

TRATADO DE
DIREITO CIVIL

II

PARTE GERAL

NEGÓCIO JURÍDICO

FORMAÇÃO
CONTEÚDO E INTERPRETAÇÃO
VÍCIOS DA VONTADE
INEFICÁCIA E INVALIDADES

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO
CATEDRÁTICO DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA

TRATADO DE
DIREITO CIVIL

II

PARTE GERAL
NEGÓCIO JURÍDICO

FORMAÇÃO
CONTEÚDO E INTERPRETAÇÃO
VÍCIOS DA VONTADE
INEFICÁCIA E INVALIDADES

5.^a edição
(atualizada)

com a colaboração de

A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, LL.M

(King's College London)

DOUTOR EM DIREITO

PROFESSOR ASSOCIADO DA FDL


ALMEDINA
2021

TRATADO DE DIREITO CIVIL

AUTOR
ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO

EDITOR
EDIÇÕES ALMEDINA, SA
Rua Fernandes Tomás n.ºs 76-80
3000-167 Coimbra
Tel.: 239 851 904
Fax: 239 851 901
www.almедina.net
editora@almедina.net

DESIGN DE CAPA
FBA

PRÉ-IMPRESSÃO
EDIÇÕES ALMEDINA, SA

IMPRESSÃO E ACABAMENTO
PAPELMUNDE

Fevereiro, 2021
DEPÓSITO LEGAL
454721/19

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação
são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo,
sem prévia autorização escrita do Editor,
é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

Biblioteca Nacional de Portugal – Catalogação na Publicação

CORDEIRO, António Meneses, 1953-

Tratado de direito civil – 5.^a ed. atualizada. – v.

2.^o v.: Parte geral: negócio jurídico. – p.

ISBN 978-972-40-9186-0

CDU 347

ADVERTÊNCIAS

A presente 5.^a edição do II volume do *Tratado de Direito civil* está atualizada com referência a elementos publicados até janeiro de 2021.

Por razões editoriais, as alterações foram introduzidas de modo a não modificar a paginação da edição anterior.

Foi posto o maior cuidado na sua revisão. Todavia, nem os Autores nem a Editora se responsabilizam pelas fontes indicadas. Os práticos são convidados a, em cada caso, confirmarem os precisos textos em vigor.

Lisboa, fevereiro de 2021.

Em homenagem aos Professores:

Doutor Carlos Alberto da Mota Pinto (1936-1985);

Doutor Carlos Ferreira de Almeida (1938-2021);

Doutor João de Castro Mendes (1929-1983);

Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes (1937-2012).

ÍNDICE DO SEGUNDO VOLUME

Índice do segundo volume.....	9
-------------------------------	---

CAPÍTULO I – OS FUNDAMENTOS DA DOCTRINA DO NEGÓCIO

§ 1.º Coordenadas históricas

1. Introdução	25
2. <i>Negotium iuris</i>	27
3. Do canonismo ao <i>usus modernus</i>	29
4. A consagração pandectística	33
5. Sistemas alternativos.....	35
6. O negócio como pólo científico	36

§ 2.º Autonomia, teoria da ação e sistema

7. A autonomia privada	39
8. A ação humana	42
9. O papel da vontade; as teorias.....	47
10. Crítica; o papel do Direito.....	50
11. Tendências atuais	52

§ 3.º A receção lusófona e o método

12. Os precursores.....	58
13. Os códigos brasileiros	62
14. A preparação do Código Civil de 1966.....	64
15. O sistema do Código	67
16. Opções expositivas.....	71

CAPÍTULO II – DOGMÁTICA GERAL DO NEGÓCIO JURÍDICO

§ 4.º Eficácia jurídica

17. Eficácia, situação e modelo de decisão	77
18. Eficácia constitutiva, transmissiva, modificativa e extintiva	78
19. Transmissão e sucessão.....	79

20. Eficácia pessoal, obrigacional e real; outros tipos	80
21. O papel dos factos jurídicos	81

§ 5.º Factos, atos e negócios jurídicos

22. Factos jurídicos; modalidades.....	83
23. Atos lícitos e ilícitos.....	84
24. Atos e negócios; conceito e relevância	85

§ 6.º Modalidades de negócios jurídicos

25. Negócios unilaterais e multilaterais ou contratos	90
26. Negócios conjuntos e deliberações	93
27. Negócios <i>inter vivos</i> e <i>mortis causa</i>	95
28. Negócios formais e consensuais	96
29. Negócios reais <i>quoad constitutionem</i> ; negócios sujeitos a registo constitutivo.....	97
30. Negócios pessoais, obrigacionais e reais <i>quoad effectum</i> ; outros tipos.....	101
31. Negócios causais e abstratos.....	101
32. Negócios típicos e atípicos; negócios nominados e inominados	104
33. Negócios onerosos e gratuitos.....	106
34. Negócios de administração e de disposição.....	107
35. Negócios parciários, de organização, de distribuição e aleatórios.....	110
36. Negócios instrumentais, preparatórios e acessórios.....	112

§ 7.º Atos jurídicos em sentido estrito

37. Aspectos gerais; modalidades; remissão.....	113
---	-----

§ 8.º Elementos e pressupostos negociais

38. Quadro geral na doutrina comum; A) Elementos essenciais, naturais e acidentais.....	116
39. Continuação; B) Orientações tradicionais.....	118
40. Solução preconizada	120

CAPÍTULO III – A FORMAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

SECÇÃO I – A DECLARAÇÃO NEGOCIAL

§ 9.º A declaração de vontade

41. Generalidades; declaração e negócio	123
42. Elementos e natureza	125

43. O <i>continuum</i> ; a transição para o regime	130
--	-----

§ 10.º Tipos de declarações

44. Declarações expressas e tácitas.....	132
45. O silêncio	136
46. Declarações presumidas e fictas.....	141
47. Declarações recipiendas e não recipiendas	142
48. Declarações subsequentes e contradecarações.....	148
49. Declarações não-negociais	150

SECÇÃO II – A SEQUÊNCIA FORMATIVA

§ 11.º O surgimento do negócio

50. O modelo básico.....	153
51. A formação sem processo; negócios comuns.....	155
52. Técnica de contratação.....	157

§ 12.º A forma da declaração

53. Evolução geral; forma e formalidades	164
54. Forma <i>ad substantiam</i> e <i>ad probationem</i>	168
55. As exigências de forma no Direito lusófono.....	170
56. A justificação da forma: os limites.....	172
57. As formas especiais; a desformalização e a reformalização	176
58. Forma eletrónica e disposições especiais.....	183

§ 13.º O funcionamento das regras formais e o sistema

59. A interpretação e a aplicação; a plenitude das normas.....	185
60. As inalegabilidades formais; doutrina geral.....	189
61. A experiência e a prática nacionais	197
62. A extensão da forma; a forma legal	201
63. A forma voluntária	204
64. A forma convencional	204

SECÇÃO III – AS REGRAS PRÉ-NEGOCIAIS

§ 14.º A *culpa in contrahendo*

65. Aproximação.....	207
66. A descoberta de Jhering	209

67. Acolhimento europeu.....	211
------------------------------	-----

§ 15.º O papel da culpa in contrahendo

68. Generalidades.....	216
69. As constelações de casos.....	220
70. A proteção do contraente débil.....	223
71. A obrigação de contratar	226
72. A boa-fé e os valores do sistema.....	230

§ 16.º A construção da culpa in contrahendo

73. Teorias contratuais	232
74. Teorias legais.....	234
75. Abordagem pela responsabilidade	237
76. Segue; interesse negativo e terceira via	240
77. Excurso; a frustração de despesas	242
78. Segue; apreciações críticas.....	244
79. A obrigação sem prestações principais	247
80. A consagração na reforma do BGB (2001/2002).....	249

§ 17.º A culpa in contrahendo no Direito lusófono

81. A receção lusófona.....	251
82. A preparação do Código Civil.....	255
83. O acolhimento subsequente	259
84. Outras consagrações legais	264
85. A receção no Brasil	265

§ 18.º A concretização da culpa in contrahendo

86. Análise do artigo 227.º.....	267
87. Os casos típicos na jurisprudência	271
88. A não-aplicação; crítica.....	275
89. A natureza	277
90. Interesse negativo ou positivo?.....	282
91. Excurso: a ideia de perda de <i>chance</i>	287
92. O cálculo da indemnização por cic	289
93. A densificação negocial.....	293

§ 19.º Atos preparatórios

94. Ideia geral e modalidades.....	296
95. Atos típicos	297
96. O concurso para a celebração de um contrato.....	299

§ 20.º Negócios mitigados

97. Acordos de cortesia e de cavalheiros	304
98. Contratos mitigados <i>stricto sensu</i>	307
99. Em especial: as cartas de intenção	311

SECÇÃO IV – A CONCLUSÃO DOS CONTRATOS**§ 21.º O processo de formação dos contratos**

100. Generalidades; o contrato entre ausentes	317
101. A proposta; características	318
102. Eficácia e duração	321
103. Oferta ao público	325
104. <i>Invitatio ad offerendum</i> ; o leilão	327
105. Aceitação, rejeição e contraproposta	331
106. Dispensa da declaração de aceitação	335
107. Natureza das declarações negociais	339

§ 22.º Contratação automática e eletrónica

108. Aspetos gerais; o autómato	342
109. A negociação automática	343
110. A contratação por meios eletrónicos ou por <i>Internet</i>	345
111. A tutela do contraente aderente	349
112. Vendas automáticas e vendas especiais esporádicas	351
113. Documentos eletrónicos e assinatura digital	352
114. Faturas e comércio eletrónicos	353

CAPÍTULO IV – AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS**§ 23.º O uso de cláusulas contratuais gerais**

116. Noção, terminologia e figuras afins	357
116. A origem	359
117. O papel	363
118. Cláusulas internacionais	366
119. Os perigos	370
120. Os requisitos	373
121. A natureza: o <i>status</i> contratual geral	376

§ 24.º Evolução comparatística e europeia

122. Sistema francês	379
123. Sistema alemão	382
124. Linhas gerais de evolução	387
125. Inclusão nos códigos civis?.....	394

§ 25.º O Direito europeu

126. A Diretriz 93/13, de 5 de abril.....	399
127. Observações	403
128. Direito civil europeu	405

§ 26.º A experiência lusófona

129. Origens	409
130. Angola.....	412
131. Brasil.....	414
132. Moçambique.....	416

§ 27.º O regime geral

133. O Decreto-Lei n.º 446/85; aspetos gerais.....	420
134. Âmbito e exclusões	422
135. A inclusão; comunicação e informações.....	426
136. Cláusulas prevalentes.....	432
137. Cláusulas excluídas; consequências.....	433
138. Interpretação e integração	436

§ 28.º O controlo interno

139. Generalidades.....	440
140. A nulidade (<i>sui generis</i>).....	442
141. A redução; a “redução convalidante”.....	445
142. O sistema das proibições.....	448
143. A proibição de contrariedade à boa-fé	451
144. Articulação de proibições.....	454

§ 29.º Proibições entre empresários

145. Proibições absolutas.....	456
146. Proibições relativas	458

§ 30.º Proibições com consumidores

147. Proibições absolutas.....	461
148. Proibições relativas.....	462

§ 31.º Isenções legais

149. Isenções legais.....	463
---------------------------	-----

§ 32.º A ação inibitória

150. Perfil.....	465
151. Consequências e importância.....	466

**CAPÍTULO V – NEGÓCIOS USURÁRIOS, DEFESA DO CONSUMIDOR
E NÃO-DISCRIMINAÇÃO****§ 33.º Da *laesio enormis* à usura**

152. A <i>laesio enormis</i>	469
153. A admissibilidade dos juros.....	475
154. A tradição latina.....	477
155. A tradição germânica.....	480
156. O Direito europeu.....	483

§ 34.º O Direito lusófono e a usura

157. As Ordenações; o Código Comercial de 1833.....	485
158. O Código de Seabra (1867).....	487
159. O regime dos juros.....	489
160. A preparação do Código Civil.....	492
161. A reforma de 1983.....	495
162. O regime vigente; a natureza.....	497
163. Aplicação.....	500
164. O Direito brasileiro.....	503

§ 35.º Defesa do consumidor

165. Generalidades; a Lei de Defesa do Consumidor; outros diplomas.....	505
166. Os contratos pré-formulados.....	511
167. As regras de conflitos.....	516
168. A publicidade.....	519

§ 36.º A não-discriminação

169. Aspetos gerais	529
170. As regras sobre a não-discriminação	533
171. O Direito civil	534

CAPÍTULO VI – O CONTEÚDO DO NEGÓCIO JURÍDICO

SECÇÃO I – O CONTEÚDO COMO CATEGORIA

§ 37.º Quadros da eficácia negocial

172. Noção de conteúdo; conteúdo e objeto	537
173. Composição do conteúdo	538
174. Tipo negocial e cláusulas típicas	539

SECÇÃO II – OS REQUISITOS DO NEGÓCIO

175. Noção e enunciado	541
------------------------------	-----

§ 38.º A possibilidade

176. Ideia geral e evolução histórica.....	544
177. A evolução lusófona.....	548
178. A nova conceção na reforma alemã de 2001/2002	549
179. Segue; o alargamento	553
180. Aspetos dogmáticos	555
181. A delimitação; negócios absurdos.....	558

§ 39.º A determinabilidade

182. Ideia geral e evolução	562
183. Autonomia dogmática	563
184. Aplicação: a tutela da parte fraca	564

§ 40.º A licitude e a conformidade legal

185. O quadro geral; o fim prosseguido.....	567
186. O Código Civil; aplicação.....	569
187. O fim do negócio.....	571
188. A conformidade legal.....	573

§ 41.º A fraude à lei

189. Origem	574
190. Os sistemas alemão e italiano	575
191. O Direito lusófono	578
192. Posição adotada	560

§ 42.º Bons costumes

193. Generalidades	584
194. Evolução histórica	585
195. O Direito alemão	588
196. A descoberta de Simitis	591
197. Dados jurídico-políticos	593
198. O Direito lusófono	596
199. A concretização	600

§ 43.º A ordem pública

200. Aspetos gerais	603
201. A ordem pública	604
202. Aplicações	604

§ 44.º Excurso: a ordem pública internacional

203. Origem	606
204. O Código Civil e o BGB	607
205. O conteúdo	608
206. Situações concretas	609
207. Questões patrimoniais	612
208. Balanço	616

SECÇÃO III – A CONDIÇÃO**§ 45.º Origem e evolução da condição**

209. Terminologia e origem	617
210. Modalidades; suspensiva e resolutive	619
211. O problema da retroatividade	621
212. A questão da unidade do negócio	624
213. A condicionalidade e as condições inviáveis	627

§ 46.º A condição no sistema lusófono

214. A pré-codificação e o Código de Seabra	629
215. A preparação do Código Civil.....	632
216. O Código Vaz Serra.....	633
217. Os códigos brasileiros	634

§ 47.º A condição: função, modalidades e afins

218. Conceito e função.....	637
219. Modalidades	640
220. Condições impróprias e figuras semelhantes	641

§ 48.º Natureza, condicionalidade e invalidades

221. Natureza	644
222. A condicionabilidade.....	645
223. Invalidades	647

§ 49.º O regime da condição

224. Princípios gerais.....	650
225. Pendência e boa-fé	652
226. A expectativa.....	654

SECÇÃO IV – O TERMO E OUTRAS CLÁUSULAS TÍPICAS**§ 50.º O termo**

227. Origem e evolução	657
228. Modalidades	658
229. Regime	660
230. Cômputo.....	662

§ 51.º Outras cláusulas típicas

231. O modo.....	664
232. O sinal	666
233. A cláusula penal	668

CAPÍTULO VII – A INTERPRETAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

SECÇÃO I – AS COORDENADAS DA INTERPRETAÇÃO

§ 52.º **Aspetos gerais; natureza jurídica**

234. A interpretação em geral	673
235. A interpretação do negócio	675
236. As regras de interpretação.....	676
237. A interpretação como questão-de-direito	679

§ 53.º **Evolução, regras legais e doutrinais**

238. O Direito romano	686
239. Evolução subsequente	689
240. As regras legais	692
241. O Direito anglo-saxónico e o Direito europeu.....	796
242. As doutrinas da interpretação.....	700

§ 54.º **O sistema lusófono**

243. A pré-codificação e o Código de Seabra	707
244. A preparação do Código de 1966.....	711
245. Os códigos brasileiros	713

SECÇÃO II – O DIREITO VIGENTE

246. Generalidades.....	715
-------------------------	-----

§ 55.º **O horizonte do declaratório (236.º/1, 1.ª parte)**

247. O horizonte do declaratório; os elementos.....	717
248. A letra (clausulado).....	718
249. Declarações <i>per relationem</i> , elementos circundantes e negócios coligados	721
250. Os antecedentes.....	723
251. O contexto e a prática negocial	724
252. O fim do negócio.....	725
253. Elementos normativos.....	726
254. A diligência do declaratório	727

§ 56.º **A imputabilidade ao declarante (236.º/1, 2.ª parte)**

255. A fórmula legal.....	730
256. A imputabilidade.....	731

§ 57.º A vontade real (236.º/2)

257. Princípios básicos e grupos de casos.....	734
258. <i>Falsa demonstratio non nocet</i>	736
259. <i>Protestatio facto contraria non valet</i>	739

§ 58.º A recondução ao sistema

260. O equilíbrio das prestações (237.º); o fim do contrato.....	742
261. A articulação integrada dos diversos elementos	745
262. A unidade da realização	748

§ 59.º Regras especiais de interpretação

263. Atos não recipiendos e atos não-negociais	750
264. Negócios formais	751
265. Contratos regulativos	753
266. Cláusulas contratuais gerais e consumidores.....	753
267. Testamentos.....	754

CAPÍTULO VIII – A INTEGRAÇÃO DO NEGÓCIO

§ 60.º Evolução e natureza

268. Da <i>interpretatio à condicio tacita</i>	757
269. As codificações	758
270. A experiência lusófona.....	761
271. Natureza e figuras afins.....	763

§ 61.º Pressupostos, vontade hipotética e boa-fé

272. A lacuna negocial	767
273. A interpretação complementadora	769
274. A vontade hipotética das partes.....	770
275. A boa-fé; concretização.....	776
276. Lacunas supervenientes; alteração de circunstâncias e dever de renegociar	777

CAPÍTULO IX – VÍCIOS DA VONTADE E DA DECLARAÇÃO

§ 62.º Quadro dos vícios

277. Generalidades; pré-codificação e Seabra	779
--	-----

278. Apresentação e princípios	781
279. Ordenação dogmática.....	784

SECÇÃO I – A AUSÊNCIA DE VONTADE

§ 63.º A falta de consciência da declaração

280. Enquadramento e origem	786
281. A evolução subsequente	788
282. O Código Vaz Serra (246.º).....	792
283. Previsão e regime	794

§ 64.º A incapacidade accidental

284. Enquadramento	798
285. O Código de Seabra e os códigos brasileiros	800
286. A preparação do Código de 1966.....	801
287. Os pressupostos.....	802
288. As figuras afins e o regime.....	804
289. A aplicação prática	806

§ 65.º As declarações não-sérias

290. Ideia geral e evolução	809
291. A doutrina de Seabra e os preparatórios.....	811
292. O regime vigente.....	813

§ 66.º A reserva mental

293. Ideia geral e evolução	816
294. Os preparatórios e seus antecedentes	819
295. Reserva mental (244.º).....	820

SECÇÃO II – A AUSÊNCIA DE LIBERDADE

§ 67.º Coação

296. Generalidades e evolução.....	823
297. A coação física; experiência lusófona.....	826
298. Coação moral; aspetos gerais	829
299. Segue; o Código Civil.....	832

SECÇÃO III – O ERRO

§ 68.º **Problemática e evolução do erro**

300. Direito romano	835
301. Naturalismo, pré-codificação e Código Napoleão	837
302. As codificações subsequentes	839
303. A experiência lusófona.....	842
304. O Código de 1966 e os Códigos brasileiros.....	845

§ 69.º **O erro na declaração (erro-obstáculo)**

305. A essencialidade e o conhecimento (247.º).....	848
306. Outros requisitos	850
307. Erro na transmissão da declaração (250.º).....	852
308. Validação do negócio (248.º)	853
309. Erro de cálculo ou de escrita (249.º).....	855

§ 70.º **O erro da vontade (erro-vício)**

310. Erro relativo à pessoa ou ao objeto (251.º)	857
311. Erro de direito; atos <i>stricto sensu</i>	861
312. Erro sobre os motivos (252.º/1)	862
313. Erro sobre a base do negócio (252.º/2)	864
314. Dolo (253.º).....	871

SECÇÃO IV – A SIMULAÇÃO

§ 71.º **Coordenadas históricas e comparatísticas da simulação**

315. Evolução histórica.....	875
316. Nota comparatística.....	879
317. A experiência lusófona.....	881

§ 72.º **A simulação no Código Civil**

318. Requisitos (240.º).....	884
319. Modalidades.....	888
320. Figuras afins da simulação	890

§ 73.º **Os efeitos da simulação**

321. A nulidade; efeitos substantivos e legitimidade processual	893
322. Inoponibilidade da simulação a terceiros de boa-fé e preferências legais	896
323. Conflito de interesses entre terceiros	900

324. O valor do negócio dissimulado.....	902
325. A prova da simulação.....	907

CAPÍTULO X – A INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

§ 74.º Ineficácia e invalidade

326. Evolução histórica.....	911
327. Tópicos periféricos.....	913
328. A autonomia da anulabilidade.....	914
329. O sistema de Savigny.....	916
330. O quadro clássico.....	918
331. As invalidades.....	921

§ 75.º A pretensa inexistência

332. A origem do problema.....	925
333. A não-autonomia.....	927
334. Consequências inadequadas no registo.....	929

§ 76.º Ineficácia estrita e irregularidade

335. As ineficácias em sentido estrito.....	931
336. A irregularidade.....	932

§ 77.º O regime das invalidades

337. A invocação.....	933
338. As consequências.....	935
339. A tutela de terceiros.....	938

§ 78.º Reformulação da teoria da invalidade

340. Ponto de partida.....	942
341. Cisão na nulidade: nulidades absolutas e relativas.....	942
342. Cisão na anulabilidade: anulabilidades comuns e privilegiadas.....	945

CAPÍTULO XI – APROVEITAMENTO DE NEGÓCIOS INVÁLIDOS

SECÇÃO I – A REDUÇÃO E A CONVERSÃO

§ 79.º A redução e a conversão

343. A redução.....	947
---------------------	-----

344. O problema no contrato-promessa; os contratos coligados	950
345. A conversão.....	953

SECÇÃO II – A CONFIRMAÇÃO

§ 80.º A dogmática geral da confirmação

346. Ideia básica.....	958
347. Requisitos objetivos e subjetivos; ineficácia.....	959
348. Confirmação expressa e tácita; dispensa de forma.....	961
349. A (aparente) eficácia retroativa	962
350. “ <i>Animus confirmandi</i> ”?	964

§ 81.º Delimitações e natureza da confirmação

351. Ratificação e aprovação	965
352. Validação, <i>reductio</i> , convalidação, convalescença e perdão.....	966
353. Caducidade, prescrição e renúncia ao direito de anular.....	967
354. Confirmação de negócios nulos?.....	968
355. A natureza	971

Índice de jurisprudência.....	973
--------------------------------------	------------

Índice onomástico.....	999
-------------------------------	------------

Índice bibliográfico	1021
-----------------------------------	-------------

Índice ideográfico.....	1077
--------------------------------	-------------

CAPÍTULO I

OS FUNDAMENTOS DA DOCTRINA DO NEGÓCIO

§ 1.º COORDENADAS HISTÓRICAS

1. Introdução

I. O negócio jurídico ocupa uma posição angular, no sistema lusófono de Direito. Em conjunto com as ideias de coisa e de pessoa, ele dá corpo a um Direito civil efetivo, capaz de solucionar cientificamente os casos concretos¹. Das três ideias, como acentua Schermaier, a de negócio é a mais artificial: traduz uma abstração relativa aos factos humanos que conduzam à constituição, à modificação ou à extinção de situações jurídicas².

II. O negócio é, em termos civis, uma criação recente: porventura a mais jovem, no panorama geral dos conceitos básicos do privatismo. Como veremos, ele representa uma síntese complexa entre dados jurídicos dispersos e a conceção aristotélico-tomista da doutrina da ação. Com antecedentes variados, o negócio jurídico consubstancia-se nos textos de autores alemães do *usus modernus* tardio e da primeira pandectística. Con-

¹ Martin Josef Schermaier, no *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (cit. HKK/BGB), Band I – *Allgemeiner Teil*, §§ 1-240 (2003), vor § 104, Nr. 1 (354).

² Werner Flume, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II – *Das Rechtsgeschäft*, 4.ª ed. (1992), § 9, I (104); esta obra será citada, simplesmente, como *Das Rechtsgeschäft*.

sagrado por Savigny e acolhido pelo BGB alemão³, o negócio jurídico foi recebido no sistema lusófono, aí obtendo desenvolvimentos próprios.

III. Cumpre recordar o sistema do Código Civil de 1966. O seu Livro I – Parte geral compreende dois títulos:

- I – Das leis, sua interpretação e aplicação (1.º a 65.º);
- II – Das relações jurídicas (66.º a 396.º).

Por seu turno, o título segundo comporta quatro subtítulos:

- I – Das pessoas (66.º a 201.º);
- II – Das coisas (202.º a 216.º);
- III – Dos factos jurídicos (217.º a 333.º);
- IV – Do exercício e tutela dos direitos (334.º a 396.º).

O subtítulo III abrange três capítulos:

- I – Negócio jurídico (217.º a 294.º);
- II – Atos jurídicos (295.º);
- III – O tempo e a sua repercussão nas relações jurídicas (296.º a 333.º).

Na lógica do Código, o negócio jurídico não só ocupa o núcleo da parte geral, como abarca cerca de dois terços dos preceitos relativos aos factos jurídicos. Podemos ainda acrescentar que os artigos atinentes ao negócio jurídico são dos mais densos e complexos de toda a lei civil fundamental.

IV. No sistema lusófono e mercê do seu parentesco com o romano-germânico, o negócio jurídico preenche diversos aspetos atinentes ao contrato: desde a sua formação ao seu conteúdo típico, passando pela interpretação e pelas invalidades. Todo o Direito privado orbita em torno do negócio. Há que lhe prestar cuidada atenção.

A abordagem realizada deixa antever uma complexidade histórico-cultural. A aproximação ao negócio deve, assim, seguir os seus ante-

³ §§ 104 ss.; o § 104 reporta-se à “incapacidade negocial jurídica”; Andreas Spickhoff, no *Münchener Kommentar zum BGB/1 – Allgemeiner Teil*, 8.ª ed. (2018), vor § 104 (1076 ss.).

cedentes, o seu surgimento e a sua evolução. Apenas o reconhecimento desses meandros permite uma saudável aplicação das inerentes normas.

2. *Negotium iuris*

I. O negócio jurídico (em latim: *negotium iuris*) era estranho aos romanos⁴. Não previram, para ele, nem uma designação técnica, nem uma teoria⁵. Para tanto, aponta-se a escassa inclinação da jurisprudência clássica para a construção teórica⁶ e – certamente mais importante – a existência de uma tipicidade de contratos⁷.

Feita esta ressalva, os romanistas de matriz germânica usam, nas exposições de Direito romano, o termo negócio jurídico⁸. Fazem-no, todavia, em nome de uma dogmática atual, destinada a tornar acessíveis, aos juristas de hoje, os quadros romanos.

II. No latim dos juristas, surgia a expressão *actio*, ainda que limitada ao processo. *Agere* ou *actus* traduziam qualquer atividade, o mesmo sucedendo com *gerere* ou com *gestio* (gerir e gestão). *Negotium* exprimia qualquer atuação ligada a *gerere* ou a *contrahere*, desde que não delitual⁹. Recordamos as *institutiones* de Justiniano, a propósito da *inutilis stipulatio* (estipulação ineficaz)¹⁰:

⁴ Aldo Schiavone, *Negozio giuridico (diritto romano)*, ED XXVII (1977), 906-921 (907/I) e António Santos Justo, *Direito privado romano, I – Parte geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos direitos)*, 2.ª ed. (2003), 183.

⁵ Max Kaser, *Das römische Privatrecht/I – Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2.ª ed. (1971), § 56 (227).

⁶ Gerhard Dulckeit, *Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht*, FS Fritz Schutz I (1951), 148-190 (148).

⁷ *Tratado VII*, 61 ss..

⁸ Exemplar: Emilio Betti, *Diritto romano* (1935), I-XLIV + 768 pp., 197 ss.; vide Ursicino Alvarez Suarez, *El negocio jurídico en derecho romano* (1954), 125 pp., com uma rec. bastante crítica, de Pasquale Voci, SDHI XX (1954), 363-364 e António Santos Justo, *Direito privado romano cit.*, I, 2.ª ed., 184 ss..

⁹ Em especial, Max Kaser, *Das römische Privatrecht cit.*, I, 2.ª ed., 227.

¹⁰ I 3.19.8 = ed. bilingue latim/alemão de Okko Behrends/Rolf Knütel/Berthold Kupisch/Hans Hermann Seiler, *Corpus iuris civilis/Die Institutionen, Text und Übersetzung* (1993), 174. Em português:

O louco não pode assumir qualquer negócio [a trad. alemã usa “negócio jurídico”], porque não entende o que faz.

Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agit.

As fontes relatam, ainda, as locuções *res contracta* ou *contrahenda* e *negotium actum* ou *contractum*, para exprimir o resultado de algo que fora feito. *Contractus* e *contractum* seriam a elipse de *negotium contractum* ou de *contractus negotii*¹¹. *Contrahere* só por si, em latim, estaria mais próximo do nosso contrair, em “contrair amizade”, do que de contratar¹².

III. Mau grado as apontadas condicionantes históricas, os romanistas admitem que, mesmo no período clássico, já teria sido alcançada uma ideia geral de contrato, proveniente do mútuo consentimento, prestado pelas partes¹³. Essa asserção parece confirmada por Gaio (II d. C.), cujas *institutiones* apontam, como fontes das obrigações, o contrato e o delito¹⁴. Parece ser claro o âmbito geral da locução, em linha com as inalcançáveis capacidades cognitivas e intuitivas dos juristas romanos¹⁵, que mantêm vivo, ainda hoje, o *ius romanum*¹⁶.

No período justinianeu, o desaparecimento de várias categorias formais clássicas facilitou esse processo de generalização. O *contractus*, infletido, para mais, pelo pensamento grego, abaixo referido, ganha o peso próprio de um quadro mental abstrato, mas de caracterização imediata.

¹¹ No que tange às fontes: Giovanni Rotondi, *Natura contractus*, BIDR XXIV (1911), 5-115 (112 ss.); Emilio Betti, *Sul significato di “contrahere” in Gaio e sulla non-classicità della denominazione “quase ex contractu obligatio”*, BIDR XXV (1912), 65-92 e *Sul valore dogmatico della categoria “contrahere” in giuristi proculiani e sabini*, BIDR XXVIII (1915), 3-96.

¹² Pietro Bonfante, *Sulla genesi e l’evoluzione dell “contractus”* (1907), *Il contratto e la causa del contratto* (1908) e *Sui “contractus” e sui “pacta”* (1920), todos incluídos nos seus *Scritti giuridici vari*, III, *Obbligazioni, comunione e possesso* (1926, reimp.), respectivamente 107-124, 125-134 e 135-149; vide, ainda, Giuseppe Grosso, *Contratto (diritto romano)*, ED IX (1961), 750-759 (751/I).

¹³ Salvatore Riccobono, *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, nos *Studi in onore di Pietro Bonfante* 1 (1930), 123-173 (168 ss.).

¹⁴ Gaio, *Institutiones*, III, 88 = ed. bilingue latim/alemão de Ulrich Manthe, *Gaius Institutiones/Die Institutionen des Gaius* (2004), 252-253; outros elementos constam do *Tratado VII*, 23 ss..

¹⁵ Wolfgang Waldstein, *Evidenz und Intuition bei den römischen Juristen*, GS Theo Mayer-Maly (2011), 545-555.

¹⁶ Heinrich Honsell, *Lebendiges römisches Recht*, GS Theo Mayer-Maly (2011), 225-235.

3. Do canonismo ao *usus modernus*

I. As raízes do negócio jurídico, até à bifurcação pandectística, seguem de perto as do contrato¹⁷. Sublinhamos, tão-só, alguns aspetos. Na juridificação da vontade expressa, ainda que de modo informal, foi importante o canonismo. Por um lado, particularmente a propósito da liberdade do casamento, apuraram-se os requisitos da autonomia da vontade¹⁸. Por outro, reforçou-se a força vinculativa da palavra: na fórmula de S. Tomás, há mentira se alguém não executa o que prometeu¹⁹.

O canonismo permitiu distinguir a volição da vontade normativa²⁰. Todavia, não se lhe deve a locução *negotium juridicum*; usava *actus iudicus* ou similares²¹.

II. No Direito comum medieval, acumularam-se as experiências, base de renovadas sínteses. O Direito romano vulgar, mau grado a perda das categorias formais clássicas, não elaborou qualquer teoria geral. *Negotium* era usado para exprimir processos de todo o tipo²².

As aportações germânicas introduziram novos esquemas de eficácia jurídica, provocados pela vontade das pessoas. Captavam-nos, todavia, na base do formalismo exterior. Apontam-se, no Direito lombardo, a *thingatio*, que traduzia a passagem da *Gewere* (controlo material semelhante à *possessio*) de uma pessoa para outra, perante a assembleia do povo e a *wadiatio*, que apenas exprimia a transferência do título²³. As receções do

¹⁷ Remete-se para o *Tratado VII*, 61 ss..

¹⁸ Orio Giacchi, *La violenza nel negozio giuridico canonico/Contributo alla dottrina canonistica dei negozi giuridici* (1937), 99 pp., 9, 25, 55 e *passim*; Giuseppe Dossetti, *La formazione progressiva del negozio nel matrimonio canonico/Contributo alla dottrina degli sponsali e del matrimonio condizionale* (1954), 135 pp..

¹⁹ S. Tomás de Aquino, *Summa Theologica* II, 2, *Questio CX*, Art. 3, n.º 5 = *Opera omnia*, ed. Leão XIII, 9 (1897), 424/II: *praetera, mendacium est si quis non impleat quod promisit*.

²⁰ Ermano Graziani, *Voluntà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico* (1956), 208 pp., 43 ss. e 81 ss..

²¹ Markus Walsler, *Die Rechtshandlung im kanonischen Recht/ Ihre Gültigkeit und Ungültigkeit gemäss dem Codex Iuris Canonici* (1994), XLVII + 268 pp., 8, 9 e 11 ss..

²² Max Kaser, *Das römische Privatrecht/II – Die nachklassischen Entwicklungen*, 2.ª ed. (1975), XXX + 680 pp., § 200 (73).

²³ Manlio Bellomo, *Negotio giuridico (diritto intermedio)*, ED XXVII (1977), 922-932 (922/II e 923).

Direito romano vieram aproximar estas figuras da *stipulatio*, requerendo a *voluntas*²⁴.

No plano da linguagem, *negotium* conheceu uma refração semântica divergente. Assim, veio exprimir, em frentes diversas²⁵:

- a *negotiatio mercatoris* ou a *mercaturam exercere*: chegamos ao uso corrente de “negócio”, próximo da atividade comercial;
- o âmbito específico de atuação ou de ocorrência; pense-se no *negotium fiscale* ou no *negotium saeculare*; encontramos esta vertente no Ministério dos Negócios Estrangeiros ou no antigo Ministério dos Negócios Eclesiásticos;
- a própria ação ou atuação em geral ou, mais latamente, um assunto de controlo humano; este alcance mantém-se muito claro no termo “negócio”, usado em português do Brasil.

III. No turbilhão das ideias que gizaram o atual pensamento do Ocidente, pistas recentes de investigação apuram uma influência grega, designadamente aristotélico-tomista, através da teoria da ação.

Na base, cumpre recordar que o jusnaturalismo ocidental, de base cristã, comporta duas tendências fundamentais: uma, de tipo voluntarista, ligada à tradição do Sinai (as Tábuas da Lei, dadas por Deus) e a que ficou associado S. Agostinho, numa recuperação do idealismo platónico, como pertença ao espírito divino²⁶; outra, relacionada com o intelectualismo aristotélico, atribui à razão a possibilidade de, a partir da natureza humana, inferir o Direito natural²⁷. Aristóteles, na sua *Ética* a Nicómaco, estabelece diversas formas de ação, contrapondo, designadamente, as involuntárias às voluntárias. Tínhamos a base analítica retomada pelo tomismo²⁸.

As visões voluntaristas conduzem a um pensamento existencial, sufragado por Duns Scotus (1270-1308): a justiça é a vontade de Deus, retomado

²⁴ *Idem*, 924 e 927/II.

²⁵ Du Gange, *Glossarium mediae et infimae latinitatis* IV (1954), 585.

²⁶ Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.ª ed. (1962), 257 pp., 56, com outras indicações.

²⁷ Adolf Susterhenn, *Das Naturrecht*, em Werner Maihofer, *Naturrecht oder Rechtspositivismus* (1962), XI + 644 pp., 13.

²⁸ Aristoteles, *Ethica Nicomachea* III 1 (em especial, 1110 b, 18 ss.) = Aristotle XIX, *The Nicomachean Ethics*, ed. bilingue grego/inglês, trad. de H. Rackham (1934, reimp., 1994), 117 ss..

por Guilherme de Ockham (1290-1349). Ocorre, aí, uma linha aproveitada pela Igreja Reformada.

A orientação intelectualística, aprofundada pela segunda escolástica, assumiu um papel decisivo em Hugo Grócio²⁹.

A escolástica tardia, com influência em Grócio³⁰, reteve a doutrina da imputação tomístico-aristotélica: a validade dos atos depende da possibilidade de os imputar ao seu autor³¹. Contrapõe-se-lhe, de certo modo, o racionalismo da reforma³², que procura nominar as diferentes manifestações de condutas relevantes sob uma designação. Nessa linha, Hermann Vultejus (1555-1634) recorre a *factum*³³, aprofundando as diversas manifestações da sua eficácia: factos condicionais, causais, potestativos, conjuntos, disjuntos, tácitos, viciados por ignorância ou por má-fé e temporais³⁴.

A ideia é retomada por Johannes Althusius (1563-1638). Este Autor distingue, nos *facta*, o *voluntarium*, o *condicionale* e o *involuntarium*³⁵. O tema era cercado, fazendo-se o arco entre o *nomen* exterior e a sua essência, ligada à vontade.

Este aspeto é decisivo para se entender a bifurcação, sempre surpreendente e difícil de explicar, entre o contrato e o negócio. Enquanto o primeiro busca a sua jurídica positividade no consenso e na *fides* daí resultante³⁶, o negócio mergulha na vontade do seu autor. Bastava encontrar, para ele, uma designação adequada.

²⁹ Hans Thieme, *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, SZGerm 70 (1953), 230-266 (233) e Alexander Hollerbach, *Das christliche Naturrecht im Zusammenhang des allgemeinen Naturrechtsdenkens*, em Franz Böckle/Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Naturrecht in der Kritik* (1973), 324 pp., 9-32 (23). Para mais elementos: *Da boa fé*, 201 ss..

³⁰ Com indicações: *Da boa fé*, 211 ss..

³¹ Malte Diesselhorst, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen* (1959), especialmente 50-51: a vinculabilidade das promessas acaba por assentar no próprio promitente e na sua liberdade.

³² Martin Josef Schermeier, HKK/BGB cit., I/2, vor § 104, Nr 2 (356).

³³ Hermann Vultejus, *Jurisprudencia romana a Justiniano composita*, libri II, 4.ª ed. (1614), Liv. I, Cap. VII, 24: *Factum autem est hominis opus externo aliquo actu declaratum*.

³⁴ Hermann Vultejus, *Jurisprudencia romana* cit., 24-36.

³⁵ Johannes Althusius, *Dicaeologica libri tres; totum & universum jus, quo utimur, methodice complectentes* (1617, 2.ª ed., 1649), Liv. I, pars I, cap. 9-11.

³⁶ *Tratado VII*, 71 ss. e indicações aí patentes.

IV. A partir daqui, o tema deixa as margens da Filosofia e do pensamento político. Passa a ser tarefa de juristas.

A certidão de nascimento do negócio jurídico terá³⁷ sido mérito de Daniel Nettelblatt (1719-1791), cujo nome ficou ligado à instituição da parte geral do Direito civil. Diz esse autor, em trecho que deve ficar consignado³⁸:

A legibus positivis differund actus iuridici seu negotia iuridica (rechtlche Geschäfte) in eo, quod sint facta hominum licita quae iura et obligationes concernunt (...)³⁹.

A fórmula de Nettelblatt foi, de imediato, retomada por Trützschler. Citando Nettelblatt, este Autor, em língua alemã, explica que⁴⁰:

negócios jurídicos (actus iuridicus) são atuações lícitas das pessoas, que têm por objeto direitos e obrigações recíprocos (...)

³⁷ Na reconstrução das origens do negócio jurídico: Alfred Pernice, *Rechtsgeschäft und Rechtsordnung*, GrünhütZ 7 (1880), 465-498 (465 ss.), com diversas indicações. Este Autor refere, como pioneiro, Nettelblatt, embora admitindo que possa ter havido autores anteriores, ligados a *negotium*. Feita uma pesquisa, verificamos, por exemplo, que Johann Ulrich von Cramer (1706-1772), nas suas *Observationes iuris universi/3. Continens simul observationes ex iudicatis et responsis facultatis iuridicae Marburgensis* (1763), Nr. 984, usa ato jurídico: *actus dicuntur iuridici quatinus in relatione ad leges consideratur*. Mas na dissertação de Harpprecht (1650-1714), que marca a redescoberta da conversão dos negócios, *negotium* assume um uso corrente: Christian Ferdinand Harpprecht, *Quod justum est, circa conversionem actuum negotiorum-que iudiciorum jamjam peractorum* (1747), 52 pp., 1 ss.: deduzimos que, na época, *Rechtsgeschäft* era já expressão académica corrente.

Elementos mais sintéticos constam de Werner Flume, *Das Rechtsgeschäft* cit., 4.ª ed., § 2, 4 (28-29) e, anteriormente, de Alfred Manigk, *Willenserklärung und Willensgeschäft/ ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch/Ein System der juristischen Handlungen* (1907), XVI + 742 pp., 27 ss. e Konrad Zweigert, "*Rechtsgeschäft*" und "*Vertrag*" heute, FS Max Rheinstein II (1969), 493-504.

³⁸ Daniel Nettelblatt, *Systema elementare jurisprudentiae positivae Germanorum Communis generalis* (1781), § 183 (108).

³⁹ Em português:

Perante as leis positivas, os atos jurídicos ou negócios jurídicos (*rechtlche Geschäfte*, em alemão, no original latino) em que eles são factos lícitos dos homens, que respeitam a direitos e a obrigações (...)

⁴⁰ Friedrich Karl Adolf von Trützschler, *Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlcher Aufsätze über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit*, 1.ª ed. (1783), § 1.º (5).

Regressando ao latim, segue-se Hofacker (1749-1793): apresenta os *negotia iuridica* como ações do homem, que produzem efeitos por força da vontade ou da lei⁴¹.

O negócio ia ocupando o seu espaço, embora, na época, outros autores referissem “atuações jurídicas” ou “atos jurídicos” (*rechtliche Acte*)⁴² (Hoffbauer, 1766-1827) ou, até, “declarações de vontade”⁴³ (Tieftrunk, 1759-1837).

Pela nossa parte, acrescentamos que a expressão alemã “negócio jurídico” (*Rechtsgeschäft*) é especialmente adequada: em termos fonéticos e semânticos: mais do que o seu correspondente nas línguas latinas que, à partida, soa mal. *Geschäft* (de *schaffen*, criar, procurar, conseguir) dá uma ideia de algo que se obteve ou se alcançou. Os autores que, em latim, propunham *negotium* tinham, como língua mental, o *Geschäft*.

4. A consagração pandectística

I. Na generalização, científica e pedagógica, do negócio jurídico, foi decisiva a primeira pandectística. Logo no arranque, pesou Gustav Hugo (1764-1844). Explica este Autor⁴⁴:

Uma atuação (*Handlung*) é uma ocorrência provocada pelo homem, a qual determina, de certo modo, relações jurídicas, isto é, constitui-as, extingue-as ou modifica-as. Também as atuações ou são físicas ou puramente jurídicas (*negotia, Rechtsgeschäfte*).

Georg Heise (1788-1851), cujo nome ficou ligado ao sistema germânico do Direito civil, consignou, no seu plano expositivo, a figura dos negócios jurídicos, inserindo-os nas ações em geral⁴⁵. Thibaut (1772-1840)

⁴¹ Carl Christoph Hofacker, *Principia iuris civilis romano-germanici* (1788), XIV + 556 pp., § 179 (143).

⁴² Johann Christoph Hoffbauer, *Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt*, 1.ª ed. (1798), 4.ª ed. (1825), § 207, 2.

⁴³ Johann Heinrich Tieftrunk, *Philosophische Untersuchungen über das Privat- und öffentliche Recht zur Erläuterung und Beurtheilung der metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre vom Herrn Prof. Imm. Kant 1* (1797), § 223 (102).

⁴⁴ Gustav Hugo, *Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts*, 2.ª ed. (1799), § 25 (19).

⁴⁵ Georg Arnold Heise, *Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen* (1807), § 12 (12) e §§ 111 e 112 (12).

acolhe-os nas suas *Pandectae*: as atuações voluntárias destinadas à constituição de relações jurídicas chamam-se negócios jurídicos⁴⁶. Muito significativo, até pelas repercussões que teria no Sul e, em especial, no Direito lusófono, foi a adesão dada, ao negócio jurídico, por Ferdinand Mackeldey (1784-1834)⁴⁷. Outros estudiosos, nas suas exposições de Direito romano atual, seguiram esse exemplo: Schilling (1792-1865)⁴⁸. Num fenómeno curioso, autores que, como Mühlenbruch (1785-1843), na época, ainda escreviam em latim, vieram usar *negotia iuris*, retrovertendo, manifestamente, do *Rechtsgeschäft* alemão⁴⁹.

II. A consagração foi dada por Savigny (1779-1861), no seu sistema de Direito romano atual⁵⁰. Define⁵¹:

Por declarações de vontade ou negócios jurídicos entendem-se aqueles factos jurídicos que não só são atuações livres, mas ainda nos quais igualmente a vontade do agente é imediatamente dirigida à constituição ou à dissolução de uma relação jurídica.

III. Na pandectística subsequente, o negócio jurídico opera como um instrumento jurídico-científico. Apesar de ele abarcar orientações nem sempre coincidentes, cabe referir, como figuras significativas, Puchta

⁴⁶ Anton Friedrich Justus Thibaut, *System des Pandekten-Rechts* 1, 1.^a ed. (1805), 9.^a ed. por Alexander August von Buchholz (1846), §§ 182-183 (145).

⁴⁷ Ferdinand Mackeldey, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*, 1.^a ed. (1814), 12.^a ed. (1842), por Konrad Franz Rosshirt, §§ 162-163 (230-231); esta obra foi traduzida em francês, em italiano, em castelhano e em grego.

⁴⁸ Friedrich Adolph Schilling, *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts* 2 (1837), § 69 (245):

Rechtsgeschäfte (negotium, bey den Neuern auch negotium iuris) heißt eine jede an sich erlaubte Willensmeinung, welche die Begründung oder Abänderung oder Aufhebung eines rechtlichen Verhältnisses bezweckt.

⁴⁹ Christian Friedrich Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum* 1 (1836), § 101 (103):

Negotia iuris interpretamus: facta, iurium constituendorum immutandorumve causa licita suscyta.

Passa, depois, a distinguir vários tipos de negócios.

⁵⁰ Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 8 volumes, publ. a partir de 1840, reimp., 1981.

⁵¹ *Idem*, 3 (1840), 98-99.

(1798-1846)⁵², Seuffert (1794-1857)⁵³, von Keller (1799-1860)⁵⁴, Regelsberger (1831-1911)⁵⁵, von Wächter (1797-1880)⁵⁶ e Bernhard Windscheid (1817-1892)⁵⁷, considerado o pai do BGB ou Código Civil alemão, de 1896-1900.

Nas vésperas da preparação do BGB, o negócio jurídico era uma figura pacífica⁵⁸. O seu acolhimento na codificação alemã não levantou dúvidas. Cabe ainda sublinhar que a permeabilidade doutrinária e linguística existente, relativamente à Suíça, levou a que o negócio fosse acolhido no espaço helvético. E como o Código Civil – aliás, o Código das obrigações, primeiro surgido – não continha uma parte geral, a receção do negócio operou no Direito das obrigações: enquanto conceito geral, que acolhe, com outras figuras, o contrato⁵⁹.

5. Sistemas alternativos

I. O negócio jurídico é uma criação do *usus modernus pandectarum* e da primeira pandectística. Ele ocorre no Código Civil alemão e em códigos que, como o português, de 1966 ou o brasileiro, de 2002, comportam expressamente uma parte geral.

No Direito francês, não o encontramos⁶⁰. A doutrina tradicional, em torno das fontes das obrigações, reconduzidas, quando voluntárias,

⁵² Georg Friedrich Puchta, *Pandekten*, 8.ª ed. (1856), § 64 (98).

⁵³ Johann Adam Seuffert, *Praktisches Pandektenrecht* 1, 1.ª ed. (1824), 4.ª ed. póstuma, por F. A. Seuffert (1860), § 73 (88).

⁵⁴ Friedrich Ludwig von Keller, *Pandekten*, 2.ª ed. por William Lewis (1866), § 50 (121).

⁵⁵ Ferdinand Regelsberger, *Civilrechtliche Erörterungen* 1 (1868), 3; abaixo referiremos as suas *Pandekten*.

⁵⁶ Carl Georg von Wächter, *Pandekten* 1, *Allgemeiner Teil* (1880), § 73 (360).

⁵⁷ Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3 volumes, a partir de 1862; a última, publicada por ele, foi a 7.ª, de 1891; seguiram-se edições póstumas, editadas por Theodor Kipp, das quais a 9.ª (1906), aqui usada; vide Bernhard Windscheid/Theodor Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.ª ed. (1906), §§ 69 ss. (1, 310 ss.).

⁵⁸ Cumpre ainda referir Ludwig Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin* (1889), IV + 639 pp., 17 ss..

⁵⁹ Andreas von Tuhr, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 1, 2.ª ed. (1942), XVI + 435 pp., § 20 (133); a 1.ª ed. é de 1924.

⁶⁰ Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico* 1 (1990), 21.

aos clássicos “contratos” e “quase-contratos”⁶¹, constrói, por abstração, a figura do “ato jurídico”, contraposto ao “facto jurídico”, não-voluntário⁶². Afigura-se, todavia, que enquanto instrumento de trabalho, queda o contrato.

II. No atual Direito italiano, desenvolvido em torno do Código Civil de 1942, ele também não figura⁶³. Não há parte geral. As fontes das obrigações são reconduzidas (1173.º) ao contrato, ao facto ilícito e a qualquer outro facto idóneo para produzi-las. A matéria tratada, no sistema germânico, a propósito do negócio (objeto, forma, condição, interpretação, representação, simulação, nulidade e anulabilidade) ocorre a propósito dos contratos em geral (1346.º e seguintes). Alguns (bons) autores mantêm-no, todavia, como referência⁶⁴.

III. No sistema anglo-saxónico, de compleição muito distinta, boa parte da problemática, subjacente ao negócio apresenta-se no campo dos contratos, contrapostos aos *torts*⁶⁵.

O negócio não é qualquer fatalidade, como, de resto, adiante melhor veremos, a propósito do próprio sistema lusófono. Mas constitui um ponto alto do sistema pandectístico e dos esquemas que, historicamente, lhe dão, hoje, uma continuidade.

6. O negócio como pólo científico

I. O negócio jurídico não é insubstituível. O Direito comparado ilustra a prossecução das suas funções, através do ato jurídico ou, até, do contrato. Tão-pouco podemos alicerçá-lo em sólidas bases românicas: sejam

⁶¹ *Tratado VII*, 27 ss..

⁶² Jean Carbonnier, *Droit civil*, II – *Les biens/Les obligations* (2004), n.º 926 (1930 ss.).

⁶³ Luigi Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano* (1948, reimp., 2011), 112 ss..

⁶⁴ Emilio Betti, *Negozio giuridico*, NssDI XI (1965), 208-220 e Luigi Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico* cit., 38 ss., 113 e *passim*.

⁶⁵ Konrad Zweigert, “*Rechtsgeschäft*” und “*Vertrag*” heute, FS Max Rheinstein 2 (1969), 493-531 (497); neste escrito podem ser confrontados elementos comparatísticos, sobre o negócio e os seus sucedâneos.

elas históricas ou, tão-só, culturais. Ele não se liga, na pureza dos princípios, aos *digesta*.

II. Na realidade, estamos perante uma criação do jusracionalismo, acolhida na parte geral das exposições pandectísticas: precisamente aquela que tem, na sua origem, o tratamento evoluído da segunda sistemática⁶⁶. Tomado por esse prisma, o negócio afigura-se adequado: havia que encontrar um instituto capaz de albergar, na parte geral, um *genus* no qual se inscrevessem, depois, os contratos e os atos unilaterais das obrigações, os atos próprios de Direitos Reais e de Direito da família e o testamento. O nível de abstração requerido é muito elevado. *Summo rigore*, um negócio jurídico, sem mais, não constitui matéria suficiente para enquadrar e resolver um caso concreto. Ele surge, tão-só, como um passo inicial, num processo de realização do Direito.

III. Pergunta-se, chegados a este ponto, pela sua utilidade. Estamos perante um efetivo instrumento jurídico ou antes em face de um mero ornamento, pendente da (sempre discutível) parte geral?

Apesar da sua relativa juventude, o negócio jurídico aproxima-se, rapidamente, dos seus primeiros dois séculos e meio: cerca de dez gerações de juristas, ao longo de um período histórico da maior agitação. A sua utilidade dogmática, isto é, teórica e prática, está demonstrada, embora requiera um nível jurídico-científico de elevada elaboração.

No terreno, verifica-se que o aprofundamento de questões tecidas em torno do negócio jurídico não encontra paralelo nas ordens jurídicas que usem sucedâneos, como o contrato e, até, o (inaproveitado) ato jurídico. Vamos mesmo mais longe: a dispensa do negócio jurídico, levada a cabo pelo Código italiano de 1942, provocou um claro retrocesso no nível científico da civilística transalpina⁶⁷.

Antecipando as páginas subsequentes, podemos proclamar o negócio jurídico como um pólo científico. Ele concentra, num instituto de aparente acessibilidade, a trama complexa tecida em torno da vontade humana, da

⁶⁶ *Tratado I*, 4.ª ed., 128-129 e 170 ss..

⁶⁷ Diversos autores italianos chegaram a anunciar o “crepúsculo” do negócio jurídico, aduzindo razões ideológicas, linguísticas, históricas e jurídico-positivas e provocando, com isso, reações de sinal contrário; *vide* indicações em Paulo Mota Pinto, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico* (1995), 56-59.

ação do homem, da tutela da confiança e da articulação destes elementos com o Direito e com a sua Ciência.

IV. Embora de forma mais discreta do que o sucedido com o contrato, o negócio jurídico preenche um nicho significativo-ideológico. Enquanto expressão técnico-jurídica máxima da autonomia privada, o negócio dá corpo aos princípios liberais e à vontade individual⁶⁸, no Direito civil.

Os seus quadros podem, de resto, ser usados noutros domínios marcados pela autonomia, como no Direito internacional⁶⁹.

⁶⁸ Theo Mayer-Maly, *Liberale Gedanke und das Recht*, FS Adolf Julius Merkl (1970), 247-254 (249).

⁶⁹ Philip Kunig, *Sinn, Stand und Grenzen einer Rechtsgeschäftslehre für das Völkerrecht*, FS Detleef Leenen (2012), 131-145.