

AUTONOMIA PRIVADA E NEGÓCIO JURÍDICO

MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES
Procurador Adjunto do Estado do Rio Grande
do Sul
Chefe do Departamento de Direito Privado do
mesmo centro
Professora Titular de Direito Civil e de Direito
Administrativo do Centro de Ciências Jurídicas da
UNISINOS.

SUMARIO

1. Notas Introdutórias: Colocação do problema. 2. Autonomia Privada: Fonte de direito ou fonte de relação jurídica? 3. Autonomia Privada e Iniciativa Privada. 4. Autonomia Privada e Liberdade de contratar. 5. Limites da Autonomia Privada. 6. Premissas para a conceituação da Autonomia Privada. 7. O Negócio Jurídico como instrumento da Autonomia Privada. 8. Distinção entre Negócio Jurídico e outras categorias. 9. Manifestação e Declaração de Vontade. 10. Premissas para a conceituação do Negócio Jurídico.

1. Notas Introdutórias: Colocação do Problema

Ao escolher como tema desta conferência "Autonomia Privada e Negócio Jurídico", fi-lo com plena consciência das sérias dificuldades em realizar a contento a tarefa a que me propus. Todavia, é a dificuldade que justamente me fascina ao propor ao espírito, como um desafio, questões complexas, que se não lograrem solução adequada hão de, pelo menos, suscitar em outros a atenção, motivando estudos mais aprofundados, contribuindo eu assim, quanto mais não fosse, para provocar a reflexão sobre matéria tão controversa.

A própria conceituação da autonomia privada abre, de início, um leque de possibilidades:

Haveria identidade entre autonomia privada e iniciativa privada? Seriam inócuos os conceitos de autonomia privada e liberdade contratual? A autonomia de que aqui se cogita é fonte de direito ou seria apenas fonte de relação? Os efeitos jurídicos que ocorrem de atos de autonomia advêm da força criadora desses ou da regra jurídica que os recabe e valora?

De outra parte, a autonomia privada seria um conceito a construir-se no campo da Ética, entendida, então, como a liberdade moral de comportar-se desta ou daquela forma ou, ainda, uma idéia a formular-se em função exclusiva dos aspectos econômicos nela envolvidos?

Palestra proferida no 1º Seminário de Direito Civil, Porto Alegre, 8 de agosto de 1976.
Trabalho publicado em Estudos Jurídicos, São Leopoldo, 8 (20) : 33-52, 1977.
Republicação autorizada pelo autor.

Em suma, seria um conceito que a Ciência Jurídica apreende na Sociologia, na Ética, na Economia ou, talvez, ainda, alhures, mas sem uma caracterização técnico-jurídica precisa?

Penso, como LUIGI FERRI, que é preciso formular o conceito da autonomia privada dentro da Ciência Jurídica, utilizando critérios técnico-jurídicos, sem esquecer, contudo, os imperativos que as vicissitudes da vida social, como a necessidade de circulação de bens e serviços, num dinamismo constante e incompatível com uma cristalização dogmática rígida, impõem como supostos fáticos necessários, dados concretos e reais, a orientar a elaboração do conceito.

A generalidade dos sistemas jurídicos (salvante exceções bem conhecidas) reconhece aos indivíduos o poder de desempenhar um papel preponderante na determinação e regulação de seus próprios interesses, de suas próprias relações. Torna-se, assim, possível às pessoas, mediante comportamentos adequados, constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas, influenciando sobre os direitos, deveres ou situações delas emergentes.

O conteúdo material da autonomia privada estaria exatamente nesta "disponibilidade", como assinala Nawiasky ou, como propõe Domingues de Andrade, neste "poder criativo".

A livre configuração das relações privadas é o ponto de partida para assegurar a satisfação conveniente dos interesses individuais. Não poderia um sistema jurídico qualquer, que aspire ao assecuramento de um mínimo de liberdade aos cidadãos, prever todas as hipóteses relacionais, esgotar toda a tipologia de que o comportamento humano, na infinita variabilidade que o trato social oferece, pode se revestir, exaurir todas as possibilidades e sujeitar, em tudo e por tudo, o destinatário do comando jurídico a esquemas rígidos e imutáveis.

Uma tal extratificação representaria o imobilismo da vida de relações, impossibilitando o desenvolvimento harmonioso do tráfico jurídico e conduzindo, sobretudo, à multiplicação em proporções geométricas de um fenômeno que a todo custo se deve evitar:

A modificação constante do complexo legislativo vigente, o caos das codificações, a exacerbação da função legiferante, com a interferência crescente do Estado na ordem privada, pondo em risco a liberdade do indivíduo e a estabilidade do próprio ordenamento, muito embora sejam estes justamente os pretextos invocados – a proteção do indivíduo e da sociedade – para justificar aquela interferência, que só é legítima quando obra para coibir o abuso, para restabelecer o equilíbrio; para assegurar determinados fins sociais, e que deixa de sê-lo na medida em que confina a liberdade de cada um ao último e indevassável reduto de sua consciência.

Por outro lado, isto a que chamamos autonomia privada não constitui um poder ilimitado, mas, ao contrário, atua dentro de arcabouços previamente estabelecidos ou, se se quiser, preenchendo os chamados "espaços vazios" das normas em branco, hipotéticas ou autorizantes. Criam-se, através esta autonomia, os supostos fáticos que as regras jurídicas propositadamente não predescreveram abstratamente ou não predescreveram totalmente.

Assinala-se, dessa sorte, no próprio ordenamento o campo reservado à autonomia, lembrando-se, outrossim, que determinados pressupostos, como aqueles pertinentes à capacidade de obrar, à licitude do objeto etc..., presidem o plano da atuação válida desse poder de auto-regulamentação.

Convém, nesse passo, lembrar a lição de Giuseppe Stolfi, quando assinala que o signo distintivo do Direito Civil constitui-se, há séculos, na autonomia da vontade individual, entendida em seu mais amplo significado... Ao anotar, o mesmo autor, a surpreendente e aparentemente contraditória sintonia de pensamento dos juristas e filósofos dos fins do século XVIII e do alvorecer do século XIX sobre a matéria, explica ele a coincidência a que chegaram jusnaturalistas e pandectistas a partir da idéia de liberdade, quando os primeiros postularam o primado da vontade individual, também no campo do direito, como obstáculo à prepotência do príncipe e os segundos, desenvolvendo a doutrina justiniana de que os efeitos jurídicos dos atos humanos dependem diretamente da vontade individual, terminaram por criar um sistema de direito privado fundado na liberdade dos particulares.

Assim, Savigny, o fundador da Escola Histórica, ao afirmar que "à vontade individual se assina um campo dentro do qual domina independentemente de toda outra vontade" ou Windscheid que via "a vontade individual como força criadora no campo do direito".

Assumi, desde então, a idéia de autonomia privada uma feição decididamente técnico-jurídica, a que se juntou um sentido político, desde que se a visualizou, também, como um direito fundamental de liberdade, como legítima manifestação de oponência do cidadão ao Estado.

Embora não fosse despicienda a abordagem da controvérsia travada entre as correntes que postularam a conceituação do direito subjetivo ora a partir do dogma da vontade, ora tendo como figura nuclear o interesse, não me parece conveniente examiná-la nos estreitos lindes desta palestra. Fica apenas a remissão para sinalar a notória influência que exerceu no desenvolvimento da questão de que nos ocupamos.

2. AUTONOMIA PRIVADA: FONTE DE DIREITO OU FONTE DE RELAÇÃO JURÍDICA?

Destas primeiras proposições, pode-se intuir que a doutrina claramente se divide em duas posições. De um lado, aqueles que colocam a autonomia privada,

fundada no dogma da vontade, como "um poder criador verdadeiramente normativo e diretamente eficaz", e assim Manick; da outro, aqueles que apreciem a autonomia privada como formas sociais de atuação que recebem do ordenamento jurídico uma determinada valoração e é desta valoração que depende a recepção, ou não, dos preceitos formulados pelos indivíduos e a correspondente atribuição de eficácia, como enfatize Betti.

Em suma, toda a *vexata quaestio* a que nos atemos, neste momento, resumir-se-ia em duas interrogantes:

1ª A autonomia privada é fonte do direito (fonte em sentido formal) competente para autonomamente determinar eficácia jurídica?

2ª A autonomia privada é pressuposto e fonte geradora de relações jurídicas já disciplinadas, em abstrato e em geral, pelas normas do ordenamento jurídico?

É claro, que o perfilhar-se a quaisquer das duas posições, o responder afirmativamente a quaisquer das duas interrogantes preditas, tem como pressuposto lógico uma postura definida sobre o problema das fontes do direito, que se resolve no campo da teoria geral.

Entendendo que a questão diz respeito às fontes formais e acatando, na espécie, a magistral lição do Professor Orlendo Gomes, tenho que responder negativamente à primeira pergunta, pois como assinala o inclito jurista pátrio "conceituada a fonte formal como forma de expressão do direito positivo, somente e lei e o costume podem classificar-se inequivocamente sob essa rubrica".

Na mesma esteira, o conceito proposto por Eduardo Espinola, para quem as fontes formais são as formas concretas que o direito objetivo assume em um Estado, em um tempo determinado.

Há, como observa Betti, inconfundíveis caracteres entre a autonomia criadora de regras jurídicas, na qual o ordenamento estatal reconhece uma verdadeira e própria fonte de direito objetivo, dentro da órbita de competência que lhe corresponde ab origine e a autonomia criadora de relações jurídicas, na qual a ordem jurídica se limita a reconhecer aos particulares a faculdade de dar vida a situações aptas a engendrar vínculos entre eles.

A diferença de objeto entre ambas, e aqui a palavra autorizada de Merkl, "implica uma profunda diferença de caráter e fundamento". A autonomia dirigida a criar normas jurídicas é competência normativa de caráter geral; pressupõe investidura em nível de órgão constitucional, com poderes normativos no âmbito da ordem jurídica que a reconhece (nesse sentido Betti).

Ora, à autonomia privada corresponde um poder de dispor ou, se se preferir, uma competência dispositiva para auto-regular os próprios interesses, mediante a

chancela da ordem jurídica. Falece-lhe poder para editar regras de caráter geral, porque também lhe falece investidura hébil para tanto.

Aquilo a que anteriormente identificamos como comportamentos adequados a engendrar relações jurídicas não cria pois, *per se*, normas jurídicas. Tampouco, ex proprio vigore, produz efeitos jurídicos. É porque tais comportamentos adquiriram jurídica relevância, valorizados que foram por regras jurídicas, porqu configuraram os supostos fáticos nelas hipoteticamente descritos, em aberto ou em fechado, que estarão aptos a desenvolver um ciclo aficecial na órbita do direito. Dita aptidão não decorre, por isso, do ato, mas da norma que o recebe e juridiciza.

Nessa mesma linha pareceu-me o pensamento do Professor Antunes Varella, expresso com rara felicidade e admirável concisão, em suas "Noções Fundamentais de Direito Civil", verbis:

"O direito confere aos indivíduos a faculdade de realizarem entre si determinadas convenções... e de nessas convenções introduzirem, dentro de determinados termos, todas as cláusulas que bem lhes aprouver (princípio da autonomia de vontade). Pois bem. As cláusulas elaboradas pelos particulares, ao ebrigo de semelhante princípio, constituem verdadeiros imperativos para quem as subscreve, achando-se tuteladas oor meio de certas providências coercitivas, e, todavia, não constituem, à luz da nossa concepção, verdadeiro direito, por carecerem da generalidade e abstração próprias das normas jurídicas"...

3. AUTONOMIA PRIVADA E INICIATIVA PRIVADA

A fixação conceitual da categoria em exame há de ser precadida, ainda, da solução de outros problemas, aos quais já aludi ao início desta exposição.

Senão, vejamos.

Entre a idéia de autonomia privada e a de iniciativa privada é mister estabelecer nítida distinção, conquanto certos autores encontrem identidade entre as figuras em apreço. Embora atos de iniciativa privada possam vir a configurar comportamentos de autonomia privada, os âmbitos de suas respectivas atuações não são coincidentes. É possível identificar inúmeras manifestações de iniciativa privada sem qualquer relevância jurídica, sem repercussão no mundo do direito, ou, ainda, juridicamente transcendentem, mas não como atos de autonomia privada. A propósito, parece ter havido equívoco de Ferri, quando imputa a Betti o ter confundido as categorias sinaladas. No entanto, em sua "Teoria General del Negocio Juridico", o que o mestre de Roma afirma é que "a iniciativa privada é o mecanismo motor da regulação reciproca de interesses privados". Ora, não padece dúvida, pelo menos do meu ponto de vista, que é através a iniciativa privada que as pessoas põem-se em conexão, umas com as outras, para a realização de seus interesses, buscando, assim, na alteridade a cooperação necessária, de que fala Lehmann, para atingir determinados objetivos.

Em outras palavras, o que se me afigura claro é que Betti identifica na realidade social – e não poderia ser de outro modo –, no enlaçamento pessoal provocado pela iniciativa dos particulares, o fenômeno que poderá ensejar, ou não, o ato de autonomia privada. E, quando Betti, outra vez criticado por Ferri, diz que “a sanção do direito se apresenta como algo acrescido e logicamente posterior”, não está colocando dita autonomia como um conceito ajurídico mas, diversamente, afirmando-lhe a juridicidade, uma vez que só mediante a chancela da ordem jurídica, os vínculos intentados pelos particulares receberão a tutela do direito.

O atos de autonomia privada, que mais adiante passaremos a designar pelo **nomen juris** que lhes é próprio, são, como quaisquer das espécies que constituem fato propulsor da relação jurídica, fenômenos apreendidos e valorados pelas normas no mundo fático e por elas erigidos à categoria de suportes fáticos seus. Dessa sorte, se a iniciativa privada configurou, de modo suficiente, os elementos do suporte fático da regra X ou Y, o ato foi juridicizado. Não será, no entanto, por ser de iniciativa privada que surtirá efeito jurídico, mas porque determinou, ao concretizar-se, a incidência da regra tutelar respectiva. E, ainda, se juridicizado, poderá não sê-lo como ato de autonomia privada, mas como ato jurídico em sentido estrito ou até mesmo como simples operação material (ato-fato), em função dos elementos que o compõem na sua estrutura intrínseca, e que correspondem aos elementos integrativos dos pressupostos de fato desta ou daquela outra espécie de fato jurídico lato sensu.

Da mesma forma, também não me parece censurável a afirmação de Betti, de que o vínculo estabelecido entre os indivíduos já é dotado de força, em função do respeito à palavra dada, da tutela do uso e da sanção social.

Pela ordem de citação, vamos investigar os fundamentos dessa força vinculativa reconhecida por Betti, antes da juridicização, e que não ficou imune ao crivo da crítica.

O respeito à palavra dada, a observância de correção na vida de relações – e a expressão, aqui, é de Trabucchi –, a escrupulosa submissão à boa-fé, em virtude de que alguém se comporta conforme estipulou, ainda que ciente da ajuridicidade da estipulação, constituem, sem dúvida, preceitos éticos a que a humanidade, **sponte sua**, vem se submetendo através dos tempos, e cuja força vinculativa, inquestionável, é, por igual, de natureza ética.

Destarte, se a estipulação excogitada não recebeu tutela jurídica, não é correto de aí inferir-se a inexistência de caráter vinculante. Te-lo-á, embora não jurídico. Alguns autores, entre os quais et Mazeaud, vêem em situações como a prefigurada, e em certos deveres de consciência, verdadeiras obrigações naturais, das quais emergiriam direitos e deveres, apenas despidos de exigibilidade.

No que respeita à tutela do uso, já seria preciso tecer novas considerações dentro da temática geral das fontes do direito. Com efeito, se há regra

consuetudinária incidindo sobre o comportamento, então a força vinculativa é, à evidência, de natureza jurídica ou, se em não a havendo, (a regra consuetudinária), a regra jurídica faz remissão aos usos locais para a regulação de determinada relação, a conclusão a que se há de chegar é a mesma: Ocorreu o fenômeno da juridicização e o liame que se estabeleceu entre os particulares tem a força de imperativo jurídico.

Finalmente, com pertinência à sanção social, a realidade está a demonstrar que o poder de constranger que dela emana, ainda que despido de juridicidade, opera, freqüentes vezes, com maior vigor do que aquele imanente à regra de direito, como observava, há poucos dias, o ilustre Desembargador Professor Oscar Gomes Nunes.

Por outro lado, a circunstância de reconhecer-se à boa-fé a natureza de preceito ético não implica negar-lhe a relevância que se lhe atribui, por exemplo, em matéria de interpretação no Direito das Obrigações. Embora o Código Civil Brasileiro não faça referência expressa à boa-fé, como o fez o BGB, ainda que de forma muito geral, segundo Lehmann, a proteção à boa-fé é um dos postulados que se insere entre os princípios gerais do direito e, de modo muito particular, na principiologia do Direito das Obrigações.

4. AUTONOMIA PRIVADA E LIBERDADE DE CONTRATAR

A terceira proposição que me disponho a examinar diz respeito à pretendida univocidade dos conceitos de autonomia privada e liberdade contratual.

Observa, não sem razão, Vicente Rao, que os juristas franceses, em contraste com os autores germânicos e os modernos autores italianos, costumam identificar o problema da autonomia da vontade com o da liberdade contratual.

Corroborando dita observação, o pensamento de Alex Weill, Professor da Universidade de Estrasburgo, que embora sugerindo o abandono da teoria da autonomia da vontade pela “das tendência sociais”, cifra-lhe os limites aos contratos, como se na liberdade de contratar aquela se exaurisse. Assim, descreve-a como uma tomada de posição sobre o fundamento da força obrigatória do contrato e como uma justificação do próprio contrato e do papel preponderante que se reserva aos mesmos nos sistemas jurídicos em geral. Com pequenas variantes, o pensamento do italiano Pugliatti que reduz ainda mais a autonomia privada, para, estranhamente, reconhecê-la apenas no campo dos negócios inominados e dos relativamente atípicos.

Seguindo à mesma linha desenvolvida por Weill, Boris Starck, da Universidade de Paris, ao examinar a influência das novas concepções e sistemas econômicos sobre o direito, especialmente no após-guerra, aponta as transformações profundas operadas em matéria de contratos, concluindo que, conquanto não tenha

desaparecido totalmente a liberdade contratual, seu domínio foi singularmente reduzido. Como se vê, não se afasta da doutrina clássica francesa, olvidando-se até de mencionar a expressão autonomia privada. Provavelmente, penso eu, por reconhecer identidade entre ambas.

Restringem, pois, autores de nomeada a autonomia sob cogitação à província do Direito Obrigacional e, o que é mais grave, tão-só a uma parte daquele, os contratos, esquecendo-se de deveres e obrigações em sentido estrito, nascidos de manifestações unilaterais.

Não é menos verdade, todavia, que esta postura nasce do preconceito tão difundido entre os franceses, que os leva a recusar a categoria dos negócios unilaterais, preconceito que só modernamente começa a ceder, ante a extraordinária influência dos juristas que construíram e desenvolveram tal doutrina.

Não obstante seja notório que é nos lindes do Direito das Obrigações que a autonomia privada atua mais ampla e frequentemente, a ponto de ali ter encontrado o campo, por excelência, para o seu desenvolvimantø e apogeu, a autonomia privada é reconhecida também no Direito da Família, no Direito das Coisas, no Direito das Sucessões, sempre que o preceito jurídico abra aos particulares, sob certos limites, um poder dispositivo de auto-regulamentação.

5. LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA

Reafirmando assertiva inserida nas notas introdutórias desta exposição, o poder que se caracteriza sob a designação de autonomia privada não é ilimitado. Faz-se preciso, pois, estabelecer alguns balizamentos que lhe tracem os limites, embora se me afigure extremamente difícil, senão impossível, fixar de modo geral e abstrato os contornos de seu âmbito de atuação.

A primeira limitação seria, naturalmente, aquela que decorre das regras jurídicas de natureza cogente, em que o imperativo jurídico não abre aos particulares quaisquer fissuras, a possibilitar-lhes o poder da dispor em acordo com as suas conveniências. Os supostos fáticos dessas regras, rigidamente fixados, regradando matéria indisponível, são incompatíveis com as manifestações de autonomia, que encontra, desse modo, óbice intransponível no **jus cogens**.

Igual conclusão se há de inferir no que toca às normas de ordem pública, não obstante essa afirmação possa parecer tautológica em relação à anterior. Com efeito, toda norma de ordem pública é cogente, mas como nem toda norma cogente é de ordem pública, não me parece desnecessária a referência à última.

A segunda limitação adviria de considerações em torno da moral e dos bons costumes, categorias éticas a que o sistema jurídico aponta, como dados referenciais necessários a sobreordenar as vicissitudes da vida de relações.

Em terceiro, seria interessante lembrar que os sistemas jurídicos prefixam os pressupostos gerais de existência a validade, ainda quanto aos atos de autonomia privada, impondo certos requisitos, em atenção aos quais ser-lhes-á reconhecida a existência juridicamente relevante e, em um segundo momento, a afirmação de sua validade, com a conseqüente aptidão para irradiar efeitos jurídicos. Não é demais assinalar que a respeito de tais pressupostos não há autonomia dos particulares. Nem se argumente, **ad exemplum**, que a confirmação dos atos nulos de nulidade relativa, ou simplesmente ditos atos anuláveis, importaria em afastamento ou derrogação particular, **in concreto**, daquelas normas, pelo primado absoluto da autonomia privada, porque a confirmação só pode operar-se em virtude de outras regras que, prevendo a ratificação, disciplinam-na quanto ao conteúdo, forma, etc... Se ao sujeito, dessa sorte, é dado ratificar, tal poder não decorre exclusivamente de seu querer, mas do preceito geral que lhe faculta confirmar. Assim, e.g., se o vício que afetou o plano da validade da manifestação defluiu de erro essencial e, apesar dele, tem interesse o agente na manutenção do ato, ratifica-o, expressa ou tacitamente, e o comportamento ratificatório, sanando deficiência da manifestação nada mais fez que concretizar suporte fático suficiente, em abstrato previsto no bojo da regra respectiva.

Por derradeiro, mas não menos significativa é a limitação decorrente da conformidade a direito. É certo que os limites lógicos dentro dos quais se desenvolve a fenomenologia jurídica são o lícito e o ilícito, e que os comportamentos humanos, juridicamente transcendententes, são estimados, também, em função de sua conformidade ou contrariedade a direito, donde advém a subdivisão dos fatos jurídicos **lato sensu** em lícitos e ilícitos. Contudo, quando a ordem jurídica assina aos particulares uma órbita dentro da qual, livremente, poderão engendrar, sob a égide do direito, relações jurídicas, parece-me definitivo que esta autorização contém, já na sua gênese, o imperativo da licitude. Nem se compreenderia que o deferimento de competência geradora de relação, na ordem privada, com o reconhecimento do ordenamento jurídico, não se confinasse aos limites da licitude, porque, sobre ser incoerente e absurdo aceitar autonomia privada contrária a direito, seria até, se me permitem a imagem, verdadeira autofagia.

Diante disso, impõe-se a conclusão de que a autonomia privada se circunscreve ao campo da licitude, sendo inaceitável a admissão de ato de autonomia eivado de ilicitude. Nesse passo, parece-me oportuno relembrar, conquanto óbvio, que ilicitude e invalidade não se confundem, o que justifica o reconhecimento de manifestações inválidas de autonomia e a repugnância a manifestações ilícitas do mesmo poder.

6. PREMISSAS PARA A CONCEITUAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA

À face das considerações anteriormente expendidas, creio ser possível, agora, estabelecer algumas premissas para a configuração conceitual da categoria em exame. Seriam elas, então:

1ª Os sistemas jurídicos não esgotam a disciplina das atividades humanas, na ordem privada;

2ª. Aos particulares é dado compor, mediante adequadas manifestações, certos pressupostos de fato, com força vinculativa de natureza jurídica;

3ª. As relações postas em ser por tais manifestações revestem-se de caráter jurídico, porque regra jurídica as acolhe, reputando-as juridicamente relevantes;

4ª. A vontade do particular, ou a exteriorização dela, não é de si suficiente para criar direito, não se constituindo, pois, em fonte deste;

5ª. Igualmente, a vontade do particular não tem, **per se**, aptidão para gerar relação jurídica, independentemente da incidência de regra de direito;

6ª. O poder de auto-regulação conferido aos particulares encontra seus limites no **ius cogens**, na ordem pública e nos bons costumes;

7ª. Circunscreve-se o poder predito ao âmbito da licitude, sendo-lhe essencial a conformidade a direito; e,

8ª. A autonomia privada não se esgota na liberdade contratual e não se identifica com a iniciativa privada.

Com essas premissas, que por certo não esgotaram a matéria, limitando-se a compendiar algumas reflexões sobre aspectos que considero relevantes para a correta colocação do problema, confio poder sugerir um conceito de autonomia privada.

Seria esta, então, a meu juízo e **salva reverentia, o poder reconhecido aos particulares de eleger, mediante manifestações adequadas de vontade, a disciplina das próprias relações, segundo as próprias conveniências, sob a tutela da ordem jurídica.**

7. O NEGÓCIO JURÍDICO COMO INSTRUMENTO DA AUTONOMIA PRIVADA

Até aqui, ensaiei algumas notas sobre a autonomia privada, omitindo, propositadamente, qualquer menção ao negócio jurídico. Tal omissão é consequência do método que me impus neste trabalho, evitando jogar, simultaneamente, com duas categorias extremamente abstratas e insuscetíveis de redução a uma expressão concreta e singela.

Por outro lado, e conforme facilmente se depreenderá, mais adiante, acredito que a manipulação da idéia de negócio jurídico supõe, no mínimo, o domínio razoável da categoria precedente.

De fato, compreende-se a estrutura e a gênese do negócio jurídico se e enquanto compreende-se a natureza, o objeto, o caráter e os limites da autonomia privada. Um e outro estão indissolúvelmente ligados, por ser este a expressão daquela.

Tanto isto é verdadeiro, que Conso, citado por Ferri, adverte que "ao configurar o negócio jurídico concordam em referir-se à autonomia privada autores filiados às mais diversas tendências"

Assim, e apenas para ilustrar a constatação de Conso, vejamos alguns exemplos:

Começemos com Passarelli, que conceitua o negócio jurídico como "um ato de autonomia privada dirigido a um fim que o ordenamento jurídico reputa merecedor de tutela".

Betti, que, como Larenz, adota um ponto de vista preceptivo e sob cuja ótica "o negócio jurídico é ato de autonomia privada a que o direito atribui o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas entre particulares", ajuntando, ainda, ser o negócio jurídico "a manifestação suprema dessa autonomia".

A seu turno, Lehmann aponta o negócio jurídico como "o meio posto à disposição dos sujeitos de direito, para a configuração voluntária de suas relações privadas em decorrência do princípio da autonomia privada".

Na mesma linha, Domingues de Andrade, parâmetro de toda uma geração de grandes juristas portugueses, descreve o negócio jurídico "como o meio posto à disposição da pessoa privada..., para modelar como lhe aprouver as suas relações jurídicas, pondo-as de acordo com os seus interesses, tais como os entende e aprecia. A esta ordenação das relações jurídicas pela vontade dos particulares dá-se o nome de autonomia privada".

Entre os nossos, Pontes de Miranda, em seu monumental Tratado de Direito Privado, diz ser o negócio jurídico "o tipo de fato jurídico que o princípio da autonomia da vontade deixou à escolha das pessoas".

Ligam, dessarte, os juristas das mais variadas posições, ambas as categorias, ora para afirmar o negócio jurídico como um dos instrumentos da autonomia privada, ora como o instrumento principal ou a manifestação por excelência daquela.

8. DISTINÇÃO ENTRE NEGÓCIO JURÍDICO E AS DEMAIS ESPÉCIES DO GÊNERO FATO JURÍDICO

Para a caracterização correta do negócio jurídico, inclusive para o efeito de extremá-lo das outras espécies de fato jurídico em sentido amplo, julgo essencial a consideração de que é ele a única forma de expressão da autonomia privada, tal como a concebo.

Para demonstrá-lo, faz-se preciso rememorar algumas noções pertinentes à teoria dos fatos jurídicos, concebidos como elemento estrutural da relação jurídica, seja designados como conteúdo ou fato propulsor, seja como vínculo jurídico, ou, como primeiramente advertira Savigny, ao distinguir na relação jurídica matéria e forma, como elemento daquela.

Dado que o fato jurídico é, no dizer de Pontes de Miranda, "o fato ou complexo de fatos sobre o qual a regra jurídica incidiu", é imperioso aceitar que da composição distinta dos suportes fáticos decorrem as distintas espécies de fatos jurídicos. Em outras palavras, as constantes identificadas como padrão, nos supostos fáticos de "N" regras jurídicas, ensejarão, quando houver incidência, um determinado e certo tipo de fato jurídico.

Destarte, se o que a regra jurídica predescreveu foi fato da natureza, ou da coisa, ou do animal, ou do homem – prescindindo nesta última hipótese da origem humana do ato –, a concretização suficiente do suporte fático provocará a incidência da regra pertinente e a introdução do fato, no mundo jurídico, como fato jurídico **stricto sensu**.

De outro modo, se na descrição hipotética contida na regra enfatizou-se a origem humana do ato, o fato humano como tal, e nele, contudo, não se emprestou qualquer relevância jurídica à vontade, dispensando a regra qualquer investigação referente àquela (a vontade não ingressa como elemento do suporte), o ato será recebido no mundo jurídico como fato, de aí o designar-se como ato-fato jurídico, ato real ou simples operações materiais.

No que respeita, porém, aos atos humanos, como tal apreendidos pelo direito, a identificação da espécie a que pertencem já não é tão simples. Uma vez que não nos vamos ocupar dos ilícitos, restam à consideração os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos.

Começemos por apontar-lhes os elementos comuns:

a) Ambos, ato e negócio, são necessariamente atos humanos;

b) É-lhes essencial, às duas categorias, o elemento volitivo, embora Pontes de Miranda anote, quanto aos atos, alguma exceção, conquanto rara.

De outra parte, e a observação ainda é de Pontes de Miranda, enquanto nos negócios jurídicos há sempre manifestação de vontade, os atos jurídicos podem conter manifestação ou comunicação de vontade, manifestação ou comunicação de conhecimento, ou, finalmente, manifestação ou comunicação de sentimento.

A simples circunstância de entre os atos jurídicos ocorrer, embora não em caráter necessário, manifestação de vontade afasta a possibilidade de, através esta, operar-se a diferenciação segura entre os dois tipos excogitados.

Efetivamente, sob esse único enfoque, não me parece possível estabelecer critérios gerais, aptos, em qualquer hipótese, a permitir a designação correta da categoria a que pertence o ato humano.

A doutrina tem sugerido que a indisponibilidade quanto aos efeitos, que nos atos jurídicos são sempre e imperativamente fixados pela norma, apontaria o caminho certo para distingui-los. Todavia, em certos negócios jurídicos, qualificados como típicos, a regra jurídica dispõe com tais minúcias sobre a forma, requisitos especiais e efeitos, que ao particular pouco ou nada resta, senão a combinação dos elementos de fato, disponibilidade esta que também poderia ocorrer em relação aos atos não negociais.

Alvitra-se, igualmente, que a constatação de que os atos jurídicos enumeram-se exaustivamente, constituindo-se, pois, em **numerus clausus**, ao contrário dos negócios jurídicos, que refugindo a um elenco taxativo, apresentam-se em **numerus apertus**, seria uma alternativa para a solução do problema em foco.

Sem desprezar os elementos propostos acima, que reputo de grande valia, cuido que é preciso ajuntar-lhes um outro dado, que fazendo remissão à intenção do sujeito, estimo da maior utilidade no deslinde da controvérsia.

Bem a propósito vem a lição de Domenico Barbero elegendo como critérios básicos para a catalogação dos diversos tipos de fato jurídico e fenomenicidade exterior, a voluntariedade e a intencionalidade.

Tem para si, o ilustre jurista italiano, que o fato humano ou não, cuja apreensão pela regra jurídica deu-se mediante valoração exclusiva do aspecto fenomênico exterior, é fato jurídico, em sentido estrito, não distinguindo, pois, entre este e os chamados atos reais.

De outro modo, e aqui em relação aos atos humanos não apreendidos como fatos, caracteriza como atos jurídicos aqueles cuja recepção pelo direito se fez com a consideração da fenomenicidade exterior e da voluntariedade.

Finalmente, reserva o **nomem juris** de negócio jurídico apenas aos atos humanos em que a transcendência jurídica advém, não somente da fenomenicidade exterior e da voluntariedade, mas destas somadas à intencionalidade.

Uma tal ótica, à primeira vista, aparenta reduzir a questão a proporções bem singelas. Na verdade, isto não ocorre. É mister indagar o que se entende por intencionalidade, em que consiste esta intenção, a que alude Barbero, como elemento peculiar e exclusivo do negócio jurídico.

Responde o Mestre de Milão que "a intenção é a pré-ordenação de um fato voluntário, no sujeito que o realiza, em busca de um fim". Ajunta, mais, que tal

intenção de obter com o negócio jurídico uma finalidade determinada é identificada pela lei, que mediante juízos valorativos secundará, ou não, a finalidade perseguida, dotando-a, em caso afirmativo, de tutela jurídica.

O efeito jurídico negocial não seria, desta sorte, "qualquer efeito subjetivamente querido ou objetivamente compreendido na manifestação do sujeito" (Barbero), mas aqueles efeitos dispostos pela lei para secundar-lhe a intenção.

Por outro lado, incluso entre os que colocam nessa intencionalidade a tônica conceitual do negócio jurídico, estabelece-se viva controvérsia, pertinente à natureza dos efeitos aos quais se reporta à intenção que os sujeitos voluntariamente manifestaram.

Para a doutrina tradicional, chamada "Teoria dos Efeitos Jurídicos", deve existir total coincidência entre os efeitos buscados pelos sujeitos e aqueles que a regra jurídica imputa como consequência necessária de determinada categoria negocial. Procuram obviar as dificuldades decorrentes do fato de os particulares, freqüentemente, ignorarem certos efeitos que a ordem jurídica atribui ao tipo de negócio intentado, apelando para uma **tacita conventio**, fundada na vontade presumível dos sujeitos. Essa construção, demasiado artificial, é defendida com pequenas variantes por Danz, Windscheid e Stolfi, entre outros, sendo vigorosamente recusada por Pontes, Cariota Ferrara, etc.

Teoria mais recente sustenta que os efeitos perseguidos pela manifestação de vontade são, via de regra, de ordem prática – os chamados efeitos empíricos –, bastando aos sujeitos que a lei atribua à manifestação de vontade efeitos jurídicos, de um modo geral, concordantes com os efeitos práticos. Nesse sentido, Cariota Ferrara.

Posição intermediária, designada como "Teoria dos Efeitos Prático-Jurídicos", exposta por Domingues de Andrade, afirma ser essencial a intenção de efeitos jurídicos, não sendo, contudo, necessário que as partes tenham "acerca desses efeitos uma representação clara de juristas, sendo bastante uma representação global prática", uma representação de leigos. Dentro dessa linha, o pensamento de Enneccerus.

A rigor, um exame mais aprofundado das três teorias não revela, pelo menos a meu juízo, contradição inconciliável no que respeita aos aspectos fundamentais do problema. As variações observadas são consequência da ênfase ora de um ora de outro dentre dados comuns que quaisquer das três posturas, de princípio, acata.

Em verdade, os efeitos práticos que o particular busca atingir são relevantes na medida em que manifestam o endereço da vontade. Os efeitos jurídicos são-no por igual, porque de modo geral são os próprios efeitos empíricos, que a ordem jurídica recebeu e valorizou, não obstante não os receba a todos ou, ainda, atribua à manifestação outras consequências não visadas ou simplesmente não previstas.

Parece óbvio que a prefiguração de certos efeitos, embora não de todos, é indispensável para a conclusão do negócio jurídico, assim como se me afigura indispensável que o particular ao intentar a manifestação aspire à obtenção de tutela jurídica.

A intenção negocial pode ser tida pois, como o direcionamento da vontade tendo em vista a obtenção de fins, sob a égide do direito.

Corolário do princípio que identifica na intenção negocial o elemento nuclear do negócio jurídico é a distinção que se tem feito entre esta figura e os **gentlemen's agreements** e os negócios de pura obsequiosidade, onde embora se realizem certos pressupostos de fato do negócio jurídico, como tal não se caracterizam, por faltar-lhes a intenção negocial, ou como disse D. de Andrade, "pela ausência do intuito de assumir vinculação jurídica". Em outras palavras, não houve exercício de autonomia privada e por isso a relação intentada não transcendeu o mundo fático, não adquiriu jurídica relevância, situando-se entre aquelas de mera cortesia. (A propósito, cfr. Domingues de Andrade, op. cit.; Ferrer Correia, "Erro e Interpretação"; Danz, "Interpretação dos Negócios Jurídicos".)

9. Manifestação e declaração de vontade-vontade interna e vontade manifesta

Finalmente, impende lembrar, conquanto por demais conhecidas, as interpretações que os juristas têm dado às expressões "manifestação de vontade" e "declaração de vontade" e a significação que se têm emprestado ora à vontade real, ora à exteriorização desta.

Compreendo, na espécie, que razão assiste a Pontes de Miranda ao designar a manifestação de vontade como o gênero de que seria espécie a declaração. É intuitivo que a vontade não se expressa apenas quando alguém verbaliza, oralmente ou por escrito (declara, pois), o seu querer, senão que, também, o conduzir-se alguém de certa forma, o praticar um gesto, o manter-se em silêncio, em dadas circunstâncias, constituem inequívocas e eloqüentes exteriorizações da vontade do sujeito.

Diante disso, penso que conceituar o negócio jurídico como declaração de vontade é deixar a descoberto as múltiplas formas de que o homem dispõe, e de que eventualmente se serve, para evidenciar os seus propósitos, exercitando assim aquele poder de engendrar vínculos aptos pelo fenômeno da juridicização a irradiar eficácia jurídica.

Por outro lado, se no iter percorrido pela psiquê humana, desde a formação do processo volitivo até a manifestação de seu resultado, podem ocorrer desvios que conduzam à divergência entre a vontade interna, ou real, e a manifestada, não creio que isto seja razão suficiente para erigir-se àquela e não a esta, como regra geral, elemento dos supostos fáticos dos negócios jurídicos.

Entre as inconveniências que se pode apontar na eleição da vontade interna em detrimento da manifestada, afigura-se-me como a mais tormentosa a insegurança para a vida de relações, advinda da necessidade de investigar-se a todo instante, em um subjetivismo incompatível com a dinâmica negocial, um processo espiritual interno. Nesse sentido, A. Von Tuhr, ao afirmar que "o poder de obrigar da **vontade manifestada** é um axioma social e jurídico que através um longo desenvolvimento chegou a dominar. Grande parte da ordem humana descansa em seu reconhecimento"

De outra parte, o ater-se o ordenamento à valorização da vontade manifestada, como critério geral, não impede uma adequada proteção aos que, por falsa representação da realidade (espontânea ou provocada) ou por constrangimento injusto e grave, exteriorizaram vontade distinta da real. Abre-se, pois, com a teoria dos vícios da vontade, acolhida pela generalidade dos sistemas jurídicos, ensejo ao prejudicado, para provar a divergência alegada, atacando o negócio celebrado no plano de sua validade.

10. Premissas para a conceituação do negócio jurídico

Embora me parecesse imperativo abordar com maior profundidade alguns pontos que só muito superficialmente pude aflorar e alguns outros que sequer aflorei, penso ser viável o enunciado de certas premissas, a partir das quais poder-se-á construir um conceito de negócio jurídico.

Tais seriam:

1. O negócio jurídico é ato humano consistente em manifestação de vontade;
2. Tal ato corresponde a exercício de autonomia privada, que se esgota no âmbito do negócio jurídico;
3. A intenção negocial é elemento nuclear do negócio jurídico.

À face dessas premissas, proponho-me a conceituar o negócio jurídico como o ato de autonomia privada consistente em manifestação de vontade pré-ordenada à obtenção de efeitos, sob a tutela jurídica.

Ao encerrar esta exposição, gostaria de deixar clara a minha convicção de que muito resta por fazer, tudo ou quase tudo por esquadrinhar, a propósito do tema abordado, que ainda não mereceu, salvante ignorância minha, tratamento monográfico na literatura jurídica nacional. Gostaria, também, de manifestar-lhes a minha certeza de não lhes ter trazido novidades, apenas alguns apontamentos e umas poucas idéias sobre um tema que de há muito me fascina. Sou-lhes por fim imensamente grata pela generosa atenção com que me ouviram.