

DISTINÇÃO ENTRE OS ATOS JURÍDICOS NEGOCIAIS E OS ATOS JURÍDICOS NÃO-NEGOCIAIS

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES

A teoria geral dos atos jurídicos não nasce com os romanos. Juristas práticos, não se preocuparam eles com categorias abstratas. Voltaram suas vistas para os atos do homem de que resultavam obrigações, e, com relação aos fatos de que nasciam essas obrigações, distinguiram determinadas figuras. Gaio, nas *Institutas* (1), alude, como fontes das obrigações, ao contrato e ao delito (*omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto*); o mesmo Gaio (2) — ou jurista do período pós-clássico a quem deveriam ser atribuídos os *Rerum Cottidianarum Libri* (3) — acrescentou a essas duas uma terceira fonte, as *uariae causarum figurae*, categoria indefinida e residual onde se enquadrariam os outros fatos que não se capitulassem entre os contratos ou entre os delitos; e, finalmente, nas *Institutas* de Justiniano (4), quatro são as fontes das obrigações — os contratos, os quase-contratos, os delitos e os quase-delitos. Note-se, ademais, que no *Digesto* se encontram textos — tidos como interpolados (5) — que aludem expressamente à lei (*lex*) como fonte de obrigação, categoria essa que carrega para si todos os demais fatos que não se enquadram numa das fontes nominadas das obrigações (6). Não passaram daí os romanos. Para eles, haviam atos jurídicos específicos e não a figura genérica do ato jurídico, e as expressões *actus* e *negotium* que se encontram em textos jurídicos romanos não têm significação técnica.

Foram os juristas alemães que, a partir dos meados do século XVIII, elaboraram a teoria de uma das espécies de ato jurídico lícito: o negócio jurídico. Imbuídos da filosofia jusnaturalista, introduziram na ciência do direito a noção geral de ato ou negócio jurídico. Segundo Flume (7), teria sido Nettelbladt que, em 1748, no *Systema Elementare Uniuersae Iurisprudentiae Positiuae*, introduziu, na nomenclatura jurídica, os termos *actus iuridicus* e *negotium iuridicum*, expressões que usou como sinônimas, tanto que, em 1772, na

Noua Introductio in Iurisprudentiam Positivam Germanorum Communem, traduz *actus iuridicus seu negotium iuridicum* por *ein rechtliches Geschäft* (um negócio jurídico), denominação que, no final do século XVIII, por obra de Weber (*Systematische Entwicklung der Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten*, 1784) e Hugo (*Institutionem des heutigen römischen Rechts*, 1789), seria substituída pela designação *Rechtsgeschäft* (negócio jurídico). Nesse final de século, lê-se em Dabelow, no título “Dos negócios jurídicos” (8). “Dentre os atos humanos há uma espécie que se destaca que se chama atos jurídicos ou negócios jurídicos (*actus iuridici, negotia iuridica*). Por essa expressão compreendem-se os atos humanos lícitos, que têm como objeto direitos e obrigações recíprocos” (9). E no Código da Prússia, de 1794, encontra-se tentativa, ainda rudimentar, de conceituação do negócio jurídico sob a denominação de *declaração de vontade* (*Willenserklärung*): “A declaração de vontade é uma manifestação do que, segundo a intenção do declarante, deve, ou não, acontecer” (10).

Os pandectistas alemães do século XIX concentraram seus esforços no delineamento da teoria geral do negócio jurídico, obra que realizaram, com maestria, no decorrer dessa centúria. A concentração de esforços sobre o negócio jurídico distraiu a atenção quanto a atos que também produziam efeitos jurídicos, mas que não apresentavam as mesmas características dos negócios jurídicos. A nem todos, porém, isso passou despercebido Savigny (11), ao estudar os fatos jurídicos, se refere aos atos voluntários, e observa, quanto aos atos lícitos, que neles a vontade pode operar de dois modos diversos ou se dirige diretamente ao nascimento ou à extinção da relação jurídica (são as declarações de vontade ou negócios jurídicos), ou visa imediatamente a outros escopos não jurídicos, de modo que o efeito jurídico tem na consciência do agente lugar secundário (assim, na ocupação, na gestão de negócios). A essa segunda categoria de atos jurídicos lícitos Savigny não deu denominação específica.

Até o final do século XIX, as discussões a respeito se centralizam no critério de distinção entre o negócio jurídico e os demais atos jurídicos, a partir da conceituação daquele, o que levou Von Thur (12) a dizer, mais tarde, que a categoria desses atos jurídicos aumentava ou diminuía conforme o conceito de negócio jurídico adotado. Já nesse período predomina o entendimento, que vinha de Savigny e que inspirou o legislador do B.G.B., como se vê na sua exposição de motivos (*Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches*), onde se afirma:

“Negócio jurídico no sentido de Projeto é uma declaração de vontade

privada, dirigida à produção de um resultado jurídico, que, segundo a ordem jurídica, se produz porque é ele querido.

A limitação dada ao conceito de negócio jurídico conduz a uma categoria distinta de atos jurídicos. Em face dos negócios jurídicos como atos com conseqüências jurídicas, que se produzem porque elas são queridas, estão os atos a que se pretendem efeitos jurídicos para cuja produção é indiferente à ordem jurídica se eles foram ou não queridos pelo agente” (13).

Partindo dessa concepção, tinha-se, em última análise — como bem acentuara Karlowa (14) —, que, no negócio jurídico, a vontade do agente era a causa eficiente do efeito jurídico, ao passo que nos demais atos jurídicos era ela, apenas, pressuposto ou condição desse efeito. As deficiências, porém, desse conceito de negócio jurídico, que era a base da distinção entre ele e os demais atos jurídicos — para os quais Regelsberger (15), salientando que lhes faltava uma designação específica, propôs a denominação *atos semelhantes a negócios jurídicos* (*rechtsgeschäftsähnliche Handlungen*) —, haviam dado margem a severas críticas (16), surgindo daí a célebre polêmica sobre se a vontade nos negócios jurídicos se dirigia a efeitos jurídicos ou a escopos práticos. Dessa controvérsia decorreram abrandamentos na concepção do negócio jurídico estribado na direção da vontade aos efeitos jurídicos, admitindo-se que os efeitos jurídicos a que se dirigia a vontade negocial eram apenas os essenciais (17), ou que os efeitos jurídicos queridos pelo agente o eram em sua concepção prática, não havendo necessidade da consciência de sua construção jurídica (18). Por isso mesmo, conforme o conceito de negócio jurídico adotado — e, dentro da corrente da concepção baseada na direção da vontade nos efeitos jurídicos, conforme se admitisse, ou não, temperamento a ela, ou até se variasse na interpretação do fim (se efeito jurídico ou se fato) a que visava a vontade —, surgiram divergências profundas na caracterização da natureza jurídica de atos como o de ocupação, de derelicção, de aquisição da *posse própria* (*eigenbesitz*), de intimação para a constituição em mora (*Mahnung*) e outros mais (19).

Em 1901, surge a primeira das obras que Manigk, o maior teórico dessa distinção, escreveu a propósito: *Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte*. Nela, Manigk, sustentando que nem todo negócio jurídico encerra uma declaração de vontade, distinguia duas espécies de negócio jurídico: os *negócios de declaração* (*Erklärungsgeschäfte*) e *negócios de vontade* (*Willensgeschäften*), consistindo estes, em contraposição àqueles, meros comportamentos pelos quais se exaure a intenção do agente, sem que entre em relação com a outrem (20). Caracteriza ambos pela concepção radical da *von-*

tade de resultado (Erfolgswillen) — a vontade do agente se dirige à produção de efeitos jurídicos —, mas os distingue pela circunstância de que, nos *negócios de vontade (Willensgeschäften)*, não há declaração de vontade, mas comportamento exterior que implica essa vontade sem comunicação a outrem (assim, na *derelicção de móvel*, que é o abandono da coisa com a intenção de deixar de ser proprietário, ato que pode ser realizado sem a presença de quem quer que seja) (21). Ademais, acentua que, embora essas duas espécies sejam verdadeiros negócios jurídicos, sua disciplina não é igual, pois aos *negócios de vontade (Willensgeschäften)* só se aplicam as normas dos negócios jurídicos como tais (por exemplo, as normas sobre a capacidade de fato) (22). Assim caracterizadas essas duas espécies de negócio jurídico, Manigk as distingue dos demais atos jurídicos — aludindo a estes com a denominação *Rechtshandlungen*, para não confundi-los com a categoria jurídica das ações humanas de que resultam efeitos jurídicos (*juristischen Handlungen*) (23) — com base exclusivamente em que, para os negócios jurídicos, é essencial a *vontade de resultado (Erfolgswille)*, ao passo que, nos *atos de direito (Rechtshandlungen)*, ela está ausente (24), o que implica dizer que aqueles são atos de autonomia privada, pois, por meio deles, as pessoas podem criar por si mesmas suas relações de vida, o que não é possível por intermédio desses *atos de direito (Rechtshandlungen)*, aos quais a ordem jurídica atribui efeitos independentemente de serem eles queridos, ou não, pelo agente (25). Nessa obra, porém, Manigk — e isso se explica porque era ela voltada para o negócio jurídico, como indica mais precisamente seu subtítulo: *Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft (Contribuição a Teoria do Negócio Jurídico)* —, embora conteste a opinião de vários autores (assim, entre outros, Hölder e Windscheid) de que os *Rechtshandlungen* não seriam susceptíveis de um tratamento unitário (26), não tenta fazê-lo. Disso vai ocupar-se em livro que escreveu seis anos mais tarde — *Willenserklärung und Willensgeschäft* —, no qual, em consonância com o subtítulo da obra (*Ein System der juristischen Handlungen — Um Sistema dos Atos jurídicos*), trata, na parte final, do sistema desses *Rechtshandlungen*, conceituando-os, classificando-os e expondo-lhes a disciplina jurídica. É certo que, já anteriormente, Zitelmann (27) chamara a atenção para a existência de declarações que não eram declarações de vontade, e, portanto, negócios jurídicos, dizendo que encontrara essa distinção em obra de Klein sobre processo; tais declarações eram puras *comunicações de idéias (Vorstellungsmittelungen)*, das quais tinha o primeiro Projeto de Código Civil alemão vários exemplos, a saber: notificação ao devedor da cessão de crédito (§ 306), notificação do depositante de que a coisa depositada pode causar dano (§ 622; semelhantemente, §§ 443, 444, 551 e 382, sendo que neste último caso *não*

calar-se significa *notificar*), notificação de procuração (§ 120), aviso do atraso da declaração de aceitação (§ 85), apresentação de inventário de bens (§§ 1.404 e 1.548) e além disso avisos e notificações nos §§ 910, 1.709, 1.738, 1.404, 1.548, 1.319, 1.552 e 1.725. De outra parte, entre 1901 e 1907, apareceram as primeiras obras em que se procurava dar tratamento genérico aos *atos de direito* (*Rechtshandlungen*), agrupando-os em categorias diversas. Assim, em 1903, a tese de doutoramento de Friedmann (*Rechtshandlung — im Gegensatz zu Rechtsgeschäft — nach gemeinem Recht und BGB*) e o livro, que ficou somente no primeiro volume, de Eltzbacher: *Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht*, vol. I (*Das rechtswirksame Verhalten*). Nenhuma delas, porém, suporta comparação com a obra de Manigk, editada em 1907: *Willenserklärung und Willensgeschäft*. Nessa obra, Manigk, além de manter, fundamentalmente, as teses desenvolvidas no livro anterior sobre o conceito de negócio jurídico, cujo cerne é a *vontade de resultado* (*Erfolgswille*), e distinção, nessa categoria, entre a *declaração de vontade* (*Willenserklärung*) e o *negócio de vontade* (*Rechtshandlungen*) para os atos jurídicos em que não há *vontade de resultado* (*Erfolgswille*), dá tratamento genérico a esses *atos de direito* (*Rechtshandlungen*), como categoria de atos jurídicos ao lado da dos *negócios jurídicos* e da dos *atos ilícitos*; e nela distingue espécies diversas, cuja característica é o critério que a distingue das demais. É esta a classificação apresentada por Manigk:

“1. *Atos puramente exteriores* (como a especificação, a aquisição de frutos, a invenção etc.)

2. *Atos ligados a fatos internos particulares*, a saber:

a) casos, em que junto ao ato externo autônomo fixado legalmente é exigido um fato interior (estabelecimento de domicílio, gestão de negócios),

b) atos, que se apresentam exclusivamente como a perfeição de um fato interior importante (sentimento, convicção, querer) que visa a comportamento exterior, aos quais não foi fixado legalmente o modo de agir (perdão, o consentimento na hipótese do § 1.565, reconhecimento de paternidade ilegítima).

3. *Comunicações*

a) de idéias, decisões ou convicções (comunicações de idéias)

a) de idéias ou decisões sobre acontecimentos ou fatos exteriores, que também podem ser irrealis (afirmações, manifestações, notificações, comunicações). Manifestação de descontentamento, por exemplo, no aviso de faltas,

b) de convicções (reconhecimento nos §§ 208, 1.107).

b) de um querer (comunicações de vontade): notificação para constituição em mora, convite, oferta, ameaça cominatória, oposição, protesto etc.”(28).

De outra parte, na análise de cada uma dessas espécies, examina Manigk

a possibilidade de aplicação analógica dos princípios que regem os negócios jurídicos, afastando essa aplicação no concernente aos atos puramente exteriores (29), e, no tocante às demais espécies, determinando, conforme a natureza do ato, quais daqueles princípios são aplicáveis.

Não parou aí a contribuição de Manigk nesse terreno. De sua produção científica posterior destacam-se, a propósito, dois exames críticos que fez à doutrina que se foi construindo sobre a distinção entre negócio jurídico e *ato de direito* (*Rechtshandlung*) — *Das System der juristischen handlungen in neuesten Schriftum* publicado em 1933 (30) e *Studi di diritto italiano e tedesco sulla natura e l'inquadramento sistematico degli atti giuridici privati* que veio à luz em 1943 (31) e o livro *Das rechtswirksame Verhalten* editado em 1939.

Forte foi, e ainda é, a influência de Manigk sobre a doutrina germânica. Evidentemente, em terreno moveído como este, há divergências quanto à sistematização dos negócios jurídicos e dos *atos de direito* (*Rechtshandlungen*), ao enquadramento de atos jurídicos nessas categorias (32) e à aplicação analógica, aos *atos de direito* (*Rechtshandlungen*), dos princípios dos negócios jurídicos (33). São, porém, as mais das vezes divergências de pormenores. Os dois princípios fundamentais em que se baseou Manigk para distinguir os negócios jurídicos dos demais atos jurídicos — o da *vontade de resultado* (*Erfolgswillen*) que caracteriza aqueles, e, conseqüentemente, a não-produção por estes de efeitos *ex uoluntate* mas apenas de efeitos *ex lege* — são ainda hoje, em geral, seguidos pelos juristas alemães (34). O mesmo ocorre com a admissão, como espécie de negócio jurídico, do negócio de vontade (*Willensgeschäft*), a que, em geral, se dá a denominação mais expressiva — e que vem de Lenel (35) — de *atuação da vontade* (*Willensbetätigung*), por ser ele ato de execução e não ato declarativo (a vontade se manifesta por uma atuação e não por meio de declaração) (36). Variações se observam, porém, na classificação dos *atos de direito* (*Rechtshandlungen*), uma vez que na denominação das categorias e, por vezes, no conteúdo delas, há diferenças ponderáveis. Assim, Nipperdey (37), na revisão que fez da *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* de Enneccerus, deste se afastando em alguns pontos, divide os *atos de direito* (*Rechtshandlungen*) em três categorias: *os atos semelhantes a negócios* (*Geschäftsähnliche Handlungen*), *os atos reais* (*Realakte*) e *os atos conformes ao direito que obrigam a uma indenização* (*rechtmässige zum Ersatz verpflichtende Handlungen*); *os atos reais* (*Realakte*) correspondem aos *atos puramente exteriores* (*rein äussere Handlungen*) de Manigk (38) e, nos *atos semelhantes a negócios* (*Geschäftsähnliche Handlungen*), que Nipperdey subdivide em *exteriorizações de uma vontade* (*Äusserungen eines Willens*) e *exteriorizações de uma representação ou idéia* (*äusserungen einer Vorstellung*),

estão enquadrados, em geral, os atos que Manigk capitulava como *atos ligados a fatos internos particulares* (*besonderen inneren Tatsachen verknüpfte Handlungen*) e como comunicações (*Mitteilungen*). Nessa linha orientam-se Baumann (39), Lange (40) e Larenz (41), e Palandt-Danckelmann (42), quanto aos *atos semelhantes a negócios* (*Geschäftsähnliche Handlungen*) e aos *atos reais* (*Realakte*), não aludindo, porém, aos *atos conformes ao direito que obrigam a uma indenização* (*rechtmässige zum Ersatz verpflichtende Handlungen*). Lehmann-Hübner (43), que acolhem também a categoria desses atos conformes ao direito que obrigam a uma indenização, com relação aos atos reais (*Realakte*), que eles também denominam *atos-fatos* (*Tathandlungen*), aludem aos *atos reais mistos* (*gemischten Realakten*), que se distinguem dos *atos reais que não são mistos*, porque aqueles, ao contrário destes, necessitam ainda de que concorra um fato interno (44). Já Flume (45) subdivide a categoria dos *atos reais* (*Realakte*) em três: *atos reais sem correlação final da ação com o resultado juridicamente relevante* (*Realakte ohne finale Bezogenheit des Handelns auf den rechtlich relevanten Erfolg*), *atos reais de aquisição e perda voluntárias de posse* (*Realakte des willentlichen Besitzerwerbs und Besitzverlustes*) e *atos reais com independência do elemento vontade* (*Realakte mit Verselbständigung des Willensmoments*); à categoria dos *atos semelhantes a negócios* dá a denominação de *comunicações* (*Mitteilungen*); e trata do perdão (*Verzeihung*) como terceira espécie dos *atos de direito* (*Rechtshandlungen*).

Enquanto na França houve resistência à admissão do próprio conceito de negócio jurídico (46), na Itália foi ampla a acolhida dessa figura.

Ao contrário, porém, do que ocorreu na Alemanha — embora ali é que tenham surgido as várias teorias sobre o valor da vontade e de sua declaração nos negócios jurídicos (teoria da vontade, inclusive com a admissão dos princípios da responsabilidade e da confiança; teoria da declaração, ligada, ou não, ao princípio da boa fé; e teoria da declaração de vontade como preceito, ou seja, teoria preceptiva) —, a adoção, pelos autores italianos, de uma dessas orientações se refletiu, mais intensamente, na caracterização do critério para distinguir o negócio jurídico dos atos jurídicos não-negociais. Explica-se. Na Alemanha, graças à influência revelada pelo legislador na exposição de motivos do primeiro projeto de Código Civil, a grande maioria dos juristas, inclusive os adeptos da teoria preceptiva (47), pelo menos formalmente (48) acolheu o critério da *direção da vontade aos efeitos jurídicos* para fazer essa distinção. Na Itália, à falta de manifestação do legislador, os adeptos da concepção subjetiva do negócio jurídico, sensíveis às críticas de que é passível a orientação germânica, conceituaram, em geral, o negócio jurídico como manifestação da vontade que se dirige a um fim prático tutelado pelo direito, e não direta-

mente à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente (49). Por isso, em geral, para distinguir o negócio jurídico dos demais atos jurídicos não-negociais, deixam de lado o critério mais seguido na Alemanha, e lançam mão de outros que, em última análise, decorrem dele, mas não impõem, como ele, a distinção entre vontade dirigida a efeitos jurídicos e vontade dirigida a um fato. Assim — para citar os mais utilizados — o critério distintivo com base na diferença entre efeitos *ex uoluntate* e efeitos *ex lege*; o da congruência, ou não, entre o conteúdo da vontade do agente e os efeitos jurídicos que se produzem; o de maior ou menor relevo que se atribui à vontade (50). Já para os autores italianos adeptos da teoria preceptiva do negócio jurídico, que o caracterizam como *declaração de dever* (*Sollenerklärung*) ou *declaração de validade* (*Geltungserklärung*) — o negócio jurídico contém preceito pelo qual as partes auto-regulam seus interesses —, o que o distingue dos demais atos jurídicos não-negociais é o caráter preceptivo da vontade; e há, ainda, aqueles (51) que, por sustentarem que o negócio jurídico cria normas jurídicas (normas negociais) e não simples preceito relevante para o direito, tomam como critério distintivo o do conteúdo normativo do negócio jurídico que não existe nos demais atos jurídicos não-negociais, cujos efeitos são apenas os previstos na lei (efeitos *ex lege*).

Quanto ao negócio de vontade (*Willensgeschäft*) que Manigk considera como espécie do negócio jurídico, diferenciando-se deste por não ser uma declaração de vontade, há controvérsias entre os autores italianos, sendo que aqueles que o acolhem preferem, em geral, a denominação, proposta por Santoro Passarelli (52), de *negócio de atuação* (*negozio di attuazioni*), porque, neles, a vontade não é declarada, mas se manifesta pela atuação do agente (53). Campagna, porém, em monografia dedicada aos negócios de atuação (54), sustenta a inconsistência dessa figura, por entender que parte das hipóteses nela enquadradas (a ocupação, a derelicção, a gestão de negócio alheio e o pagamento indevido) configura, na verdade, *atos reais* (*Realakte*), e a outra parte (por exemplo, a aceitação do contrato por execução anterior à resposta, a execução do negócio anulável que lhe dá validade, a aceitação tácita de herança, a destruição do testamento ológrafo) caracteriza manifestação direta ou indireta de vontade negocial (intenção) por meio de comportamento executivo, não justificando, portanto, a criação de uma espécie (negócios de atuação) para, com outra (negócios de declaração), integrarem ambas a categoria dos atos jurídicos negociais.

Por outro lado, no tocante à classificação dos atos jurídicos lícitos não-negociais, variam os autores italianos. Uns (55) adotam a de Manigk; outros (56) distinguem neles os *atos jurídicos puros* ou *atos meramente exteriores*

(correspondentes aos *atos-fatos* ou *atos reais* da doutrina alemã) dos *atos jurídicos em sentido estrito* (os *atos semelhantes a negócios* de parte dos autores germânicos); não poucos (57) consideram que os *atos jurídicos puros* ou *atos meramente exteriores* não são propriamente *atos jurídicos*, mas meros *fatos jurídicos em sentido estrito*, uma vez que a ordem jurídica não leva em consideração a vontade do agente; e Andreoli (58), além de aderir a essa terceira orientação, se opõe à distinção entre *ato jurídico em sentido estrito* e *negócio jurídico*.

Por fim, à semelhança do que ocorre na doutrina germânica, a italiana também — e com mais intensidade pela divergência, entre os autores, do critério de distinção — dissente, com frequência, na classificação do ato jurídico sob exame; e, com relação à disciplina dos atos jurídicos lícitos não negociais, é pacífica no tocante à não-aplicação analógica, aos *atos jurídicos puros* ou *atos meramente exteriores*, dos princípios que regem os negócios jurídicos, divergindo, no entanto, quanto a essa aplicação com referência aos *atos jurídicos em sentido estrito*, ou por também não admiti-la (59), ou pela extensão dela quando a admite, até porque partidários de sua admissão advertem que, nesse terreno, não é possível estabelecerem-se regras gerais, sendo mister o exame casuístico das características de cada ato que se enquadre nessa categoria (60).

No Brasil, os autores que têm tratado dessa questão aceitam, por via de regra, a distinção entre *ato jurídico em sentido estrito* (ou *ato semelhante a negócio jurídico*) e *negócio jurídico* (61), a qual, no entanto, é combatida por José Paulo Cavalcanti (62) que acolhe as críticas que a ela fez Andreoli. Alguns (63) sustentam que os atos jurídicos materiais (os *atos-fatos jurídicos* ou *atos reais*), por produzirem efeitos jurídicos, independentemente de a ordem jurídica levar em consideração a vontade, não são propriamente atos jurídicos, mas devem enquadrar-se na categoria dos fatos jurídicos em sentido restrito. No âmbito do negócio jurídico, Orlando Gomes (64), seguindo Campagna, nega a categoria dos *negócios de vontade* (*Willensgescheften*) ou *negócios de atuação*, por entender que as figuras que se enquadrariam nela ou são atos negociais da mesma natureza dos que consistem em expressa declaração de vontade, ou são atos jurídicos em sentido estrito que pressupõem a existência de elemento interior. Quanto à subdivisão dos *atos jurídicos não negociais*, há divergências: Orlando Gomes (65) inclui nele duas categorias — a dos atos materiais com elemento psíquico (para distingui-los dos atos puramente exteriores) e a dos atos jurídicos em sentido estrito, que abarca diferentes *participações* ou *comunicações*; Pontes de Miranda (66), extremando-os dos negócios jurídicos, distingue os *atos-fatos jurídicos* (que se incluem entre os fatos jurídicos em

sentido estrito, e que abrangem os atos reais, a indenização sem culpa e as caducidades sem culpa) dos *atos jurídicos stricto sensu* (que, conforme a manifestação de vontade reclame, apenas comunique vontade positiva ou negativamente, integre atos ou omissões, comunique fato ou sentimento, ou ordene, se subdividem em *reclamações* ou *provocações*, *exteriorizações de representação* ou *de sentimento* e manifestações de *vontade mandamentais*). Por outro lado, a maioria dos autores (67) distingue os atos jurídicos em sentido estrito dos negócios jurídicos com base no critério segundo o qual os efeitos daqueles são apenas *ex lege*, ao passo que os destes são *ex uoluntate*. E, com relação à disciplina dos atos-fatos jurídicos e dos atos jurídicos em sentido estrito, em geral se sustenta que aos primeiros não se aplica nenhum dos princípios que regem os negócios jurídicos, mas aos últimos — e aí é preciso examinar a natureza do ato em causa — essa aplicação, embora parcial, é possível, diretamente, por se entender que há normas que são comuns ao gênero *ato jurídico* e não específicas da espécie negócio jurídico (68). Com referência a essa questão, o Projeto de Código Civil brasileiro, que se encontra em tramitação no Senado Federal, dispôs no artigo 184: “Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior”, ou seja, do negócio jurídico. Não tomou, pois, esse Projeto posição entre a aplicação analógica dos preceitos dos negócios jurídicos ou sua aplicação no tocante às normas comuns à disciplina do gênero *atos jurídicos*, ao contrário do artigo 295º do Código Civil português de 1967 (69).

De toda essa exposição se vê que, embora haja imprecisões e conseqüentemente divergências quanto à caracterização, à classificação e à disciplina das ações humanas de que resultam efeitos jurídicos, é certo que elas não se esgotam com os negócios jurídicos a que se dirige a disciplina legal, ainda quando a eles se aluda com a denominação genérica de *atos jurídicos*. Conseqüentemente, é mister distingui-los, até para a determinação da disciplina dos atos jurídicos em sentido estrito que não é necessariamente a dos negócios jurídicos.

A distinção entre eles, apesar de todas as críticas que se fazem a esse critério, se funda no papel que a vontade exerce nos negócios jurídicos e nos atos jurídicos que não o são, e que, por isso mesmo, podemos denominar genericamente *atos jurídicos não-negociais*. Afastadas as objeções ao radicalismo da teoria da vontade com as mitigações dos princípios da auto-responsabilidade e da confiança, a conceituação do negócio jurídico, defendida por Cariota Ferrara, como “manifestação de vontade que é dirigida a um fim prático, e que o ordenamento jurídico tutela, tendo em conta também a responsabilidade do sujeito ou dos sujeitos e a confiança dos outros” (70), não só

atende, na medida justa, aos reclamos da teoria, também radical, da declaração, como dá à vontade o papel essencial que ela desempenha no negócio jurídico, papel esse que as concepções preceptivas do negócio jurídico — seja a de Betti (em que o negócio jurídico auto-regulamenta os interesses das partes sem criar normas jurídicas), seja a de Ferri (em que é ele tido como fonte de normas jurídicas) — têm como secundário e o têm incoerentemente já que se baseiam no princípio da *autonomia da vontade*, ao qual é ínsita a relevância da *vontade de conteúdo* e não, apenas, da *vontade de declaração*, porquanto é aquela que cria o conteúdo da auto-regulamentação de Betti ou das normas jurídicas negociais de Ferri. Note-se, ainda, que nem mesmo o surgimento da necessidade, no mundo moderno, de se padronizarem certas condutas decorrentes de exigências da vida social, e, conseqüentemente, o aparecimento das *relações contratuais fácticas* ou *atos existenciais* ou *condutas socialmente típicas* (71) colocaram em cheque a concepção subjetiva mitigada do negócio jurídico, pois os casos em que essas situações ocorrem, ou são hipóteses de verdadeiros negócios jurídicos que se concluem com a aceitação por meio de comportamento concludente, ou — o que ocorre nos casos em que há vinculação de uma das partes sem a sua vontade ou até contra ela — são hipóteses de *atos-fatos jurídicos* e não de negócios jurídicos.

Por isso mesmo é que a distinção entre negócio jurídico e atos jurídicos que não o são e as subdivisões que são propostas com relação a estes têm sempre presentes a relevância da vontade, quer para caracterizar os *atos-fatos jurídicos* (ou *atos reais*, ou *atos puramente exteriores*), ainda quando se sustente que são eles, em verdade, meros fatos jurídicos por não ser a vontade levada em consideração pela ordem jurídica; quer para caracterizar os *atos reais com elemento interior*; quer para caracterizar os *atos jurídicos em sentido estrito* (ou *atos semelhantes aos negócios jurídicos* ou *declarações não-negociais*).

Quando o critério distintivo se baseia em a ordem jurídica levar, ou não, em consideração a vontade para atribuir efeitos jurídicos a uma ação humana, não há maior problema, e é o que ocorre na distinção entre os atos-fatos jurídicos e os outros atos jurídicos que não apenas o negócio jurídico. A dificuldade surge quando há necessidade de se caracterizar — e, em geral, o critério distintivo diz respeito a um aspecto pelo qual é encarada a vontade — o elemento que distingue o negócio jurídico dos outros atos que não são negócios jurídicos nem tão-pouco atos-fatos jurídicos. A nosso ver, o critério distintivo que mais se ajusta à essência do negócio jurídico é o de que, enquanto os atos jurídicos que não são negócios jurídicos só produzem os efeitos estritamente legais — e, portanto, *efeitos necessários* —, os negócios jurídicos

permitem ao sujeito que escolha ou predetermine os seus efeitos. A contraposição *efeitos ex lege* e *efeitos ex uoluntate* não parte da premissa de que os efeitos, num caso, decorrem da lei, e, no outro, resultam da vontade, certo como é que o negócio jurídico não deixa de ser o ato que, por estar previsto na hipótese da lei, uma vez ocorrido no mundo real produz efeitos por força da lei, o que implica dizer que ato e lei se conjugam para que os efeitos jurídicos se produzam, não decorrendo estes apenas de um ou de outra isoladamente. O que se traduz com as expressões *efeitos ex lege* e *efeitos ex uoluntate* é que, no primeiro caso, o ato se restringe a ser a causa fáctica da produção dos efeitos já integralmente predeterminados pela ordem jurídica e insusceptíveis de variação, ao passo que, no segundo, o ato não se reduz à passividade de ser causa fáctica de efeitos rigidamente predeterminados pela ordem jurídica, mas pode interferir neles, estabelecendo um programa de efeitos que a ordem jurídica não impõe, mas, dentro dos limites do lícito, permite. Basta essa possibilidade, ainda que concretamente dela não se valha o sujeito num caso concreto, para que o ato jurídico se configure como negócio jurídico. Esse critério as mais das vezes é bastante para fazer a distinção a que se destina, desde que, coerentemente — e essa coerência decorre da essência mesma do negócio jurídico que é essa possibilidade de atuação da vontade que não existe nos outros atos jurídicos —, seja ele aplicado em suas últimas conseqüências. Assim, não se há que pretender, e isso pela relevância que tem a vontade em institutos do direito de família, como o matrimônio ou a adoção, que ambos são negócios jurídicos, apesar de seus efeitos jurídicos serem estritamente os legais, não podendo as partes escolhê-los ou predeterminá-los (72). O que não tem sentido é partir-se — e esse é o defeito capital da crítica de Panuccio (73) a esse critério distintivo com base em que não se ajustariam a ele algumas declarações que a maioria da doutrina tem como não-negociais — de hipóteses em que, *a priori*, se consideram não-negociais para, com fundamento nelas, se impugnar o critério distintivo, ao invés de se buscar esse critério naquilo que é essencial ao negócio jurídico e de se colocarem, entre os atos não-negociais, os que não o apresentem.

Por outro lado, e partindo da consideração de que toda ação humana é ato, temos como atos jurídicos não-negociais os atos-fatos jurídicos e os atos jurídicos em sentido estrito (e nessa categoria incluímos os atos reais com elemento interior e as declarações não-negociais de vontade), distinguindo-os entre si e em face do negócio jurídico, como decorre de toda a exposição que fizemos, com esta síntese de Clóvis do Couto e Silva:

“Em termos de classificação, quando o ordenamento jurídico valoriza a autonomia da vontade das partes e não restringe, em grande medida, a ação

humana, que se biparte entre a vontade de praticar o ato e a vontade de, através dele, obter certos efeitos práticos ou jurídicos, tem-se que a figura que nasce do exercício dessa liberdade é um negócio jurídico.

Todavia, a liberdade de que aqui se cuida é compreendida de uma forma específica e própria; não interessa muito a liberdade fática prejurídica, porquanto essa não encontra limites. É relevante essa mesma liberdade, enquanto objeto de valoração jurídica, pois o conceito de negócio jurídico é conceito no mundo do direito. Em suma, é possível distinguir vários tipos de atos tomando por base a amplitude da valorização da manifestação de vontade das partes. O ordenamento jurídico, que serve de moldura da atividade dos particulares, acaba por qualificar a vontade expressa no ato. Se ela conferir ampla autonomia, afirma-se, configura o ato um negócio jurídico; depois, se a vontade das partes que o ordenamento valorizar for tão-somente a vontade de praticar o ato, uma vez que os efeitos jurídicos são impostos obrigatoriamente pela lei, temos então o ato jurídico em sentido estrito; ou, ainda, se o ordenamento jurídico não valorizar nem mesmo a vontade de praticar o ato, e considerar como juridicamente relevante somente o resultado da atividade volitiva, tem-se o ato-fato” (74).

NOTAS

(1) III, 88.

(2) D. 46, 7, 1, pr.

(3) A propósito, vide ALBERTARIO, *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, in *Studi di Diritto Romano*, vol. III, ps. 99 e segs.

(4) III, 13, 2.

(5) D. 13, 2, 1; D. 44, 7, 41, pr.; e D. 44, 7, 52, pr.

(6) Para que fato ocorrido no mundo exterior seja fato jurídico, é preciso que haja norma jurídica que abstratamente o preveja para que daí decorra consequência também prevista. Donde, a seqüência: norma, fato, efeito, o que mostra que, em verdade, o efeito decorre de duas causas — uma, a próxima, que é o fato; outra, a remota, que é a norma. Por isso, não se pode dizer, como pretendem alguns, que o efeito jurídico resulta do fato, nem, como entendem outros, que o efeito jurídico decorre da norma. Isoladamente, norma ou fato não bastam para que o efeito se produza. É mister que haja, sempre, o concurso de ambos. Errônea é a orientação segundo a qual, às vezes, a norma pode produzir efeitos jurídicos independentemente de qualquer fato, por força exclusiva da lei. Em todas as hipóteses em que isso ocorreria, há sempre um fato que é a causa próxima do efeito; como esse fato, porém, é totalmente independente da vontade humana e não se enquadra nas diferentes cate-

gorias jurídicas nominadas (assim, contratos, declarações unilaterais de vontade, delitos), costuma-se dizer que o efeito resulta imediatamente da lei. É o que sucede, por exemplo, com a hipoteca legal. Dispõe o Código Civil brasileiro, no artigo 827, que “a lei confere a hipoteca: ... II — aos descendentes, sobre os imóveis do ascendente, que lhes administra os bens”. A primeira vista, parece que a hipoteca legal, nesse caso, resulta diretamente da lei. Não é exato, porém. Entre a lei e a hipoteca legal há o fato complexo: que haja um descendente e um ascendente; que este tenha, pelo menos, um imóvel; e que administre bens daquele. Sem esse fato complexo, não se constituirá a hipoteca legal prevista no referido dispositivo.

(7) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II, § 2, nº 4, ps. 29/30.”

(8) “Von rechtlichen Geschäften”.

(9) “Von den menschlichen Handlungen gibt es eine vorzügliche Gattung, die man rechtliche Handlungen oder rechtliche Geschäfte (*actus iuridici, negotia iuridica*) nennt. Man versteht darunter erlaubte menschliche Handlungen, welche gegenseitige Rechte und Verbindlichkeiten zum Gegenstand haben” (*apud* FLUME, ob. cit., § 2, nº 4, p. 29).

(10) “Die Willenserklärung ist eine Aeusserung dessen, was nach der Absicht des Erklärenden geschehen, oder nicht geschehen soll” (1ª parte, título 4, § 1).

(11) *Sistema del Diritto Romano Attuale*, vol. III, trad. SCIALOJA, III, § 104, ps. 5/6.

(12) *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol. II. 1ª Parte, § 48, p. 107.

(13) Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfes ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist.

...

Die dem Begriffe des Rechtsgeschäftes gegebene Begrenzung führt zu einer besonderen Kategorie der Rechtshandlungen. Den Rechtsgeschäften als Handlungem mit Rechtsfolgen, die, weil sie gewollt sind, eintreten, stehen Handlungen gegenüber, an welche Rechtswirkungen sich anschliessen, für deren Eintritt nach der Rechtsordnung gleichgültig ist ob dieselben von den Handelnden gewollt oder nicht gewollt sind” (vol. I, ps. 126/127).

(14) *Das Rechtsgeschäft und se ine Wirkung*, ps. 4 e segs.

(15) *Pandekten*, vol. I, § 129, IV, 3, p. 475.

(16) Os críticos mais destacados do conceito dominante de negócio jurídico foram LENEL (que, em 1881, publicou, no vol. XIX — ps. 154 a 253 — *dos Jahrbücher für die Dogmatik des heutigem römischen und deutschen Privatrechts*, o artigo *Parteiabsicht und Rechtserfolg*) e BECHMANN (no vol. II — ps. 8 e segs. — no livro *Der Kauf nach Gemeinem Recht*, editado em 1884).

WINDSCHEID (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. I, 8ª ed., § 69, ps. 267/9, nota 1/a — *Diritto delle Pandette*, vol. I, trad. FADDABENSA, § 69, ps. 203/4, que

não contém os acréscimos feitos por WINDSCHEID e depois por KIPP na edição alemã referida porque a tradução foi feita com base em edição anterior) — que foi um dos grandes defensores do conceito dominante — procurou rebater essas críticas que negam que os efeitos do negócio jurídico resultem da vontade do agente, decorrendo eles, sim, de ato do direito. E críticas que são principalmente duas: as mais das vezes, o ordenamento jurídico só exige do agente a idéia (representação) do escopo prático a que visa (resultado econômico de fato, e não a figura jurídica correspondente a esse resultado); e muitas vezes o negócio jurídico, além do efeito jurídico querido, produz outro não querido.

(17) Entre outros, BIERMANN (*Bürgerliches Recht*, vol. I, § 44, p. 129) e ENNECCERUS (*Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, vol. I, ps. 18/9).

(18) Vide, a propósito, ZITELMANN (*Das Recht des Bürgerlichen Gestzbuchs*, I — *Allgemeiner Teil*, p. 88), BIERMANN (ob. cit., § 44, p. 129) e ENNECCERUS, ob. cit., p. 18.

(19) Assim, por exemplo, GIERKE (*Deutsches Privatrecht*, vol. I *Allgemeiner Teil und Personenrecht*, § 32, p. 281, nota 7), que conceitua os negócios jurídicos como manifestações de vontade (*Willensäußerungen*) consentidas pelo direito, às quais é atribuído o poder de produzir uma organização, querida pelo agente, de suas relações jurídicas, entende que se deve dar a maior extensão possível ao âmbito do negócio jurídico, incluindo nele não só a ocupação, a derelicção e a especificação (modos de aquisição ou de perda da propriedade), mas também atos de aquisição e de perda da posse; e enfatiza que só as criações do espírito não são negócios jurídicos.

(20) P. 36, 53 e 383.

(21) P. 383.

(22) P. 211.

(23) Salienta MANIGK (ob. cit., ps. 185/6) que essa denominação, num sentido estrito, foi empregada pela exposição de motivos do primeiro projeto do B.G.B. e usada, em contraposição à expressão *negócio jurídico*, como uma das espécies da categoria dos “*rechtlichen*” oder “*juristischen*” *Handlungen* (atos jurídicos em sentido amplo). ANDREA TORRENTE, que traduziu, na década de 1940, um artigo de MANIGK (*Studi di diritto italiano e tedesco sulla natura e l'inquadramento sistematico degli atti giuridici privati*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, *seconda serie*, vol. XVI, ps. 133 a 167) sobre o tema, anota (p. 142, nota 1) que, em alemão, as palavras “*rechtlich*” e “*juristisch*” exprimem conceitos diferentes, e verte para o italiano a expressão *Rechtshandlung* por *fatto legittimo*. Literalmente *Rechtshandlung* se traduz por *ato de direito*, expressão esta usada pelos tradutores espanhóis (GONZALES e ALUGUER) para traduzir essa expressão que ENNECCERUS-NIPPERDEY (*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. I, 2ª parte, § 137, p. 575 — *Derecho Civil — Parte General* —, vol. II, § 128, p. 9) empregam ao dizerem: “*Wir bezeichnen sie als Rechtshandlungen oder als Rechtshandlungen im engerem Sinne*” (“*Los llamamos actos de derecho o actos jurídicos en sentido estricto*”).

(24) P. 184.

(25) P. 187.

(26) P. 18 e nota 2.

(27) *Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, primeira parte, ps. 32/3.

(28) "1. Rein Mussere Handlungen (wie Spezifikation, Fruchterwerb, Fund u.a.)

2. Mit besonderen inneren Tatsachen verknüpfte Handlungen, und zwar

a) Fülle, in denen neben der äusseren gesetzlich fixierten Handlung selbständig eine innere Tatsache verlangt wird (Wohnsitzbegründung, Geschäftsführung),

b) Handlungen, die sich lediglich als Perfektion einer auf ein äusseres Verhalten hinielenden erheblichen inneren Tatsache (Gesinnung, Überzeugung, Wollen) darstellen, bei denen also gesetzlich der Handlungsakt nicht fixiert wird (Verzeihung, Zustimmung im Falle von § 1.565, Anerkennung der unehelichen Vaterschaft).

3. Mitteilungen

a) von Vorstellungen, Urteilen oder Überzeugungen (Vorstellungsmittlungen)

a. von Vorstellungen oder Urteilen über äussere Geschehnisse und Tatsachen, die auch unwirklich sein können (Behauptungen, Kundgebungen, Anzeigen, Mitteilungen), Kundgebung der Unzufriedenheit z. B. bei der Mängelrüge,

b. von Überzeugungen (Anerkennung in den §§ 208, 1170).

b) von einem Wollen (Willensmitteilungen): Mahnung, Aufforderung, Erbieten, Androhung, Beanstandung, Widerspruch u. a."

(*Willenserklärung und Willensgeschäft*, § 159, p. 652).

(29) Ob. cit., § 165, ps. 675/8.

(30) Publicado nos *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, vol. LXXXIII, ps. 1 a 107.

(31) Publicado no *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, segunda série, vol. XVI, ps. 133 a 167.

(32) Isso decorre, muitas vezes, da circunstância — bem assinalada por VON THUR (*Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol. II, 1ª parte, § 48, p. 107, nota 23 — de que a distinção entre *negócio jurídico* e *atos de direito* não é segura, ocorrendo, com frequência, que a vontade das partes se dirige a um resultado econômico sem que elas tenham uma idéia exata do efeito jurídico, podendo, portanto, ser duvidoso se o conteúdo típico de sua declaração de vontade está integrado por elementos jurídicos necessários para colocar em evidência o propósito de obter um efeito jurídico e, conseqüentemente, que se trate de um negócio jurídico.

(33) Explicam-se, também, as divergências nesse ponto, porquanto, como observa Larenz (*Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, § 26, p. 431, nota 1), "a analogia, contudo, não deve ser nunca aplicada esquematicamente, mas, ao contrário, deve-se verificar se, para cada grupo de casos e para cada grupo de preceitos, ocorrem os pressupostos da analogia" ("Eine Analogie darf aber niemals schematisch vorgenommen werden, vielmehr ist für jede Fallgruppe und für jede Gruppe von Vorschriften zu prüfen, ob hier die Voraussetzungen einer Analogie gegeben sind").

(34) Assim, entre outros, ENNECCERUS-NIPPERDEY (*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol., segunda parte, § 137, ps. 575/7), BAUMANN (*Einführung in die Rechtswissenschaft*, § 7, I, 1, b, b, 192), LANGE (*BGB Allgemeiner Teil*, § 36, V, 2, p. 226), PALANDTDANCKELMANN (*Bürgerliches Gesetzbuch*, Überbl. v. § 104, p. 62) e LARENZ (ob. cit., § 26, ps. 427/248 — § 26, ps. 699/700).

(35) *Stellvertretung und Vollmacht, in Iherings Lehrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. XXXVI, p. 4 (informa LENEL que HÖLDER usava, para designar essa espécie, da expressão *exteriorizações reais da vontade (realen Willensäußerungen)*).

(36) Assim, LARENZ (*Vertrag und Unrecht*, primeira parte, § 9, ps. 69/70: *rechtsgeschäftliche Willensbetätigungen*; e *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, § 18, 1, p. 259), LEHMANNHÜBNER (*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, § 24, IV, 2, p. 145) e FLUME (*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II — *Das Rechtsgeschäft* —, § 5, 6, p. 76).

(37) Ob. cit., vol. I, segunda parte, § 137, IV, 2, ps. 576/80.

(38) ENNECCERUS-NIPPERDEY (ob. cit., vol. I, segunda parte, § 137, IV, 2, b, p. 579, nota 25) criticam a expressão *atos puramente exteriores (rein äussere Handlungen)*, empregada por MANIGK, que lhes parece pouco apropriada, bastando que se pense nas criações poéticas ou musicais; e também julgam pouco recomendável a expressão pleonástica *atos-fatos (Tathandlungen)*.

(39) Ob. cit., § 7, I, 1, b, b, ps. 192 e segs.

(40) Ob. cit., § 36, V, 2, d, p. 226.

(41) Ob. cit., § 26, ps. 428 e segs. — ob. cit., § 26, ps. 700 e segs.

(42) Ob. cit., Überbl. v. § 104, p. 62.

(43) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, § 38, ps. 337 e segs.

(44) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 15^a. ed., § 38, I, 3, p. 337.

(45) *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. II (*Das Rechtsgeschäft*), § 9, 2, ps. 108 e segs.

(46) Ela se observa até na discussão da Comissão de Reforma do Código Civil francês sobre o projeto na parte relativa aos atos jurídicos (*Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil*, année 1947-1948, ps. 105 e segs). Sobre a posição da doutrina francesa a propósito do negócio jurídico em geral, vide MARTY-RAYNAUD, *Droit Civil*, tomo I, n^o 148, ps. 252/3.

(47) Assim, entre outros, LARENZ (*Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, § 19, I, ps. 273 e segs.) que, aproximando-se da teoria de BÜLOW (*Das Gestandnisrecht*, ps. 107 e segs.) que caracterizava o negócio jurídico como uma *declaração de dever (Sollenserklärung)*, o tem como uma *declaração de validade (Geltenserklärung)*; e MANIGK (*Die Privatautonomie in Aufbau der Rechtsquellen*, § 8, ps. 67 e segs).

(48) Vide, a propósito, CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Juridico*, p.32, nota 22.

(49) Ampla enumeração de autores italianos que seguem essa orientação se

encontra em CAMPAGNA (*I "Negozzi di Attuazione" e la Manifestazione dell'intento Negoziale*, p. 26, nota 37), que cita igualmente os que ainda sustentam a essencialidade da intenção dirigida aos efeitos jurídicos.

(50) Sobre os autores italianos que adotam os critérios aludidos no texto e outros menos seguidos, vide PANUCCIO, *Le Dichiarazioni non Negoziali di Volontà*, ps. 16/8, nota 29.

(51) FERRI (*L'Autonomia Privata*, p. 25, nota 53), que é um deles, enumera como adeptos dessa orientação ASCARELLI, ESPOSITO, TEDESCHI, CARNELUTTI, PERGOLESI, SANTI ROMANO, D'EUFEMIA e SALVATORE ROMANO.

(52) *Dottrine Generali del Diritto Civile*, p. 136.

(53) Além de SANTORO-PASSARELLI, acolhem essa figura, na Itália, BETTI (*Teoria Generale del Negozio Giuridico*, nº 11, ps. 124/7), SOTGIA (*Apparenza Giuridica e Dichiarazioni alla Generalità*, ps. 261/2), MESSINEO (*Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, vol. I, § 34, 3, p. 463) e BARBERO (*Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano*, vol. I, nº 218, ps. 329/30). Contra, CARIOTA FERRARA (*Volontà, Manifestazione, Negozio Giuridico. Un Problema Nuovo*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, vol. XV, fasc. 4, p. 377, nota 2; e *Il Negozio Giuridico*, nº 98, ps. 383 e segs.), OPPO (*Adempimento e Liberalità*, ps. 378/80, nota 1), MIRABELLI (*L'Atto non Negoziale nel Diritto Privato Italiano*, nº 120, ps. 307/8) e SCOGNAMIGLIO (*Contributo alla Teoria del Negozio Giuridico*, nº 90, ps. 238 e segs.).

(54) *I "Negozzi di Attuazione" e la Manifestazione dell'Intento Negoziale*.

(55) MIRABELLI, ob. cit., nº 9, ps. 32/3; e SANTORO-PASSARELLI, *Atto Giuridico*, in *Enciclopedia del Diritto*, IV, ps. 212/3 (que, no entanto, se afasta de MANIGK, não acolhendo a categoria dos atos meramente exteriores).

(56) CARIOTA FERRARA (*Il Negozio Giuridico*, nº 12, p. 38).

(57) BETTI (ob. cit., nº 2, ps. 8/9), AULETTA (*Istituzioni di Diritto — Parte Generale*, p. 100), BARBERO (ob. cit., vol. I, nº 200, nota 1, p. 306) e SANTORO-PASSARELLI (*Atto Giuridico*, in *Enciclopedia del Diritto*, IV, p. 212)

(58) *Contributo alla Teoria dell'Adempimento*, nº 29 e segs., ps. 52 e segs.

(59) Assim, SCOGNAMIGLIO, ob. cit., nº 76, ps. 176/8.

(60) Entre outros, vide MIRABELLI (*L'Atto non Negoziale nel Diritto Privato Italiano*, nº 12, ps. 37 e segs.). SANTORO PASSARELLI (*Atto Giuridico*, in *Enciclopedia del Diritto*, ps. 211/2), além de admitir a aplicação analógica das regras negociais a alguns atos jurídicos em sentido estrito quando a analogia se justifique na espécie, sustenta que a eles, como princípio, se devem aplicar as regras ditadas pela lei para os atos ilícitos “porquanto, como se viu, estruturalmente também o ato ilícito é um ato jurídico em sentido estrito, isto é, relevante enquanto voluntário e consciente” (“poiché, come s'è visto, strutturalmente anche e'atto illícito è un atto giuridico in senso stretto, cioè rilevante inquanto volontario e consapevole”).

(61) Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, tomo

II, §§ 227 e segs., ps. 446 e segs.), ORLANDO GOMES (*Introdução ao Direito Civil*, nºs 166 e segs., ps. 223 e segs.; e *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, ps. 49 e segs.), VICENTE RÁO (*Ato Jurídico*, nºs 6 e segs., ps. 22 e segs.), JOSÉ ABREU (*O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*, nº 5, ps. 14 e segs.) e BERNARDES DE MELLO (*Teoria do Fato Jurídico*, ps. 156 e segs.).

(62) *Contrato Consigo Mesmo e Representação*, in *Direito Civil (Escritos Diversos)*, ps. 1 a 3, nota 2.

(63) PONTES DE MIRANDA (ob. cit., § 209, 1, p. 372) e BERNARDES DE MELLO (ob. cit., p. 142).

(64) *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, ps. 61 e segs.

(65) *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, ps. 56 e segs., e *Introdução ao Direito Civil*, nº 166, p. 223. Com a mesma orientação, JOSÉ ABREU (ob. cit., nº 4, p. 11) e VICENTE RÁO (ob. cit., nº 6, ps. 22 e segs.), que aludem às ações materiais que recaem sobre coisa do mundo físico, ou afetam a situação material de quem as pratica, e às manifestações de vontade consideradas como pressupostos dos efeitos assinados e ordenados rigidamente por lei.

(66) Ob. cit., §§ 209 e segs., ps. 372 e segs.; e BERNARDES DE MELLO, ob. cit., ps. 137 e segs.

(67) Assim, VICENTE RÁO (ob. cit., nº 6, ps. 23/4), ORLANDO GOMES (*Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, p. 61), JOSÉ ABREU (ob. cit., nº 5, ps. 20 e segs.) e ALMIRO COUTO E SILVA (*Atos Jurídicos de Direito Administrativo praticados por particulares e Direitos Formativos*, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 95, p. 28).

(68) Embora os poucos autores, que, no Brasil, se referem a essa questão, sustentem que a aplicação das normas do negócio jurídico ao ato jurídico em sentido estrito se faça, não por analogia, mas — como acentua BERNARDES DE MELLO (ob. cit., p. 187) — “porque são normas comuns ao gênero ato jurídico” (no mesmo sentido, ORLANDO GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, nº 171, ps. 227 e segs.), nos países onde não acham normas que disciplinem diretamente os atos jurídicos em sentido estrito, ou mandem aplicar a eles as normas dos negócios jurídicos *no que couber*, é evidente que essa aplicação se fará por analogia, certo como é que negócio jurídico e ato jurídico em sentido estrito, por pertencerem ao gênero ato jurídico, têm pontos em comum, pontos esses que são os regidos pelas normas do negócio jurídico que não pressupõem a *intenção (vontade de conteúdo)* do sujeito, por ser ela irrelevante para o ato jurídico em sentido estrito. Aplicação de norma do negócio jurídico ao ato jurídico em sentido estrito por ser ela aplicável a este implica, obviamente, aplicação analógica, não tendo razão, portanto, ORLANDO GOMES, com apoio em MIRABELLI, ao afirmar:

“As disposições reguladoras dos negócios jurídicos consideram e valorizam o *intento* que é irrelevante no ato jurídico *stricto sensu*. Segue-se que lhe são aplicáveis unicamente as regras que não o pressupõem. Aplicam-se *diretamente*, como quer MIRABELLI, não por analogia, como pretendeu outros”.

O que MIRABELLI (*L'Atto non Negoziale nel Diritto Privato Italiano*, nºs 11 e 12, ps. 36 e segs.) acentua é que, prevalecendo a tese de SCONAMIGLIO de que nada há em comum entre o negócio jurídico e o ato jurídico em sentido estrito, este não teria, no direito italiano, normas que lhe fossem aplicadas diretamente ou por meio da analogia. Se, porém, se admitir que, em virtude do disposto no artigo 1.324, é possível a aplicação direta das normas sobre os contratos a todos os atos jurídicos, um núcleo dessas regras poderia disciplinar em comum os contratos, os negócios unilaterais e os atos não negociais.

(69) Art. 295^a (Disposições reguladoras) — Aos atos jurídicos que não sejam negócios jurídicos são aplicáveis, na medida em que a analogia das situações o justifique, as disposições do capítulo precedente.

(70) “Manifestazione di volontà che è diretta ad un fine pratico e che l'tordinamento tutela, avendo anche riguardo alla responsabilità del soggetto o dei soggetti e all'affidamento degli altri” (*Il Negozio Giuridico nel Diritto Privato Italiano*, nº 20, p. 66).

(71) A propósito, vide CLÓVIS DO COUTO E SILVA, *Para uma História dos Conceitos no Direito Civil e no Direito Processual Civil*, ps. 19 e segs. da separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra — “Estudos em Homenagem aos Prfs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz” — 1983; e *A Obrigação como Processo*, ps. 91/95 (Tese para Concurso da Cadeira de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, 1964).

(72) FERRI (*L'Autonomia Privata*, p. 288), partindo da concepção de autonomia privada como poder normativo, nega que o casamento e a adoção sejam negócios jurídicos, por não serem atos normativos, e, portanto, negócios. Para ele, ambos são atos jurídicos em sentido estrito, ou seja, atos que determinam efeitos jurídicos disciplinados totalmente pela lei e não amoldados ao querer das partes. E, na nota 297, a ps. 163/164, salienta que SANTI ROMANO e CICU, partindo de premissas diversas, também concluem que o casamento e a adoção não são negócios jurídicos. Também assim entende ENDEMANN (*apud* MANIGK, *Die Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte*, ps. 15, nota 2, e 209, nota 2).

(73) *Le Dichiarazioni non Negoziali di Volontà*, ps. 23/25.

(74) *Para uma História dos Conceitos no Direito Civil e no Direito Processual Civil* (*A Atualidade do Pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bülow*), p. 18 da separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra — “Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz” — 1983.