

CUSTÓDIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA

# A SIMULAÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Um estudo comparativo entre os sistemas  
do revogado Código Civil de 1916 e o do  
Código Civil em vigor de 2002

 Marcial  
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

## SUMÁRIO

Duas palavras ao leitor.....	7
------------------------------	---

### INTRODUÇÃO

O negócio jurídico: o conceito e sua evolução na doutrina .....	13
1. Nota introdutória .....	13
2. Negócio jurídico: concepções subjetivistas .....	14
3. Concepções objetivistas .....	15
4. Uma concepção eclética do negócio jurídico .....	17
5. Relações entre a vontade e a declaração: como surge o problema e as teorias que o procuram resolver .....	17
6. A teoria volitiva .....	18
7. A teoria da culpa <i>in contrahendo</i> de Ihering .....	18
8. A teoria do “compromisso tácito de garantia” de Windscheid .....	18
9. A teoria da declaração .....	19
10. A teoria da responsabilidade .....	19
11. A teoria da confiança .....	20
12. A teoria de Kohler .....	20
13. A declaração: como os objetivistas a encaram .....	21

## CAPÍTULO I

## I

Conceito de simulação .....	23
1. O negócio jurídico e a simulação: influência da concepção daquele na conceituação desta, entre os autores .....	23
2. A doutrina tradicional sobre a simulação: divergência entre a vontade real e a declarada .....	25
3. A intenção de enganar: simulação e declarações não sérias .....	26
4. Simulação absoluta e simulação relativa .....	29
5. O acordo para simular: simulação e reserva mental .....	30

## II

6. Crítica à tese da divergência entre a vontade e a declaração. O pensamento dos declarativistas.....	32
7. A formulação de Kohler e sua influência na elaboração posterior do tema .....	34
8. A construção de Emílio Betti .....	40

## III

9. Síntese dos conceitos de simulação e do negócio jurídico à luz do direito positivo.....	43
10. A nulidade do negócio simulado nas legislações em geral e a falta da vontade em que se analisa a divergência entre a vontade e a declaração, no ensinamento da doutrina tradicional .....	47
11. A disciplina da simulação no Código Civil de 1916; im procedência da tese da divergência entre a vontade e a declaração em face dessa disciplina .....	49
12. Continuação. Subsistência dessa im procedência em face da formulação do art. 404, I, do Código de Processo Civil .....	52
13. A simulação no Código Civil em vigor .....	54

## IV

14. A intenção de enganar na concepção tradicional: apreciação crítica deste elemento .....	61
15. O acordo simulatório: diversas teorias a respeito.....	63
16. A tese do negócio declarativo de Cariota Ferrara .....	65
17. O acordo como negócio jurídico com causa típica de Salvatore Pugliatti .....	66
18. A formulação de Salvatore Romano .....	67
19. O entendimento de Alberto Auricchio .....	69
20. A construção de Nicola Distaso .....	70
21. A concepção de Pugliese .....	71

## V

22. Estrutura do acordo simulatório. Como o víamos: A- No domínio do CC. de 1916. Como o vemos .....	73
23. Fundamentação da existência deste elemento, na lei e na jurisprudência .....	85
24. O acordo simulatório, na doutrina nacional, no âmbito do Código Civil de 2002, em vigor .....	87
25. A simulação nos negócios jurídicos unilaterais .....	95

## VI

26. Elementos constitutivos da simulação: o acordo simulatório e o negócio simulado. Visão unitária do fenômeno simulatório .....	104
27. O perfil funcional do negócio simulado .....	106
28. Considerações gerais sobre o conceito de simulação .....	113

## CAPÍTULO II

Simulação e figuras próximas .....	115
1. Simulação e fraude à lei .....	115
2. O posicionamento de Umberto Morello na doutrina da fraude à lei .....	120
3. Simulação e fraude contra credores .....	126

4. Simulação e falsidade .....	127
--------------------------------	-----

### CAPÍTULO III

Espécies de simulação.....	131
1. Simulação inocente e simulação fraudulenta ou ilícita .....	131
2. Simulação absoluta .....	135
3. Simulação relativa .....	139
4. Modalidades de simulação relativa .....	148
5. Interposição de pessoa .....	152

### CAPÍTULO IV

Efeitos da simulação .....	165
----------------------------	-----

#### I

Efeitos entre as partes .....	165
1. Simulação absoluta inocente .....	165
2. Simulação relativa inocente.....	173
3. Simulação fraudulenta .....	175
4. Efeitos da simulação entre as partes no âmbito do Código Civil em vigor.....	183

#### II

Efeitos da simulação em relação a terceiros .....	202
5. Efeitos em relação a terceiros: No sistema do CC de 1916 .....	202
6. Na simulação absoluta inocente .....	203
7. Na simulação relativa inocente .....	205
8. Na simulação fraudulenta ou ilícita .....	207
9. Efeitos da simulação em relação a terceiros no domínio do Código Civil em vigor .....	209
10. Conflitos de interesses entre terceiros interessados na validade e terceiros interessados na nulidade do negócio simulado .....	223
Bibliografia .....	227

# INTRODUÇÃO

## O NEGÓCIO JURÍDICO: O CONCEITO E SUA EVOLUÇÃO NA DOCTRINA

1. Nota introdutória. 2. Negócio jurídico: concepções subjetivistas 3. Concepções objetivistas. 4. Uma concepção eclética do negócio jurídico. 5. Relações entre a vontade e a declaração: como surge o problema e as teorias que o procuram resolver. 6. A teoria volitiva. 7. A teoria da culpa *in contrahendo* de Ihering. 8. A teoria do “compromisso tácito de garantia” de Windscheid. 9. A teoria da declaração. 10. A teoria da responsabilidade. 11. A teoria da confiança. 12. A teoria de Kohler. 13. A declaração: como os objetivistas a encaram.

1. O estudo da simulação deverá ser precedido de algumas considerações sobre o negócio jurídico, não só porque irá tratar-se aqui da simulação nos negócios jurídicos em geral, mas também porque os escritores que têm tratado deste tema conceituam o instituto de formas diferentes, de acordo com uma anterior tomada de posição na teoria do negócio jurídico.<sup>1</sup>

---

1. A observação é de Alberto Auricchio, que escreve a este respeito: “Sob este ponto de vista, pode começar-se por observar que as divergências surgidas em matéria de simulação não dizem grandemente respeito ao problema específico, mas são, antes, o reflexo de uma anterior e mais ampla divergência em matéria do negócio: a ponto de parecer possível encontrar precisamente no estudo da simulação concordâncias e assonâncias que se ocultam atrás de diferente terminologia usada pelos escritores, em correspondência com uma diferente sistemática” (*La simulazione nel negocio giuridico – A simulação no negócio jurídico*, tradução de Fernando de Miranda, Coimbra, Coimbra Editora, 1964, pp. 11 e 12).

2. Negócio jurídico é, para os subjetivistas, uma declaração de vontade (uma manifestação de vontade) destinada a suscitar determinados efeitos. Problema debatido é o de saber em que direção a vontade negocial deve se orientar, se para a produção de efeitos jurídicos específicos, para efeitos práticos, empíricos, ou para efeitos jurídicos em geral, tendo cada uma destas posições os seus defensores. Mas, como diz certo autor italiano: a posição preferível é a segunda, tornando-se de menor relevo as outras duas, pois os efeitos jurídicos correspondem, em princípio, ao resultado prático que se visa alcançar com o negócio jurídico, pouco importando saber se esses efeitos são uns ou outros.<sup>2</sup>

“A querela acabou por conduzir a uma síntese, como a de Manuel de Andrade, que postula a consciência e a vontade dos ‘efeitos prático-jurídicos’ do negócio”. É necessário que os declarantes, “visando em primeira linha certos resultados práticos, tenham querido para eles a sanção das leis, isto é, tenham proposto alcançá-los pela via jurídica”. Não é exigível que tenham uma percepção dos efeitos jurídicos do negócio, própria de especialistas; basta que deles tenham a consciência comum de leigos. “A precisa determinação dos efeitos jurídicos a que o negócio dará lugar, em conformidade com os efeitos práticos, prosseguidos pelos declarantes, competirá, depois à ordem jurídica”.<sup>3</sup>

Com efeito, é bastante que a vontade seja orientada para a produção de efeitos empíricos, de ordem prática, os efeitos usuais que as partes não desconhecem que determinado negócio (jurídico) deve produzir e, mais, com a intenção de que sejam juridicamente tutelados e vinculantes.<sup>4</sup>

Opõe-se à primeira daquelas posições, entre outros, o argumento de que os contratantes não têm, em regra, uma consciência clara da “construção jurídica do negócio”, a qual só pode ser exigida dos técnicos em direito.<sup>5</sup>

---

2. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Nápoles, A. Morano, 1949, pp. 56-58. Acrescenta o mesmo autor: “Em todo o caso um ponto deve se considerar assente: se se pensar que a força criadora é do direito não pode negar-se que quando o fato é o negócio o direito atribui-lhe os efeitos em correspondência com a vontade. Dá, pois, a esta, no resultado final, o máximo valor... Os efeitos jurídicos que se produzem, ou são os previstos e queridos pelas partes, ou são os que refletem e sancionam juridicamente o escopo prático, se decorrentes do negócio ou do ordenamento, é irrelevante” (op. cit., p. 51).

3. É o que lembra, Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral de Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2007, 4ª ed., pp. 414-415. O autor é Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

4. O que, evidentemente, não ocorre na simulação.

5. A este respeito, escreve Orlando Gomes: “Para Karlowa o intento das partes é provocar os efeitos jurídicos do negócio. Se estipulam contrato de compra e venda, visam à criação dos direitos e obrigações peculiares a esse contrato”.

“Objecções se levantaram contra essa teoria, a mais vigorosa das quais se deve a Lenel, observando os contraditores que, as mais das vezes, os contratantes não têm consciência exata da construção jurídica do negócio. Reconhecendo-lhe o artificialismo, alguns escritores distinguiram a *voluntariedade* do *conhecimento dos efeitos jurídicos*, com o objetivo de

As concepções *voluntaristas* eram dominantes na doutrina brasileira e se ajustavam também à definição do ato jurídico, contida no art. 81 do CC de 1916.<sup>6</sup>

Já não se pode afirmar a mesma coisa em relação ao Código em vigor, em que, nesta matéria, ao contrário daquele, pode dizer-se que são as concepções *declarativistas* que melhor se ajustam à disciplina do negócio jurídico. Veja-se, por exemplo, o que se dispõe acerca da interpretação: enquanto naquele Código o legislador mandava atender, para esse efeito, à *intenção* dos sujeitos da declaração de vontade (art. 85), neste, determina que se deva atender à intenção *consubstanciada* (externada) na declaração de vontade (art. 112<sup>7</sup>).

3. Em outro extremo, colocam-se os *objetivistas* para quem o negócio jurídico é essencialmente “um *preceito* de autonomia privada”.<sup>8</sup> Seguida, na

sustentar que o intento se dirige apenas aos efeitos essenciais (Zittelmann, Manick). As partes querem o necessário, não se ocupando dos efeitos secundários. Quando realizam o contrato de compra e venda, quer uma receber a coisa e a outra o preço. A vontade dirige-se a esses efeitos típicos de tal negócio.”

“A distinção, além de arbitrária, não resguarda a teoria dos ataques de que tem sido alvo. Persistem duas sérias contraditas. A primeira é que conduziria a severas limitações a liberdade de estruturação do conteúdo de inúmeros negócios jurídicos, os quais se realizam sem a prefiguração exata dos seus efeitos jurídicos. A segunda, a de que, no rigor da lógica, teria de ser declarado inexistente todo o negócio a que faltasse o conhecimento dos efeitos jurídicos ou a vontade de suscitá-los como a lei os determina. Não obstante, ainda encontra defensores (StoIfi, Messineo, Santoro Passarelli, Trabucchi).”

“Inclinou-se a doutrina para a teoria da direção da vontade aos fins práticos do negócio. O intento das partes não é suscitar os efeitos jurídicos predeterminados na lei, mas obter satisfação de interesses. Se o escopo prático em mira é tutelado pelo ordenamento jurídico, o negócio produz os efeitos próprios, aos quais se conforma. O que querem, realmente, as partes é seu resultado econômico ou social, sendo irrelevante que a vontade se tenha dirigido, especificamente, à produção dos efeitos jurídicos do negócio estipulado. Importa somente que o intento se enderece à realização de interesses dignos de proteção. Manifestado, a lei o tutela, atribuindo ao negócio efeitos correlatos. Ignora-o se intrasendente; combate-o se ilícito.”

“Partidários da teoria da direção do intento para resultados práticos são, na Itália, onde o problema continua a despertar interesses, dentre outros, Cariota Ferrara, Betti, Scognamiglio, Pugliatti, Ascarelli e Covicello.”

6. É o que já afirmava Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico, existência, validade e eficácia*, São Paulo, Saraiva, 1974, p. 6 e s.

7. Também no art. 110 se dispõe que “a manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário dela tinha conhecimento”. A teoria voluntarista, prestigiando a vontade real, conduziria à anulação do negócio jurídico eivado de reserva mental, a requerimento do declarante.

8. Itálico nosso. Note-se que há quem não veja grande diferença entre as concepções subjetivistas e a de Betti, que consideramos objetivista, mas em que se pode reconhecer o hoje- fortes traços subjetivistas. Nesse sentido, Aurelio Gentile (*Il Contratto Simulato*, Nápoles, Eugenio Jovene, 1982, p. 23), que escreve: “Já foi acentuado, por vezes, pela doutrina a incapacidade da teoria preceptiva de libertar-se integralmente de todo o traço



Alemanha, por autores como Bullow, Henle e Larenz,<sup>9</sup> a teoria objetiva teve, na Itália, como seu mais destacado representante, Emílio Betti.

Segundo Betti, nos ordenamentos que reconhecem a propriedade individual, o negócio jurídico constitui um instrumento dinâmico posto à disposição dos consociados para a autorregulamentação dos próprios interesses, de modo decisivo e vinculante, com a plena consciência que aqueles têm, de que a inobservância do conteúdo preceptivo do negócio, antes que qualquer sanção jurídica, acarreta reprovação social (consistente na perda ou diminuição de crédito, na impossibilidade de realização de novos negócios etc.).<sup>10</sup>

É nisso – diz – no poder de autorregulamentação dos próprios interesses, conferido pela ordem jurídica aos particulares, por meio dos negócios jurídicos, que consiste a autonomia privada. O negócio jurídico é assim “o ato de autonomia privada a que o direito liga o nascimento, a modificação e a extinção das relações jurídicas entre particulares”.<sup>11</sup>

O conteúdo preceptivo do negócio jurídico e consequentemente o poder conferido aos particulares não implica, segundo Betti, que se esteja ante uma *delegação da competência normativa* por parte da ordem jurídica, mas que – e, é nisso que, para este autor, consiste a autonomia privada – com o negócio jurídico, os particulares são livres de realizar o fato previsto hipoteticamente numa norma existente, podendo fazer despontar a relação jurídica que tal norma estabelece.<sup>12</sup>

Porém, a autonomia concedida aos particulares – escreve Betti – não é absoluta, porquanto, se lhes compete escolher livremente os escopos que melhor se adaptam à satisfação de seus interesses, a ordem jurídica continua sendo soberana em valorar tais escopos, de acordo com a relevância social destes e de harmonia com as exigências da função ordenadora do direito.<sup>13</sup>

Acrescenta ainda Betti que “o reconhecimento da autonomia privada por parte da ordem jurídica configura, essencialmente, um fenômeno de recepção, mercê do qual o regulamento prescrito pelas partes para os seus interesses, nas

‘voluntarístico’; assim, a par das críticas de que ela desconhece o papel central da vontade, outras lhe foram movidas pelo dualismo em que incorreria, de elementos normativos e voluntarísticos”.

9. Cf. Junqueira de Azevedo, citando Scognamiglio, *Negocio jurídico*, cit., p. 14.

10. Emílio Betti, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Coimbra, Coimbra Editora, 1969, tomo I, pp. 87 e ss., que também afirma: “os negócios jurídicos têm a sua gênese na vida de relações: surgem como atos por meio dos quais os particulares dispõem, para o futuro, um regulamento obrigatório de interesses nas suas recíprocas relações, e desenvolvem-se, espontaneamente, sob o impulso das necessidades, para satisfazer diversas funções econômico-sociais, sem a ingerência de qualquer ordem jurídica” (p. 88-89).

11. Betti, op. cit., I, p. 98.

12. Betti, op. cit., I, p. 101.

13. Betti, op. cit., I, p. 103.

suas relações recíprocas, entra para a esfera do direito e é elevado, com oportunas modificações, a preceito jurídico”.<sup>14</sup>

A concepção objetiva tem sido criticada com o argumento de que do negócio jurídico não nascem regras, mas relações jurídicas e tanto assim que “a revogação da lei anteriormente vigente não implica a das regras negociais”.<sup>15</sup>

4. “A transformação do negócio em norma jurídica concreta escreve Junqueira de Azevedo – *é artificial* na medida em que a expressão ‘norma jurídica’ implica sempre um *jubere* que o negócio jurídico não possui. Esse o seu principal defeito.”<sup>16</sup>

Junqueira de Azevedo tem uma noção eclética do negócio jurídico: não é “uma simples manifestação de vontade, *mas uma manifestação de vontade qualificada, ou uma declaração de vontade*”.<sup>17</sup> “Por outro lado, sendo a declaração de vontade um ato que, em virtude das circunstâncias em que se produz, *é visto socialmente como dirigido à produção de efeitos jurídicos*, o direito segue a visão social e encobre aquele ato com o seu próprio manto, atribuindo-lhe normalmente (i. e., respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia) os efeitos que foram manifestados como queridos”.<sup>18</sup>

5. Expostas, em brevíssima síntese,<sup>19</sup> essas correntes doutrinárias sobre o conceito do negócio jurídico e atenta a consideração de que a uma mesma corrente se filiam autores cujas concepções têm matizes, que as fazem distanciar umas das outras, e, por vezes, consideravelmente, é mister voltar a aludir, nesta ordem de ideias, às concepções subjetivistas.

Para estes autores, como se viu, o negócio jurídico é, antes de tudo, uma declaração de vontade, que se analisa em dois elementos: a vontade e a sua manifestação. Em um negócio jurídico normal estes dois elementos estão em perfeita harmonia. Mas nem sempre assim acontece. Ocorre, por vezes, que entre a vontade

---

14. Betti, op. cit., I, p. 165.

15. Orlando Gomes, *Introdução*, cit., p. 297; Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico...* cit., p. 16 e s.

16. Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico...* cit., p. 16. Veja-se também outras objeções a esta teoria que ali se mencionam. A este propósito, e em contrário, escreveu Betti: “Ora, conforme o conteúdo seja socialmente destinado apenas a informar ou a esclarecer (*docere*), ou a estatuir ou regulamentar (*jubere*), isto é, seja destinado, no primeiro caso, a enunciar algo existente ou, no segundo, a dispor um dever-ser para o futuro, a declaração deverá qualificar-se como enunciativa ou puramente representativa, quando *docet*, ou, respectivamente, como dispositiva, preceptiva ou ordenativa, quando *jubet* (*Teoria...* cit., p. 291).

17. Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico...*, cit., p. 21.

18. Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico...*, cit., p. 23.

19. Para uma exposição mais detalhada sobre essas correntes e teorias, ver Custódio da Piedade Ubaldino Miranda, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, São Paulo, Atlas, 2009, 2ª ed., pp. 15 e ss.

e a sua manifestação há uma divergência e põe-se então o problema de saber qual desses elementos deve prevalecer. É que tal divergência inquina o negócio de um vício ou defeito e a solução a dar variará de acordo com a prevalência que tiver um daqueles elementos.

Para resolver este problema, das relações entre a vontade e a declaração, também surgiram várias teorias.<sup>20</sup>

6. Segundo a teoria volitiva (subjetivista), formulada inicialmente por Savigny, o elemento primacial do negócio jurídico, aquele que o direito dota de consequências jurídicas, é a vontade real ou psicológica do sujeito, não passando a declaração de simples meio de exteriorização dessa vontade, de mero indício do querer do indivíduo, demonstrável por outro modo; e em caso de conflito com a respectiva declaração, deve a vontade real prevalecer.

“Esta teoria – acentua Ferrara – levada às suas últimas consequências, produziria resultados iníquos; porque, considerando decisiva para a validade ou nulidade do negócio a verdadeira intenção do agente, iria sempre sacrificar o aceitante de uma declaração, cujas esperanças resultariam traídas pela má fé ou pela culpa do declarante.”<sup>21</sup>

Em vista disso, impressionados com as injustiças e os excessos a que conduzia a teoria volitiva, na sua modalidade extrema, procuraram os juristas corrigir-lhe o rigor, com formulações que visavam remediar essas consequências.

E assim surgiram as teorias da *culpa in contrahendo* de Ihering e a do *compromisso tácito de garantia* de Windscheid.

7. Ihering, apoiando-se em textos do direito romano, propunha que impenesse sobre o declarante a responsabilidade pela celebração de um negócio jurídico não isento de vício, porque todo o contraente – afirmava – tem a obrigação de agir com diligência, não só nas relações jurídicas já estabelecidas, como também nas que esteja formando. O contraente que não usa dessa diligência age com culpa, é responsável em face do “interesse contratual negativo” do outro contraente. Deve por isso ser obrigado a ressarcir o destinatário da declaração pelos prejuízos que lhe causar a nulidade do negócio jurídico, a que a emissão de uma declaração, divergente da vontade real, necessariamente conduz.<sup>22</sup>

8. A teoria do “compromisso tácito de garantia”, formulada por Windscheid em suas primeiras edições das *Pandectas*, pressupõe que o declarante assume, na celebração de um negócio jurídico, uma obrigação de garantia tácita por todas as

---

20. Ferrara, Francesco, *La simulación de los negocios jurídicos*, tradução do original italiano de Rafael Atarida e Juan A de Puente, Madrid, *Rivista de Derecho Privado*, 1951, 2ª ed., p. 20 que seguiremos de perto, na síntese do seu pensamento, a seguir, dos itens 6 a 10.

21. Ferrara, op. cit., p. 20.

22. Ferrara, op. cit., pp. 20 e 21.

consequências danosas da sua declaração. Deve, assim, o declarante ressarcir o destinatário da declaração quando lhe causa prejuízos que lhe advêm da anulação do negócio, resultante de uma declaração, divergente da vontade real, porque trai a confiança por ele depositada na seriedade da declaração.<sup>23</sup>

Estas teorias que procuravam ser simples atenuações às consequências injustas a que conduzia o rigor da teoria volitiva, na sua pureza, não atendiam, ainda assim, às exigências do comércio jurídico, à certeza e à segurança que devem presidir às relações, além do que deixavam sem proteção suficiente os interesses do próprio destinatário da declaração.

9. E assim Röver, seguido por outros autores alemães, formulou a teoria da declaração. Partindo de inúmeras exceções ao princípio de que a declaração é ineficaz sem a vontade correspondente<sup>24</sup> e depois de estabelecer uma distinção entre negócios *mortis causa*, em que as declarações dão a conhecer aos supérstites a última vontade do falecido e os negócios *inter vivos*, em que as respectivas declarações atuam, não como simples meios de prova, sinais sensíveis de reconhecimento ou exteriorização de uma vontade, por outro modo inapreensível, mas como autênticos meios de ligação, de liames que vinculam o declarante às obrigações assumidas com a sua declaração, erige como princípio geral o de que a declaração emitida por pessoa capaz produz efeitos jurídicos sem se considerar se o declarado foi realmente querido ou não.<sup>25</sup>

“Quem emite uma declaração jurídica, diz Saleilles, aceita ficar vinculado para com aquele a quem se dirige pelo sentido normal das expressões que emprega, senão não poderia haver segurança alguma nas relações privadas.”<sup>26</sup>

Mas também a teoria da declaração passou a ser alvo de crítica pelos extremos a que conduzia, deixando sem qualquer proteção os interesses do autor de uma declaração de vontade e prejudicando, da mesma forma, o comércio jurídico, em nome do qual fora formulada.<sup>27</sup>

10. Windscheid, por sua vez, formula a teoria da responsabilidade no seu célebre programa (*Wille und Willenserklärung*). Nem só a vontade, como elemento interno, nem só a declaração, como elemento externo, mas a *declaração de vontade* é que é juridicamente eficaz. “A declaração sem vontade é tão

---

23. Ferrara, op. cit., p. 21.

24. Por exemplo, quando a declaração se limita a uma parte não essencial do negócio; se a causa da divergência é a reserva mental; nas declarações entre ausentes, se o declarante muda de idéia antes que a declaração chegue ao conhecimento da outra parte. Cf. Ferrara op. cit., pp. 22 e 23.

25. Ferrara, op. cit., p. 22 e 23.

26. Beleza dos Santos, op. cit., v. I, p. 23.

27. Beleza dos Santos, op. cit., v. I, p. 25.

nula como a vontade sem a declaração”.<sup>28</sup> A declaração de vontade não é assim simples modo de manifestação de uma vontade preexistente, mas “o movimento da vontade em ação”, visando não só os sinais exteriores de comunicação, mas os próprios efeitos jurídicos.<sup>29</sup> Tão digno de proteção como os interesses do comércio jurídico e do destinatário da declaração – diz Windscheid – é o interesse do declarante que contrata sem dolo nem culpa. E assim, em caso de divergência entre a vontade real e a declarada, não basta – escreve Windscheid nesta nova formulação da sua teoria – o simples ressarcimento do destinatário da declaração, anulado o negócio; é necessário que o negócio subsista válido, que o declarante se atenha ao prometido, sempre que tenha agido com dolo ou culpa.<sup>30</sup>

**11.** Finalmente a teoria da confiança pretende atenuar os excessos a que chega a teoria da declaração, na sua forma extrema. Partindo da declaração, como elemento mais importante, em atenção à certeza e à segurança nas relações, exige que se atenda à boa fé do destinatário da declaração para, em caso de divergência entre a vontade real e a declarada, manter-se a validade do negócio jurídico. O negócio se anula, segundo essa teoria, só no caso de má fé do declaratório, que consiste no conhecimento daquela divergência, assim como a boa- fé se traduz no desconhecimento da mesma.<sup>31</sup>

**12.** Construção próxima da teoria da responsabilidade, mas com acento no elemento declaração, é a teoria de Kohler.

Para Kohler, vontade e declaração não são elementos distintos que se possam separar arbitrariamente, aparecendo a declaração como simples meio de manifestação de vontade a que aquela estaria subordinada. A declaração de vontade é antes “uma incorporação, uma encarnação do querer”; “é uma unidade para a qual o homem coopera física e psiquicamente”. “A declaração não constitui uma divulgação de um ato preexistente e juridicamente relevante, não é algo que se pareça com o som de uma trombeta que ressoa até nós de uma esfera ultraterrena; vontade e declaração são antes de mais os dois lados, os dois polos de um mesmo fenômeno”.<sup>32</sup>

O que é decisivo e juridicamente relevante é a ação do querer, com o elemento interno e o externo indissolivelmente ligados.<sup>33</sup>

---

28. Ferrara, op. cit., p. 25.

29. Ferrara op. cit., p. 25.

30. Ferrara, op. cit., p. 27.

31. Rodrigues, Silvio, *Dos defeitos dos atos jurídicos*, São Paulo, Max Limonad, 1979, p. 53, e *Dos vícios do consentimento*, São Paulo, Saraiva, 1979, p. 37; Andrade, Manuel A. Domingues de, *Teoria geral da relação jurídica*, Coimbra, Almedina, 1974, 4ª reimpressão, pp. 158 e 159.

32. Distaso, op. cit., p. 9, nota 3.

33. Distaso, op. cit., p. 9, nota 3.