deveras gravoso ao direito privado, vez que reduziria a quase nada o papel da vontade interna do agente em firmar negócio jurídico. A autonomia negocial, que tem como escopo regulamentar a liberdade das partes, estaria convertida em elemento de dominação e de imposição de determinados interesses.

Como bem expõe Frederico de Castro y Bravo, todas as leis derivam da atividade estatal constituída e, para sua criação, é demandada uma série de procedimentos que vão muito além do exercício da autonomia negocial das partes, visto que recaem sobre todos os indivíduos, indistintamente.⁹⁸

O negócio jurídico, aduz o autor, é obra de particulares, no gozo da autonomia negocial. A vinculação e os efeitos do pactuado recaem exclusivamente sobre cada negócio jurídico, não se convertendo em lei, mas em um contrato propriamente dito, com força apenas entre as partes.⁹⁹

⁹⁸ CASTRO Y BRAVO, Frederico. *Ob. Cit.* p. 31-32.

⁹⁹ "Esta situación hace necesarias unas aclaraciones. El término fuente jurídica puede tener dos sentidos. El de crear derechos subjetivos y aprontar ciertas reglas de "conducta entre particulares; en éste es en el que se considera "lex privata" al negócio jurídico. Fuente jurídica, en sentido estricto o

Ademais, qualquer preceito normativo impõe uma hierarquia institucionalizada, com a existência de uma relação entre um ente superior, que impõe a norma, e um inferior, a qual está subordinado. Nesta hipótese, o superior seria o Estado, e o subordinado, os jurisdicionados.

O negócio jurídico, por seu turno, tem como um dos pilares a igualdade formal das partes, de maneira que aquilo que é entre elas pactuado possui eficácia vinculante de maneira indistinta. Não há no pacto relação de subordinação, de supremacia de um sujeito, tal qual e uma lei estatal.

Nesta esteira, dispõe Renato Sconamiglio¹⁰⁰:

"Già sotto un profilo pratico risulta chiaro che il negozio non costituisce un comando. Basta dire che il comando postula una posizione di supremazia de un soggetto su di un altro ad esso subordinato, che non può assolutamente configurarsi invece in tema di negozio: infatti qui il comando non potrebbe indirizzarsi agli altri privati e, tanto meno, all'ordinamento e resterebbe dunque privo di destinatario".

A existência de um indivíduo em condição hierarquicamente superior, como aduz o autor, implicaria em um atentado à liberdade das partes de negociarem da maneira que bem entendessem, descaracterizando o elemento essencial do direito privado.

O negócio jurídico, ao contrário do que pretendem os partidários da teoria da declaração, não se eleva à condição de preceito normativo. Pode-se até considerá-lo uma baliza interna entre as partes, mas não adquire as mesmas prerrogativas que a lei possui.

Cariota Ferrara, citado por Antônio Junqueira de Azevedo, arrazoa que o negócio somente tem o condão de originar relações jurídicas, não quaisquer

técnico, es la fuerza social con propia potestad normativa creadora; entonces, si ello es así, ha de afirmarse que las grandes empresas y las organizaciones de los grupos de presión, p. ej., no son (al menos, todavía) fuente de Derecho. El Estado, y las fuentes de Derecho que aquél reconoce, crean reglas de carácter heterónomo respecto a los particulares, de inmediata fuerza imperativa, ordenadoras de la general convivencia, que influyen entre sí, hasta constituir un todo armónico (exigencia de la unidad del sistema), y de cuya vigencia, derogación y efectos retroactivos dispone. El negocio jurídico es obra de particulares, autonomía *privada*; la aprobación legal recae sobre *cada* negocio y a éste no se le convierte en ley, sino que el contrato, p. ej., "tiene fuerza de ley entre las partes contratantes" (art. 1.091) y "sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos" (art. 1.257". CASTRO Y BRAVO, Frederico. *Ob. Cit.* p. 32.

¹⁰⁰ SCONAMIGLIO, Renato. *Ob. Cit.* p. 71.

preceitos com força normativa. Isto porque, a ordem jurídica reconhece a autonomia negocial como formadora de relações jurídicas, não como criadora de normas.

Por fim, o autor conclui que aquilo que emerge das relações negociais não pode ser tido como uma norma, visto que a autonomia das partes já possui respaldo e fundamento no ordenamento jurídico. Norma/preceito e relação jurídica são termos que não se equivalem: uma relação jurídica não é jamais uma relação normativa.¹⁰¹

O reconhecimento do negócio jurídico como norma também teria como implicação a impossibilidade de reconhecimento dos negócios jurídicos nulos, os quais seriam vistos como simples fatos, já que haveria um rompimento da cadeia normativa entre a norma superior e a norma inferior, a fim de manter a coerência teórica.¹⁰²

A definição de norma trazida por Custódio da Piedade Ubaldo Miranda deixa ainda mais clara a discrepância entre negócio jurídico e norma jurídica, vez que esta é tão somente um preceito contido numa fórmula encontrada pelo legislador para garantir a ordem social.¹⁰³ Trata-se, em regra, de um comando geral, abstrato e coercível, ditado por uma determinada autoridade competente, que impõe determinados arquétipos a fim de regular o funcionamento social.

Em nada, portanto, se assemelha o negócio jurídico à norma.

Neste compasso, a fim de reforçar seu posicionamento, o autor se contrapõe a Giovanni Ferri, para o qual o negócio jurídico é uma fonte de normas jurídicas e a generalidade não seria uma característica das normas jurídicas, na medida em que o comando dirigido a um determinado sujeito - como no negócio jurídico - não deixa de ser norma jurídica.

¹⁰¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Ob. Cit. Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia. Ob. Cit.* p. 13.

¹⁰² Neste sentido, Antônio Junqueira de Azevedo: "Ficam, por exemplo, fora das definições preceptivas, que, assim, não abrangem todo o definido, os negócios nulos; de fato, em virtude de sua situação irregular, é preciso cortar sua ligação com a norma superior, isto é, no encadeamento de normas superiores e inferiores, deve ser feita, aqui, uma ruptura, para que o que seja o último elo normativo não venha prender-se a toda a cadeia; segue-se daí que, para se manter a coerência, os negócios nulos (ou anuláveis, anulados) somente podem ser vistos como não normas, ou não negócios). AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia. Ob. Cit.* p. 14.

¹⁰³ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldo. *Teoria Geral do Direito Privado*, Belo Horizonte, Del Rey, 2003. p. 65.

Ademais, o doutrinador também dispõe que a abstração normativa, caracterizada por uma hipótese prevista pelo legislador ao fato concreto, também estaria presente nos negócios jurídicos, vez que o comportamento, e.g., de uma das partes do negócio jurídico também é hipotético, na medida em que a conduta imposta pode ser observada ou não.

Data vênia, discordamos do mestre italiano e nos alinhamos ao doutrinador brasileiro, que desconstrói o pensamento do primeiro ao demonstrar e expor, de maneira cabal, todas as diferenças entre um pacto negocial e uma norma propriamente dita.¹⁰⁴

A discrepância, corroborando com Renato Sconamiglio, reside no fato de que as normas legais possuem caráter heterônomo, ou seja, são editadas por uma entidade superior em relação aos destinatários, os quais são subordinados.

As regras convencionadas em um negócio, todavia, são autônomas visto que emergem da autonomia das partes, lastreada no ordenamento jurídico que concede às partes a faculdade de regularem as próprias relações.

Em suma, as críticas à teoria da declaração se dão em função da pretensão, por parte da doutrina em elevar o negócio jurídico à condição de norma, quando já se demonstrou que este não possui as características para tanto.

Além disso, na tentativa em desconstruir as noções voluntaristas, acabou-se por deixar sem qualquer proteção os interesses do declarante, vez que se pretende somente a inversão do que prevalece para formação do negócio: a vontade interna ou a vontade externa.

3.4. Teoria Intermediária - A Responsabilidade na Formação do Negócio Jurídico

Como se percebe, as concepções voluntaristas e preceptivas não foram unânimes perante os estudiosos do negócio jurídico, de maneira que surgiram novas teorias, bem como a sugestão de novos caminhos.

¹⁰⁴ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldo. *Ob. Cit.* p. 67-68

Dentre estas, destacamos a teoria da responsabilidade, oriunda da do estudo culpa *in contrahendo*, proposto por Savigny em 1861.

Segundo tal teoria, em face do dilema entre vontade interna e vontade percebida, a resolução do problema estaria não na causa da contenda, mas nas suas últimas consequências, quais sejam, os danos e os prejuízos causados em função de tal dicotomia.

Assim, aquele que em um determinado ato de conduta não desejado acaba por, culposamente, gerar em outrem a expectativa de realização de negócio jurídico, deverá responder por todos os danos que o último incorrer.¹⁰⁵

O principal mote desta teoria é, portanto, a prevalência da vontade interna em caso de embate com aquilo que é percebido pelo declaratório, desde que o declarante responda por todos os prejuízos causados em função do equívoco culposos em sua declaração.

Segundo Humberto Theodoro Junior, em comentários à teoria, objetou-se que a consequência do ato ilícito culposos seria a não criação do negócio jurídico, mas tão somente a obrigação de indenizar.

O autor, por sua vez, aduz ser inverídica tal ilação, vez que a vontade merece proteção do ordenamento jurídico quando se destina a alcançar escopos afins aos interesses sociais, visto que o fundamento desta proteção seria o interesse do comércio jurídico, não uma homenagem incondicional e servil ao ato volitivo.¹⁰⁶

Data vênia, discordamos do referido autor. Em nosso ver, não se trata de uma mera homenagem ao ato volitivo, mas sim a busca por um equilíbrio entre a vontade

¹⁰⁵ Sobre a teoria, sucintamente, Frederico de Castro Y Bravo: "*Teoría de la responsabilidad*.—En un viejo trabajo de Jhering (1861), titulado "La 'culpa in contrahendo' o indemnización por daño en los contratos nulos o que no se han perfeccionado", a costa de forzar los textos romanos estudiados, se ofrecía una nueva solución a la dificultad; se sostiene que, además de la voluntad y de las declaraciones, habría de apreciarse la conducta de los que entran en tratos, y así debería responder por los daños que causara quien incurriera en culpa. La idea se fue abriendo camino y, recogida por Windscheid (1878-1881), será utilizada para matizar la teoría de la voluntad, diciéndose que cuando la divergencia entre declaración y voluntad se deba a dolo o culpa lata de un declarante, éste deberá *responder* de lo que declaró, como si verdaderamente lo hubiera también querido". CASTRO Y BRAVO, Frederico. *Ob. Cit.* p. 60-61.

¹⁰⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. Dos Efeitos do Negócio Jurídico No Novo Código Civil, Belo Horizonte, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2003. p. 119-120.

interna do agente e os efeitos danosos que uma declaração equivocada pode implicar no declaratório.

Em hipóteses como a da declaração de vontade equivocada que será aprofundada oportunamente, o negócio jurídico sequer chega a existir. O que há é um quase negócio jurídico: há impressão de negócio apenas para uma das partes, mas, sendo a vontade seu elemento essencial, o seu descompasso pode vir a desnaturar a sua condição negocial.

Ademais, a possibilidade de responsabilização do agente justamente corrobora com os interesses sociais realçados pelo autor. Ao permitir que o declaratório possa ser ressarcido pelos prejuízos que eventualmente tenha incorrido, a teoria da responsabilidade zela pelos seus interesses.

Há, de fato, um equilíbrio entre a vontade do declarante e a necessidade de resguardo da posição do declaratório, sem que um tenha que prevalecer sobre o outro.

Contudo, a nossa crítica recai sobre a origem da teoria da responsabilidade, qual seja a culpa *in contrahendo*.

Ao que nos parece, trata-se de instituto cuja incidência se dá em um contexto muito mais denso do que o da emissão da declaração de vontade negocial. Sua verificação ocorre em momento posterior a manifestação de vontade, mas quando, por exemplo, já em fase pré negocial, uma das partes procede com rompimento abrupto das tratativas negociais.

Veja-se que esta não decorre do descompasso entre a vontade interna e a vontade percebida, mas de ato ilícito alheio à declaração de vontade, um comportamento culposo/doloso que já tangencia a instrumentalização de um contrato.

Por isso, a natureza da culpa presente na teoria da responsabilidade não seria *in contrahendo*, mas, extracontratual, visto que se trata de ato ilícito que não tem por origem qualquer relação havida entre as partes.

Nesta esteira, o fundamento da teoria da responsabilidade se encontra, justamente, na proteção à confiança e a expectativa geradas no declaratório por conta da declaração de vontade equivocadamente emitida.

Roberto Senise Lisboa, ao comentar o tema, aduz que "os adeptos da terceira via da responsabilidade entendem que ficou evidenciada a aproximação entre a responsabilidade extranegocial e negocial, desgastadas pelas modificações socioeconômicas relativas ao dano e à culpa, não impedem o reconhecimento de uma outra responsabilidade, mais dinâmica e adaptável aos tempos atuais: a responsabilidade pela confiança".¹⁰⁷

Assim, o que se pretende é, através da responsabilidade civil, tutelar os prejuízos decorrentes da confiança do declaratório pela não realização do negócio jurídico, ou seja, trata-se da responsabilização pela frustração negocial.

A responsabilidade pela confiança não seria extracontratual nem contratual. Teria como fundamento a confiança por si só, reduzindo a importância do negócio jurídico como elemento de conexão universal para embasar a própria teoria.¹⁰⁸

Em que pese o referido entendimento, nos coadunamos no sentido de que a confiança não é, em si, o fundamento para que decorra a responsabilização do agente, mas será tão somente a conduta culposa que implique em sua quebra.

Ao minorar a importância do negócio jurídico, a referida teoria peca por afastar de si a vontade como pressuposto de existência negocial. Evidentemente que a confiança e a expectativa são passíveis de tutela, mas a sua quebra decorre senão da discrepância entre vontade interna e vontade percebida.

O ato ilícito não é assim, a quebra da confiança do declaratório. Isto é o seu efeito. A ilicitude, fundamento da responsabilização, é a declaração equivocada, em desarmonia entre o querido pelo declarante e o verificado pelo declaratório.

¹⁰⁷ LISBOA, Roberto Senise. *Ob. Cit.* p. 86.

¹⁰⁸ Manuel Carneiro da Frada, *apud* LISBOA, Roberto Senise. *Ob. Cit.* P. 88, reduz a importância do negócio jurídico, afirmando que a tutela da confiança permite colmatar lacunas de proteção que a teoria do negócio tem de deixar em aberto por não lograr ainda assim abranger o espaço correspondente; nesse sentido, complementa-a. Não é que com isso, ela venha a ser perspectivada tão só como subsidiária e instrumental em relação ao negócio. O negócio representa, por muito relevante que seja, apenas uma forma, entre outras, do vasto campo da interação humana, globalmente sujeita à responsabilidade pela confiança".

Deste modo, ante ao senso de equilíbrio trazido pela teoria da responsabilidade, entendemos que esta é a via mais acertada para resolução de conflitos entre o voluntarismo e o objetivismo da declaração de vontade negocial.

Apesar de, naquilo que entendemos como um resultado prático satisfatório, nossa única ressalva está no fundamento que a teoria encontra para responsabilizar o agente: em nosso entendimento, a culpa é extra contratual, dada a inexistência de relação jurídica. Não se trata nem de culpa *in contrahendo*, nem de culpa fundamentada na confiança do declaratório.

3.5. O Negócio Jurídico Como o Exercício de um Direito Subjetivo

O negócio jurídico, como já se expôs, é fruto essencialmente das atividades humanas, visto que cada indivíduo, ao se relacionar com os demais, acaba por dar origem às mais diversas relações jurídicas.

Trata-se de um natural exercício de conciliação de vontades, que irão se permutar a fim de, em plena simbiose, dar origem a um denominador comum, aceito e vinculante às partes.

Tem-se, assim, que a vontade, a intenção do agente para a conformação do negócio se desenvolve em um caminho que vai do aspecto subjetivo ao objetivo, isto é: o agente possui uma vontade interna em firmar o negócio, vontade esta que é exteriorizada e processada pelo destinatário, cuja vontade interna seguirá o mesmo caminho, mas em direção ao declarante.

O negócio jurídico demanda, portanto, de elementos objetivos e subjetivos para sua concreção. Não haverá, em nossa perspectiva, negócio jurídico sem que exista vontade interna do agente, como também não será possível verificá-lo se esta não for exteriorizada e reconhecida como tal pelo ordenamento jurídico.

Neste cenário, há de se questionar se o negócio jurídico pende ao aspecto objetivo ou ao elemento subjetivo. Tal questionamento se faz de suma importância a fim de verificar o papel da declaração de vontade quanto à sua formação.

Para tanto, a perquirição de uma reposta satisfatória demanda à análise genética do negócio. O que dê fato é a faísca que promove a sua existência? A vontade interna do agente ou aquela declarada e percebida pelo destinatário?

Em nosso ver, é elemento fulcral do negócio a real intenção do agente em firmar determinada avença; em criar, modificar ou extinguir efeitos; ou que sua atitude venha a produzir efeitos e vinculá-lo a uma determinada obrigação.

Não nos apreze razoável a mitigação a vontade interna que os ordenamentos e a doutrina têm adotado como posição majoritária.

O negócio jurídico é, em gênese, uma manifestação essencialmente subjetiva. É necessário que um indivíduo assuma e tenha a intenção de se vincular a uma obrigação. Invariavelmente, o primeiro passo será sempre a vontade interna de alguém em emitir declaração de vontade destinada a produção de efeitos jurídicos.

Trata-se de uma característica implícita à prerrogativa do indivíduo de exercício da sua autonomia negocial, a qual lhe é exclusiva. A vontade é, inderrogavelmente, o ponto de partida para a formação do negócio jurídico.

Apesar das constantes críticas, é certo que há uma prevalência da perspectiva objetivista do negócio jurídico. De fato, tal corrente traz maior segurança às relações e traz consigo critérios mais diretos em caso de conflito entre a vontade declarada e a vontade interna do agente.

Mesmo para Antônio Junqueira de Azevedo, que propõe uma análise estrutural do negócio jurídico, conseguimos extrair de sua obra uma tendência a enfatizar os aspectos objetivos do negócio, pautados sempre na confiança, na expectativa e no reconhecimento da declaração de vontade negocial perante as partes e o ordenamento.¹⁰⁹

Contudo, em um movimento pendular, entendemos que a proteção da vontade interna do agente merece mais resguardo do que atualmente é dado pela doutrina e pela maioria dos ordenamentos.

¹⁰⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. *Ob. Cit.* p. 14.

O negócio jurídico é, antes de mais nada, um exercício de autonomia negocial da vontade das partes em firmar negócio jurídico que venha produzir efeito, à luz do ordenamento.

Não se nega a importância que possui a declaração para a formação do negócio, mas não pode ela se sobrepor a real intenção das partes. Não se trata aqui de renegar o seu relevo, mas tão somente de uma tentativa de encontrar um equilíbrio entre as duas teorias mais aceitas pela doutrina.

Nesta medida, entendemos que o negócio jurídico é a assunção de uma conduta subjetiva. Sem a intenção do sujeito, o negócio não assume a sua plenitude. Tanto assim é que, a constatação de vícios de vontade o torna nulo ou anulável.

Francesco Carnelutti segue exatamente neste sentido, ao conceituar "o negócio jurídico como um exercício de um direito subjetivo, em particular quando se considera o direito subjetivo e o negócio jurídico privado, sendo naturalmente implícita a sua consideração como um fenômeno de autonomia privada" (tradução nossa).¹¹⁰

Em nossa visão o negócio jurídico não é, propriamente, um direito subjetivo, visto que são institutos distintos. Este último, na visão de Emilio Betti, é um estado de fato ou de direito que corresponde a uma proteção jurídica preexistente, com ou sem a cooperação de outros.¹¹¹

¹¹⁰ "A differenza dal provvedimento, la figura del negozio jurídico è quella che, tra gli atti giuridici transattivi, è stata finora più assiduamente e finemente elaborata dal diritto. Per chi dedicherà, con diletto e con profitto, alla storia dei dogmi giuridici, la formazione e il perfezionamento del concetto di negozio potrà offrire una materia di sommo interesse. Qui debbo limitarmi ad accennare che da principio il concetto s'è formato senza alcun collegamento a quello del diritto soggettivo e, invece, in collegamento strettissimo con il concetto di dichiarazione; solo da ultimo, mentre ha cominciato ad emanciparsi de questo, s'è venuto scoprendo il suo collegamento funzionale con il diritto soggettivo; ma tanto sotto l'uno quanto sotto l'atro aspetto il progresso delle idee è lento, per non dire un stentato. Al punto in cui siamo, l'evoluzione del concetto, per quanto sia in cammino ormai da più di un secolo, è ancora lontana dalla mèta del secolo ventesimo, la categoria del negozio non è usata come strumento legislativo in quanto non s'è ancora staccata, prima di tutto, dal contratto che presenta una specie composta, attraverso la quale è storicamente emersa. Nella definizione del negozio giuridico come esercizio di un diritto soggettivo, in particolare quando si considera il diritto soggettivo e il negozio giuridico privato, è naturalmente implicita la sua considerazione come un fenomeno di autonomia privata; il diritto soggettivo privato infatti è il tipo di rapporto mediante il quale il diritto (oggettivo) può prodursi in regime di autonomia." CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale Del Diritto*. Roma, 1951. p. 220-221.

¹¹¹ BETTI, Emilio. *Ob. Cit.* p. 73.

Contudo, não se pode negar que o negócio somente decorre do exercício do direito subjetivo do agente em praticar a sua autonomia negocial.

A existência do negócio jurídico demandará, necessariamente, a potestatividade do agente, que através de uma declaração consciente, permutará suas intenções com o destinatário, formando assim uma avença reconhecida pelo ordenamento.

Renato Sconamiglio se opõe à oposição de Carnelutti, vez que, em sua opinião, o negócio jurídico é um instituto dinâmico, fruto das constantes interações humanas, ao passo que o direito subjetivo, em sendo algo que decorre da lei, seria algo estático, sem qualquer margem de mobilidade para o agente.

Neste sentido, somente a autonomia negocial dá a prerrogativa do sujeito em regular as próprias relações, não o direito subjetivo que este possui.¹¹²

Em nossa visão, nos parece mais acertada a posição de Carnelutti, vez que a faculdade do indivíduo em gozar da sua autonomia negocial é, essencialmente, o exercício de um direito subjetivo reconhecido e respaldado pelo ordenamento jurídico.

De fato, sob a ótica juspositivista, um direito subjetivo é estático, preexistente e atrelado a uma norma fixada pelo ordenamento. Entretanto, sua principal característica é tutelar a realização dos interesses humanos, dinâmicos, por si só.

Caio Mario Pereira da Silva, escorado em Jellinek, Michoud, Saleilles, Ferrara, Ruggiero, propõe uma compreensão do direito subjetivo como um poder de querer, isto é, como a expressão de uma vontade que se realiza para perseguir um objetivo, visando à realização de um interesse.¹¹³

¹¹² "La distinzione tra esercizio del diritto soggettivo e esercizio dell'autonomia ci pare particolarmente evidente, tenuto conto che solo nel secondo caso si è autorizzati a dar regola ai propri interessi, realizzando così, per l'appunto situazioni giuridiche nuove.", SCONAMIGLIO, Renato. *Ob. Cit.* p. 154-156.

¹¹³ O conceito de direito subjetivo tem sido objeto de maiores estudos pela doutrina desde meados do século XIX. Existem, basicamente, três doutrinas mais difundidas a respeito deste conceito. Para fins do presente estudo, foi adotada a Teoria Mista que, como o próprio nome diz, é um meio termo existente entre as outras duas principais correntes, quais sejam: a) Teoria da Vontade, elaborada por Windscheid e defendida, dentre outros, por Savigny, que caracterizava o direito subjetivo pelo seu aspecto volitivo, opondo-o ao direito objetivo, cuja aplicação dependeria da vontade do sujeito

Segundo o autor, a própria utilização do termo “querer” por estes doutrinadores pretende expor a ideia de uma vontade ligada a uma finalidade, pois quem pretende, quer algo.

Assim, tem-se por fim construção de um conceito de direito subjetivo que leve em consideração o aspecto interno, isto é, a vontade; e o finalístico, que é o interesse.¹¹⁴

Neste contexto, a autonomia negocial possui intrínseca ligação com a vontade interna do agente, sendo a expressão desta à luz das normas vigentes, com a finalidade de dar eficácia a sua declaração de vontade em conformar o negócio jurídico.

Não se trata de uma simples retomada das concepções voluntaristas e a ressurreição do dogma da vontade. Em verdade, entendemos que o negócio jurídico somente se forma ante a expressão da vontade consciente do agente, com vistas ao seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico. Esta manifestação, fruto de sua prerrogativa de exercício da autonomia negocial, decorre de uma possibilidade que lhe é conferida pelo ordenamento, configurando, assim, um direito subjetivo.

A vontade, como já exposto, é o elemento nuclear da autonomia negocial. A tutela jurídica, claro, não deve cair sobre o mero alvedrio do sujeito, mas tão somente sobre as situações em que é inquestionável o seu total domínio volitivo em conformar o negócio jurídico.

Apesar de isolada quando da formação de sua teoria, a posição de Carnelutti nos parece a mais equilibrada em função da sua perspectiva subjetiva, que dá à vontade interna do agente a sua devida importância sem, entretanto, desqualificar a confiança e a expectativa gerada no destinatário acerca de uma manifestação de vontade emitida.

concretamente considerado. Também é conhecida como escola psicológica; e b) Teoria do Interesse, desenvolvida por Ihering, segundo a qual o direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido por meio de uma ação judicial, ou seja, o interesse de agir.

¹¹⁴ PEREIRA, Caio Mario. Instituições de direito civil. Vol. I, 21ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2006. p. 26.

3.6. A Consciência Funcional da Vontade Negocial

O cerne da discussão, em caso de conflito entre a vontade interna e a declaração percebida, passará verificação do domínio da vontade do agente, isto é, da sua consciência em querer a produção de determinados efeito jurídicos.

Retomando o conceito de circunstância negocial apresentado anteriormente, esta será dividida em um aspecto interno e um externo. Neste momento, seu aspecto endógeno assume grande importância, visto que é a partir do autoconhecimento de que determinada conduta implicará na produção de efeito é que se formam as bases para o exercício da autonomia negocial.

O autorregulamento das relações importa, necessariamente, em uma análise subjetiva, qual seja, a real intenção em do agente em propagar a sua vontade negocial, qualificada como tal.

Para que se fale em autorregulamento, é necessário que o indivíduo tenha ampla consciência a) da sua vontade; b) dos seus atos; c) dos efeitos dos seus atos perante terceiros.

Ausentes o total domínio de qualquer um desses elementos, não é possível se verificar a capacidade do sujeito para sua autorregulamentação e, conseqüentemente, para a realização do negócio jurídico.

Não entramos ainda em aspectos relativos à incapacidade - total ou parcial - do indivíduo. A análise, por ora, se resume consciência funcional do negócio jurídico, isto é, na situação em que o indivíduo, em pleno gozo de sua capacidade, possui a aptidão para expressar ou não sua vontade negocial com fins de produção de efeitos jurídicos.

No que tange à vontade, primeiramente, é condição *sine qua non* a intenção e o interesse em, através da autonomia negocial, ser realizado o negócio jurídico. Sem o aspecto volitivo, ao contrário do que prega a doutrina vigente, capitaneada por Antônio Junqueira de Azevedo, não se verifica o negócio jurídico.

Não nos parece razoável ter por existente um negócio jurídico que, sob qualquer instancia, jamais se desejou. Dá-lo como existente, sob a premissa de

proteção à expectativa e a confiança gerada perante o declaratório não nos parece verdadeiramente a melhor solução.

Ao retirar o elemento da consciência volitiva do agente, de certa maneira, este acaba arcando com o ônus de estar vinculado a negócio jurídico que jamais quis sequer realizar. Segundo o ordenamento atual, do qual discordamos, haverá sim negócio jurídico, podendo ser este nulo ou anulável, a depender da situação.

A falta de vontade ora analisada não é aquela decorrente de erro ou de qualquer outro vício quando da formação do negócio jurídico - até porque, nestes casos existe vontade, mas com desvio funcional de seus objetivos. Nossa crítica, a princípio, se reduz ao negócio jurídico formado sem qualquer intenção do agente que, por força de declaração negocial, se encontra vinculado sem assim querer.

O Código Civil brasileiro, ao ser editado, adotou posicionamento que, em regra¹¹⁵, privilegia a declaração do emissor, em detrimento de sua vontade interna. Não se trata de um posicionamento radical, mas é certo que a vontade real se encontra minorada em relação à vontade declarada.

Pode se dizer que o tráfego de vontade, de acordo com o direito brasileiro, se encontra escorado na chamada aparência eficaz do negócio jurídico. A vontade interna, segundo tal teoria, não necessariamente necessita estar em harmonia com a vontade declarada para que o negócio seja existente, bastando a confiança e a expectativa gerada no declaratório para que seja verificada a produção de efeitos.

A aparência eficaz se diferencia da teoria da declaração pura por não se olvidar da vontade interna do agente, ao contrário da primeira. Contudo, inegavelmente, tem como mote a tutela confiança gerada no destinatário para a formação do negócio jurídico.

¹¹⁵ Exceção feita ao Artigo 1.899: "Quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador". Segundo Maria Helena Diniz, o legislador buscou atender ao princípio do "*voluntas spectanda*", que consiste na interpretação da vontade subjetiva do negócio jurídico *causa mortis* em caso de não correspondência entre aquilo que o *de cuius* quis exprimir e a forma em que a cláusula testamentária foi redigida. DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado, Saraiva, 15ª Ed. São Paulo, 2010. p. 1332-1333.

Há quem diga, como Humberto Teodoro Junior¹¹⁶, que o Código adotou posição que privilegia a vontade interna do agente:

"Em toda a celeuma gerada pela luta entre a teoria da vontade e a teoria da declaração, o novo Código, ao disciplinar genericamente os vícios de consentimento, tomou partido da defesa da vontade real, permitindo a anulação dos negócios em que o consentimento não for livre e conscientemente manifestado (coação, dolo, lesão e estado de perigo)".

Data vênia, discordamos do autor, na medida em que o artigo 110, ao abordar a reserva mental, deixa claro que prevalecerá a vontade declarada em face da vontade interna do agente, salvo se o destinatário dela tinha conhecimento.

A intenção do artigo é, justamente, dar eficácia a vontade que se materializa perante a sociedade em face daquela que internamente possuía o autor. Neste caso, inclusive, não há de se fazer objeção à norma, pois, uma vez tida como inequívoca a vontade expressada, não pode o declaratório ser prejudicado pela intenção prejudicial do declarante.

Contudo, o Código em momento algum aborda a hipótese de inconsciência da emissão de declaração de vontade negocial do agente, tal qual dispõe o Código Civil Português em seu artigo 246º.

A consciência e o domínio da vontade em realizar o negócio jurídico, em nosso ver, são elementos necessários para que a declaração de vontade negocial esteja apta a produzir do negócio jurídico existente.

Contudo, a lei brasileira vigente não faz esta distinção, partindo sempre da análise do negócio jurídico como existente. Coube a doutrina, então, analisá-lo sob este plano.

Conforme exposto previamente, Antônio Junqueira de Azevedo entende ser possível a formação de negócio jurídico sem que o agente tenha vontade, ou melhor, consciência dela para ser dado como vinculado. Segundo o autor, a falta de consciência da juridicidade do ato que implica na manifestação negocial será passível de anulabilidade, mas o negócio jurídico permeará o plano da existência.¹¹⁷

¹¹⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Ob. Cit.* p. 122.

¹¹⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico e Declaração Negocial. Ob. Cit.* p. 164.

Neste ponto, salienta-se também não tratar-se da hipótese de declarações não sérias trazidas pelo artigo 245º do Código Civil Português e pelo §118 do BGB. A presente análise recai pela ausência de consciência da vontade de declarar, isto é, total carência do domínio da declaração de vontade negocial.

Nos referidos dispositivos, o declarante possui consciência de que seu ato pode importar em vinculação, mas de forma alguma a desejam, seja pelo fato de estarem imbuídos de *animus jocandi*, seja por que se trata de declaração desprovida das circunstâncias negociais, como no caso daquele que declara "sua vontade negocial" interpretando um personagem em uma peça teatral.

A posição de Antônio Junqueira de Azevedo, em nossa opinião, torna devidamente onerosa a condição daquele que se vinculou sem ter consciência do ato.

O Código Civil, sob a rubrica da proposta contratual, aduz em seu artigo 428, IV, à luz do princípio da irrevogabilidade¹¹⁸, que somente desvinculará aquele que se retratar ao menos simultaneamente ao envio da policação.¹¹⁹

Nesta hipótese, o agente, ainda que inicialmente não tenha a consciência de seu ato, posteriormente dele toma percepção, procedendo com a consequente retratação.

Não há o que se discordar da referida hipótese. O agente age no pleno gozo das suas funções e possui total consciência, ao menos, do ato revogador.

Contudo, retomando a situação apresentada por Antônio Junqueira de Azevedo, como fica aquele que não tem consciência do seu ato e por ele está vinculado?

A solução para este dilema se encontra justamente naquilo que foi o ponto de partida para o estudo do negócio jurídico: a consciência da vontade interna do autor.

¹¹⁸ Pode-se vislumbrar no princípio da irrevogabilidade traços da teoria da declaração e da confiança na formação do negócio jurídico. Apesar de comportar várias exceções trazidas pelo Código, é graças a este princípio que o oblato pode se considerar vinculado ao contrato. Em estrito senso, são verificados todos os elementos de formação do negócio jurídico conforme a doutrina vigente, sem, mais uma vez, falar-se em consciência do ato, qual seja, a proposta.

¹¹⁹ Art. 428. "Deixa de ser obrigatória a proposta: [...]IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente".

O negócio jurídico é nada menos do que o fruto da interação humana, cujas relações sempre se pautaram na vontade individual de criar, modificar ou extinguir direitos.

Não contestamos que o desenvolvimento da matéria trouxe respostas para diversos questionamentos que surgiram nos últimos dois séculos. A ocorrência de diversas teorias que buscam explicar a formação do negócio jurídico somente corrobora com o alto grau de atenção dado à disciplina.

Contudo, volta e meia os estudiosos do direito privado se deparam com questões que merecem o reexame de pontos paradigmáticos, vez que à luz de um novo tempo, um novo pensamento, é possível se verificar novas perspectivas até então à margem de observação.

É exatamente o que se vislumbra sobre o papel da vontade interna do agente para a formação do negócio jurídico.

A teoria tricotômica apresentada por Antônio Junqueira Azevedo, assim como as lições de Emilio Betti, Renato Sconamiglio e outros juristas que influenciaram o direito privado na virada do milênio, apesar das variações entre si, tem como principal mote a análise da declaração sob a perspectiva do declaratório.

Não é arriscado dizer que, atualmente, a maioria esmagadora da doutrina se posiciona no sentido de resguardar direitos com base na manifestação de vontade declarada, isto é, aquela que toma como base o mundo fenomênico, de certa forma, deixando à margem a tutela da vontade interna do declaratório.

Por isso, entendemos ser o momento de resgatar, em parte, a importância outrora dada à vontade real para a formação do negócio jurídico sem, evidentemente, deixar de considerar os avanços incorporados à matéria previamente.

De início, importante salientar que não se pretende colocar a vontade interna como baluarte para a estruturação do negócio jurídico, mas tão somente resgatar alguns aspectos que entendemos essenciais para resolução de dilemas atinentes ao assunto.

Assim, não colocamos em xeque, e.g. a questão da reserva mental do agente que declara uma coisa, quando em realidade, pretende outra.

Neste caso, apesar da intencional disparidade com fins de ludibriar o destinatário, o agente tem total consciência das suas vontades: a interna e a declarada.

Na mesma esteira, não se trata da hipótese do sujeito que por desconhecimento dos costumes de um determinado local, se porta de maneira que, aos olhos dos demais, estaria demonstrando sua intenção em realizar negócio jurídico.¹²⁰

A divergência apontada está exatamente no caso do agente que tem consciência que determinados atos importarão em vinculação, mas não a consciência da vontade de se vincular a determinado jurídico que, aos olhos dos demais, considerar-se-á realizado. Trata-se, justamente, do caso da secretária que, ao invés de proceder com o envio de uma resposta negativa, encaminha parecer positivo em nome do declarante.

Apesar de a doutrina corrente, que acabou por refletir nos principais ordenamentos vigentes, entender que o agente se encontra vinculado, sendo caso de nulidade ou anulação, em nosso ver, a solução do dilema é bem mais direta do que atualmente se entende.

Como bem disse Sigmund Freud em seus estudos sobre o processo e representação do pensamento, "às vezes um charuto é apenas um charuto".

A melhor solução para a presente hipótese, em nosso ver, está na análise da consciência funcional da vontade para formação do negócio jurídico.

Isto porque, ao se considerar o viés adotado pelo atual entendimento, percebe-se uma grande onerosidade suportada pelo agente declarante que, em hipótese alguma pretendeu estar vinculado ao negócio jurídico. Não nos parece ser

¹²⁰ Renan Lotufo se escora em Larenz para exemplificar a referida situação: "Para deixar claro, citamos exemplos marcantes dados por Larenz, em seu *Derecho Civil*; parte gerenal, como o caso da hasta de vinho de Tréveris, onde sinais corporais refletem lances, e se por acaso um estranho for ao local e saudar um conhecido, poderá ter a saudação tomada como lance. Diz o mestre que nessa hipótese não havia condição de o forasteiro recém-chegado conhecer as circunstâncias, razão pela qual não se pode pretender vinculado a lance algum". LOTUFO, Renan. *Ob. Cit.* p. 296.

a saída mais razoável mantê-lo vinculado contra a própria vontade tão somente com fulcro na confiança e na expectativa do declaratário.

É certo, pois, que este também merece tutela pelo ordenamento. É preciso, portanto, encontrar um caminho que contemple de maneira justa as perspectivas de ambos os interessados. Para tanto, é necessário deixar de lado à análise objetiva da declaração e perceber seus aspectos subjetivos.

O negócio jurídico é, em essência, a expressão das vontades das partes que, com a possibilidade de autorregulamentação das relações à luz do ordenamento, criam, extinguem e modificam direitos.

Vê-se que a vontade é elemento primário para a formação do negócio. O problema emerge quando ao invés da vontade querida, faz-se mais uso da vontade percebida para que se tenha formado o negócio jurídico.

O fluxo de vontade, entretanto, é algo que vai de dentro para fora, ou seja, primeiro surge a vontade interna do agente em firmar negócio jurídico. Posteriormente, consciente que a expressão de sua vontade irá produzir efeitos jurídicos, o agente opta por declará-la. A partir deste momento que esta assume um caráter objetivo, sendo passível de percepção pelo destinatário e pela sociedade em geral.

Contudo, a vontade interna é sempre premissa básica e inderrogável para que se configure o negócio jurídico. Trata-se de seu alicerce. Sem esta todos os movimentos posteriores não se sustentam, visto que, se a formação do negócio não é querida.

A aceitação de negócio jurídico sem o elemento de vontade soa como uma contradição ao próprio instituto. Se a sua principal característica reside na possibilidade de autorregulamentação das relações, ao não querer sequer se relacionar, não nos parece possível proceder com qualquer regulação dos próprios interesses.

Por isso, a consciência da vontade será sempre elemento essencial para a existência do negócio jurídico. Sem ela, não há de se falar na sua formação.

Pode-se contra argumentar no sentido de que a vontade percebida - ou a declarada - já seriam suficientes para que o negócio seja existente.

Não nos parece esta a melhor opção, visto que o desprestígio ao aspecto subjetivo não torna a solução equilibrada. De fato, protege-se aquele que de boa-fé recebe a vontade declarada, mas à custa do total prejuízo do declarante, que se vê vinculado a negócio que não desejou, devendo suportar seus efeitos.

Neste momento, se não há negócio jurídico sem vontade interna, é preciso se identificar qual instituto seria este e de que maneira seria possível resguardar os interesses de ambas as partes.

No exemplo paradigma apontado por Antônio Junqueira de Azevedo, é possível identificar do lado do declarante uma manifestação, desprovida de lastro de vontade interna que, aos olhos de declaratário, possui caráter negocial e, portanto, vinculante e apta a produzir efeitos.

O declaratário, em tese, emite a sua vontade - esta sem vícios - e a permuta com o destinatário que, inconscientemente, dá ao primeiro a impressão de realização do negócio jurídico.

Veja-se que o elemento da vontade ainda se encontra presente, mesmo que somente sob a ótica do declaratário, que além de possuir a sua própria vontade real, ainda reconhece na manifestação do declarante a suposta vontade interna daquele.

O que impede a qualificação do ato como negócio jurídico é tão somente a falta de vontade interna do declarante, visto que esta é elemento essencial para que tivesse consciência da vontade declarada, o que não se vislumbra.

Não há, por conseguinte, condições necessárias para a permuta de vontades que dá origem ao negócio jurídico.

O fato de, em nossa opinião, não existir negócio jurídico não implica na falta de proteção aos interesses do declaratário. Ainda que não haja a produção de efeitos negociais, não se desconhece a tutela da sua proteção e a confiança na realização do negócio. Inclusive, devem ser resguardado todos os eventuais custos e investimentos que o declarante tenha arcado, em função da expectativa da conformação do negócio.

Assim, entendemos que a situação configura um ato jurídico quase negocial.

O instituto deve ser assim caracterizado tendo em vista que decorre da vontade humana, ao menos do ponto de vista do declaratório, mas não possui a correspondência volitiva de todos os envolvidos, vez que o declarante jamais quis a efetivação do negócio, razão pela qual se diz que é quase negocial.

O fato de ser quase negocial, isto é, de aparentar para uma das partes a existência de negócio jurídico¹²¹, é o que faz que para este surja a possibilidade de tutela dos seus interesses.

Vale destacar que não se trata de ato jurídico em sentido estrito, visto que os efeitos deste são previstos em lei, não decorrendo da faculdade de autorregulamentação pelas partes.

No ato jurídico quase negocial há parcial possibilidade de autorregulamentação, mais uma vez, somente da perspectiva do declaratório, visto que o declarante sequer tem consciência da emissão de qualquer vontade negocial.

O instituto, por não ser negócio jurídico, não entrar em campo da nulidade/anulabilidade, não sendo possível qualquer convalidação.

Vale salientar também que, apesar da tangência, este não se confunde com os quase-contratos existentes no direito francês, de clara inspiração romana¹²², cujo conceito se extrai do artigo 1.371¹²³ da codificação civil napoleônica, para qual se tratam puramente de atos voluntários do homem, que resulta em um compromisso com um terceiro, e às vezes um compromisso mútuo entre as partes.

¹²¹ Não há de se confundir aqui com o negócio jurídico aparente, que é negócio jurídico com fins de simulação. Neste caso, há declaração procede de uma intenção ilícita, com fins de ludibriar terceiro. No presente estudo, a aparência relatada se dá pelo fato do declaratório estar diante de situação que lhe aparenta ser negócio jurídico, mas, em função da total falta de vontade interna do declarante, não é. A simulação é um vício social, consistente num desacordo intencional entre a vontade interna e a declarada para se criar, aparentemente, um ato negocial que inexistente, ou para ocultar, sob determinada aparência, o negócio quando, enganando terceiro, acarretando a nulidade do negócio. Evidentemente, não é a situação em apreço, visto que o descompasso entre a vontade interna e a declarada é não intencional e não possui qualquer fim defeso.

¹²² CRETELLA JUNIOR, José. Curso de Direito Romano. Rio de Janeiro, Forense, 1998. p. 295.

¹²³ "Article 1371: es quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties"

O Código Civil Francês, inclusive, prevê quase-contratos típicos, como a gestão de negócios e o pagamento indevido, além do reconhecimento do enriquecimento injusto como tal.

A obrigação quase-contratual, em que pese também não deve nada à vontade do agente, baseia-se única e exclusivamente pela lei em si. Assim, a obrigação existente decorre de ato lícito, mesmo ante a inexistente de qualquer acordo prévio entre as partes. O agente, por uma imposição da norma, encontra-se vinculado à terceiro, mesmo que não tenha havido qualquer relação negocial entre ambos.

Como exemplo, temos a situação do sujeito que, ao observar o arrombamento da casa ao lado, tem o dever de providenciar novas fechaduras e outras medidas para que haja a proteção do imóvel remanescente. No caso, não há qualquer relação obrigacional ou manifestação de vontade entre as partes, mas por força legal, há uma obrigação imposta ao indivíduo. Trata-se de ato voluntário com vistas a evitar um dano maior.

Veja-se que mesmo que em sua gênese os dois institutos se assemelhem pela falta de vontade, o ato jurídico quase negocial se difere do quase-contrato na medida em que não cria um vínculo obrigacional, mas, um dever de indenização.

Os quase-contratos estão muito mais ligados às obrigações naturais do que o ato jurídico quase-negocial, no qual além inexistir qualquer vínculo obrigacional, a única ligação existente entre as partes decorre do dever de indenização por ato ilícito.

Em nosso entendimento, não é possível também se falar em conversão substancial do negócio jurídico.

A primeira razão, evidentemente, é que não há negócio jurídico a ser convertido.

A segunda reside no fato de que caso o agente venha a adquirir consciência negocial e efetivamente querer a realização do negócio, somente a partir de então é que poderá se falar em declaração de vontade negocial, pois neste momento é que a vontade interna passa a lastrear o conteúdo declarado.

O negócio jurídico então nascerá da permuta de vontades das partes, que poderão, ante as peculiaridades do caso, autorregulamentarem os efeitos negociais, podendo retroagir ou não, de acordo com os interesses envolvidos.

É possível se falar, portanto, em conversão do ato jurídico quase-negocial em negócio jurídico, uma vez que se tratam de institutos próximos, mas com sutis diferenças.

A condição para que o negócio jurídico venha a ser reconhecido como tal é a consciência da vontade do declarante em realizar negócio jurídico. Ausente tal pressuposto, não existe negócio, mas tão somente ato jurídico quase-negocial, que poderá ser convertido em negócio jurídico tão logo o declarante adquira consciência de sua vontade e pretenda, de fato, a efetivação do negócio nos moldes convencionados.

Como é a partir deste momento que o negócio passa a existir, as partes poderão então regulamentar os efeitos de maneira que estes alcancem, inclusive, o período em que o negócio não existia, mas para o declaratório, aparentava existir.

3.7. A Responsabilidade Civil Pela Não Formação do Negócio Jurídico

A questão ganha novos contornos quando, de acordo com o caso concreto, não se vislumbra a possibilidade de conversão do ato jurídico quase-negocial em negócio jurídico, o que pode trazer prejuízos ao declaratório que se achava estar vinculado a uma determinada avença.

A solução que nos parece ser a mais acertada e aquela trazida pelo código civil português, que consagrou a figura da culpa na formação dos contratos.

O artigo 227º do Código Lusitano¹²⁴ dispõe que as partes em negociação devem pautar sua conduta sempre pela maior boa-fé, assim significada como

¹²⁴ Artigo 227.º (Culpa na formação dos contratos) "1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte. 2. A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498.º".

lealdade recíproca¹²⁵, sob pena de responsabilização pelos danos culposamente causados.

Por força deste preceito, toda relação obrigacional é integrada por deveres de conduta baseados na boa-fé, cuja violação faz incorrer o infrator na obrigação de ressarcir os danos causados a outro, de onde se verifica a clara inspiração no direito civil italiano.¹²⁶

Nesta linha, o artigo 246º, que dispõe que não terá efeito a declaração, caso o declarante não tenha consciência de fazer uma declaração negocial ou, em caso de coação física, for obrigado a emití-la.

O artigo também menciona que se a inconsciência do declarante decorre de sua culpa, este fica obrigado a indenizar o declaratário.

Pois bem. O referido artigo se divide em três pontos de análise: i) a ausência de consciência da declaração; ii) a declaração feita sob coação; e iii) a responsabilização pelos danos causados ao declaratário.

Em relação ao primeiro ponto, tem-se que se trata de hipótese em que o agente, em momento algum, pretendeu a emissão de conduta declarativa, isto é, não se propõe a realização de qualquer negócio e não pretende a emissão de signos que levem outros ao entendimento de que se trata de declaração de vontade.

A vontade que aqui se trata não é a vontade de conteúdo, que diz respeito ao objeto do negócio jurídico, mas, sim, a vontade de declaração, referente à intenção em noticiar exteriormente a pretensão negocial.

Retomando o exemplo trazido por Renan Lotufo¹²⁷, o sujeito que se encontra em um leilão onde os lances são dados através de aceno e, ao reconhecer um indivíduo, levanta o braço para cumprimentá-lo, sob hipótese alguma, possui a intenção de firmar negócio jurídico, sequer tendo consciência de sua declaração.

No mesmo sentido é o exemplo trazido por Antônio Junqueira de Azevedo, em que a secretária do declarante, em nome deste, encaminha resposta incorreta ao

¹²⁵ BASTOS, Jacinto Rodrigues. Ob. Cit. p. 107-108.

¹²⁶ Art. 1337 Trattative e responsabilità precontrattuale: "Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (1366,1375, 2208)".

¹²⁷ Vide nota 120.

declaratório, confirmando a aceitação de proposta quando deveria enjeitá-la. Neste caso além de não haver a vontade interna em firmar o negócio, o declarante também não possui consciência da declaração, visto que pensa ter sido encaminhada resposta direta ao destinatário.

A consciência da declaração é a percepção da externalização da vontade e a intenção de que esta venha a produzir efeitos jurídicos. Tendo em vista tratar-se de um aspecto subjetivo, mas com reflexos objetivos, sua análise necessita seguir a mesma dinâmica.

Do ponto de vista subjetivo, a ausência de vontade em firmar negócio implica, necessariamente, na ausência de consciência da declaração. Ainda que o agente queira mentalmente a conformação do negócio, se não houver o domínio da vontade de declaração, por certo que este não terá consciência dos atos realizados.

É justamente a hipótese da resposta errônea da secretária: o agente não tinha a vontade de conteúdo do negócio e, ainda que a tivesse, não possuía a intenção de declará-lo. Esta somente ocorreu por um fato alheio a sua vontade, de que não tinha domínio e percepção, mas que aos olhos do destinatário importava em declaração e, conseqüentemente, conformação do negócio jurídico.

Neste caso o autor, presumidamente, saberia das implicações de sua declaração, contudo, nunca desejou sua externalização. Tal fato ocorreu de forma inconsciente e fora de sua alçada de declaração.

Do ponto de vista objetivo, tem-se o contexto negocial em que se insere o declarante. Se este não pretende a realização do negócio jurídico, sem qualquer vontade de conteúdo - quanto menos de declarar - não é possível falar em consciência da declaração se seus atos, em determinado cenário, implicam em suposta emulação da vontade.

Tal conjectura se observa do exemplo do indivíduo que dá um lance em um leilão sem dar-se conta de seu ato. O sujeito nunca quis firmar negócio e não sabia que sua conduta implicaria na realização de efeitos jurídicos, mas, em razão das circunstâncias locais - neste caso, usos e costumes - as demais pessoas que se encontravam no recinto interpretaram seu ato como uma expressão de vontade.

Assim como na outra hipótese, subjetivamente o agente não pretendeu declarar sua intenção. Diferentemente, entretanto, ele possuía domínio de sua vontade negocial, caso quisesse expressá-la, somente não tendo consciência que determinado ato implicaria na produção de efeitos.

Em suma, em ambos os casos o autor não tem consciência da declaração, seja por falta de domínio da sua vontade (aspecto subjetivo), seja por falta de conhecimento da significação de seus atos (aspecto objetivo).

O que se percebe é que, inexoravelmente, a consciência da declaração emana da existência de vontade em realizar o negócio jurídico.

O Código Civil português, ao apartar de maneira autônoma a consciência da declaração, teve por mérito reconhecer que a sua ausência constitui situação relevante e distinta dos demais vícios de vontade.

A este respeito, a doutrina portuguesa procedeu com a análise acerca dos elementos volitivos para verificação da consciência da declaração de vontade.

De um modo geral, conforme nosso entendimento, costuma-se atrelar a vontade à consciência da declaração negocial.

Neste sentido, conforme dispõe Paulo da Mota Pinto:

"Tirando nuances de formulação, existe, portanto, consenso quanto ao sentido substancial da consciência de fazer uma declaração', prevista no artigo 246º. Nesta inclui-se a voluntariedade, além da própria acção, da realização de uma conduta jurídico-negocial, representando, em suma, um requisito subjectivo (cuja apreciação não pode, pois, ser feita, a partir de um ponto de vista objectivo, como o da interpretação) reportado ao comportamento enquanto declaração de vontade jurídico-negocial, qualquer que seja o conteúdo negocial desta. Vai, portanto, dirigida à produção de efeitos jurídicos, em absoluto, isto é, sem consideração da sua caracterização".¹²⁸

Carlos Alberto da Mota Pinto, por sua vez, fala em consciência e vontade de que seu comportamento produza efeitos negociais no campo do direito. Para o autor, a declaração deve corresponder a um "*sic volo, sic jubeo*"¹²⁹ vinculativo do declarante, ou seja, somente aquilo que é querido é que será objeto de expressão.

¹²⁸ PINTO, Paulo Mota. *Ob. Cit.* p. 229-230.

¹²⁹ Menção ao brocardo romano *sic volo sic jubeo; sit pro ratione voluntas*, que em tradução livre significa "quero isto, ordeno isto; que sirva a vontade de razão".

Tudo o que não for querido, não será acobertado pela consciência declarativa do agente.¹³⁰

A consciência da declaração jurídico-negocial está ligada, por certo, à vontade do agente em, ao menos, querer se manifestar visando a realização de negócio jurídico e, portanto, à produção das consequências previstas pelo ordenamento.

Deste modo, tem-se, pois, que a voluntariedade do agente irá coincidir com a manifestação de vontade, na medida em que é por este ato que se procederá com a vinculação legalmente reconhecida ao negócio jurídico.

Entendemos, portanto, que a consciência da declaração prevista no artigo 246º do Código Civil português é a voluntariedade - consciência e vontade - de vinculação à luz do ordenamento jurídico vigente, ou seja, através de um determinado comportamento, expressar a vontade negocial a ponto de que esta venha a produzir efeitos jurídicos.¹³¹

Neste tocante, ainda que não haja dispositivo similar no ordenamento jurídico brasileiro, insta clarificar que a ausência de consciência declarativa, segundo o direito português, impede que a manifestação venha a produzir efeitos jurídicos.

O esclarecimento se faz necessário na medida em que, sendo inefetiva a declaração inconsciente, sequer há de se falar em negócio jurídico, visto que este não chega a alcançar o plano da existência.¹³²

Ao revés das hipóteses de vontade viciada, em que em alguma medida há vontade de declarar, a falta de consciência implica, necessariamente, na ausência de vontade negocial, prejudicando a formação do negócio jurídico.

Não temos receio em afirmar, portanto, que a consciência da declaração é condição necessária para que se verifique a existência do negócio jurídico.

A confirmação deste entendimento se mostra de suma importância, vez que livrará dos efeitos do negócio jurídico aquele que, sob a menor hipótese, desejou

¹³⁰ PINTO, Carlos Alberto. *Ob. Cit.* p. 422-423.

¹³¹ PINTO, Paulo Mota. *Ob. Cit.* p. 232.

¹³² PINTO, Paulo Mota. *Ob. Cit.* p. 221 e PINTO, Carlos Alberto. *Ob. Cit.* p. 450.

estar vinculado a determinada avença, mas, por força da exacerbada proteção dada ao declaratório, ainda mantém o declarante preso a algo que jamais quis.

O artigo 246º também fala sobre os efeitos da declaração feita sob coação física. Trata-se aqui não da ausência de consciência da declaração, mas de um fenômeno que implica no desvio de vontade do agente. Este tem clara consciência de sua declaração negocial e dos efeitos que ela implicaria, mas sua vontade é viciada, visto que não emerge da sua intenção em firmar negócio jurídico.

O instituto possui reconhecida importância, tanto pelo ordenamento pátrio, como em outros países. Contudo, não será objeto de análise no presente trabalho, voltado principalmente ao aspecto existencial do negócio jurídico.

3.8. A Culpa na Declaração Inconsciente

Assim, adentrando ao terceiro aspecto trazido pelo artigo, este aduz que se a falta de consciência decorre da culpa do declarante, ficará este obrigado a indenizar o declaratório dos prejuízos que incorrer.

O dispositivo deixa claro o alinhamento do direito civil português com a inclusão da culpa no negócio jurídico, já suplantada no artigo 227º. Sua intenção é, justamente, trazer equilíbrio às relações negociais, de maneira a resguardar também os interesses do declaratório.

A adoção preceituada da consciência negocial como requisito de existência do negócio jurídico, de certa forma, desprivilegia a posição do destinatário da declaração, visto que poder-se-ia objetar que este se encontraria sempre à mercê de qualquer alegação de inconsciência do declarante para que houvesse a desnaturação negocial.

Por isso, o legislador português entendeu por bem introduzir o elemento da culpa do autor que dá causa a sua inconsciência declarativa, como maneira de tornar a relação mais balanceada e equânime entre as partes envolvidas.

Em nosso ver, trata-se da solução mais razoável dentre todas as propostas pela doutrina, estando em plena consonância com o princípio da justiça contratual¹³³.

A adoção desta saída não privilegia qualquer uma das partes, dando ao declarante meios para tutelar seus interesses e, concomitantemente, resguardando o declaratário de eventuais prejuízos que venha a incorrer.

A ocorrência do dever de indenizar demanda da verificação simultânea de quatro elementos presentes no artigo: i) a inconsciência do declarante; ii) o dano ao declaratário; iii) a culpa do declarante pela sua inconsciência; e iv) nexo causal entre a conduta do declarante e os prejuízos do declaratário.

Primeiramente, é necessária a total inconsciência do declarante quanto à emissão de declaração de vontade negocial. Sem adentrar em detalhes conceituais, como já feito anteriormente, basta que o agente não tenha ciência de que sua conduta importa na produção de efeitos negociais que dão aos demais a impressão de que se trata de declaração de vontade negocial.

Sem a inconsciência do autor quanto a sua declaração, não há de se falar na possibilidade de qualquer indenização ao declaratário. Não tem por que se confundir a questão com os demais vícios de vontade - exceção feita à coação - de onde haverá negócio jurídico, mas este será nulo ou anulável, tendo em vista que existe, em alguma medida, domínio da vontade declarada.

Em suma, é preciso que a conduta do agente seja interpretada como declaração de vontade negocial sem que, entretanto, haja percepção de tal condição pelo emitente.

Dando sequência, tendo em vista que a declaração inconsciente não produz efeitos jurídicos, resultando na não existência negocial, é necessário que o declaratário tenha incorrido em prejuízos em função da não performance do negócio.

Os prejuízos podem ser tanto de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Na primeira hipótese, é possível que o declaratário, imbuído da clara expectativa de

¹³³ Ainda que não haja contrato propriamente dito, é possível se estender esta aplicação principiológica ao negócio jurídico em abstrato, visto que ambos os institutos decorrem do exercício da autonomia negocial das partes.

realização do negócio, venha assumir ônus que não assumiria se não houvesse confiança na formação da avença.

Tomemos como exemplo um empresário que, acreditando ter recebido resposta positiva para encomenda de determinados produtos personalizados, investe no incremento de suas atividades e, faticamente, confecciona aquilo que, inconscientemente, foi contrato pelo declarante.

Neste caso, há claro dano emergente do empresário declaratório, na medida em que não teria investido no fomento de sua atividade se não tivesse a franca expectativa de realização do negócio.

Ademais, uma vez que não terá como se desfazer da produção, dado seu caráter personalizado, também será esta englobada nos danos emergentes.

Contudo, não haverá de se falar em qualquer prejuízo se, mesmo não havendo negócio jurídico, o declaratório consiga destinar a terceiros sua produção, de maneira a cobrir integralmente o seu custo, bem como o investimento na fábrica.

Nesta hipótese fica claro que mesmo que a razão dos investimentos e da posterior produção tenha sido a declaração inconsciente, dela não decorreram quaisquer prejuízos ao declaratório, não se configurando perda patrimonial.

Em outra perspectiva, já na esfera dos danos extrapatrimoniais¹³⁴, é possível também se falar, *e.g.*, em prejuízos decorridos da perda de uma chance.

Produzido pelo direito francês vintecentista, este tipo de dano é decorrente da privação injusta da possibilidade de se poder alcançar resultado vantajoso. Ou seja, haverá dano toda vez que do indivíduo é tolhida a chance de realizar algo que lhe traria benefícios.

Tomemos como exemplo do fabricante que acredita estar firmando contrato para compra de matéria prima específica, destinada a produção de mercadoria, a fim

¹³⁴ Nem a doutrina, nem a jurisprudência pátria são pacíficas quanto à natureza do dano decorrido da perda de uma chance. Há quem entenda que possui natureza de dano patrimonial, dada à similaridade do instituto com os lucros cessantes. Particularmente, discordamos desta posição, entendendo a perda de uma chance como um dano extra patrimonial, já que esta corresponde à privação da oportunidade de se alcançar o resultado útil, que não necessariamente implicaria em resultado material.

de participar de licitação estatal, com fornecimento imediato do produto pelo vencedor.

Em caso de declaração inconsciente do fornecedor de matéria prima, não haverá a formação do negócio jurídico, portanto, inexistente será a contratação.

Se o fabricante não conseguir encontrar novo fornecedor, não conseguirá produzir mercadorias e, conseqüentemente, não poderá participar da licitação, perdendo a chance de sair vencedor da licitação.

Logo, havendo prejuízo decorrente da não realização do negócio por conta de declaração inconsciente, este será passível de reparação.

Contudo, para que isto ocorra, não basta a verificação da existência de declaração inconsciente e a ocorrência de dano. É preciso que haja o declarante concorrido culposamente para que não tivesse consciência da declaração, gerando em outrem a expectativa de realização do negócio jurídico.

De todo modo, se a aferição do dano patrimonial tende a ser facilitada, não pairam dúvidas quanto à possibilidade de indenização por dano extra patrimonial decorrente de ato ilícito decorrente da quebra de confiança, mesmo que na esfera extra contratual.

Neste sentido, Yussef Said Cahali¹³⁵:

"No direito brasileiro, não obstante a ausência de disposição legal explícita, a doutrina é uniforme no sentido da admissibilidade de reparação do moral tanto originário de uma obrigação contratual quanto decorrente de culpa aquiliana; uma vez assente a indenizabilidade do dano moral, não há fazer-se distinção entre dano moral derivado de fato ilícito absoluto e dano moral que resulta de ato ilícito relativo".

É neste exato ponto que se enquadra o exemplo trazido por Antônio Junqueira de Azevedo da secretária que encaminha resposta indevidamente, gerando no declaratório a confiança na existência do negócio.

¹³⁵ CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, 3ª Ed., São Paulo, RT, 2005. p. 527-528.

Neste caso, a inconsciência decorre da falta de zelo da secretária - e indiretamente do declarante, visto que para todos os fins, ele é o emissário da declaração.

Do contrário fosse e a resposta tivesse sido revisada, não teria sido gerada declaração inconsciente e o declaratório não teria criado quaisquer expectativas na realização do negócio jurídico.

A respeito da culpa, conforme dispõe Diogo Leonardo Machado de Melo, não é incomum encontrarmos sua definição como sinônimo de sua exteriorização.

Imprudência, negligência e imperícia, adverte o autor, não são elementos da culpa, muito menos espécies dela, mas, tão somente formas de exteriorização da conduta culposa, calcada em um erro de conduta do agente.¹³⁶

Em a análise conduta culposa do agente que implica em sua inconsciência negocial, esta se expressa somente através da negligência e da imprudência, mas não através da imperícia.

A imprudência é, em regra, caracterizada pela falta de cautela, pela falta de diligência na conduta do agente. É a ação arrojada, com pequena consideração dos interesses alheios à prática de conduta temerária.

Nesta forma, o agente costuma ser imprevidente, seja por excesso de otimismo, seja por qualquer razão que o leve a pensar que possui total domínio da situação, quando na realidade não o possui.¹³⁷

Novamente, retomando a situação do sujeito que, estando em um leilão e que desta vez tem conhecimento do seu mecanismo de funcionamento, cumprimenta seu amigo com um aceno de mão, dando a todos a impressão de que esta fazendo uma oferta.

¹³⁶ MACHADO DE MELO, Diogo Leonardo. A culpa extracontratual. Coleção Profº Agostinho Alvim, Saraiva, 2013, São Paulo. p. 125.

¹³⁷ MACHADO DE MELO, Diogo Leonardo. *Ob. Cit.* p. 126-127.

Veja-se que nesta situação, diferentemente da outra, o indivíduo sabe que levantar o braço implicará no reconhecimento de um lance, ainda que não tenha a intenção ou a consciência funcional de firmar negócio jurídico.

Contudo, age imprudentemente ao fazê-lo, visto que era sabido que tal sinalização poderia ser interpretada como declaração de vontade negocial para que em seu nome fosse dado um lance na hasta em concorrência.

A hipótese se difere do exemplo original, em que o sujeito não sabia e sequer poderia saber do significado da sinalização, verifica-se a sua culpa, sendo obrigado a indenizar o declaratório nos prejuízos que este incorrer pela expectativa que lhe foi gerada.

No exemplo original, por seu turno, como o sujeito não tinha condições de ter ciência do conteúdo de seus atos perante os demais, não há de se falar em atitude imprudente, inexistindo culpa e o dever de indenizar.

A negligência, por sua vez, é a inobservância das regras que nos ordenam como operar com atenção. Trata-se da expressão da falta de cuidado, caracterizando-se pela omissão da conduta. Representa a falta não intencional daquele que se omitiu no cumprimento do ato que lhe incumbia.

O agente se comporta com desatenção e descuido, sem perceber que está violando uma regra de conduta.¹³⁸

É exatamente o caso da secretária que envia resposta incompatível com a vontade de seu chefe, o declarante, que foi negligente, ainda que indiretamente, em não verificar o conteúdo da mensagem emitida em seu nome pela preposta.

O dever de indenizar aqui decorre da falta de zelo e da displicência do declarante - e até mesmo da sua preposta que, saliente-se, não é a declaratória.

Seja por distração, seja por displicência, fato é que tivesse sido o declarante menos negligente, a correspondência não teria sido encaminhada com conteúdo

¹³⁸ MACHADO DE MELO, Diogo Leonardo. *Ob. Cit.* p. 127.

negocial incompatível com a sua vontade, razão pela qual se verifica a sua culpa na inconsciência declarativa. Será, portanto, responsável pelos prejuízos que o declaratório incorrer.

Por fim, na imperícia é a falta de habilitação, a inaptidão técnica ou de habilidade para o ato, chamada também como culpa profissional, visto que envolver falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que se exige maior cuidado ou cautela do agente.¹³⁹

Esta forma de expressão da culpa, em nosso ver, dificilmente será verificada para fins de indenização da inconsciência do declarante. Como requisito para sua existência, é necessária a inaptidão para o exercício de atividade profissional, o que se mostra indiferente em relação ao ato que importe em declaração de vontade negocial.

Por derradeiro, para que surja o dever de indenizar é necessário o nexo de causalidade entre a ação culposa que resultou na declaração inconsciente e o prejuízo incorrido pelo declaratório.

Carlos Roberto Gonçalves, escorado em Demogue, aduz que o nexo causal é a relação necessária entre o fato incriminado e o prejuízo, sem qual seria absolutamente certo que não se verificaria de qualquer dano.¹⁴⁰

É, portanto, elemento indispensável para que se configure a responsabilidade civil e o dever de indenizar. A este respeito, Sergio Cavaliere Filho aduz ser "elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano"¹⁴¹.

Assim, para que configure o dever de indenização, é preciso que se verifique que o prejuízo do declaratório decorreu única e exclusivamente da conduta culposa do declarante inconsciente. Caso se perceba que o dano decorre de fato alheio, não há de se falar em indenização.

¹³⁹ MACHADO DE MELO, Diogo Leonardo. *Ob. Cit.* p. 127.

¹⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, Vol. IV, Responsabilidade Civil, 4ª Ed., Saraiva, São Paulo, 2009. p. 330-331.

¹⁴¹ CAVALIERE FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 67.

Além disso, é através do nexa causal que se verifica a extensão do dano, servindo como medida para indenização.

Assim, a indenização percebida pelo agente deverá ser proporcional à contribuição que a conduta que implicou na declaração inconsciente impactou na geração do dano percebido.

Isto se dá na medida em que o declaratório tinha condições de saber que o declarante não possuía consciência da sua vontade, não pode este ser imputado por todo o prejuízo incorrido, inclusive para que seja mantida a harmonia com o artigo 227º do Código Civil português.

Como exemplo, o caso da resposta equivocada encaminhada pela secretária, se ao decorrer da negociação entre as partes, ficar claro que o declarante não se inclinava à performance do contrato e, antes mesmo da formalização da resposta, a impressão dada ao declaratório era neste mesmo sentido, uma repentina mudança de posição, surpreendente por si só, por óbvio que deve ser objeto de questionamentos.

O nexa causal, em se tratando da culpa pela declaração inconsciente, está estreitamente ligado à boa-fé das partes, vez que este dever é recíproco e não pode o declaratório, tendo condições de minorar os efeitos da conduta danosa, quedar-se inerte sob a premissa de que a responsabilidade do ato recai sobre outrem.

Não se trata de uma mera imputação de responsabilidade do declaratório, uma deslocação do ônus do prejuízo, até porque este é indubitavelmente o maior onerado com a não existência do negócio jurídico.

No entanto, é preciso se ter em mente que, em se tratando de uma relação bilateral, onde estão sempre presentes os deveres de lealdade e boa-fé das partes, não pode uma das partes apresentar uma atitude omissiva diante da real possibilidade de que sejam evitados os prejuízos decorrentes da conduta culposa da outra.

Neste sentido, Antônio Menezes de Cordeiro, ao versar sobre a boa-fé, dispõe que trata-se de um conceito com maior amplitude ou diligência:

"O dever de cuidado *ex bona fide* constitui uma obrigação legal específica, no contexto que o veja nascer; o dever de cuidado face a danos involuntários prevenidos por normas, surge como obrigação genérica, comandada pela remissão para o padrão jurídico do bom pai de família (...) Nesses casos, a culpa visa tornar possível a imputação delitual de um prejuízo, de modo a desencadear os esquemas da responsabilidade civil destinada à reparação dos danos; a boa/má-fé pretende seja a protecção da confiança, seja a das situações materiais afectadas pelo sujeito, mas sem recorrer, em si, ao esquema típico do dever de indenimizar (...). Fica claro, contudo, que a diligência e boa-fé são noções destinadas, muitas vezes, a agir lado a lado."¹⁴²

Por isso, a verificação do nexos de causalidade pode assumir fator de grande importância na verificação da extensão dos danos causados ao declaratório.

Não nos afigura plausível que sejam equiparadas as situações onde o declaratório estava atado e outra em que de fato poderia ter tomado uma atitude a fim de minimizar seus próprios danos.

A verificação da conduta pautada pela boa-fé leva, inevitavelmente, à mais equitativa distribuição dos ônus decorrentes da conduta culposa.

Ademais, tendo em vista que, necessariamente, a conduta será não intencional, a lealdade da parte adversa pode, inclusive, evitar que o declarante chancele a sua manifestação de vontade inconsciente.

Por isso, a diligência e a boa-fé do declaratório se mostram de suma importância no que concerne ao nexos causal entre a conduta culposa do declarante e os prejuízos por este gerados ao primeiro.

Ainda em relação à culpa do agente, é passível de questionamento se esta trata-se de culpa *in contrahendo* ou culpa extra contratual, o que implicará para fins de responsabilização.

¹⁴² CORDEIRO, Antônio Menezes. Da Boa Fé No Direito Civil, 3ª Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2007. p. 1226-1229

O conceito da culpa *in contrahendo*, positivada pelo direito germânico na reforma do BGB de 2002¹⁴³, mas, abordada pela doutrina desde Ihering, é aquilo que serve de base para o que se chama de responsabilidade civil pré-contratual.

O ponto de partida para o desenvolvimento da referida teoria se baseava na necessidade ou não de se indenizar a parte pelos danos que foram sofridos por ter confiado na validade de um contrato que se tornou nulo por culpa de outro.

Segundo Roberto Senise Lisboa, o motivo que levou à elaboração da teoria foi a insatisfação da solução da teoria do erro. Segundo o autor, era indagado se a pessoa poderia pleitear indenização pelos danos causados por parte de quem concluiu um negócio em erro essencial e deixou de lhe dar seguimento, alegando a falsa percepção da realidade à época da contratação.¹⁴⁴

Assim, os pressupostos da culpa *in contrahendo*, elencados por Claus-Wilhelm Canaris, são¹⁴⁵:

- a) A responsabilidade pela celebração de um contrato que uma das partes sabe que é inválido;
- b) A ruptura injustificada das tratativas;
- c) a responsabilidade da parte que, antes da conclusão do contrato, causa um dano à outra ou a seus bens; e
- d) a conclusão do contrato se dá mediante a inserção de dispositivos desfavoráveis ara uma das partes.

¹⁴³"Section 311a Obstacle to performance when contract is entered into: (1)A contract is not prevented from being effective by the fact that under section 275 (1) to (3) the obligor does not need to perform and the obstacle to performance already exists when the contract is entered into. (2)The obligee may, at his option, demand damages in lieu of performance or reimbursement of his expenses in the extent specified in section 284. This does not apply if the obligor was not aware of the obstacle to performance when entering into the contract and is also not responsible for his lack of awareness. Section 281 (1) sentences 2 and 3 and (5) apply with the necessary modifications".

¹⁴⁴ LISBOA, Roberto Senise. *Ob. Cit.* p. 75.

¹⁴⁵ CARANIS, Claus Wilhelm. Apud LISBOA, ROBERTO SENISE. *Ob. Cit.* p. 76

Dário Vicente Moura¹⁴⁶, professor da Faculdade de Direito de Lisboa, por sua vez, elenca os pilares da culpa *in contrahendo* segundo a Suprema Corte Portuguesa, quais sejam:

- a) Um fato voluntário, positivo ou omissivo do agente;
- b) a ilicitude desse ato;
- c) a culpa do agente;e
- d) A verificação de um dano casualmente ligado ao ato.

Em ambas as hipóteses, parte-se da premissa de que os envolvidos se encontram em uma relação pré-negocial, antes mesmo da formação do negócio jurídico - mormente, um contrato - e por alguma atitude culposa de uma das partes, não há confirmação da avença.

Entendemos que, apesar de tangente, a questão da culpa da vontade inconsciente não passa pela culpa *in contrahendo*.

Primeiramente, em relação aos apontamentos de Dário Vicente Moura, aquele que manifesta seu interesse negocial de forma inconsciente, o faz sem ter vontade de fazê-lo, conforme expusemos anteriormente.

A declaração inconsciente, ainda que culposa, tem como premissa básica a total ausência de vontade do agente em firmar negócio jurídico. Contudo, dada a sua conduta, gera nos demais a falsa impressão de que se pretende conformar a avença.

Por esta razão, ainda que estejam presentes os demais requisitos (ato ilícito, culpa do agente e dano), a completa ausência de intenção do agente em firmar negócio jurídico implica no afastamento da culpa *in contrahendo*.

¹⁴⁶ VICENTE, Dário Moura. A Culpa na Formação dos Contratos em Angola e Portugal. Conferência proferida em 11 de Setembro de 2010 na Universidade José Eduardo dos Santos, Huambo, Angola.

Veja-se que na declaração inconsciente, o agente em momento algum pretende a formação do negócio jurídico. Não há ato negocialmente querido, com intuito de se vincular a outrem para produção de efeitos jurídicos.

No caso daqueles que são responsabilizados por ilícitos pré-contratuais, há clara intenção das partes em firmar negócio jurídico: as partes trocam minutas, apresentam livros, atas, memorandos. Entretanto, por fatores variados, o negócio acaba não se concretizando.

A declaração inconsciente, por sua vez, é desde logo passível de verificação. Superada sua emissão, qualquer movimentação do declaratório que não for acompanhada pelo declarante, isto é, que mostre o descompasso de intenções, permitirá aos envolvidos a constatação do equívoco na emissão de vontade.

A culpa do agente não reside no ato ilícito que gerou o dever de indenização, como um rompimento abrupto das tratativas, mas na contribuição da sua conduta culposa para a falta de inconsciência. Esta declaração inconsciente, por sua vez, que irá gerar uma expectativa no declaratório e, ocorrendo danos, será passível de indenização.

Tratam-se de situações distintas, onde o elemento volitivo, portanto, assume papel essencial para que se verifique a culpa *in contrahendo*, o que por sua vez, não ocorre na declaração de vontade inconsciente.

Sob a perspectiva de Canaris, tal elemento se torna ainda mais evidente.

O autor coloca, desde logo, que a culpa *in contrahendo* é caracterizada pela ciência de uma das partes quanto à invalidade do contrato. Ou seja, o autor não somente tem ciência de seus atos, como possui total domínio de seus efeitos.

A consciência da formação do negócio jurídico é elemento indispensável para que ocorra a culpa *in contrahendo*: o agente quer, de fato, se vincular a determinado negócio jurídico e, para tanto, o faz de maneira consciente.

Em contraposição, a declaração negocial inconsciente, se dá sem qualquer ato de vontade do agente, seja em firmar o negócio jurídico, seja em declarar

qualquer intenção negocial: trata-se de uma perspectiva que o declaratório interpreta como declaração, não que de fato esta esteja caracterizada.

Por isso, entendemos não ser aplicável a teoria da culpa *in contrahendo* para fins da declaração de vontade sem consciência.

Por outro lado, nos parece muito mais apropriada a sua caracterização através da responsabilidade extracontratual.

Inicialmente, ainda que possa haver uma atmosfera negocial, não existe de fato a intenção de formação de negócio jurídico. O ato ilícito decorre de um equívoco, de algo que vai além da intenção do declarante.

Não se trata sequer de vontade viciada, mas sim da completa ausência de vontade.

A responsabilidade, neste caso, está à margem do negócio jurídico. Ela não decorre deste, apenas o tangencia em função do cenário que se apresenta, mas não é a sua causa direta.

O que leva à responsabilização, neste caso, são os danos decorrentes expectativa gerada em função de declaração dada sem consciência. Não há contrato, pré contrato ou rompimento abrupto, quanto menos vínculo obrigacional decorrente de qualquer relação.

O que de fato ocorre é um ato ilícito decorrente de uma ação que infringe um dever estabelecido pela norma, sem qualquer relação negocial havida previamente.

Consoante expõe Carlos Roberto Gonçalves, na relação extracontratual, o agente infringe um dever legal, sem que haja nenhum vínculo existente entre a vítima e o causador do dano.¹⁴⁷

Por isso, entendemos se o caso de responsabilização civil extracontratual, na medida em que a conduta culposa que gerou expectativas no declaratório pode ser, eventualmente, ser passível da condenação ao pagamento de indenização.

¹⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, Saraiva, 7ª Ed., São Paulo, 2002. p. 26.

Neste caso, a culpa é subjetiva, isto é, depende de prova para que haja sua a responsabilização.

Uma vez tomada ciência da declaração inconsciente, é dever do declaratório proceder com a retificação ou a ratificação da sua intenção, a depender do que pretenda negocialmente a partir de então.

Contudo, havendo danos ao declaratório, cabe a este comprovar a culpa do declarante para que se verifique a sua responsabilização.¹⁴⁸

A responsabilização do declarante, nos termos do artigo 246º do Código Português, não parece ser a regra, mas à exceção: somente ocorrerá quando houver culpa do agente.

Por isso, em se tratando de ato intrinsecamente subjetivo, cabe ao declaratório comprovar que o declarante contribuiu para que houvesse a declaração inconsciente.

Ainda que possa tal prova parecer diabólica, o fluxo do dispositivo leva a crer que não é dever do declarante comprovar a sua ausência de culpa quando da declaração, mas ônus do declaratório comprovar a sua presença.

Nos exemplos correntemente citados, o recebimento da correspondência enviada pela secretária seria cabal por si só. Sequer haveria de se entrar no aspecto subjetivo da conduta do declarante.

No caso do lance involuntário do leilão, por sua vez, a culpa pode ser comprovada pela notoriedade das práticas da atividade. Ainda que o indivíduo não tivesse qualquer familiaridade com a situação, salvo raríssimas exceções, é de conhecimento evidente que o acenar de mão implica na demonstração de realização de um lance em hasta.

¹⁴⁸ No direito brasileiro, nesta hipótese, aplicar-se-ia o artigo 186 do Código Civil. Trata-se de responsabilidade por fato próprio, devendo responder por este somente aquele que lhe deu causa. Neste sentido, GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. *Ob Cit.* p. 126.

Em suma, entendemos o negócio jurídico como o fruto de um exercício de um direito subjetivo, qual seja, a prerrogativa do agente em exercer a sua autonomia negocial a fim de regulamentar suas próprias relações.

Nesta esteira, o elemento volitivo ressurgue como fator essencial à exigência do negócio jurídico, que somente existirá quando o agente tiver total consciência da declaração de vontade negocial emitida.

Contudo, em casos em que o agente não possui o domínio funcional da sua vontade e a sua conduta gerar danos e prejuízos o declaratório, é possível se falar em responsabilização do primeiro, desde que comprovada a sua culpa para ocorrência da declaração inconsciente.

Assim, com o exemplo dado pelo artigo 246º do Código Civil Português e ante a ausência de dispositivo similar no ordenamento jurídico brasileiro, entendemos ser o caso de uma busca pela valorização da vontade do agente como elemento de uma declaração de vontade negocial efetiva, apta à dar existência ao negócio jurídico.

Em caso de conflito entre a vontade do declarante e a vontade percebida pelo declaratório, o dispositivo oferece aquela que consideramos a melhor solução para resolução do embate: a valorização do elemento volitivo do declaratório, que poderá responder por todos os danos que sua conduta culposa implicar ao declarante.

Não há, assim, a prevalência de um ou de outro lado, mas somente a proteção daquilo que é a gênese do negócio jurídico: a vontade interna do indivíduo sem, entretanto, deixar de reconhecer à confiança e a expectativa que o declaratório possui na formação negocial.

4. As Espécies De Declaração Como Meio De Formação Do Negócio Jurídico.

Conforme expusemos, o negócio jurídico é, em regra, nada menos do que o fruto da permuta consciente de vontade dos indivíduos que, conjuntamente, alinham seus interesses a fim de criar, extinguir ou modificar direitos.

No pensamento de Emílio Betti, "o fenômeno que se nos apresenta na declaração é, como vimos, o de uma saída do pensamento do íntimo de cada um, para se tornar expressão objectiva, dotada de vida própria, perceptível e apreciável no mundo social".¹⁴⁹

Na mesma linha, expusemos nossa opinião acerca de o fato do negócio jurídico provir do exercício de um direito subjetivo, qual seja, a prerrogativa individual de cada sujeito usufruir da sua autonomia negocial para conformação da avença.

O expressar de vontades, entretanto, não decorre de maneira padrão. Ao contrário do senso comum, a formação da vontade não necessariamente emerge da emissão expressa da vontade negocial; não é nada incomum a formação de negócios oriundas do comportamento das partes ou até mesmo do silêncio - o que se costuma chamar de "ato volitivo declarativo"¹⁵⁰ ou atuação de vontade. Mesmo tratando-se de uma declaração expressa, esta pode ocorrer de variadas maneiras, a depender do meio em que se encontram os agentes para a realização negocial.

Assim, o estudo da declaração de vontade negocial, após passar pela importância do papel da vontade para formação do negócio, exige a verificação das formas em que essa vontade é expressa no mundo fenomênico, bem como a maneira em que ocorre o reconhecimento, pelo ordenamento e pela sociedade, para que haja plena legitimação do negócio jurídico, seja por uma declaração expressa, seja através de um comportamento.

A interpretação do negócio jurídico muitas vezes cruza pela observação de como e em quais circunstâncias foi emitida sua declaração, bem como o seu grau de reconhecimento e o caráter inequívoco da partes visando à conformação negocial. Conforme preceitua Francisco Paulo de Crescenzo Marino, a declaração negocial é o objeto por excelência do negócio jurídico.¹⁵¹

Ademais, tal análise se torna de suma importância para fins de verificação da validade e da eficácia da própria declaração, visto que não são raros os negócios que demandam, por força legal, a emissão de vontade seguindo determinados parâmetros previamente previstos.

¹⁴⁹ BETTI, Emílio. *Ob. Cit.* p. 248.

¹⁵⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Ob. Cit.* p. 4.

¹⁵¹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Ob. Cit.* p. 84.

Deste modo, procederemos com a análise individualizada das formas mais consagradas de manifestação de vontade negocial, quais sejam, a declaração expressa e a declaração tácita, além de trazer à baila a importância do comportamento concludente e do silêncio como meio de conformação dos negócios jurídicos.

4.1. A Declaração de Vontade Expressa

O negócio jurídico como a permuta consciente de vontades declaradas tem a sua concreção normalmente idealizada através da conduta clara e inequívoca das partes - em pleno gozo da autonomia negocial - a fim de atingir um objetivo comum, que implicará criação, extinção ou modificação de direitos dentro da esfera do Direito Privado.

Trata-se do "sim" dado pelos cônjuges durante o casamento; da assinatura do contrato de compra e venda; ou até mesmo do sinal dado ao leiloeiro quando alguém pretende realizar determinado lance.

A idealização do negócio jurídico através de tais declarações inequívocas se dá através do que se costuma chamar de declaração de vontade expressa.

O Código Civil Brasileiro, seguindo a linha dos códigos ítalo-germânicos, não traz em linhas gerais a conceituação do que seria uma declaração de vontade expressa, apesar de seu reconhecimento na prática forense.

Tal definição é extraída do Código Civil português, que em seu artigo 217º, 1, dispõe que "a declaração negocial pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam".¹⁵²

¹⁵² No mesmo sentido, o Código Civil argentino, que em seu artigo 262 dispõe que "los actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de um hecho material". Nota-se que o legislador portenho não se preocupou em, didaticamente, classificar a declaração em expressa ou tácita, como fez o legislador lusitano. Entretanto, claramente se percebe que este é a inspiração daquele.

A declaração de vontade negocial expressa, portanto, é aquela em que não pairam dúvidas quanto à mensagem emitida pelo declarante, que visa, conscientemente, a realização do negócio jurídico.

Em oposição ao que, a princípio, pode se pensar, a declaração expressa não se restringe àquela formalmente escrita, como os termos da minuta de um contrato ou o envio de uma proposta.

É expressa toda declaração que for inequívoca, isto é, que não demandar análise interpretativa para que se constate a intenção das partes em firmar o negócio jurídico. Pode se dizer que é a mais completa expressão da vontade negocial as partes, visto que sua intenção é plenamente reconhecível ao olhos da sociedade e do direito privado.

Assim, não apenas as declarações escritas são consideradas expressas, como também as declarações orais ou gestuais, desde que apresentem objetivo claro, inequívoco e reconhecível.¹⁵³

A interpretação da declaração expressa é instantânea, prescindindo de qualquer análise fática, circunstancial ou comportamental do agente emissor. Sua compreensão é imediata e incontestável. Tudo aquilo que é exposto pelo declarante é facilmente reconhecido e compreendido pelo declaratário, ante a sua total capacidade de entendimento das ideias estabelecidas.

Francisco Paulo de Crescenzo Marino, neste tocante aduz:

"Declarações expressas podem definir-se, desse modo, como declarações por meio de símbolos, ou seja, signos linguísticos que por serem representativos de conceitos e ideias, possuem dimensão semântica relativamente constante (muito embora esta possa variar de acordo com o contexto situacional)".¹⁵⁴

¹⁵³ Vale destacar que a existência de um documento escrito, tal qual uma proposta ou um contrato, por si só, não configura uma declaração de vontade negocial. Conforme Emílio Betti, "é necessário que o documento formado, seja, também, posto à disposição de quem deve conhecer a declaração (quer dizer, do destinatário), de modo que este deva - se for determinado e preciso - ou pelo menos possa - sendo indeterminado e fungível - ter conhecimento dela". BETTI, Emilio. *Ob. Cit.* P. 264.

¹⁵⁴ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Ob. Cit.* p. 90-91.

Os parâmetros para objetivação do conceito, sem precedentes na legislação brasileira, emanam do direito português, que adota a avaliação objetiva da finalidade do agente como baliza para distinção entre expresse e tácito.

A respeito, expõe Paulo Mota Pinto:

"Evitando as objecções às teorias subjectivas que assentam na necessidade de uma investigação psicológica, propôs-se o critério da finalidade declarativa do agente, considerando-a tal como ela aparece exteriormente. Assim, declaração expressa seria aquela em que, de um ponto de vista objectivo, o agente tem a intenção de declarar. (...) Esta posição - próxima, aliás, de uma interpretação objectiva da referência à 'destinação' da conduta que se encontra em Savigny - era adoptada nos trabalhos preparatórios e defendida por alguma doutrina, quer nacional, quer estrangeira. O critério de 'expresse' seria transferido para uma instância objectiva (relevante ara a apreciação exterior), pela qual se apreciaria a intenção do agente - 'estaria na avaliação objectiva dessa finalidade segundo os cânones definidos pelos artigos 236¹⁵⁵ e seguintes".¹⁵⁶

Carlos Ferreira de Almeida, por sua vez, traz como critério auxiliar para delimitação da dita "enunciação expressa", o fato de esta conter "no âmbito do elemento, sub-elemento ou conjunto de elementos, com relevância negocial, que constituem o objetivo do enunciante, tal como deve ser compreendido".¹⁵⁷

A conceituação da declaração expressa, segundo a doutrina portuguesa, passa pela necessária análise da intenção do agente em declarar. A mensagem emitida deve se exaurir tão logo seja pronunciada, sem extravasar tal finalidade a ponto de demandar análise concreta e circunstancial.

De outro ponto, a classificação de uma declaração como expressa assume grande importância na medida em que, muitas vezes, a validade do negócio jurídico está condicionada à ocorrência desta modalidade declarativa.

Isto porque não são raros os casos em que a norma dispõe que determinado negócio jurídico somente terá efeitos se a declaração de vontade das partes for

¹⁵⁵ Artigo 236º do Código Civil Português: "1. A declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele. 2. Sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida".

¹⁵⁶ PINTO, Paulo Mota. *Ob. Cit.* p. 486-487.

¹⁵⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio jurídico*, Vol. 2., Coimbra, Almedina, 1992. P. 736.

expressa e revestida de certo grau de solenidade, o que inibe a realização do negócio através de qualquer outra categoria declarativa.

Carlos Alberto da Mota Pinto é certo ao tecer seus comentários sobre o tema, demonstrando que para os negócios que demandam formalidades legais, é imprescindível que provenham de declarações de vontade expressa, não estando as partes livres para o realizarem conforme suas vontades:

"Quando o negócio é formal, as partes não o podem realizar por todo e qualquer comportamento declarativo, a declaração negocial deve, nos negócios formais, realizar-se através de certo tipo de comportamento declarativo imposto pela lei (por escrito, através de certo tipo de documento, mediante uma cerimônia, etc.). Não é costume considerar-se a restrição, por vezes imposta pela lei, traduzida na exigência de uma declaração expressa e não apenas tácita, como bastante para se falar de um negócio formal".¹⁵⁸

Neste sentido, por exemplo, o artigo 1.245 do Código Civil brasileiro.¹⁵⁹ Observe-se que na hipótese trazida pela norma, o negócio jurídico somente produzirá efeitos a partir do momento em que houver o registro do instrumento¹⁶⁰ na matrícula do imóvel.

Assim, a conclusão inevitável é que para negócios jurídicos relativos à transferência de direitos reais, há necessidade de haver um instrumento, que deverá ser levado a registro. Tal instrumento, necessariamente é fruto da convergência de duas declarações de vontade negociais expressas, visto que não é possível realizar este negócio com base no comportamento dos agentes.

¹⁵⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Ob. Cit. p.392. O autor, em seguida, complementa: "A exigência de forma para os negócios jurídicos — ou para certos negócios — é uma constante de todos os tempos. Em fases mais recuadas da história jurídica dos povos o formalismo era exigido para todos ou quase todos — os negócios, era muito aparatoso, com cerimônias cheias de ritualismo, e variava de tipo negocial para tipo negocial. Tornava-se necessário o emprego de palavras ou de gestos muito precisos. a celebração em determinados locais, ante o tribunal ou ante testemunhas. Via-se na forma, que assim tinha de ser cumprida vigorosamente, o próprio fundamento da criação de vínculos jurídicos. Lentamente, sobretudo a partir do jus naturalismo, passou a ver-se na vontade manifestada pelas partes o fundamento do negócio, sendo a forma um requisito suplementar, exigível, nalguns casos, para a sua validade. Hoje o formalismo é exigido *apenas para certos negócios* jurídicos, é *uniforme*, traduzindo-se praticamente na exigência de *documento escrito*, e está assim *simplificado*, relativamente aos direitos antigos". p. 393.

¹⁵⁹ "Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. § 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel".

¹⁶⁰ O instrumento poderá ser público ou particular, a depender do valor do bem adquirido, nos termos do artigo 108 do Código Civil.

Outro exemplo de exigência de declaração de vontade expressa - desta vez não escrita - reside no artigo 1.514 do mesmo diploma, que ao versar sobre o casamento, aduz que "o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados".

Neste caso, apesar do dispositivo falar apenas em "manifestação" dos nubentes, obviamente que, pelas circunstâncias da cerimônia, refere-se à manifestação expressa, visto que não é possível que a autoridade que conduz o ato deduzir do comportamento das partes se pretendem a união ou não. É necessário que haja uma manifestação de vontade expressa para que o ato possua validade. Inclusive, é este o teor do artigo 1.535¹⁶¹.

A necessidade de declaração expressa de vontade é inerente ao instituto do casamento, inclusive por imposição legal, consoante expõe Carlos Roberto Gonçalves:

"A celebração do casamento obedece a formalidades essenciais (*ad.Solemnitatem*), que, ausentes, tornarão o ato inexistente, como foi dito. A principal ocorre no momento em que o juiz pergunta aos nubentes, a um e após ao outro, se persistem no propósito de casar. A resposta, segundo o artigo 1.535 do Código Civil, deve ser pessoal e oral, mas se admite, para o casamento de um surdo, perguntas e respostas escritas, e, para o casamento de um mudo, resposta por sinal. O importante é que o consentimento seja inequívoco, por palavras, gestos, escrito, podendo resumir-se ao 'sim' ".

O silêncio, nesse caso, não pode ser interpretado como manifestação de vontade. Não se admite também que o consentimento seja subordinado a condição ou termo. O estrangeiro pode, por sua vez, valer-se de intérprete, caso não entenda bem o vernáculo cerimonial, a fim de que não parem dúvidas quando a sua intenção de contrair matrimônio.¹⁶²

¹⁶¹Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: 'De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados' ".

¹⁶² GONÇALVES, Carlos Alberto. Direito Civil Brasileiro - Direito de Família, Volume 6, 9ª Ed., Saraiva, São Paulo, 2012. p. 101.

Neste sentido, o Código Civil Argentino, de recente promulgação, foi além das legislações civis vigentes, prevendo em seus artigos 418¹⁶³ e 419¹⁶⁴ as hipóteses aventadas pelo autor acima, o que deixa ainda mais evidente a necessidade de declaração de vontade expressa para realização do matrimônio.

Em suma, tem-se por declaração expressa toda aquela que a cognoscibilidade é exauriente, ou seja, que não demanda do intérprete qualquer interpretação do comportamento do declarante a fim de verificar se este possui ou não a intenção de firmar determinado negócio jurídico.

A importância da conceituação de declaração expressa reside no fato de que não são raros os dispositivos legais que condicionam a validade e a produção de efeito do negócio jurídico à sua verificação. A não verificação de declaração inequívoca e incontestável faz com que o negócio jurídico não venha a subsistir dentro dos campos da validade e da eficácia, sendo, portanto condição *sine qua non* para que atinja a sua plenitude.

4.2. Declaração Tácita e o Comportamento Concludente

Conforme se expôs no item anterior, a acepção clássica da formação do negócio jurídico é, na maioria das vezes, teorizada através do encontro de manifestações expressas de vontades negociais, sejam estas escritas verbais ou gestuais.

Entretanto, a formação negocial pode ser corriqueiramente verificada sem que as partes exponham suas vontades de maneira expressa e inequívoca. Neste caso, a partir da conduta dos agentes, é possível se chegar à conclusão que há,

¹⁶³ "ARTICULO 418.-Celebración del matrimonio. El matrimonio debe celebrarse públicamente, con La comparecencia de los futuros cónyuges, por ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de ellos. Si se celebra en la oficina que corresponde a ese oficial público, se requiere la presencia de dos testigos y las demás formalidades previstas en la ley. El número de testigos se eleva a cuatro si el matrimonio se celebra fuera de esa oficina. En El acto de La celebración del matrimonio el oficial público da lectura al artículo 431, recibe de cada uno de los contrayentes La declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, y pronuncia que quedan unidos en matrimonio en nombre de la ley. La persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral debe expresar su voluntad por escrito o por cualquier otra manera inequívoca".

¹⁶⁴"ARTICULO 419.- Idioma. Si uno o ambos contrayentes ignoran el idioma nacional, deben ser asistidos por un traductor público matriculado y, si no lo hay, por un intérprete de reconocida idoneidad, dejándose debida constancia en la inscripción".

faticamente, a intenção em realizar negócio jurídico, sem que de fato tenha havido qualquer signo de linguagem expresso que leve à tal conclusão.

A existência do negócio jurídico, nesta hipótese, está condicionada à interpretação da conduta do agente, de maneira que fique evidente a sua intenção em, junto a outrem, criar, modificar ou extinguir direitos dentro do exercício da sua autonomia negocial. Conforme expusemos, é necessário que haja o reconhecimento jurídico e social da vontade negocial, aliado à confiança que é desperta na parte que reconhece a conduta como uma exposição de intenções.

Assim como a declaração de vontade negocial expressa, a dita declaração de vontade negocial tácita não possui conceituação legal pelo Código Civil pátrio, de maneira que, mais uma vez, buscamos inspirações na codificação lusitana a fim de incorporarmos o instituto.

Segundo o artigo 217º do Código Civil Português, a declaração de vontade negocial tácita é verificada "quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam", isto é, ainda que o agente não tenha expressamente declarado sua intenção negocial, da sua conduta é possível extrair a sua vontade, inclusive, em função da confiança e do reconhecimento negocial que dela se percebe.

Importante salientar que não se trata do mero comportamento do agente, mas sim, a sua conduta qualificada da qual é possível interpretar a sua vontade em realizar determinado negócio jurídico, inclusive a gerar expectativas em outrem quanto a sua formação.

A distinção entre o mero comportamento do agente e a conduta qualificada reside na esfera psíquica dos agentes, vez que o primeiro não é capaz de fomentar quaisquer expectativas quanto à formação do negócio, ao passo que no segundo, dada a sua recognoscibilidade social como tal, há o acúmulo de confiança das partes quanto à formação do negócio, ainda que expressamente não tenham assim se manifestado.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Emilio Betti, sobre o assunto, dispõe: "Diferindo, nisso, da declaração, o comportamento puro e simples não pode contar com a colaboração psíquica alheia, representando uma exigência a satisfazer numa relação com os demais; não apela para a consciência ou para a vontade das

Em suma, o traço distintivo entre o mero comportamento e a declaração tácita é a presença da vontade negocial e de seu reconhecimento social.

Neste sentido, a declaração de vontade negocial tácita tem como sua principal característica uma conduta coerente do agente vislumbrando a formação do negócio e, concomitantemente, impassível de quaisquer equívocos interpretativos. Tal conduta se funda, predominantemente, na confiança e na expectativa geradas no destinatário que, ante ao reconhecimento social do ato como apto a formação de um negócio jurídico.

Trata-se, portanto, do que a doutrina costuma chamar de comportamento concludente, pois não se trata de um mero agir do agente, mas, em verdade, de uma atitude qualificada e que gera a expectativa de formação negocial.

Segundo Emílio Betti:

"O comportamento qualifica-se como concludente, quando impõe uma conclusão, uma ilação lógica, que não se fundamenta na consciência do agente (que até poderia nem dar conta da concludência da conduta), mas sobre o espírito de coerência que, segundo os pontos de vista comuns, deve informar qualquer comportamento entre membros da sociedade, e sobre a auto-responsabilidade que se liga, por uma exigência social, ao ônus de conhecimento".¹⁶⁶

O comportamento concludente é, segundo Giovanni Ettore Nanni, o elemento objetivo da manifestação tácita de vontade apta a criar o negócio jurídico.¹⁶⁷

Na mesma senda Paulo Mota Pinto, dispõe que o comportamento concludente não é, isoladamente, uma forma de declaração negocial, integrando o elemento nuclear da declaração tácita, o que a faz ser objetivamente perceptível aos olhos do declaratório.

peças em cuja esfera deverão desenvolver-se os efeitos do negócio. Ele é resultado numa modificação objectiva, socialmente reconhecível e relevante, da situação de facto preexistente. Ele efectua e realiza, de facto, uma regulamentação de interesses privados, sem pretender torná-la conhecida dos outros, embora se traduza, como qualquer acto, numa modificação do mundo exterior, reconhecível no ambiente social. Portanto, a distinção entre declaração e comportamento tem em cota a diferente natureza do acto e do evento a que conduz, e fundamenta-se no mesmo critério que, na teoria geral dos actos jurídicos, nos levou a distinguir declarações e operações". BETTI, Emílio. *Ob. Cit.* p. 249.250.

¹⁶⁶BETTI, Emilio. *Ob. Cit.* p. 269.

¹⁶⁷NANNI, Giovanni Ettore. A Cláusula Compromissória Como Negócio Jurídico: Análise de sua Existência, Validade e Eficácia, *in* NANNI, Giovanni Ettore; LOTUFO, Renan. *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*, Atlas, São Paulo, 2012, p. 544.

Nas palavras do autor:

"Na declaração 'tácita' a doutrina põe em destaque o facto de se realizar uma inferência a partir de factos concludentes. À conduta a partir da qual se pode efectuar uma ilação poderemos chamar 'comportamento concludente'. Julgamos que este deve ser visto como constituindo o elemento objectivo da 'declaração tácita, o qual é determinado, como na declaração expressa, por via interpretativa. Assim, 'o problema da avaliação do comportamento concludente enquadra-se no âmbito da teoria feral de interpretação dos negócios jurídicos'. A referida ilação, por outro lado, permite ligar na declaração tácita a componente material, externa, manifestante, com um signífica. A possibilidade de realizar tal ilação é que será propriamente designada como 'concludência' da conduta. Ora, essa ilação não assume um papel relevante na declaração tácita se apresenta, em relação a estas, sem dúvida como mais complexa".¹⁶⁸

Deste modo, consoante visto nas palavras do autor, a verificação do comportamento concludente decorre da existência dos ditos factos concludentes, os quais darão embasamento e respaldo declaratório, a fim de que esse possa deduzir a vontade negocial do declarante.¹⁶⁹

É justamente neste sentido que se encontra o artigo 217º do Código Civil Português ao propor que será uma declaração tácita será observada "quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam". A referida norma não demanda a incontestável certeza da ilação provocada no destinatário, mas tão somente elevado grau de probabilidade de uma dada declaração, obtida a partir de uma "interação lógica", conforme os usos e costumes locais.¹⁷⁰

De se salientar que doutrina portuguesa levantou debate sobre os fins da concludência: se estaria ligada à vontade do agente ou se teria tão somente um significado negocial.

¹⁶⁸PINTO, Paulo Mota. *Ob. Cit.* p. 746-747.

¹⁶⁹Segundo Paulo Mota Pinto, "estes são aqueles factos a partir dos quais de acordo com o critério interpretativo, se pode concluir uma declaração tácita podem, portanto, ser todos os que se devem considerar do ponto de vista hermeticamente relevante, sejam eles positivos ou negativos, desde que sirvam para construir uma 'impressão do destinatário' no sentido de existência de uma declaração tácita e que não se trate de símbolos integrantes de uma linguagem (pois então a declaração seria expressa)". PINTO, Paulo Mota, *Ob. Cit.* p. 749.

¹⁷⁰NANNI, Giovanni Ettore. A Cláusula Compromissória Como Negócio Jurídico: Análise de sua Existência, Validade e Eficácia, *Ob. Cit.* p. 544. No mesmo sentido, PINTO, Paulo Mota Pinto, *Ob. Cit.* p. 893: "A ilação não tem normalmente de ser necessária e absolutamente inequívoca sendo bastante um elevado grau de probabilidade de uma dada declaração, obtida a partir da inferência segundo uma 'lógica de interacção', de acordo com as regras ou 'usos da vida'. Como ponto de vista especialmente relevante para a concludência deparou-se nos, assim a incompatibilidade do comportamento com os significados contrários à declaração".

Segundo os primeiros, a expressão "se revelam" se reportaria à palavra "vontade", usada na expressão "manifestação de vontade" presente no artigo 217º, o que, nas palavras de Paulo Mota Pinto¹⁷¹, tornaria os fatos concludentes verdadeiramente *ex quibus voluntas concludi potest*. Desta parcela da doutrina se destaca Luis Carvalho Fernandes, para qual a declaração é a expressão objetiva da vontade do ato.¹⁷²

De outra senda, Paulo Mota Pinto, capitaneando a maior parte da doutrina, entende que os fatos concludentes não estão ligados à vontade do agente, mas sim à própria declaração negocial, que são derivados de um juízo de concludência:

"Ora, não é coerente rejeitar em geral a ideia de que por interpretação não se visa investigar a vontade do agente (como já sabemos que se deve fazer), mas defender para a declaração tácita que a conclusão se refere a esse elemento volitivo. Uma vez que o que interessa na interpretação das declarações expressas é a determinação de existência e do conteúdo da declaração, não se vê razão para o objectivo da interpretação deve variar consoante a sua modalidade, sendo, na declaração tácita, antes a investigação, ou inferência, de um elemento volitivo. A conclusão (a lei emprega o termo 'dedução', como o Código Seabra) a extrair destes factos (por isso) ditos concludentes não é, pois, para uma vontade, mas para um significado declarativo, que se pode constituir a partir de um juízo de concludência."¹⁷³

Haveria, assim, na declaração tácita e os fatos concludentes um nexo de presunção, segundo qual a partir dos fatos concludentes é possível ao declaratório deduzir - ou presumir - a intenção do declarante em firmar determinado negócio jurídico.¹⁷⁴

De mais a mais, o que se verifica, tanto pela doutrina portuguesa, como pela italiana, é que a declaração tácita prescinde totalmente da consciência subjetiva do declarante. Para tanto, deve se observar muito mais à coerência da conduta, da qual decorre o comportamento concludente, do que às intenções do declarante.

A síntese do pensamento, tanto de Emilio Betti, como de Paulo Mota Pinto, pode ser vista nas palavras de Giovanni Ettore Nanni:

¹⁷¹ PINTO, Paulo Mota, *Ob. Cit.* p. 753.

¹⁷² FERNANDES, Luís Carvalho, *apud* PINTO, Paulo Mota. *Ob. Cit.* p. 342.

¹⁷³ PINTO, Paulo Mota, *Ob. Cit.* p. 753

¹⁷⁴ Neste sentido, Frederico Castro Y Bravo, salienta que "de que las declaraciones tácitas no deben confundirse: 1.º Con aquellos hechos que, por si mismos, acarrean una responsabilidad negocial; caso en el que no habrán necesidad de acudir a las presunciones. 2.º Com los supuestos en los que La ley ha establecido La presunción, sea con valor 'iuris tantum' o 'iuris et de iure' ". CASTRO Y BRAVO, Frederico. *Ob. Cit.* p. 68.

"A conduta é qualificada como concludente enquanto impõe uma conclusão, uma ilação lógica que não está fundada sobre a consciência do agente (que pode até não se dar conta da concludência o próprio comportamento), mas sobre o espírito de coerência em que, segundo os pontos de vista comuns, deve informar todo o comportamento entre os membros sociais, e também, sobre a autorresponsabilidade que incorpora, por uma exigência social, ao ônus de autoconhecimento".¹⁷⁵

A verificação da declaração tácita, tendo seu elemento objetivo o comportamento concludente, parte da premissa de proteção à confiança e às expectativas do declaratório.¹⁷⁶

A consciência subjetiva é praticamente desprezada em favor de uma análise objetiva da formação do negócio, vez que, com base na autorresponsabilidade negocial, é dever do agente zelar para que sua conduta não gere em outrem a expectativa de formação de negócio.

Parece-nos, em regra, acertado tal pensamento. Diferentemente da declaração expressa, onde o declarante inequivocadamente compartilha suas intenções negociais, a declaração tácita nem sempre será abarcada de tal incontestabilidade - em verdade, muitas vezes sequer é.

Ao focar no elemento objetivo do comportamento, isto é, naquilo que é verificado pelo declaratório e pelos demais, prioriza-se a segurança jurídica dos negócios, tornado a interpretação negocial extremamente facilitada - critério este, que nos parece o mais correto, dada a subjetivação da situação, percebida nas entrelinhas da conduta do declarante.

Contudo, seguindo a linha do presente trabalho, entendemos que a extrema objetivação da declaração tácita não é sempre a melhor alternativa à interpretação da declaração de vontade negocial.

Em nosso entender, deve, sim, haver uma objetivação da análise do comportamento do declarante - fato que é exigido pela situação negocial. Entretanto, este critério não deve ser absoluto. Entendemos a priorização pelos elementos objetivos calcados na segurança jurídica, na confiança e na expectativa gerada no

¹⁷⁵ NANNI, Giovanni Ettore. A Cláusula Compromissória Como Negócio Jurídico: Análise de sua Existência, Validade e Eficácia, *Ob. Cit.* p. 545.

¹⁷⁶ PINTO, Paulo Mota, *Ob. Cit.* p. 425.

declaratório, mas, que deve se pugnar por uma análise também subjetiva do comportamento, ainda que em menor escala.

Em suma, divergimos quanto à desnecessidade da consciência do agente quanto ao seu ato, conforme expusemos em capítulo anterior.

De fato, em se tratando de uma declaração tácita, com viés claramente implícito, é necessária a análise interpretativa quanto à coerência do agente e quanto à confiança que gera no destinatário. Não fossem tais características, o comportamento estaria completamente desprovido de seu caráter negocial.

O negócio jurídico é fruto, essencialmente, do exercício da autonomia negocial do indivíduo, decorrente das suas prerrogativas subjetivas. Ao condicionar à existência do negócio, ainda que por vias implícitas, tão somente à expectativa socialmente gerada, é tolhida do dito declarante a capacidade de exercer seus direitos subjetivos.

Assim, em nossa opinião, ainda que se trate de uma declaração de vontade implícita, é necessária a consciência do autor quanto à sua vontade negocial. A objetivação da conduta, baseada exclusivamente nas impressões geradas ao declaratório não condiz com a essência do conteúdo negocial, visto que pretender impor ao declarante o ônus de um negócio que jamais pode ter querido formar.

Não se pode olvidar também que o comportamento e os fatos concludentes, na maioria das vezes, são ligados aos usos e costumes locais, o que demanda do declarante o seu conhecimento para dar a entender ao declaratório a expectativa de formação do negócio jurídico.

Se numa hipótese de que um sujeito recém chegado em um novo local, involuntariamente e sem qualquer emissão expressa de vontade, implica a outrem que pretende firmar negócio jurídico, estaria a este vinculado sem que tivesse a menor consciência?

Não nos parece ser esta a melhor alternativa. Ainda que objetivamente possa ter gerado à confiança nos demais sobre a intenção negocial, de fato, não a possuía.

Apesar de a doutrina massivamente entender pela desnecessidade da consciência comportamental, inferimos que não pode haver a mitigação do pilar

fundamental do negócio jurídico, qual seja, o exercício de um direito subjetivo que se emana através da vontade negocial do agente.

A vontade é, em suma, o baluarte da teoria do negócio jurídico.

Neste sentido, conforme salientamos previamente, a saída trazida pelo artigo 246º do Código Civil português é a que melhor contempla a formação do negócio jurídico: traz em seu bojo a necessidade de consciência da vontade negocial, sem, entretanto, dispor dos elementos objetivos da declaração tácita.

Deste modo, tomando por base a referida norma - que serviu de parâmetro para nossas reflexões - a solução de tal dilema passa pela harmonização de seus artigos 215º e 246º, para fins da interpretação do negócio jurídico: de um lado - certamente preponderante - é necessária a análise objetiva da declaração tácita e do comportamento concludente, pois é este o único meio de se proteger a expectativa e a confiança do declaratário e não deixá-lo à mercê de eventual subjetivismo abusivo do declarante; de outro, não é possível limar em sua totalidade o caráter subjetivo da declaração de vontade negocial. Ainda que em menor medida, deve-se proteger e resguardar os interesses subjetivos do agente, visto que nem sempre este pretenderá a formação do negócio jurídico ou, ainda que o pretenda, nos moldes em que entendeu o declarante que este iria se configurar.

Nesta hipótese, é preciso se interpretar a conduta também de acordo com as possibilidades que o agente teria em saber de suas consequências, que ao tomar determinada atitude, poderia gerar em terceiros a mínima expectativa de formação negocial.

Obviamente, a análise interpretativa passa também pela ciência das consequências dos atos do próprio declarante. Não é possível, sob o argumento de que "não tinha consciência das consequências negociais de seu ato", que o agente se veja totalmente livre da responsabilidade em função da expectativa criada em outro. Se o declarante poderia saber ou deveria saber que seus atos gerariam determinadas expectativas, independentemente de querê-las ou não, não pode este passar ileso perante a lei.

De fato, a consciência da vontade, conforme dispusemos anteriormente, é elemento essencial para a existência do negócio jurídico. Toda e qualquer declaração desprovida da consciência negocial, seja ela tácita ou expressa, não é apta a gerar qualquer avença negocial.

Não se trata aqui de um vício de vontade, mas da completa ausência de vontade negocial.

O pensamento em tela não visa reduzir à proteção dada ao declaratório pela expectativa que lhe fora criada. Há tão somente uma alteração da perspectiva sobre a qual deve recair a proteção de seus interesses.

Assim, em alinhamento ao que fora exposto previamente, entendemos que a questão deve ser resolvida dentro da seara da responsabilidade civil extracontratual.

A conduta do agente, enquanto culposa, se aproxima muito mais de um ato ilícito do que na imposição de se arcar com os ônus de um negócio jurídico que jamais se pretendeu.

Não há, entendemos, negócio jurídico sem vontade ou consciência, razão pela qual deve o agente responder fora da esfera negocial. Todos os prejuízos causados ao declarante, seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, devem ser resolvidos na esfera da responsabilidade civil, cabendo a este comprovar todos os prejuízos causados pela expectativa que lhe fora gerada em função do comportamento - neste caso, não concludente - demonstrado pelo declarante.

Assim, em que pese o máximo respeito devotado à doutrina dominante quanto à desnecessidade da consciência do declarante, nos posicionamento em sentido parcialmente oposto: para fins de declaração tácita é preciso uma análise preponderante da coerência do declarante, da expectativa e da confiança criadas no declaratório, sem, todavia, mitigar totalmente a consciência do agente quanto à sua vontade negocial, visto que esta é a premissa básica da existência do negócio jurídico, qual seja, a permuta de vontades negociais.

4.2.1. Distinção entre o Comportamento Concludente e os Negócios de Atuação

A declaração de vontade negocial tácita, como se viu, não decorre de uma manifestação de vontade inequívoca, mas da interpretação da conduta do agente que, através de determinado comportamento, cria em outrem a expectativa e a confiança na formação do negócio jurídico. Este comportamento - chamado concludente - é o elemento objetivo da declaração tácita, servindo de ilação de onde se vislumbra a coerência para criação da expectativa negocial.

Antes de abordarmos o silêncio como declaração de vontade, cumpre-nos dizer que existem autores que admitem a ocorrência de negócios jurídicos desprovidos de declaração de vontade, os chamados negócios de atuação.

Segundo esta posição doutrinária, os negócios de atuação seriam aqueles que se deduzem de um fato concludente, não necessariamente de uma declaração.¹⁷⁷ Dentre estes, destacamos Paolo Gallo:

"posto che si tratta di atti negoziali, parte della dottrina, specie tedesca ed in parte italiana, in passato há peraltro ritenuto necessario sottoporre ad un regime particolare i c.d. negozi di attuazione; Le cui peculiarità consisterebbero a) nella attuazione immediata dell'intento, b) nella mancanza di direzione verso altri soggetti; in particolare nei negozi di attuazione la volontà assumerebbe una rilevanza maggiore che nei negozi dichiarativi; in particolare i vizi del consenso rilevarebbero senza quelle limitazioni previste a tutela dell'affidamento del destinatario della dichiarazione".¹⁷⁸

¹⁷⁷ Francisco de Paula Crescenzo Marino elenca como exemplos: "(i) casos cuja qualificação negocial não parece questionável, tais como (a) confirmação de negócio anulável pela prática de ato de execução (art. 174 do Código Civil); (b) novação tácita (arts. 361 do Código Civil); (c) aceitação de oferta contratual mediante atos de apropriação, utilização ou execução (v.g. aceitação tácita do mandato, cf. art. 659 do Código Civil); (d) aceitação de herança mediante *pro herede gestio* (art. 1.859, 2º parte do Código Civil); (e) revogação do legado por modificação ou alienação da coisa legada (art. 1.939, I e II do Código Civil); (f) revogação (total ou parcial) do testamento por elaboração de testamento posterior incompatível com o primeiro (art. 1.970, parágrafo único, do Código Civil); (g) revogação do testamento cerrado pela respectiva abertura ou dilaceramento (art. 1.972 do Código Civil, (ii) hipóteses de duvidosa qualificação negocial, dentre as quais a gestão de negócios e certos comportamentos sociais típicos, como o fornecimento de serviços públicos; e (iii) casos mais adequadamente qualificados como ato jurídicos em sentido estrito, notadamente a ocupação e abandono de imóveis". MARINO. Francisco de Paula Crescenzo. *Ob. Cit.* p. 85 e 86.

¹⁷⁸ GALLO, Paolo. *Tratato Del Contratto. Vol. I - La Formazione*, Utet Giuridica Torino, 2010. p. 657.

Em nosso entender, apesar de autores de escol como Emilio Betti e Francesco Carnelutti adotarem a referida classificação, não nos parece precisa a conclusão de que existam negócios sem declaração.

Acertado, em nosso ver, é o posicionamento de Antônio Junqueira de Azevedo, para quem, ainda que a declaração decorra das circunstâncias comportamentais, não quer dizer que esta não esteja presente.¹⁷⁹

Isto porque em todos os negócios são conferidos os fatos concludentes, variando tão somente o grau de certeza verificado através da manifestação de vontade - expressa ou tácita. Trata-se tão somente de uma questão de interpretação negocial.

Em outra senda, se a manifestação de vontade não é incontestável, os usos e a lei têm o condão de auxiliar, o interprete do negócio, fazendo-o presumir a declaração - entendimento este em total consonância com a expectativa e a confiança gerada pelo comportamento concludente.

Neste sentido, conclui Antônio Junqueira e Azevedo:

"Portanto, nos casos de forma tácita, quando alguém pratica determinados atos, não são esses atos, a atuação, que constituem o negócio jurídico. Este continua a ter, por suporte fático, uma declaração, mas uma declaração que, por não se deixar perceber bem em sua existência ou, pelo menos, em seu sentido de declaração, é suposta pelo intérprete. Os atos são, apenas, meio para o interprete, mas não, a própria declaração; a forma tácita é forma da declaração. A própria maneira de a lei se expressar é sintomática; a lei não diz 'os atos realizados são declaração' e sim, 'presume-se que houve', 'considera-se', 'haver-se-á por', etc".¹⁸⁰

Os negócios de atuação, portanto, não devem ser apartados em uma categoria distinta dentro dos negócios jurídicos¹⁸¹.

Como bem salientou o autor, há uma declaração implícita quando da realização do ato, ainda que de maneira presumida pela lei. Há, em certo modo, uma conduta ativa e implícita do agente: ativa na medida em que não basta uma atitude omissiva, demandando sempre um agir, um *faccere* do sujeito. Entretanto,

¹⁷⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico e Declaração Negocial. *Ob. Cit.* p. 17

¹⁸⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico e Declaração Negocial. *Ob. Cit.* p. 18.

¹⁸¹ Tal classificação, em nosso ver, é descabida, tendo em vista que não irá acrescentar em nada no estudo do tema.

passiva, implícita, tendo em vista que não há uma declaração expressa e incontestável.

De mais a mais, é certo que os negócios de atuação integram, em nossa opinião, as fileiras da declaração de vontade tácita, inexistindo razões para apartá-los em uma categoria especial.

4.3. O Silêncio Como Declaração de Vontade Negocial

O negócio jurídico é, essencialmente, composto pelo tripé vontade, declaração e confiança, que se verificam de maneira subsequente.

A vontade se observa na medida em que o negócio jurídico é fruto do exercício de um direito subjetivo, qual seja, a autonomia negocial do indivíduo para regular suas relações privadas de acordo com seus interesses.

Decorrente desta vontade e, imbuído e formar o negócio jurídico, o agente declara seu interesse, seja de forma expressa ou tácita, dando a todos publicidade de sua intenção negocial.

Por fim, a partir da declaração de vontade negocial, cria-se no declaratório a confiança e a expectativa na formação do negócio jurídico, de maneira que este possui todo o resguardo legal a partir da conduta exalada pelo declarante.

Em se tratando a declaração de vontade negocial muitas das vezes como um fenômeno comportamental, questiona-se o papel do silêncio na formação do negócio, tendo em vista que, como bem lembra Judith Martins Costa, é também um signo de linguagem¹⁸², apto a transmitir uma mensagem e uma intenção.

¹⁸² MARTINS COSTA, Judith. Prefácio a TUTIKIAN, Priscila Sansone. O silêncio na formação dos contratos: proposta, aceitação e elemento da declaração negocial *in* Modelos de Direito Privado. Marcial Pons, São Paulo, 2014. p. 142.

O debate acerca do papel do silêncio decorre do fato de que as legislações civis, em geral, reconhecem a sua aptidão à formação negocial em determinadas condições.

Nos termos do artigo 111 do Código Civil brasileiro, tem-se o silêncio como forma de se arrematar o negócio.¹⁸³

A leitura do artigo mostra que o silêncio não é uma conduta comissiva, isto é, sua existência por si só não serve como declaração de vontade negocial no sentido de dar início à formação do negócio. Trata-se, em verdade, de uma resposta, um reflexo à conduta negocial de outrem que já declarou sua vontade negocialmente.

Assim, por silêncio deve-se entender a completa ausência de manifestação de vontade. Ao contrário dos exemplos anteriores, onde há um comportamento comissivo do declarante, o silêncio implica na sua total inércia, isto é, sem a mínima demonstração, inclusive, comportamental, de que se pretende a formação do negócio jurídico.

Ao que se afigura, por se tratar de um comportamento omissivo, o silêncio não tem atuação ativa, apta firmar uma proposta ou dar início a uma avença. Em oposição, o somente poderá ser verificado na condição passiva do sujeito, ou seja, daquele que é o destinatário da declaração de vontade negocial.

Muito similar ao código brasileiro, o Código Civil português também dispõe em seu artigo 218º que *"o silêncio vale como declaração negocial, quando esse valor lhe seja atribuído por lei, uso ou convenção"*.

Carlos Alberto da Mota Pinto¹⁸⁴, em comentário a referida norma, dispõe que o silêncio somente produzirá efeitos para fins de negócio jurídico se houver prévia disposição legal, ou for dos usos do negócio que assim se proceda, se caracterizando como uma exceção à regra, que exige uma manifestação de vontade, seja ela expressa ou tácita:

¹⁸³Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa."

¹⁸⁴MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Ob. Cit.* p. 427-428.

"É a solução mais razoável. Seria inaceitável dar expressão legislativa ao tópico <<quem cala consente>> (<<qui tacet consentire videtur>>). Com efeito, o silêncio é, por si mesmo, insignificativo, e quem cala pode se comportar desse modo pelas mais diversas causas, pelo que se deve considerar irrelevante - sem dizer sim nem não - um comportamento omissivo. De outro modo, ao enviar a outrem uma proposta de contrato estaria a criar-se-lhe o ônus de responder, a fim de evitar a conclusão do negócio, o que viola a idéia de autonomia da pessoas. A inconveniência de um tal regime (quem cala consente) seria, por outro lado, manifesta: poderiam captar-se aceitação negociais a outrem, através do silêncio, aproveitando-se dos excessivos afazeres, a distração, a negligência, em suma, quaisquer circunstâncias que tornassem difícil ou impossível responder".

Da análise do exposto pelo autor, temos que o silêncio não é ativo, eloquente. Mesmo em situações em que o agente receptor tinha o dever de se manifestar e não o faz, não se configurará a realização do negócio jurídico. O que se verifica, de fato, é um descumprimento de dever, jamais a formação de avença. Portanto, o silêncio quando da formação do negócio jurídico é exceção à regra, válida apenas quando à lei, os usos e os costumes permitirem.

No direito italiano, Emilio Betti possui posicionamento similar ao do jurisconsulto português. Isso porque, segundo aduz, sob determinadas condições e aspectos, o silêncio poderá se tornar significativo, apto a vincular às partes em determinado negócio jurídico¹⁸⁵.

"É também à luz dos critérios apontados que se põe e discute a questão a saber de ser, e até que ponto, a inércia consciente, em presença de certas circunstâncias e situações, por parte de quem tenha a concreta possibilidade de agir e reagir, será suficiente para dar corpo a um acto de autonomia privada e revestir o significado de negócio jurídico (conduta omissiva). A questão tem sido, sobretudo, discutida a respeito do silêncio. Ela não deve apresentar-se assim: se poderá haver um negócio jurídico sem manifestação alguma; são termos equívocos, que roçam pelo absurdo. Não se trata, tão pouco, de ver se alguma vez, e quanto a determinadas categorias de relações, será suficiente que a <<vontade>> (pelo que se entende o conteúdo do negócio), se apresente como <<reconhecível>>, sem necessidade se der propriamente exteriorizada, pois isto seria uma proposição contraditória, visto que a recognoscibilidade de uma intenção prática só pode conceber-se como efeito de uma exteriorização, ainda que indireta, desse propósito. Ora não é, em absoluto, de excluir que o silêncio, como ausência de uma manifestação positiva, valha, todavia, como negócio jurídico".

¹⁸⁵BETTI, Emílio. *Ob. Cit.* p. 272-273.

No direito espanhol, por sua vez, Frederico de Castro y Bravo segue exatamente os mesmos ditames de Emilio Betti e Carlos Alberto da Motta Pinto.¹⁸⁶

Em relação ao direito brasileiro, o artigo 111 do Código Civil preleciona que o silêncio pode gerar, como exceção, a conclusão de determinado negócio, desde que observados critérios como os usos e costumes.

Priscila David Sansone Tutikian, em obra voltada exclusivamente ao estudo do silêncio nos negócios jurídicos, faz clara ressalva de que este não se confunde com a declaração tácita, visto que esta se caracteriza por uma manifestação de vontade não explícita, ao passo que o primeiro requer, necessariamente, a inércia do agente para conclusão do negócio:

"A aceitação pelo silêncio não se confunde nem se subsume na aceitação tácita. As formas expressas das declarações negociais essenciais à fase de formação do contrato não são as que se destinam, inequivocadamente e de modo direto, a declarar a vontade - o ato de autonomia negocial; já as declarações tácitas pressupõem atos que levam a entender a vontade de vinculação negocial, sendo apuradas segundo senso comum, o que ordinariamente se entende, ou que se esperaria daquele que estivesse no lugar do destinatário da declaração, podendo assim, apreender, com razoável objetividade, que o ato destinou àquela declaração".¹⁸⁷

Diferentemente dos Códigos brasileiro e lusitano, o Código Civil argentino, inova ao dispor sobre o dever de manifestação do agente. Veja-se:

"ARTÍCULO 263.- Silencio como manifestación de la voluntad. El silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o la interrogación, excepto en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes".

¹⁸⁶"El silencio puede valorarse como verdadera declaración de voluntad, que da nacimiento al negocio o lo modifica, cuando expresa o tácitamente (por ejemplo, respecto a la prórroga en régimen de su ministros periódicos) se le atribuya el significado de aceptación; lo que sucedará cuando se pacta o entiende que la negativa sólo será eficaz, si es hecha expresamente y dentro de determinado plazo. También puede nacer una responsabilidad negocial en los supuestos de que la vinculación por el silencio resulte de una disposición legal, del uso o de La buena fe (p. ej., en los casos de condena de la reticencia). Por lo demás, cuando no existan dichas bases negocial o normativa, que den valor vinculante al silencio o de las que resulte la obligación de romper lo, es decir, en la mayoría de los casos, el guardar silencio ante una oferta no supondrá aceptación ni originará obligaciones (art. 1.262); tanto más ello será así en los casos en que el silencio sea respuesta al pro ceder ajeno impertinente; por ejemplo, cuando se escribe que si no se comunica lo contrario o se devuelvelo enviado a prueba, se entenderá aceptada la oferta de venta o de abono". CASTRO Y BRAVO, Frederico de. Ob. Cit. p. 69-70.

¹⁸⁷TUTIKIAN, Priscila David Sansone. O Silêncio na Formação dos Contratos. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009. p. 145.

Assim como nos demais sistemas jurídicos apontados, percebe-se que o direito argentino também entende o silêncio como a total ausência de manifestação, seja ela expressa ou tácita.

Inicialmente, é de se notar que o referido artigo é deveras detalhado quanto às hipóteses de ocorrência do silêncio como resposta negocial. Isto porque abarca tanto à hipótese de um ato que importe em declaração - leia-se comportamento concludente/declaração de vontade tácita - bem como à situação em que o agente expressamente questiona o declaratório para a formação do negócio jurídico - caso da declaração de vontade expressa.

Em ambos os casos, o legislador portenho foi enfático ao dispor que o silêncio não é considerado, em regra, manifestação de vontade e de anuência tanto quando o sujeito é indagado ou quando confrontado com algum comportamento negocial.

Vê-se que houve preocupação em, veemente, limar o "*quem cala, consente*", do ordenamento argentino.

Neste sentido a autora local, María Isabel Benavente¹⁸⁸:

“Contrariamente a lo que surge del conocido adagio “el que calla otorga”, en derecho el silencio no significa ni aceptación ni rechazo; es un hecho neutro que puede prestarse a equívocos. No se refiere exclusivamente al no uso de la palabra, sino también a la omisión de expedirse sobre algún hecho o interrogación. La respuesta esquiva, que no permite inferir de alguna manera la expresión de la voluntad (ya sea por signos o señales o por algunos de los modos ya vistos), configura el supuesto de esta norma”.

Por outro lado, a vedação ao silêncio como manifestação de vontade não é absoluta, tal qual no Código Civil brasileiro e no português. Este não deve ser entendido como um direito ou uma faculdade, mas como uma reticência, na medida em que se esquivava de uma resposta que pode prejudicar os demais, razão pela qual

¹⁸⁸ BENAVENTE, María Isabel *in* HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado: Título Preliminar y Libro Primero. 1ª ed, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. p. 441.

o direito deve fazer um juízo de ponderação entre o silêncio e a necessidade de expressão.¹⁸⁹

Em razão disto, a norma argentina é bem mais explícita quanto às exceções à regra.

A primeira exceção diz respeito à hipótese em que o ordenamento impõe ao declaratório um dever de manifestação a fim de afastar os efeitos do silêncio como manifestação de vontade. Trata-se da hipótese de vontade presumida, condição esta imposta pela própria norma.

Neste caso, o agente necessariamente deve seguir uma conduta ativa, imposta pela lei, a fim de evitar que seu silêncio seja entendido como uma anuência negocial. Trata-se, em verdade, de uma valorização à confiança negocial e à expectativa criada perante os demais quanto à formação do negócio.¹⁹⁰

Apesar de termos defendido durante toda obra a necessidade de consciência do agente quando da emissão de declaração de vontade negocial apta a formação do negócio jurídico, fruto do exercício do direito subjetivo da autonomia privada, diante da hipótese legalmente prevista que impõe ao sujeito um dever de manifestação, vislumbramos a única exceção à falta de consciência da vontade negocial do agente.

O direito argentino, tal qual a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁹¹, também possui regra que determina que nenhum daqueles que

¹⁸⁹ Neste sentido: “Al igual de lo que ocurría con el CC, el actual también contiene excepciones por las cuales se atribuye al silencio un valor. Se trata de supuestos en que se entiende que más que el ejercicio de un derecho o una facultad, se incurre en reticencia en la medida que se esquivo una respuesta que puede entorpecer o perjudicar a los demás. Por tanto, el derecho hace un juicio de ponderación entre el silencio en determinados casos y La necesidad de expedirse, y asigna determinado valor”. BENAVENTE, María Isabel. *Ob. Cit.* p. 440.

¹⁹⁰ BENAVENTE, María Isabel, *Ob. Cit.* p. 441: “Existe obligación de explicarse por la ley cuando esta impone al silencio una determinada consecuencia o efecto. Así, La incomparecencia a aa audiencia confesional o la negativa injustificada a responder, autoriza a tener por cierto lo que afirma el ponente (arts. 411 y 417 CPCCN); o bien cuando se cita a una persona en juicio para que reconozcala firma que se le atribuye en un instrumento privado. Si no comparece, se lo tiene por reconocido (art. 314 CCyC)”.

¹⁹¹ Decreto-Lei nº 4.657/42: Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

habitam sua jurisdição podem se furtar à submissão da respectiva lei sob a alegação de seu desconhecimento.¹⁹²

Desta forma, a autonomia negocial do indivíduo, sendo o fruto da vontade individual dentro de um cenário balizado pelas regras do direito privado, afasta-se da necessidade de consciência do agente quanto à emissão de vontade negocial. Isto porque os ditames legais, que em regra atuam como permissivo para o pleno exercício da autonomia negocial, neste caso, possuem uma função inversa, qual seja, limitá-la e impor ao agente um determinado padrão de conduta para que se verifique ou não a formação do negócio.

Assim, em situações como essa, a desnecessidade da consciência negocial pode ser harmonizada com o ordenamento jurídico, tendo em vista que a própria fonte da autonomia negocial - qual seja, o direito privado - é aquela que atua como agente limitado do indivíduo.

Nas demais hipóteses, onde não há qualquer imposição de conduta por força de lei, entendemos ser necessária, ainda que em algum nível, a consciência do agente quanto à emissão da sua vontade negocial para fins de formação do negócio, mesmo que estejam em jogo a confiança e a expectativa gerada em terceiros por sua conduta.

Feito tal esclarecimento, vislumbramos a segunda hipótese em que o direito argentino afasta o silêncio como apto à formação negocial, qual seja, quando as partes, por força negocial, impuseram uma a outra, o dever de manifestação expressa em determinada situação. Neste caso, pode-se entender o silêncio também como uma manifestação de vontade, tendo em vista que o agente teve a faculdade de manifestar-se ativamente ou não, mas por opção própria, preferiu a conduta omissiva.¹⁹³

¹⁹²Código Civil, Art. 4: "Ámbito subjetivo. Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales".

¹⁹³BENAVENTE, María Isabel. *Ob. Cit.* p. 441: "en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes también pudieron haber estipulado que, en caso de no responder en determinado plazo algún requerimiento o interrogación formulada por la otra, importará aceptación o negativa a La formulación efectuada".

A terceira hipótese, por sua vez, muito similar ao ordenamento brasileiro e ao português, diz respeito quando os usos e costumes locais permitirem que o silêncio tenha caráter declarativo. Assim, se em uma determinada localidade, a ausência de expressão negocial é normalmente encarada como um meio apto a formação do negócio jurídico, poderá o silêncio ser elevado à condição de declaração negocial.¹⁹⁴

A quarta hipótese, talvez a maior inovação do dispositivo em comento, diz respeito ao silêncio condicionado ao que se chama de "*conducta anterior*", isto é, habilitando a vontade de acordo com as manifestações precedentes do agente.

Percebe-se que o legislador, em certa medida, associa ao silêncio comportamento concludente reiterado, esbarrando, inclusive, no conceito de *surrectio*.

María Isabel Benavente, à respeito esclarece:

“Este es el caso que el silencio, unido a otras manifestaciones, puede ser tomado en cuenta como expresión de la voluntad. Se trata de un supuesto susceptible de interpretación y será el juez quien interprete que el silencio actual, en comparación con las declaraciones anteriores, significa consentimiento o aceptación. (...) También se verifica cuando el comprador que adquiere periódicamente mercaderías nada dice frente al silencio del vendedor de que ha aumentado el precio y las recibe”.

Assim, o direito argentino é explícito ao impor o dever de manifestação do agente, primando muito mais pela confiança havida em relação consuetudinariamente estabelecida¹⁹⁵, do que por qualquer manifestação expressa, porém, contraditória percebida por uma das partes.

¹⁹⁴ Nesta hipótese, ao contrário da primeira, demandamos necessária a consciência negocial para fins de formação do negócio. Em que pese o intuito do legislador - tanto o portenho, como o lusófono - tenha sido claramente proteger a confiança e a expectativa de terceiro, mantemos nosso posicionamento acerca da necessidade da plena consciência de que determinado ato pode importar em emissão de declaração de vontade, tendo em vista se tratar do exercício de um direito subjetivo. Entendimentos contrários, em nossa opinião, implicam em uma mitigação da vontade - quer queira, quer não, força motriz do negócio jurídico - para uma valorização muitas vezes excessiva da confiança e da expectativa. Não nos furtamos ao reconhecimento da proteção dos interesses do declaratório, que muitas vezes vislumbra na conduta inconsciente do declarante a formação do negócio jurídico. Contudo, nestes casos, a resolução de eventual conflito se aproxima muito mais da responsabilidade civil extracontratual do que no reconhecimento forçado de um negócio jurídico que uma das partes jamais desejou realizar.

¹⁹⁵ Em referência aqui não aos usos e costumes locais, mas aos usos de uma relação habitualmente estabelecida.

A confiança, neste caso, assume papel primordial, visto que é a responsável por calcar a relação havida entre as partes. O silêncio torna-se a regra, dado o alto grau de expectativa gerado pela prática continuada.

Por se tratar de uma relação baseada no histórico das partes, entendemos que a consciência negocial está inerente à conduta do agente. Não vislumbramos a hipótese de que se trata de um negócio jurídico no qual o agente poderia não ter ciência da sua conduta negocial, dado conjunto de antecedentes que circundam o negócio jurídico. A consciência, quando muito, deve ser ao menos presumida.

Isto porque, em que pese tenhamos defendido durante todo o trabalho a necessidade da consciência negocial para existência do negócio, nos afigura um tanto quanto extremo a necessidade de demonstração de consciência daquele que, por período razoável de tempo, pratica reiterada conduta e desperta em outrem a certeza de realização do negócio jurídico.

O silêncio, dado seu caráter eloquente, possui a sua eficácia totalmente escorada na confiança e na expectativa gerada na formação do negócio.

A respeito, Ricardo Lorenzetti:

"La confianza es el fundamento de La celebración de los contratos ya que 'lo que funda La fuerza obligatoria Del contrato es la confianza que uno de los contratantes inspira al otro'. (...) La confianza en que el otro se comportará de buena fe, está jurídicamente protegida en el Derecho, ya que la violación de esa expectativa da lugar al resarcimiento al interés de confianza o interés negativo. En derecho anglosajón cumple un importante papel dentro del esquema de daños resarcibles, específicamente en lo que atiniente a la valuación de la extensión de la indemnización".¹⁹⁶

Apesar do detalhamento dado pelo legislador argentino, a mesma interpretação é extensível ao artigo 111 do Código Civil brasileiro, visto que, também abarca - ainda que nas suas entrelinhas - praticamente as mesmas hipóteses da codificação vizinha.

O dispositivo também demanda a ocorrência de "usos ou circunstâncias especiais", de maneira que não é qualquer ausência de manifestação que importará em anuência negocial. É preciso que seja um silêncio qualificado, seja pela norma,

¹⁹⁶ LORENZETTI, Ricardo. La Oferta Como Apariencia Y la Aceptación basada en la Confianza *in* MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Direito do Consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais, vol. 3, RT, São Paulo, 2011, p. 624.

seja pelos costumes locais. Fora destas hipóteses, configurar-se-á um silêncio simples, desprovido de qualquer caráter negocial.

Há, contudo, uma diferença entre as duas normas: a exigência da norma brasileira da qual o tipo negocial não demanda manifestação de vontade expressa.

Tal entendimento se alinha com os demais dispositivos do código, visto que alguns tipos negócios jurídicos possuem procedimento especificado em lei e não deveria o silêncio ser uma exceção a esta regra. Parece-nos, inclusive, uma escolha lógica e inteligente do legislador, dado o alto grau de subjetividade que comporta este tipo de manifestação de vontade.

Independentemente do ordenamento, que se vislumbra é que o silêncio não se enquadra como uma manifestação de vontade tácita, quanto menos uma manifestação expressa. Trata-se de uma manifestação *sui generis*, de caráter volitivo, cuja condição é qualificada pela norma ou pelos costumes locais.

Segundo Priscila Sanssone Tuktian, a manifestação silenciosa apta à produzir efeitos é o dito "silêncio circunstanciado", qual seja, qualificado pelas partes quando uma previsão legal ou uma ordem judicial não estiver "autorizando" o ato de silenciar.¹⁹⁷ Ausentes quaisquer um destes elementos circunstanciais, não há de se falar no silêncio como manifestação de vontade apta a formar negócio jurídico.

Assim sendo, estendemos que o silêncio, desde que circunstanciado, é meio totalmente apto e independente a configurar uma declaração de vontade negocial. Não se trata de declaração expressa ou tácita, mas de uma categoria apartada, dada a necessidade de verificação de qualificações especiais para sua produção de efeitos como declaração.

O grande foco dado ao silêncio - tanto pela jurisprudência, como pela doutrina - se dá muito em função dos atuais ditames negociais, cada vez mais dinâmicos e menos formais. Assim, percebe-se que esta modalidade de expressão negocial tem assumido grande importância prática, seja nos pequenos negócios cotidianos, seja nas grandes operações empresariais.

¹⁹⁷ TUTIKIAN, Priscila David Sansone. *Ob. Cit.* p. 80.

De todo modo, apesar de o Código pátrio prever o silêncio como meio de declaração de vontade negocial, o faz de maneira tímida - ou talvez, em descompasso com uma realidade mercantil muito mais dinâmica do que quando da elaboração de seu projeto.

O Código Civil argentino, por seu turno, teve grande acerto ao dar maior atenção a este fenômeno, diminuindo o grau de subjetividade que a norma dispõe ao seu interprete. Ao elencar hipóteses claras e, em dada medida, objetivas, o legislador portenho liberou o operador do direito do ônus que a interpretação da declaração silenciosa importa para a verificação do negócio jurídico.

Destarte, dado o recorrente uso do silêncio como meio de declaração e, tendo em vista o fervilhante momento legislativo, nos parece uma boa oportunidade para sugestão de similar alteração legislativa, a fim de que possa o instituto do silêncio ser aprimorado em sede do direito civil nacional.

5. Os Limites da Declaração de Vontade Negocial

O estudo pormenorizado da declaração de vontade negocial não se restringe tão somente ao que foi até o momento exposto.

Apesar de o núcleo do estudo já ter sido aventado nos capítulos anteriores, existem questões de grande relevo e que acabam por esbarrar no tema, razão pela qual se dedica este último capítulo à sua análise.

Dentre tais questões, destacamos à análise dos limites da declaração de vontade negocial, bem como a sua aptidão à produção de efeitos em dadas circunstâncias, tal qual a hipótese da reserva mental do indivíduo e a verificação da seriedade da declaração.

Todos estes temas, embora não fulcrais, tangenciam o presente estudo na medida em que também se assentam na verificação da confiança e da consciência inerentes à formação do negócio jurídico.

Feito este esclarecimentos, passa-se a análise de cada um dos pontos.

5.1. Reserva Mental

Como se falou durante todo o desenvolvimento desta obra, a consciência da declaração negocial nos parece seu fator nuclear, tendo em vista que se trata o negócio jurídico, essencialmente, uma permuta de vontades entre as partes.

A visão negocial predominante, entretanto, pende para o primado da confiança e da proteção à expectativa criada no agente declaratório por aquilo que se encara como manifestação de vontade.

O posicionamento dominante, reconhece-se, possui uma razão de ser: dar maior segurança jurídica aquele que se entende vinculado à uma declaração negocial, por ele e pela sociedade reconhecida como tal.

Em que pese tenhamos discordado parcialmente do posicionamento em apreço, visto que entendemos que não deve tal critério ser absoluto, compreendemos e não relegamos a sua contribuição à atual dinâmica negocial.

O critério da consciência declarativa, a nosso ver, se dosado conjuntamente com a expectativa e a confiança, nos parece ser a melhor saída para a interpretação do negócio jurídico.

Trata-se, portanto, da capacidade do indivíduo, ao analisar e interpretar um negócio jurídico, em saber graduar em qual medida deve incidir as análises subjetiva e objetiva das declarações negociais.

A aptidão para tal sopesamento se mostra necessária na medida em que não se penda para um lado ou para o outro de forma desequilibrada, ora protegendo a vontade interna em demasia, ora supervalorizando aquilo que é declarado.

Exatamente neste sentido, encontra-se o artigo 110 do Código Civil pátrio, o qual aduz que "a manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento".

Da leitura do referido dispositivo se extrai que não pode o agente declarante, ciente de sua real vontade, omiti-la ou maquiá-la, a fim de ludibriar o declaratório e criar nele uma expectativa que não condiz com aquilo que de fato é querido ou

intencionado pela parte, sob pena de incidir no instituto da simulação¹⁹⁸ e implicar na nulidade do negócio jurídico.

Nesta senda, como bem lembra Antônio Junqueira de Azevedo, a reserva mental pode ser inocente, havendo apenas o intuito de enganar - como na simulação; como pode ser fraudulenta, quando se visa também prejudicar o agente.¹⁹⁹

O dispositivo em análise tem como maior espócio não deixar o declaratório ao alvedrio e sujeito aos caprichos do declarante. Apesar de se partir da premissa de que a vontade consciente coincide com aquela declarada, em hipótese em que propositadamente o declarante manifesta algo diverso daquilo que é querido e, com isto visa macular o negócio jurídico, não pode o direito quedar-se inerte diante de tal situação.

Veja-se que nesta hipótese não há falta da consciência negocial. Muito pelo contrário: o agente possui pleno entendimento da sua vontade. Contudo, a declara de maneira desprendida da sua real pretensão.

O negócio jurídico existe, mas é passível de nulidade, dada a disparidade entre aquilo que é querido e declarado, em plena consonância com o artigo 167 do Código Civil.

Trata-se de hipótese diversa da ausência de consciência declarativa, que ventilamos nos capítulos anteriores. Naquela hipótese o agente, sob a menor hipótese, desejou a realização do negócio jurídico, mesmo tendo criado em outrem a expectativa de conformação.

Naquele caso, não há negócio jurídico visto que não há permuta de vontades, diferentemente da hipótese em apreço, onde ainda que de maneira reservada, o agente emite, conscientemente, declaração de vontade negocial.

A vedação a reserva mental tem como mote justamente evitar o abuso da vontade interna quando da formação negocial, isto é, coibir que o declarante se

¹⁹⁸Art. 167. "É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: (...)I - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira".

¹⁹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico e Declaração Negocial. *Ob. Cit.* p. 166.

esconda atrás de uma vontade declarada quando, em verdade, pretende outra coisa e com isso, leve o declaratório a firmar negócio de que jamais desejou.

A este respeito, Frederico Castro Y Bravo:

"Dada la concordancia del resultado, sería inútil ocuparse del fundamento de la ineficacia de la reserva mental, si no fuera que tales teorías han dejado abierto el camino para afirmar la eficacia de algunos supuestos de reserva mental. Conviene, por ello, recordar lo que Savigny dijera: 'Todo el ordenamiento jurídico descansa en que se pueda confiar con certidumbre en aquellos signos mediante los que los hombres se ponen en relación viva y recíproca'; por ello, continúa, es inadmisibile que quien manifieste su voluntad pudiera contradecirla con una voluntad contraria, expresada quizás en otra parte, por escrito o ante testigos."²⁰⁰

O artigo 110 do Código Civil, por sua vez, segue essa exata linha de raciocínio, conforme enfatiza Nestor Duarte em seus comentários:

"A manifestação de vontade é imprescindível para formação do negócio jurídico, entretanto vontade e declaração nem sempre coincidem. A segurança das relações jurídicas, porém, reclama que se empreste eficácia ao que foi declarado e não ao que, eventualmente, for desejado, mas não declarado. Por esse motivo, o que foi objeto da reserva mental, em regra, não é levado em conta".²⁰¹

Todavia, vale salientar que o dispositivo comporta esses, conforme se depreende da sua segunda parte, na medida em que o agente declaratório tenha plena consciência da reserva mental feita pelo declarante.

Isto porque, nesta hipótese, não há quebra da confiança e o receptor tem total ciência daquilo que está sendo posto em jogo para a formação do negócio jurídico.

Maria Helena Diniz, inclusive, faz a distinção entre reserva mental lícita e reserva mental ilícita²⁰²:

"Reserva mental lícita: A reserva mental é a emissão de uma intencional declaração não querida em seu conteúdo, nem tampouco em seu resultado, pois o declarante tem por único objetivo enganar o declaratório. Logo, se conhecida da outra parte, não toma nula a declaração da vontade, pois esta inexistente, e, conseqüentemente, não se forma qualquer ato negocial, uma vez que não havia *intentio* de criar direito, mas apenas de iludir o declaratório. Se for desconhecida pelo destinatário, subsiste o ato. *Reserva mental ilícita conhecida do declaratório:* Se, além de enganar, houver intenção de prejudicar, ter-se-á vício social similar à simulação, ensejando

²⁰⁰ CASTRO Y BRAVO, Frederico. *Ob. Cit.* p. 96-97.

²⁰¹ DUARTE, Nestor *in* PELUZO, Cezar. *Ob. Cit.* p. 110-111.

²⁰² DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado, Saraiva, 15ª Ed. São Paulo, 2010. p. 80.

nulidade do ato negocial. É preciso esclarecer que o conhecimento da reserva mental que acarreta a invalidade do negócio somente pode ser admissível até o momento da consumação do ato negocial, pois se o declaratório comunicar ao reservante, antes da efetivação do negócio, que conhece a reserva, não haverá esta figura, que tem por escopo enganar o declaratório".

Por isso, tem-se que o princípio da vedação à reserva mental não é absoluto, dada a possibilidade de plena ciência do declaratório quanto às reais intenções do declarante.²⁰³

O Código Civil português em seu artigo 244^{o204}, por seu turno, seguindo o exemplo do BGB em seu §116, possui dinâmica parcialmente diversa da legislação pátria.

De início se verifica que a preocupação do legislador lusitano em conceituar o instituto, para o qual estará configurado sempre que houver disparidade entre aquilo que for declarado e aquilo que de fato for querido.

Contudo, destaca-se a segunda parte que, como coloca Antônio Junqueira de Azevedo, traz uma aparente exceção à irrelevância da reserva mental. Segundo o autor, esta parece ser uma pseudo exceção, pois, em verdade, se trata de uma reserva manifestada, embora esteja fora da declaração. A solução trazida pelo código lusitano é, de fato, muito adequada, tendo em vista que protege terceiros de boa-fé e faz com que declarante e declaratório não possam, entre si, fazer prevalecer as respectivas declarações.²⁰⁵

²⁰³ Neste sentido, Antônio Junqueira Azevedo: "Todavia, a inexistência de qualquer exceção, às vezes, cria alguma dificuldade; lembramos duas hipóteses: 1) durante o nazismo, por perseguições raciais, e, nos regimes comunistas, por perseguições ideológicas - o caso pode ocorrer em outras situações semelhantes - diversas pessoas tiveram a idéia de escapar dos riscos que corriam, através do casamento com pessoas de outras nacionalidades, o que lhes permitiria mudar de país. Em muitos desses casos, houve, até mesmo, declarações em cartório (*protestatio coram notario*) ou combinações prévias (acordo simulatório) de que o casamento não tinha outra finalidade salvo a de escapar do regime totalitário. Entre nós, têm acontecido casamentos, em que, a partir do término da cerimônia, os nubentes nunca mais se viram; 2) poderá também alguém, com intenção de beneficiar o declaratório, que ameaça matar-se por estar falido, realizar um negócio jurídico com a reserva mental de anulá-lo, após a 'crise' do favorecido". AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico e Declaração Negocial. *Ob. Cit.* p. 167-168.

²⁰⁴"Artigo 244.º: 1. Há reserva mental, sempre que é emitida uma declaração contrária à vontade real com o intuito de enganar o declaratório. 2. A reserva não prejudica a validade da declaração, excepto se for conhecida do declaratório; neste caso, a reserva tem os efeitos da simulação."

²⁰⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico e Declaração Negocial. *Ob. Cit.* p. 168.

O que difere o código brasileiro da legislação portuguesa é o fato de que, caso o declaratório tenha consciência da reserva mental, esta, expressamente, assumirá os efeitos de simulação.

O entendimento se encontra em plena consonância com o artigo 236º, 2,²⁰⁶ do referido código, segundo o qual a ciência da vontade interna do declarante, caso conhecida pelo declaratório, prevalecerá sobre aquilo que fora exteriorizado.

O Código entende que no momento da emissão da declaração, o declaratório já tinha plena ciência da vontade interna do declarante, inexistem razões para que se considere vinculado ao que fora exteriorizado. Não há, deste modo, proteção à confiança do declaratório que não cria expectativas negociais com fulcro na vontade declarada, mesmo porque, se a reserva for esclarecida, inexistirão razões para a subsistência da declaração.

Entretanto, conforme aduz Paulo Mota Pinto, se o declarante negar a existência da reserva, a declaração será válida, pois esta negação de uma realidade que somente ele próprio tem acesso, acaba por limar o conhecimento da reserva mental do declaratório.²⁰⁷

A sistemática do código português, assim como o brasileiro, reside na tutela da confiança do declaratório. Entretanto, mostra possuir um posicionamento mais agressivo em face daquele que tinha ciência da vontade real do agente, visto que equipara a situação ao instituto da simulação.

²⁰⁶ "Art. 236º 1. A declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele. 2. Sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida".

²⁰⁷ PINTO, Paulo Mota. *Ob. Cit.* p. 290.

5.2. A Declaração Não Séria

No que tange à declaração de vontade negocial, o Código Civil português, apesar de mais antigo, é muito mais robusto e paramentado do que a legislação brasileira. Muito disso se atribui à grande influência germânica sobre o legislador lusitano, certamente muito maior do que a exercida no legislador nacional.

Assim, conforme mencionado em capítulo anterior, o Código Lusitano traz em seu artigo 245^{o208}, a figura da declaração não séria, que seria aquela em que o declarante presume que o declaratário está ciente da falta de vontade negocial do primeiro.

Os maiores exemplos de declarações não sérias são aquelas feitas com *animus jocandi*, da qual o evidente o tom jocoso declarante demonstra sua total falta de aptidão vinculativa. No mesmo sentido, as declarações feitas fora de um contexto negocial real, como aquelas feita por dois personagens em uma peça teatral, por óbvio, também não possuem qualquer traço vinculativo.

A intenção do legislador lusitano foi, em nossa opinião, tutelar a vontade interna do agente concomitantemente à sua confiança na não vinculação. Isto porque, no grande maioria das vezes - tal qual a prévia hipótese da reserva mental - há uma tendência global em primar pela proteção à expectativa e confiança geradas no declaratário, tal qual se expôs durante o presente estudo.

Contudo, exclusivamente neste caso, entendemos que se prima pela expectativa e pela confiança do declarante, que possui plena certeza de que sua fala, carente de seriedade, não terá o condão de criar qualquer expectativa no 'pseudo-declaratário'. Invariavelmente, a norma rompe a barreira usualmente dada à declaração de vontade e também, ainda que indiretamente, acaba por blindar integralmente a vontade do agente, que de forma alguma pretende a formação do negócio jurídico.

²⁰⁸"Artigo 245º 1. A declaração não séria, feita na expectativa de que a falta de seriedade não seja desconhecida, carece de qualquer efeito. 2. Se, porém, a declaração for feita em circunstâncias que induzam o declaratário a aceitar justificadamente a sua seriedade, tem ele o direito de ser indenizado pelo prejuízo que sofrer".

Assim sendo, aquela declaração desprovida de seriedade, totalmente fora das circunstâncias negociais, não terá efeitos de declaração negocial, sendo totalmente inapta a forma negócio jurídico.

Entretanto, a segunda parte do artigo assume um tom diverso da primeira, atentando muito mais às condições em que foi prolatada a declaração, do que nela mesma.

Nesta hipótese há uma retomada da tendência objetivista em se proteger o declaratório, desde que estejam presentes elementos que o induzam a pugnar pela seriedade da manifestação do declarante. Nesta hipótese, a norma dispõe que a ausência de vontade negocial do agente é superada pela expectativa criada pelo declaratório. Percebe-se que não há qualquer menção no sentido de má-fé ou intenções dolosas do declarante, tão somente sendo necessária a ocorrência de equívoco cognitivo do declaratório por forças das circunstâncias do caso.

Em caso isso se verifique, o declarante deverá indenizar seu interlocutor: uma sanção pelos riscos em se declarar aquilo que não desejou, ainda que presumisse que assim o declaratório também entenderia.

Nos parece uma alternativa justa e plausível escolhida pelo legislador português, que entendeu pela inexistência de vinculação negocial. De fato, a saída optada preconiza a inexistência de qualquer traço negocial sem, todavia, desguarnecer o declaratório que, eventualmente, venha a suportar prejuízos pela situação ocorrida. Assim, a situação será resolvida através da responsabilidade civil extracontratual.

Neste sentido, o Acórdão 07B3683, julgado em 8 de novembro de 2007, sob a relatoria de Salvador da Costa, do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, demonstra o entendimento da jurisprudência lusa acerca do tema:

"1. Não obstante o vício resultar dos factos provados, transitado que seja em julgado o despacho do juiz da primeira instância que não admitiu o pedido superveniente de anulação do contrato de compra e venda de identificado prédio com fundamento na falta de consentimento de irmãos dos compradores para a venda feita pela mãe a outros dos seus filhos, não pode o Supremo Tribunal de Justiça, por virtude do caso julgado formal, apreciá-lo no recurso de revista. 2. Não verificados os factos integrantes da reserva mental, das declarações não sérias ou das declarações falseadas produzidas na escritura de compra e venda a si próprios do referido prédio com base em procuração nesse sentido emitida pela respectiva proprietária,

não pode proceder o pedido de declaração de nulidade formulado pelos irmãos dos outorgantes. Acordam no Supremo Tribunal de Justiça:

(...)

Quanto às declarações não sérias, expressa a lei, por um lado, que se feitas na expectativa da falta de seriedade não ser já desconhecida, não produzirem qualquer efeito (artigo 245º, nº 1, do Código Civil). E, por outro, que se forem feitas em circunstâncias que induzam o declaratário a aceitar justificadamente a sua seriedade, ele tem o direito de ser indemnizado pelo prejuízo que sofrer (artigo 245º, nº 2, do Código Civil). Nesta divergência entre a vontade real e a vontade declarada não há intenção de enganar mas ao invés a expectativa de o declaratário perceber a sua falta de seriedade, ao invés do que ocorre na reserva mental. Mas se o declaratário acreditou, dadas as circunstâncias em que a declaração foi emitida, na sua seriedade, naturalmente por erro desculpável, se prejuízo disso lhe advier, deverá ser indemnizado pelo declarante".

De se notar que o julgado prega que o mero erro escusável na cognição do declaratário lhe torna apto a pleitear indenização caso venha a suportar prejuízos decorrentes da sua crença na declaração do agente, dadas determinadas circunstâncias fáticos negociais.

O que se verifica, portanto, é que o declarante assume determinado risco ao se manifestar, ainda que sem seriedade, visto que poderá arcar com o ônus de sua declaração assim não entender o declarante. Tal ônus, entretanto, não implica na formação do negócio, visto que decorre de algo que se aproxima muito mais de ato ilícito extracontratual, razão pela qual deverá indenizar o declaratário.

5.3. A Distinção entre o Erro e a Ausência de Consciência Negocial

Durante todo o desenvolvimento deste trabalho muito se falou acerca da necessidade de consciência negocial para emissão de declaração apta a formar negócio jurídico.

Nesta senda, entendemos que inexistente negócio jurídico se o declarante estiver desprovido da ciência de que seu ato está sendo encarado como declaração de vontade, uma vez que a ausência de consciência inicial macula a essência do próprio instituto, qual seja, a permuta de vontade entre as partes a fim de criar, extinguir ou modificar direitos.

Entretanto, é imperiosa a distinção do posicionamento ora assumido do instituto do erro, consagrado no Código Civil pátrio através de seus artigos 138 a 144, em razão da tangência de questões.

De início, cumpre salientar que o Código coloca os referidos artigos sob a rubrica de "do erro ou ignorância". Mas fato é que a análise dos dispositivos mostra que o legislador somente tratou do erro, sem qualquer menção expressa ao outro instituto. Pode-se falar, assim, que houve uma equiparação implícita dos efeitos de ambos os fenômenos para fins negociais. Tal emparelhamento nos parece equivocado, tendo em vista que se tratam de institutos próximos, porém com sensível disparidade conceitual.

Por erro temos o estado mental que, por defeito na percepção negocial, impede a real manifestação de vontade quando da formação do negócio jurídico.

Maria Helena Diniz, ao conceituar o instituto, dispõe²⁰⁹:

"Num sentido geral erro é uma noção inexata, não verdadeira, sobre alguma coisa, objeto ou pessoa, que influencia a formação da vontade. Se influi na vontade do declarante, impede que se forme em consonância com a sua verdadeira motivação; tendo sobre um fato ou sobre um preceito noção incompleta, o agente emite sua vontade de um modo diverso do que a manifestaria se dele tivesse conhecimento exato ou completo".

A ignorância, por sua vez, é a completa falta de consciência da situação negocial, vez que o agente não possui a mínima noção de que seu comportamento imputa em negócio jurídico.

Nestor Duarte, de maneira breve, mas eficiente, distingue os dois institutos na medida em que a ignorância é a ausência completa de conhecimento, ao passo que o erro seria o conhecimento inexato.²¹⁰

O que se vê, portanto, é que apesar da equiparação legislativa, são institutos diversos e que deveriam assim ser tratados pela norma. Em uma hipótese há consciência - ainda que inexata - da formação do negócio jurídico, ao passo que noutra o agente não possui a menor noção negocial.

²⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: 1. Teoria Geral do Direito Civil, Saraiva, 25ª Ed., São Paulo, 2008. p. 447.

²¹⁰ DUARTE, Nestor. *Ob. Cit.* P. 117-118.

Ainda que o erro possa ser verificado tanto sob a perspectiva da declaração, como da perspectiva da cognição²¹¹, em ambas o agente declarante possui alguma consciência do negócio, mesmo que esta esteja viciada. Trata-se de situação diversa da completa ignorância negocial.

Antônio Junqueira de Azevedo, ao tratar da falta de consciência da juridicidade do ato praticado, entende que a consequência, ante à omissão legal, seria a mesma dada ao erro: a anulabilidade do negócio jurídico.²¹²

De todo modo, fato é que a ausência de previsão legislativa quanto a tutela da ignorância teve como consequência a marginalização do instituto, optando-se por equipará-lo ao erro, como se uma coisa só fossem.

Em que pese se tratar de posicionamento sacramentado pela doutrina e pela jurisprudência, discordamos da técnica interpretativa adotada.

A diferença entre ambos os institutos, apesar de sutil, implica em consequências diversas quando analisados sob a perspectiva do campo da validade e da eficácia do negócio.

Ao se falar de erro, por alguma razão interna, o declarante emite sua declaração em descompasso com a sua vontade. Neste caso, o agente possui noção da sua pretensão negocial, contudo, equivoca-se ao lhe dar publicidade.

O negócio jurídico, nesta perspectiva, é existente, mas passível de anulação, nos termos dispostos pelo código civil.

Veja-se que há vontade, há consciência e há declaração. A mácula recai tão somente pelo descompasso entre a vontade e a sua manifestação, mas, em alguma perspectiva, o agente tem consciência de estar firmando negócio jurídico, ainda que não em total conformidade com a sua real vontade.

²¹¹ Neste sentido, Antônio Junqueira de Azevedo: "Há dois tipos de erro: a) o erro na formação da vontade, que é uma *inadequatio intellectus ad rem*, o pensamento não se conforma às coisas, e a expressão da vontade, que é uma *inadequatio rei ad intellectum*, as coisas são se conformam com o que foi pensado, isto é, a declaração não corresponde ao que foi deliberado. O primeiro é também chamado de erro próprio, ou erro-vício, podendo ser ilustrado pelo clássico da compra de objeto de bronze tomado como de ouro. O segundo é um caso do que seria *aberratio ictus*, em direito penal, por exemplo, alguém pensou 'lote 5 da quadra 4 e escreveu 'lote 4 da quadra 5'. AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico e Declaração Negocial. Ob. Cit. p. 160.

²¹² AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico e Declaração Negocial. Ob. Cit. p. 164.

A solução apontada para o código nos parece a mais correta, visto que houve permuta de vontade, não podendo se falar em inexistência do negócio jurídico, tão somente de inconsistências quanto a sua validade.

A ignorância, por outro lado, se configura quando o agente, tido por declarante e de maneira inconsciente, manifesta-se no sentido de dar a outrem a falsa impressão de ter pronunciado declaração de vontade negocial.

A grande diferença entre o erro e a gravidade reside no fato de que nesta última o declarante tanto não quer a formação do negócio como também não tem a percepção de que está emitindo declaração de vontade negocial.

O código pátrio, ao desconsiderar o instituto e, implicitamente, equipará-lo ao erro, peca por dar a mesma solução à fenômenos jurídicos diferentes.

A ausência de consciência negocial leva a não formação do negócio jurídico, limitando sua incidência tão somente ao campo de sua existência.

A declaração sem consciência negocial vai de encontro à essência do negócio jurídico, que é a permuta de vontades queridas e declaradas pelos agentes. Uma declaração sem consciência negocial, entendemos, não possui a qualificação necessária para formar o negócio jurídico, visto que o agente não possui qualquer traço para sua formação.

Neste caso, não há negócio jurídico, sequer devendo se falar na análise da sua validade e eficácia, tal qual como faz o código.

Entretanto, ao optar de maneira diversa, o código erroneamente dá o mesmo tratamento para dois fenômenos distintos. Muito melhor teria sido se, à exemplo da legislação portuguesa, o Código tivesse feito menção à consciência da vontade como requisito à formação do negócio.

Pontes de Miranda, neste sentido, dissipa quaisquer dúvidas²¹³:

"O elemento 'consciência' é essencial à declaração de vontade e à manifestação de vontade (ato declarativo que basta ao negócio). A manifestação de vontade de negócio há de ser, por exigência da teoria

²¹³ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: parte geral, Tomo 3, 1ª Ed., Bookseller, Campinas, 2000. p. 33

mesma do auto-regramento da vontade (dita da autonomia privada) consciente. De modo que é suporte fático do negócio jurídico assim a declaração de vontade como ato volitivo (adeclarativo), desde que a vontade que ali se 'declara' e aqui se 'indicia' seja a de negociar (= concluir negócio jurídico). Se falta a manifestação e vontade, o negócio é nenhum; resta saber se é nenhum quando lhe falte a consciência da exteriorização da vontade de negócio, ou a consciência de que do ato seria inferida a vontade do negócio. (O problema nada tem com o do erro, porque esse concerne ao conteúdo do negócio jurídico: a anulabilidade segundo o art. 86-91 só se dá se o declarante, ou agente do ato volitivo adeclarativo, que é suporte fático do negócio jurídico, não quis declaração ou manifestação desse conteúdo que lá está)".

A questão trazida pelo autor quanto à falta de vontade na consciência da exteriorização ou quanto à consciência do ato, na prática, implica sempre na falta de substrato do negócio jurídico, visto que esse não é desejado por uma das partes, não podendo se falar em permuta de vontades para fins de criação, modificação ou extinção de direitos com base na autonomia negocial.²¹⁴

De todo modo, resta claro que a ausência de consciência negocial - ou ignorância - não se confunde com o erro: neste há desvio de vontade, ao passo que no primeiro há ausência de vontade.

A ideal apreciação da necessidade de consciência negocial, portanto, passa pela alteração legislativa, no sentido de se desigualar a ignorância e o erro, visto que, dentro da teoria do negócio jurídico, incidem sob campos diversos: a primeira no campo da existência; o segundo no campo da validade.

²¹⁴ Segundo Pontes de Miranda: "a) A falta de vontade de negócio jurídico exclui a existência da declaração de vontade ou da manifestação de vontade (= ato adeclarativo) para compor suporte fático do negócio jurídico: não há negócio jurídico. b) A falta de consciência da exteriorização da vontade do negócio jurídico exclui a existência da declaração de vontade, ou da atuação de vontade (= ato volitivo adeclarativo) para compor suporte fático do negócio jurídico. (...) Quando não há vontade, ou quando não há consciência da exteriorização da vontade, não há declaração de vontade, ou ato volitivo que possa ser suporte fático do negócio jurídico". MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: parte geral, Tomo 3. *Ob. Cit.* p. 33 e 34.

Conclusão

Costuma-se dizer que o direito pode ser representado por um pêndulo: balançando de um lado para outro de acordo com o reflexo do pensamento social de uma época. A analogia nos parece um tanto quanto apropriada, visto que a sociedade costuma alternar momentos de maior progresso com períodos de maior rigidez.

No que tange ao tema em estudo, pode-se observar que a declaração de vontade negocial também seguiu esta sistemática pendular quanto à sua produção de efeitos: ora se priorizou a vontade interna; ora se priorizou a vontade declarada.

Em linhas gerais, temos que o direito contemporâneo possui muito apreço aos elementos objetivos da declaração, principalmente no que tange à proteção a expectativa e à confiança do declaratário. A vontade, antes elemento único do negócio, com o passar dos anos foi perdendo sua força dentro do direito privado, dando lugar a critérios muito mais isentos de interpretação, que não demandavam uma profunda análise psicológica da conduta das partes.

Tal tendência possui como principal fundamento dar maior dinamicidade às relações negociais, de modo a evitar que o declarante faça da sua vontade interna um meio de coerção em caso de conflito entre aquilo que deseja e aquilo que é percebido pelos demais.

Por óbvio, qualquer comportamento negocial que permita abuso e sobreposição dos interesses de uma das partes deve ser totalmente abominado pelo direito. Os interesses sociais e o direito privado primam pela paridade de forças negociais, no sentido de que a excessiva prevalência da vontade de uma parte sobre a outra não deve ser tolerada perante a atual dinâmica jurídico-negocial.

O negócio jurídico, em vista do atual contexto sócio-cultural, prima pela análise objetiva de seus elementos, principalmente no que se refere à declaração de vontade negocial e aos meios como se verifica sua formação.

Contudo, não priorizar um posicionamento não pode implicar em sua mitigação ou marginalização quando da interpretação negocial. A forte tendência de

objetivação interpretativa, calcada na expectativa e na confiança, tem tido por efeito a formação de uma linha analítica em que a vontade interna do agente assume posição cada vez mais periférica, quase à margem dos elementos de formação do negócio.

Entendemos que esta tendência, apesar de refletir o pensamento de uma época, não pode sobrepujar integralmente a necessidade de aferição dos aspectos psicológicos envolvidos ao negócio jurídico.

Isto porque, a gênese do instituto - desde antes e sempre - reside na interação social dos indivíduos que, dentro de sua esfera particular, procuraram uns aos outros a fim de criar, modificar ou extinguir direitos.

O negócio jurídico decorre, essencialmente, da prerrogativa de cada indivíduo em exercer seu direito subjetivo de regular seus próprios interesses privados. O negócio jurídico é, senão, fruto da interação da autonomia negocial de cada um dos sujeitos envolvidos.

Assim, por ter como cerne a capacidade de autorregulamentação das relações, entendemos que a vontade interna ainda possui caráter extremamente relevante dentro do negócio jurídico.

Se claramente os elementos objetivos são de suma importância para a interpretação negocial, estes não devem ser únicos e exclusivos, visto que a essência do instituto é a permuta de vontades entre dois ou mais indivíduos.

Por isso, no decorrer deste trabalho tratamos de expor a importância dos critérios subjetivos para o estudo do instituto. Não se trata de uma tentativa de retomada da prevalência da vontade interna, como outrora se verificou, mas tão somente da proposição de uma interpretação negocial equilibrada, isto é, que se debruce tanto sobre os aspectos objetivos como pelos aspectos subjetivos do negócio jurídico.

Neste sentido, entendemos que a melhor via de equacionar as duas posições é aquela em que se adota a consciência negocial como um elemento da declaração de vontade e, por dessa forma, para existência do negócio jurídico.

Entendemos que a consciência da declaração de vontade como meio apto a formar o negócio jurídico é um desdobramento interno das circunstâncias negociais, na medida em que somente ao ter ciência de sua conduta como ato declarativo, o agente poderá permutar sua vontade de maneira qualificada.

Se, o agente não tem a mínima noção dos efeitos vinculativos de sua declaração, esta não transcende ao caráter negocial, configurando-se mera manifestação desprovida de significados negociais.

Tal posição nos parece ser aquela que melhor se alinha aos critérios objetivos sem, entretanto, desguarnecer a essência do instituto, que é a vontade de cada uma das partes em regular seus interesses dentro da esfera que lhes é privada.

O Código Civil brasileiro, neste aspecto, optou pela neutralidade. Ante a lacuna legislativa, doutrina e jurisprudência, majoritariamente, entendem que a consciência negocial não é requisito para emissão de declaração de vontade apta a formar negócio jurídico. Muitas vezes, esta é presumida ou deduzida da conduta da parte, o que não necessariamente implica na coincidência entre a vontade real e a vontade percebida.

A norma, pode-se dizer, não andou mal ao fazer esta opção. A proteção aos interesses do declaratório é socialmente muito mais interessante do que a proteção dos interesses do declarante. Em larga escala, a proteção daquele a quem se destina a vontade se torna muito mais necessária diante daqueles que, intencionalmente, fazem mau uso da declaração de vontade negocial. O problema surge, contudo, quando o declarante não pretende assumir tal condição. É justamente neste ponto que buscamos nos debruçar durante o presente estudo.

A interpretação dos aspectos psicológicos do agente, em ao menos uma mínima perspectiva, deve ser objeto de análise mais acuradas pelos estudiosos do negócio jurídico. Atualmente, fala-se muito mais na produção de efeitos externos e percebidos, deixando-se à margem aquilo que, em verdade, é o fundamento principal do negócio jurídico: a capacidade de autorregulação negocial dos interesses individuais.

Por isso, entendemos que andou muito melhor o Código Civil Português. Apesar de ser cronologicamente mais velho, sua promulgação se deu em meio a efervescência do projeto que culminou com o código pátrio em 2002. Contudo, no que tange à consciência negocial, os rumos tomados foram diversos e bem menos conservadores.

O Código lusitano, ao dispor que a consciência negocial é elemento da declaração apta a formar negócio jurídico, acabar por adentrar o campo da existência negocial, algo diverso do que se verifica no código brasileiro. Ao ser assim editada, aquela norma abrange uma gama interpretativa muito maior do que aqui se verifica: é oportunizado ao interprete verificar em maior profundidade os aspectos internos da vontade do agente no que se refere ou não à presença consciência de vontade em formar o negócio, ao passo que o corte legislativo nacional se limita a partir do pressuposto que esta sempre existe, podendo ser apenas objeto de máculas e desvios.

A consciência da vontade negocial, em nosso entender, se mostrou fulcral para existência do negócio jurídico. Ausente tal elemento sequer há de se falar na sua formação.

Contudo, a fim de não desamparar o declaratório que, de boa-fé, pensa estar vinculado à negócio jurídico não desejado pelo declarante, entendemos que o conflito deve ser resolvido dentro da esfera da responsabilidade civil extracontratual.

Assim, aquele que dá outrem a impressão de emissão de declaração negocial, se poderia tê-la evitado ou, se saberia que sua conduta poderia implicar na criação de expectativa de seu interlocutor, deve responder civilmente pelos danos que causou ao declaratório. Tais danos, por sua vez, devem ser devidamente comprovados e possuírem claro nexos causal com a conduta do agente pseudodeclarante.

Neste caso, destacamos o fenômeno que chamamos de ato jurídico quase negocial, visto que não se trata de negócio jurídico propriamente dito, mas que em razão de ato volitivo desprovido de vontade, gera em outrem a expectativa de conformação negocial que acaba por não se verificar.

Apesar da aparente proximidade, frisamos instituto não se confunde que os quase contratos franceses, na medida em que nestes há vínculo obrigacional decorrente de lei pela prática de ato lícito. No ato jurídico quase negocial, além de não existir qualquer vinculação (pois não existe negócio), a implicação direta é um ato ilícito, vez que a resolução dos prejuízos decorrentes do feito se dará perante a esfera da responsabilidade civil extracontratual.

Deste modo, a fórmula proposta nos parece ser mais equilibrada, tendo em vista que, concomitantemente, se protegem os aspectos internos da declaração de vontade - e, conseqüentemente, do próprio negócio jurídico - sem desfavorecer os interesses daquele que se entende como destinatário de inexistente declaração.

Neste contexto, no que tange às formas de declaração de vontade, destacamos a análise do comportamento concludente como elemento objetivo da declaração de vontade negocial tácita, bem como as inovações trazidas pelo Código Civil Argentino na matéria do silêncio.

Mostrou-se que a legislação portenha trouxe diversos avanços se comparadas com as demais, visto que incorpora em seu texto as principais diretrizes comumente consagradas pela doutrina.

Tal fato deveria servir de inspiração ao legislador pátrio, lacônico também nesta matéria. Em que pese aquilo que foi positivado em terras patagônicas seja o que é já é adotado pela doutrina e pela jurisprudência, muito mais seguro seria se também aqui a norma tais preceitos incorporasse.

O silêncio, evidentemente, demanda uma análise mais acurada e profunda, dado que é o instituto dotado de maior grau de subjetividade e aquele que pode comportar o maior número de significações. Por isso, uma norma mais abrangente e que traz critérios interpretativos mais transparentes se mostra muito mais eficiente do que um dispositivo, em teoria, mais aberto, que, em verdade, não está à altura de todos os questionamentos que produz.

Outro ponto que também abordamos foi a distinção entre a declaração inconsciente e o erro, como defeito da vontade previsto no Código Civil. Apesar ambos os institutos versarem sobre negócios, em certa maneira, não queridos, a

sutil diferença está no fato de que em um há a total ignorância negocial, ao passo que noutro se verificam traços de consciência declarativa, ainda que aquilo que foi emitido esteja em descompasso com a vontade interna do agente. Por consequência, enquanto em um caso há negócio, mas passível de nulidade, no outro não há sequer que falar em negócio jurídico.

Em linhas gerais, o que se extrai do estudo apresentado é que norma, doutrina e jurisprudência, muito provavelmente influenciadas pela dinâmica social contemporânea, eventualmente pecam pela objetividade da interpretação negocial.

Conforme se consignou no início de nossas conclusões, o direito segue uma sistemática pendular, ora de um lado, ora de outro, sempre passando por um meio termo. É justamente este o ponto que buscamos encontrar: a valorização da vontade interna do declarante se, entretanto, desguarnecer à expectativa e a confiança que são criadas pelo declaratário. Ambos os aspectos são essenciais para formação do negócio jurídico, merecendo igual atenção dos intérpretes do direito.

Bibliografia

ALVES, José Carlos Moreira. A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro, Saraiva, São Paulo, 1986.

AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 5ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia, 4ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico e Declaração Negocial, São Paulo, 1986.

BASTOS, Jacinto Rodrigues. Código Civil Português Anotado e Atualizado. 16ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008.

BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico, Tomo I, Coimbra, 1969.

BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1931, v. 1

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Curso Avançado de Direito Civil, vol. 6: Direito das Sucessões, RT, São Paulo, 2003.

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral, 3ª Ed., São Paulo, RT, 2005

CARNELUTTI, Francesco. Teoria Generale Del Diritto, Roma, 1951.

CASTRO Y BRAVO, Frederico de. El Negócio Jurídico, Madrid, Civitas, 1985.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CORDEIRO, Antônio Menezes. Da Boa Fé No Direito Civil, 3ª Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2007.

CRETELLA JUNIOR, José. Curso de Direito Romano. Rio de Janeiro, Forense, 1998.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado, 15ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: 1. Teoria Geral do Direito Civil, 25ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

DUARTE, Nestor in PELUZO, Cezar. Código Civil Comentado. 4ª Ed., Barueri, Manole, 2010.

FACCHIN, Luiz Edson. Negócio Jurídico e Ato Jurídico em Sentido Estrito: Diferenças e Semelhanças sob uma Tipificação Exemplificativa no Direito Brasileiro. Dissertação de Mestrado Apresentada à PUC-SP, São Paulo, 1986.

GALLO, Paolo. Trattato del Contratto, La Formazione, Torino, UTET Giuridica, 2009.

GALLO, Paolo. Trattato del Contratto, Il Contenuto - Gli Effetti, Torino, UTET Giuridica, 2009.

GALLO, Paolo. Trattato del Contratto, I Remedi - La Fiducia - L'apparenza, Torino, UTET Giuridica, 2009.

GIAMPICCOLO, Giorgio. La Dichiarazione Recettizia, Milano, Giuffrè, 1959.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Curso De Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. Vol. 7. 6ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Vol. 4, Responsabilidade Civil, 4ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, 7ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado: Título Preliminar y Libro Primero. 1ª ed, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015

KANT, Immanuel. Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung (<http://www.ub.uni-bielefeld.de/cgi-bin/navtif.cgi?pfad=/diglib/aufkl/berlmon/122842&seite=00000514.TIF&scale=4> consulta feita em abril de 2015).

KELSEN, HANS. A Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado, 6ª Ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. Base Del Negócio Jurídico y Cumplimento de los Contatos, Granada, Comares, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. Confiança Contratual, São Paulo, Atlas, 2012.

LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado. Parte Geral. Vol. I. 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2004.

LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado. Parte Geral. Vol. II. 2ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2004.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; Martins, Fernando Rodrigues. Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil, São Paulo, Atlas, 2012.

MACHADO DE MELO, Diogo Leonardo. A culpa extracontratual. Coleção Profº Agostinho Alvim, São Paulo, Saraiva, 2013.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Interpretação do Negócio Jurídico, São Paulo, Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado. RT, São Paulo, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Modelos de Direito Privado, São Paulo, Marcial Pons, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Direito do Consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais, vol. 3, São Paulo, RT, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 19ª Ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldo. Teoria Geral do Direito Privado, Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldo. Teoria Geral do Negócio Jurídico, 2ª Ed., São Paulo, Atlas, 2009.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: parte geral, Tomo 1, 4ª Ed., São Paulo, RT, 1977.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: parte geral, Tomo 2, 4ª Ed., São Paulo, RT, 1977.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: parte geral, Tomo 3, 1ª Ed., Campinas, Bookseller, 2000.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: parte geral, Tomo 4, 1ª Ed., Campinas, Bookseller, 2000.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: parte geral, Tomo 5, 3ª Ed., Borsoi, Rio de Janeiro, 1970.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado: parte geral, Tomo 6, 4ª Ed., São Paulo, RT, 1977.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. Teoria Geral do Direito Civil, 3ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

MOTA PINTO, Paulo. Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico. Coimbra, Almedina, 1995.

NANNI, Giovanni Ettore Nanni. Direito Civil e Arbitragem, São Paulo, Atlas, 2014.

PEREIRA, Caio Mario. Instituições de direito civil. Vol. I, 21ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2006.

PERLINGERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Trad. DE CICCO, Maria Cristina, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

PERLINGERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional, 3ª Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra, Almedina, 2009.

SCOGNAMIGLIO, Renato. Contributo Alla Teoria Del Negozio Giuridico, 2ª Ed., Roma, Jovenem, 2008.

TANZI, Silvia Y. *in* PARADA, Ricardo Antônio; ERRECABORDE, José Daniel; CAÑADA, Francisco Roberto. Código Civil y Comercial de La Nación. Errepar, 1ª Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Dos Efeitos do Negócio Jurídico No Novo Código Civil, Belo Horizonte, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2003.

TUTIKIAN, Priscila David Sansone. O Silêncio na Formação dos Contratos. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

VICENTE, Dário Moura. A Culpa na Formação dos Contratos em Angola e Portugal. Conferência proferida em 11 de Setembro de 2010 na Universidade José Eduardo dos Santos, Huambo, Angola.