

Fernanda Peres Amora

**ATOS JURÍDICOS UNILATERAIS E A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO
CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO**

2009

Fernanda Peres Amora

**ATOS JURÍDICOS UNILATERAIS E A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO
CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO**

**Monografia apresentada no Curso de Direito, do
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial à
obtenção do bacharelado.**

Curitiba

2009

Fernanda Peres Amora

**ATOS JURÍDICOS UNILATERAIS E A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO
CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO**

**Monografia apresentada no Curso de Direito, do
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal
do Paraná. como requisito parcial à obtenção do**

ORIENTADOR: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo:

Prof^a. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro:

Prof^a. Adriana Espíndola Correa:

Curitiba, 30 de outubro de 2009.

I. INTRODUÇÃO	1
II. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA: DIÁLOGOS.....	3
II.I Modificação de significado do conceito jurídico de autonomia privada	4
II.II Limitações à autonomia privada.....	12
III. ATOS UNILATERAIS TÍPICOS	15
III.I Promessa de recompensa	15
III.II Gestão de negócios	18
III.III Enriquecimento sem causa	21
III.IV Pagamento indevido	23
IV. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO	25
IV.I Fontes das relações jurídicas obrigacionais.....	25
IV.II Atos unilaterais como fontes de relações jurídicas obrigacionais	29
IV.III A tese de Pontes de Miranda: a atipicidade dos atos jurídicos unilaterais	35
IV.IV A confissão de dívida com espécie de ato unilateral	38
IV.V A ação monitória – procedimento fundamentado em ato unilateral.....	42
V. CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
VI. BIBLIOGRAFIA	49

*À minha família, pelo
inesgotável apoio e compreensão.*

RESUMO

Neste estudo, pretende-se expor o pensamento de Pontes de Miranda a respeito da ampla consideração eficaz dos atos unilaterais como fontes autônomas de relações jurídicas obrigacionais, contrapõe-se suas teorizações com a tese tradicionalmente defendida pela doutrina, que sustenta a limitação da eficácia obrigacional desses atos aos tipos legais. Ainda, como confirmação do pensamento ponteano, abordar-se-á as figuras da confissão de dívida e da ação monitória, que suscitaram novas discussões acerca da suposta limitação dos atos unilaterais às espécies estabelecidas pelo legislador nacional.

Palavras-chaves: fontes de relações jurídicas obrigacionais; atos unilaterais; princípio do contrato; atipicidade dos atos unilaterais.

I. INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo a exposição da proposição teórica acerca da atipicidade dos atos unilaterais em direito privado, podendo neles reconhecer-se uma fonte autônoma para a constituição de relações jurídicas obrigacionais, diversa do contrato e dos atos ilícitos.

A relevância do tema que se pretende abordar justifica-se por duas razões. Em primeiro lugar, tal posicionamento é praticamente ignorado pela maior parte da doutrina e jurisprudência nacionais. Como será exposto no decorrer deste estudo, os autores brasileiros tendem a defender o chamado *princípio do contrato*, pelo qual as relações obrigacionais teriam como origem, primordialmente, acordos bilaterais de vontade (contratos), sendo restritos aos tipos legais as hipóteses nas quais os atos unilaterais poderiam figurar como fontes de relações obrigacionais.

Inicialmente, será pertinente a breve análise do tema da autonomia privada, tratando de suas diversas perspectivas e conceitos no direito contemporâneo, seguindo-se por uma exposição dogmática a respeito dos atos unilaterais tipificados na legislação brasileira.

Depois, analisar-se-á as fontes das relações jurídicas obrigacionais, cujo conhecimento prévio apresenta-se indispensável para a clara compreensão do tema aqui desenvolvido.

A seguir, tratar-se-á dos atos jurídicos unilaterais e o posicionamento das doutrinas estrangeira e nacional a respeito de sua suposta limitação eficaz na geração de relações jurídicas obrigacionais. Em oposição a essa teoria, será feita a exposição da teoria da respeito da inaplicabilidade do *princípio do contrato* no direito brasileiro, defendida por Pontes de Miranda.

As reflexões propostas nesta parte servirão como bases de sustentação para ponderações sobre a tormentosa questão da confissão de dívida, usualmente constituída mediante ato unilateral, que a despeito de ser prática reiterada em

mercado e reconhecida pela jurisprudência, mostra-se carente de maiores fundamentações teóricas, nada obstante o acirrado debate travado entre grandes privatistas a respeito desse assunto.

Em segundo lugar, não apenas a jurisprudência, mas também as recentes reformas do direito processual civil brasileiro ampliaram espaços normativos para o reconhecimento dos atos unilaterais como fonte de relações jurídicas obrigacionais. Nesse âmbito, a última parte da monografia será voltada para analisar a ação monitória, cuja instituição pelo Código de Processo Civil brasileiro, mediante a Lei nº. 9.079, de 14.07.95, trouxe uma nova perspectiva para o reconhecimento e aplicação da teoria da respeito da inaplicabilidade do princípio do contrato no direito nacional.

II. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA: DIÁLOGOS

A autonomia privada, princípio clássico e fundamental do direito privado, remonta à tradição liberal e moderna do direito civil, fundada na crença num sujeito egoísta¹, que age por intermédio de contratos, da propriedade² e do meio familiar.

O princípio da autonomia privada eleva a idéia de que o sujeito não está apenas submetido a regras do soberano, mas que existe um grande espaço no qual ele pode se autodeterminar, criando regras para si mesmo, exercendo um poder de autonormatização.

Como ressaltado por Luiz Edson Fachin, o “princípio da autonomia privada é também um princípio político”³, pois contém alta carga sentimental e valorativa⁴, tendo em vista que é expressão da liberdade individual garantida pelo ordenamento jurídico.

Pela complexidade do tema, não se pretende aqui aprofundá-lo ou encerrá-lo com qualquer pretensão de definitividade, sendo desenvolvido, com as limitações intelectuais e temporais atinentes, um diálogo entre as várias idéias e concepções a respeito de um dos princípios mais importantes de nosso ordenamento jurídico.

¹ Como referido por Eroulths Cortiano Junior, o cenário da modernidade era marcado pela “entrada em cena de uma organização social e política racional-individualista, baseada economicamente na circulação de riquezas”. (CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 05).

² A circulação de riquezas como expressão da autonomia privada na modernidade foi forte a ponto da “propriedade deixar de ser um direito da pessoa para se transformar no princípio da organização da sociedade”, marcada então pelo individualismo proprietário. (CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico...** p. 09). De acordo com o mesmo autor, esse discurso proprietário teve como ponto de partida o surgimento dos Estados modernos, a supremacia da lei, um sistema econômico baseado na circulação de riquezas e uma visão individualista da sociedade (CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico...** p. 20).

³ FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico – consequência práticas**. Curitiba: Educa; Scientia et Labor, 1988, p. 58.

⁴ CASTRO Y BRAVO, Federico. **El negocio juridico**. Madrid: Civitas, 1985, p. 12.

II.I Modificação de significado do conceito jurídico de autonomia privada

Sustenta Pietro Perlingieri que é impossível se fazer uma análise atemporal do tema da autonomia privada, pois esta “pode ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca a sua exigência”⁵.

Mostra-se variado o tratamento que a doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, oferece ao tema, sendo que, numa perspectiva acentuadamente dogmática, define-se “autonomia privada como o princípio atinente ao comportamento humano constitutivo de situações jurídicas”⁶.

No mesmo sentido, Pietro Perlingieri conceitua de modo amplo a autonomia privada como “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente⁷ assumidos”⁸.

Já Francisco Amaral Neto, que defende a classificação do princípio da autonomia privada como uma das fontes do Direito, conceitua-a “como o poder que os

⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfil de direito civil**. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 17. O entendimento a respeito da historicidade como fator necessário para a compreensão do conceito da autonomia privada é também defendida por Federico de Castro y Bravo, ao sustentar que a “autonomia privada altera-se no curso da História” (CASTRO Y BRAVO, Federico. **El negocio jurídico...**, p.).

⁶ “(...) *l'autonomia privata è principio attinente ai comportamenti umani costitutivi di situazioni giuridiche*” (GRISI, Giuseppe. **L'autonomia privata** – Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia. Milano: Giuffrè, 1999, p. 09).

⁷ Os princípios da liberdade e igualdade formal dos sujeitos foram verdadeiros dogmas da modernidade, permeando principalmente as relações contratuais. Como acentua Enzo Roppo, as codificações burguesas (Código de Napoleão e BGB) tinham como princípios centrais a liberdade de contratar, baseada no pressuposto da igualdade formal dos sujeitos. A importância de tais valores era tão elevada que o contrato e o poder de contratar eram considerados “meios de expressão da liberdade pessoal do indivíduo”. (ROPPO, Enzo. **O contrato**. p. 42).

⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfil de direito civil**. (...), p. 17.

particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes a respectiva disciplina jurídica”⁹.

Vale ressaltar que o princípio da autonomia privada é normalmente relacionado com o instituto do negócio jurídico, tendo em vista ser este um dos principais meios de autoregulação dos interesses privados^{10, 11}.

Ainda que esses diversos entendimentos a respeito da autonomia privada sejam pertinentes, cabe ressaltar que apenas expõem uma das faces desse princípio, que atualmente encontra sua base na dignidade da pessoa humana, sendo forma de expressão da autodeterminação dos sujeitos.

Na modernidade, a autonomia privada esteve intrinsecamente conectada às relações patrimoniais, sendo considerado livre o sujeito que era proprietário. Contudo, alguns acontecimentos do século XX¹² balançaram os aparentemente seguros pilares modernos, trazendo a tona a necessidade de discussão e mudança de paradigmas, incluindo o pensamento individualista e proprietário vigente.

Nessa guinada, faz jus destacar o papel do movimento de despatrimonialização do direito civil, em que o conhecimento e a educação têm valor superior aos bens

⁹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Direito Civil**, ano 12, n. 46, São Paulo, out.-dez. 1988, p. 10.

¹⁰ CARIOTA FERRARA, Luigi. **Il negozio giuridico nel diritto privato italiano**. Milano: Morano, 1965, p. 54.

¹¹Tal posicionamento é reconhecido por José Luis de los Mozos, que afirma: *“la teoría general del negocio jurídico queda formada em la primera mitad del siglo XIX, por obra del Pandectismo, presentándose como la expresión dogmática del reconocimiento de la autonomía privada, como fuente creadora de efectos jurídicos. Por ello, el concepto de autonomía privada se integra em el núcleo central de la noción de negocio jurídico(...)”*(MOZOS, José Luis de los. **El negocio jurídico** (estudios de derecho civil), Madrid: Editorial Montecorvo, 1987, p. 20).

¹² De acordo com Eroulths Cortiano Junior, as duas guerras mundiais, a revolução bolchevique, a hipótese da ocorrência de guerras nucleares, dentre outras situações, foram alguns dos acontecimentos que repercutiram fortemente na sociedade. (CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As quatro fundações do direito civil: ensaio preliminar. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. v. 45, 2006, p. 101).

materiais¹³, até mesmo pela insuficiência que o “ser proprietário” traz ao indivíduo em termos de destaque numa *sociedade de informação*.

Ainda, a partir da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado a ponto norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro¹⁴. A relação entre este princípio e a autonomia privada encontra-se na medida em que não se pode reconhecer dignidade a alguém se este é apenas sujeito a regras heterônomas, exteriores a si.

Essa virada axiológica trazida pela Constituição de 88 consiste na supremacia jurídica “dos valores existenciais da pessoa humana sobre os aspectos patrimoniais de sua existência”¹⁵, sendo o patrimônio reconhecido apenas como modo de proteção e garantia da dignidade da pessoa humana.

Com o movimento de constitucionalização do direito civil, os estatutos clássicos do direito privado, como a família, a propriedade e as relações contratuais ganharam espaço no texto constitucional, revelando a necessidade de se interpretar as categorias abordadas de acordo com os valores constitucionais aspirados pela sociedade brasileira¹⁶.

¹³ RAMOS, Carmen Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 15 - 16).

¹⁴ De acordo com Eroulths Cortiano Junior, reconhecer a dignidade da pessoa humana como princípio fundante de nosso ordenamento jurídico equivale a dizer que ele direciona tanto o legislador ordinário como o operador do direito, que deve utilizá-lo como parâmetro para aplicação das normas jurídicas e para a solução de casos de lacunas normativas. (CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando Fundamentos...**, p. 50 – 51).

¹⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo). In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena, GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES. Maria Celina de (org.). **Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar: 2002, p. 155.

¹⁶ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: **Repensando Fundamentos...**, p. 10 – 11.

Reconhecer dignidade aos indivíduos equivale a reconhecer personalidade, igualdade e paridade entre todas as pessoas¹⁷, sendo cada um sujeito ativo e responsável¹⁸ pela criação de seu plano existencial.

Desse modo, a liberdade contemporaneamente atribuída aos indivíduos não equivale apenas à liberdade econômica, mas também à noção mais ampla de liberdade da pessoa.

Isso é destacado por Pietro Perlingieri, ao afirmar que a “autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito: o contrato, como negócio patrimonial, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares (mas é melhor a esse ponto dizer: a liberdade da pessoa)”¹⁹.

Como destacado anteriormente, a autonomia privada historicamente teve a si arraigada a realização de negócios jurídicos patrimoniais, representados principalmente pelos contratos²⁰. Esta relação foi tão vívida a ponto de se sustentar que, tradicionalmente, a autonomia privada corresponderia à liberdade de negociar²¹,

¹⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 15.

¹⁸ Se todo sujeito é igual, livre e pode se autodeterminar, a consequência obrigatória é que todos são responsáveis pelos seus atos. O princípio da responsabilidade projeta-se ao longo de todo direito civil, seja no campo da responsabilidade civil, seja na expectativa de que, nas relações com terceiros, o indivíduo seja solidário e respeite não só as disposições acordadas entre as partes, mas também os deveres laterais de conduta proveniente da boa-fé objetiva. Como expõe Pedro Pais de Vasconcelos, a “liberdade sem responsabilidade constitui arbítrio, e o arbítrio é incompatível com a dignidade”. (VASCONCELOS, Pedro Pais. **Teoria geral do direito civil...**, p. 16).

¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfil do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. DE CICCIO, Maria Cristina (trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 275 - 276.

²⁰ Enzo Roppo adverte que apenas os contratos apresentam-se como os instrumentos adequados para formalizar uma operação econômica, entendendo-se esta como a transferência de riqueza (ROPPO, Enzo. **O contrato**. p. 11

²¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfil de direito civil...**, p. 17.

revelando a ideologia econômica liberal que marcou época em diversos locais do capitalismo nascente.

Conjuntamente com este entendimento, havia o discurso de que todos os homens eram livres, iguais e por isso, poderiam participar das trocas mercantis. Naturalmente, este indivíduo moderno era somente livre e igual em sentido formal, uma vez que era apenas abstratamente considerado como sujeito de relações patrimoniais. Mas em outra medida, essa liberdade e igualdade aparentemente reais eram também materiais quando se garante a liberdade de iniciativa dos indivíduo²², o que ofuscava as desigualdades, uma vez que se reservava a todos o direito de participar das relações mercantis.

A importância da propriedade, e de ser proprietário, foi elevada como *fator de realização do indivíduo*²³, tanto pelo fato do homem poder garantir a sua sobrevivência ao ser proprietário, como também alcançar a desejada autonomia a partir da livre troca de bens.

É neste ponto em que se encontra o cerne da discussão a respeito da propriedade, da liberdade e da autonomia privada. O homem, por ser proprietário é também livre, pois pode livremente dispor de seus bens quando desejar, agindo independente dos outros para sua própria subsistência e desenvolvimento pessoal. Aqui confunde-se o 'ser' com o 'ter', uma vez que possuir bens significa ser livre, ou seja, uma condição como a liberdade, apenas experimentada em termos subjetivos, é garantida, paradoxalmente, pela posse de bens materiais. Com isso, a “autonomia significa liberdade de agir, e a liberdade confunde-se então com a propriedade”²⁴, já que a propriedade representava um prolongamento da liberdade, pois o domínio sobre as coisas e sua livre disposição estão marcados no princípio proprietário²⁵.

²² CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico...** p. 53.

²³ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico...** p. 57.

²⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico...** p. 91.

²⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; PAULINI, Umberto. Um estudo sobre o ofuscamento jurídico da realidade: a impossibilidade de proteção de novos

Carmem Lucia destaca que a “igualdade, fundada na idéia abstrata de pessoa partindo de um pressuposto meramente formal, baseado na autonomia da vontade e na iniciativa privada (...) veio acompanhada de um paradoxo, que traduz uma conseqüência do modelo liberal-burguês adotado: a prevalência dos valores relativos à apropriação de bens sobre o ser, o respeito à justiça distributiva e à igualdade material ou substancial”²⁶.

Sustenta Enzo Roppo que o contrato, expressão da autonomia privada dos sujeitos, era visto no século XIX como o principal instrumento de transmissão da propriedade, sendo assim a noção de agir livremente em sociedade entrelaçada ao direito de propriedade²⁷.

Ainda que a liberdade de contratar tenha significado a liberdade plena de expansão da iniciativa privada e da própria personalidade do indivíduo, deve-se ressaltar que este entendimento condizia com o ideologizado discurso moderno na busca pelo progresso das sociedades novecentistas, que fundadas no jusnaturalismo e no iluminismo defendiam que a liberdade “de contratar significa abolição dos vínculos de grupo, de corporação, de ‘estado’, que na sociedade antiga aprisionavam o indivíduo numa rede de incapacidades legais”²⁸ que impossibilitavam a sua plena realização individual.

O sistema feudal não possibilitava a então desejada ascensão da burguesia, porque na sociedade feudal “os vínculos pessoais são praticamente orgânicos e o

valores e fatos a partir de velhos institutos. In: **Apontamentos Críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coord.). Curitiba: Juruará, 2007, p. 28.

²⁶ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando Fundamentos...**, p. 05.

²⁷ ROPPO, Enzo. **O contrato...**, p. 42.

²⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato...**, p. 36.

direito de nascença instaura diversos estatutos pessoais, não dá chance à sociedade de mercancia”²⁹.

Esse foi o discurso marcante da modernidade, que buscava a ascensão de uma noção egoística do indivíduo, desvinculando-o de qualquer sociabilidade, sendo a natureza do homem marcada pelo isolamento social. Como ressalta Eroulths Cortiano Junior, assim “era o homem moderno: diferente do medieval, fora das comunidades senhoriais, dependente de si e independente dos outros”³⁰.

Nos últimos vinte anos ocorreu uma mudança de significado da autonomia privada, que se desvincilhou de seu sentido egoístico, representado pelas relações de força mercantil, e direcionou-se para uma compreensão ampla da liberdade do sujeito, que não é mais considerado livre e autônomo apenas e principalmente para participar de atos jurídicos de conteúdo patrimonial, mas para agir nos mais diversos planos de sua existência, delimitando o caminho pelo qual prefere trilhar sua vida.

Assim, em sentido estrito, considerar-se-á a autonomia privada como a liberdade para celebrar negócios jurídicos ou contratos³¹, regendo os sujeitos seus interesses livremente. Já, num sentido amplo, autonomia privada é a autodeterminação dos indivíduos para o desenvolvimento de sua personalidade³², considerando-se a totalidade de suas relações pessoais, e não somente as de conteúdo patrimonial.

O reconhecimento da existência de um sentido amplo da autonomia privada é muito importante, uma vez que diversos atos regidos pela autonomia individual não

²⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As quatro fundações do direito civil: ensaio preliminar. In: **Revista da Faculdade de Direito...**, p. 100.

³⁰ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico...** p. 50.

³¹ VASCONCELOS, Pedro Pais. **Teoria geral...**, p. 15.

³² CASTRO Y BRAVO, Federico. **El negocio jurídico**. Madrid: Civitas, 1985; FLUME, Werner. **El negocio jurídico**. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998; VASCONCELOS, Pedro Pais. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2005;

entram na categoria dos negócios jurídicos ou dos contratos, como a criação de uma obra artística, o reconhecimento voluntário da paternidade, entre outros.

Devem-se considerar também nessa seara as situações de disposição de direitos de personalidade e do próprio corpo³³, que seriam formas de exercício amplo da autonomia privada, que encontram seu limite na intangibilidade física e psíquica do indivíduo³⁴. Por este motivo que a “negociação que tem por objeto situações subjetivas não-patrimoniais – de natureza pessoal e existencial – deve ser colocada em relação à cláusula geral de tutela da pessoa humana”³⁵, sendo ilícitas as condutas que violem a incolumidade humana.

Carmem Lucia ainda propõe a chamada *passagem da autonomia privada ao interesse social*³⁶, que se caracterizaria pela superação da autonomia privada, fundada no tradicional sujeito egoísta e proprietário, pelo interesse social, que estaria suplantado na Constituição de 88, que trouxe “um perfil solidarista e intervencionista, atendendo, ao menos formalmente – tendo em vista que essas garantias, como regra, não se tornaram efetivas no cotidiano dos cidadãos e na operacionalização do direito - , a pressões sociais, na busca de mecanismos capazes de suprir as necessidades dos cidadãos, em especial os excluídos”³⁷.

³³ O direito ao próprio corpo, fundado na subjetividade, “é reconhecido ao ser humano (...) sobre o fundamento inicial do necessário distanciamento entre personalidade formal e ser humano e, na sequência, de que o corpo é a materialização da personalidade que por intermédio dele se apresenta”. (CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; PAULINI, Umberto. Um estudo sobre o ofuscamento jurídico da realidade: a impossibilidade de proteção de novos valores e fatos a partir de velhos institutos. *In: Apontamentos Críticos...* p, 33).

³⁴ GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p.

³⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfil de direito civil. (...)**, p. 18.

³⁶ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *In: Repensando Fundamentos...*, p. 15 - 16.

³⁷ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *In: Repensando Fundamentos...*, p. 15.

A seguir, far-se-á uma breve análise a respeito dos limites à autonomia privada.

II.II Limitações à autonomia privada

De acordo com Luciano Penteadado, limitação é uma conformação atribuída a uma situação jurídica pelo ordenamento jurídico³⁸, tendo-se um confinamento das possibilidades que materialmente a situação jurídica possibilita ao seu titular por conta de diversos fatores, principalmente ligados à ordem pública.

A regra da vedação do abuso de direito, disposta no art. 187³⁹ do Código Civil, exprime uma disposição geral a respeito das limitações das situações jurídicas, que se estendem a qualquer tipo de direito. Desse modo, todo direito encontra-se intrinsecamente limitado pela vedação de seu uso abusivo.

Como acentua Pietro Perlingieri, não “se pode mais discorrer sobre limites de um dogma ou mesmo sobre exceções: a Constituição operou uma reviravolta qualitativa e quantitativa na ordem normativa. Os chamados limites à autonomia, colocados à tutela dos contraentes mais frágeis, não são mais externos e excepcionais, mas, antes, internos, na medida em que são expressão direta do ato e de seu significado constitucional”⁴⁰.

No mesmo sentido, Rosalice Pinheiro sustenta que “a teoria do abuso do direito deixa de se configurar como mero limite externo ao exercício dos direitos subjetivos e passa a se configurar como limite interno...”⁴¹.

³⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 217.

³⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁴⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfil de direito civil...**, p. 280.

⁴¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do Direito e as Relações Contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 407.

A necessidade de haver limites a todos os direitos justifica-se pelo fato do indivíduo viver em sociedade, e não isoladamente, como pretende o individualismo moderno, sendo fundamental para a ordem e paz sociais a limitação das esferas de atuação jurídica de cada sujeito.

Assim, o abuso de direito representa uma autolimitação⁴² da autonomia privada, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana seu fator de funcionalização⁴³.

A autora supra citada explica que “funcionalizar” a autonomia privada corresponderia a “conformá-la (...) à dignidade da pessoa humana. Trata-se com isto de despatrimonializá-la ou, ainda, repersonalizá-la”⁴⁴.

Desse modo, percebe-se que os movimentos de constitucionalização e despatrimonialização do direito civil, ao defenderem o entendimento da autonomia privada de acordo com os ditames constitucionais, principalmente pela dignidade da pessoa humana, promovem a devida limitação desse princípio basilar do direito privado, que atualmente, encontra-se socialmente funcionalizado em nosso ordenamento jurídico.

A seguir, tratar-se-á brevemente dos atos unilaterais tipificados em nosso ordenamento jurídico, com o intuito de iniciar a caminhada até a defesa da atipicidade desses atos como fontes de obrigações jurídicas, tendo em vista que são atos que representam a autonomia privada e que só podem ser limitados mediante expressa vedação legal.

⁴² PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**..., p. 220. De acordo com o autor, a autolimitação dar-se-ia pela própria natureza da situação jurídica, sendo que heterolimitação estaria relacionada “a aspectos extrínsecos da situação jurídica, por razões normalmente relacionadas ao interesse público.

⁴³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do Direito**..., p. 408.

⁴⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do Direito**..., p. 410.

III. ATOS UNILATERAIS TÍPICOS

III.I Promessa de recompensa

Constitui em ato pelo qual alguém, unilateralmente, mediante anúncios públicos, promete recompensar quem preencher determinada condição ou

determinado serviço, pela entrega de um prêmio⁴⁵. Desse modo, os elementos nucleares do suporte fático⁴⁶ do negócio jurídico unilateral⁴⁷ são a *publicidade*, a *designação da ação ou omissão que será recompensada*, e a *indicação de um prêmio*.

Pela necessidade da promessa de recompensa ser feita por anúncio publico, nota-se que se apresenta como um ato unilateral que exige o contato com outra esfera jurídica para se perfectibilizar.

Fala-se também na necessidade do prêmio estar especificado na promessa, ressaltando Pontes de Miranda que apenas a obrigação deve constar na promessa, e não necessariamente o objeto do prêmio.

A vinculação gerada da promessa faz com que o promitente fique adstrito a cumprir a obrigação de entregar o prêmio na hipótese de alguém cumprir o serviço ou a condição⁴⁸. Quando alguém cumpre o serviço ou a condição surge a relação jurídica

⁴⁵ Art. 854. Aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de cumprir o prometido.

⁴⁶ Suporte fático seria a referência a um fato que pode ocorrer no mundo e que, por ser visto como relevante, é previsto no ordenamento jurídico. O *suporte fático abstrato* seria aquele hipoteticamente descrito pela norma jurídica, sendo um enunciado abstrato de fatos. Já o *suporte fático concreto* corresponderia à ocorrência na realidade daquilo que hipoteticamente foi enunciado pela norma. (Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 42). Todo suporte fático terá um núcleo, um conjunto de fatos que dará suficiência para a norma incidir. A isso Pontes de Miranda chama de núcleo ou elementos nucleares do suporte fático. O núcleo é formado por dois segmentos: (a) o *cerne* vai fixar no tempo e a incidência da regra jurídica, representando a concreção do fato jurídico. O cerne é composto de fatos que, por serem considerados pela norma jurídica essenciais à sua incidência e conseqüente criação, constituem-se seu núcleo; já os (b) *elementos completantes* completam o cerne para formação do núcleo e especificação do fato jurídico em relação a outras espécies de fatos jurídicos. Os elementos completantes ainda verificam a suficiência do suporte fático para o ingresso ou não no plano da existência (Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência..., p. 52-55).

⁴⁷ Pontes de Miranda sustenta que o negócio jurídico unilateral é a "manifestação de vontade de alguém entra no mundo jurídico e se faz negocio jurídico sem que precise ou venha a precisar de qualquer manifestação de vontade de outrem para o completar". Tomo 31.

⁴⁸ Art. 855. Quem quer que, nos termos do artigo antecedente, fizer o serviço ou satisfazer a condição, ainda que não pelo interesse da promessa, poderá exigir a recompensa estipulada.

obrigacional, na qual o cumpridor tem pretensão ao prêmio, pelo qual o promitente se encontra obrigado.

Nas hipóteses de promessa de recompensa sem termo final para cumprimento, a irrevogabilidade pode ocorrer a qualquer momento desde que sejam respeitados dois requisitos, presentes na primeira parte do art. 856 do Código Civil: a revogação deve se dar antes do cumprimento do serviço ou condição e deve ser pública, com a mesma publicidade utilizada para a promessa. Já as promessas com termo final para cumprimento são irrevogáveis, devendo ser mantidas até o advento do termo final⁴⁹.

Em caso da promessa sem termo final ser revogada, o Código Civil determina que sejam ressarcidas todas as despesas do eventual interessado que diligenciou para o cumprimento da promessa de recompensa e se viu frustrado pela revogação. Esse dispositivo traz um valor de equidade, tendo em vista que o promitente pode revogar a promessa, mas deve ressarcir aqueles que tiveram prejuízo.

Quando mais de uma pessoa cumpre a condição ou o serviço, terá direito ao prêmio aquele que primeiro executou o serviço ou a condição⁵⁰, e se houver simultaneidade no cumprimento, o prêmio deve ser dividido⁵¹.

O art. 859 trata da promessa de recompensa em concursos privados, no qual se promete recompensa a quem cumprir serviço ou condição mediante avaliação julgadora.

⁴⁹ Art. 856. Antes de prestado o serviço ou preenchida a condição, pode o promitente revogar a promessa, contanto que o faça com a mesma publicidade; se houver assinado prazo à execução da tarefa, entender-se-á que renuncia o arbítrio de retirar, durante ele, a oferta.

Parágrafo único. O candidato de boa-fé, que houver feito despesas, terá direito a reembolso.

⁵⁰ Art. 857. Se o ato contemplado na promessa for praticado por mais de um indivíduo, terá direito à recompensa o que primeiro o executou.

⁵¹ Art. 858. Sendo simultânea a execução, a cada um tocará quinhão igual na recompensa; se esta não for divisível, conferir-se-á por sorteio, e o que obtiver a coisa dará ao outro o valor de seu quinhão.

Esse tipo de promessa de recompensa traz requisitos especiais, como a necessidade de termo final para a entrega dos trabalhos⁵². Assim, a promessa é irrevogável, uma vez que exige a determinação de um prazo final. O parágrafo 1º do art. 859 estipula que o julgamento feito pelas pessoas designadas no edital é vinculante⁵³, não sendo possível, desse modo, levar ao Judiciário a escolha do mérito da banca julgadora.

Observado o papel da autonomia privada na promessa de recompensa, pode-se caracterizar sua natureza jurídica. Assim, quem faz a promessa de recompensa executa negócio jurídico unilateral⁵⁴, tendo em vista que a declaração de vontade serve não apenas para compor o ato, como também para escolher as categorias

⁵² Art. 859. Nos concursos que se abrirem com promessa pública de recompensa, é condição essencial, para valerem, a fixação de um prazo, observadas as disposições dos parágrafos seguintes.

⁵³ Art. 859. §1º. A decisão da pessoa nomeada, nos anúncios, como juiz, obriga os interessados.

⁵⁴ De acordo com Pontes de Miranda, seriam três as espécies de fatos jurídicos, sendo todas circunscritas pelo amplo conceito de fato jurídico *lato sensu*, que corresponderia a todos os fatos que compõem o mundo jurídico. Primeiramente, têm-se os fatos jurídicos *stricto sensu*, que correspondem a todo “fato jurídico em que, na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial...” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência..., p. 131). É necessário, ainda, que os fatos jurídicos em sentido estrito tenham referibilidade ao ser humano, citando-se como exemplos o nascimento, a morte, a avulsão, entre outros, cujos suportes fáticos descrevem pura e simplesmente eventos. Depois, têm-se os atos jurídicos *lato sensu*, cujo suporte fático tem “como *cerne* [conjunto de fatos cuja ocorrência, por ser essencial à incidência da norma, constitui seu núcleo] uma exteriorização consciente de vontade, que tenha por objetivo obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência..., p. 143). Os atos jurídicos em sentido amplo dividem-se em negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*. Nestes, a manifestação de vontade serve apenas e tão-somente para conformar o suporte fático e promover a incidência da norma jurídica, sendo que todos os efeitos são previamente determinados pela lei. Já nos negócios jurídicos, a manifestação de vontade serve não apenas para compor o ato, como também para escolher os efeitos jurídicos dele decorrentes, ou seja, tem-se a presença da autonomia privada para a escolha das categorias eficazes. Como categoria intermediária, tem-se os ato-fatos jurídicos, cujo suporte fático descreve um agir humano no qual a presença ou ausência de manifestação de vontade é irrelevante para a incidência da regra jurídica. Exemplificativamente, cita-se a criação de uma obra artística, que promoverá ao agente a imediata aquisição dos correspondentes direitos autorais.

eficaciais, já que o promitente pode estabelecer os termos da promessa, qual o serviço a ser prestado, o prêmio, etc.

Por outro lado, quem cumpre a promessa executa ato-fato jurídico⁵⁵, já que a presença ou ausência de vontade no momento do atendimento da condição ou termo determinado pelo promitente é irrelevante para compor o suporte fático da promessa de recompensa.

III.II Gestão de negócios

A doutrina define o instituto como a “intervenção, não autorizada, das pessoas na direção de negócio alheio, feita no interesse e por conta do respectivo dono...”⁵⁶. Em outras palavras, gestão de negócios é cuidar daquilo que é do outro sem que previamente tenha lhe sido outorgado poderes para tanto⁵⁷.

Sílvio Rodrigues define o instituto como um ato de altruísmo⁵⁸, uma vez que o gestor, para evitar prejuízo ao dono do negócio, sem estar autorizado por este, intervém e cuida do seu patrimônio voluntariamente.

O art. 861 do Código Civil traz os requisitos necessários para a configuração da gestão de negócios. Deve existir a *falta de poder de gerir por parte do gestor*, sendo que aquele que pratica a gestão não ode estar legitimado pela lei ou pelo dono do negócio para agir em seu interesse. Para que haja autentica gestão o *negócio deve*

⁵⁵ Ver nota 55.

⁵⁶ VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em geral**. v. I. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1989, p. 416.

⁵⁷ Art. 861. Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócios alheio, dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com que tratar.

⁵⁸ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. v. I, 29.ed. Rev., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 293. O caráter altruísta da gestão de negócios também é defendida por Antunes Varela, que define a intervenção do gestor como uma “atitude de altruísmo moralmente louvável, de benemerência ou de autêntica solidariedade humana” (VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em geral**., p. 417).

ser alheio, e por último, deve haver a *vontade manifesta de gerir coisa alheia*, pois quem gere um negócio crendo que era seu não executa gestão de negócios.

Os artigos 861 a 866 do Código Civil trazem os deveres do gestor, que são: *diligência e atuação conforme a vontade manifesta ou presumível do dono do negócio*⁵⁹; *dever de aviso*⁶⁰, sendo possível que surjam três situações com essa comunicação:

1. estabelece-se o contato com o dono do negócio, e se este aprovar a gestão, ocorre a *ratificação*⁶¹, sendo que a lei transforma a gestão em contrato de mandato com eficácia retroativa, tal como desde o início da gestão houvesse um acordo entre o gestor e o dono do negócio;
2. o dono do negócio pode ainda rejeitar a gestão, havendo um dever imediato de sua *interrupção* por parte do gestor;
3. caso o gestor não consiga entrar em contato com o dono do negócio, ele tem o dever de *continuidade* da gestão até que seja ultimado o cuidado⁶²;

⁵⁹ Art. 861. Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirigi-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com que tratar.

Art. 862. Se a gestão foi iniciada contra a vontade manifesta ou presumível do interessado, responderá o gestor até pelos casos fortuitos, não provando que teriam sobrevivendo, ainda quando se houvesse absterido.

Art. 863. No caso do artigo antecedente, se os prejuízos da gestão excederem o seu proveito, poderá o dono do negócio exigir que o gestor restitua as coisas ao estado anterior, ou o indenize da diferença.

Art. 866. O gestor envidará toda sua diligência habitual na administração do negócio, ressarcindo ao dono o prejuízo resultante de qualquer culpa na gestão.

⁶⁰ Art. 864. Tanto que se possa, comunicará o gestor ao dono do negócio a gestão que assumiu, aguardando-lhe a resposta, se da espera não resultar perigo.

⁶¹ Art. 873. A ratificação pura e simples do dono do negócio retroage ao dia do começo da gestão, e produz todos os efeitos do mandato.

⁶² Art. 865. Enquanto o do, no não providenciar, velará o gestor pelo negócio até o levar a cabo, esperando, se aquele falecer durante a gestão as instruções dos herdeiros, sem se descuidar, entretanto, das medidas que o caso reclame.

Também há o dever de *atuação pessoal e responsabilidade*, já que o gestor tem o dever de atuar pessoalmente na gestão, sendo ilícito que ele se faça substituir, ainda que seja por pessoa idônea, sem prejuízo da ação que a ele, ou ao doo do negócio, contra ela possa caber. Desse modo, o gestor responderá pelas faltas do substituto⁶³.

Na medida em que a gestão seja útil ao dono do negócio, este deve ressarcir as despesas e os prejuízos que eventualmente o gestor tenha sofrido em virtude do ato unilateral⁶⁴, mas o gestor também deve ressarcimento em caso de prejuízo ao dono do negócio⁶⁵.

Há casos especiais determinados pelo Código Civil em que, se a pessoa prestar alimento⁶⁶ ou pagar as custas do enterro⁶⁷ por “bem fazer”, não há gestão de negócios, mas doação.

No Código Civil a gestão de negócios é apresentada como um ato unilateral, gerando a pertinente questão: se é um ato unilateral, é um negócio jurídico ou um ato jurídico em sentido estrito?

⁶³ Art. 867. Se o gestor se fizer substituir por outrem, responderá pelas faltas do substituto, ainda que seja pessoa idônea, sem prejuízo da ação que a ele, ou ao dono do negócio, contra ela possa caber.

Parágrafo único. Havendo mais de um gestor, solidária será a sua responsabilidade.

⁶⁴ Art. 869. Se o negocio for utilmente administrado, cumprirá ao dono as obrigações contraídas em seu nome, reembolsando o gestor as despesas necessarias ou uteis que houver feito, com os juros legais, desde o desembolso, respondendo ainda pelos prejuízo que este houver sofrido por causa da gestão.

§1º. A utilidade, ou necessidade, da despesa, apreciar-se-á não pelo resultado obtido, mas segundo as circunstâncias da ocasião em que se fizeram.

§2º. Vigora o disposto neste artigo, ainda quando o gestor, em erro quanto ao dono do negocio, der a outra pessoa as contas da gestão.

⁶⁵ Art. 863. Ver nota 60.

⁶⁶ Art. 871. Quando alguém, na ausência do indivíduo obrigado a alimentos, por ele os prestar a quem se devem, poder-lhes-á reaver do devedor a importancia, ainda que este não ratifique o ato.

⁶⁷ Art. 872. Nas despesas do enterro, proporcionadas aos usos locais e à condição do falecido, feitas por terceiro, podem ser cobradas da pessoa que teria a obrigação de alimentar a que veio a falecer, ainda mesmo que esta não tenha deixado bens.

O melhor entendimento é que a gestão de negócios seja um ato jurídico em sentido stricto, tendo em vista que a vontade do gestor serve apenas para compor o ato, sendo que os efeitos jurídicos são aqueles determinados pelo legislador.

III.III Enriquecimento sem causa

Caracteriza-se pelo locupletamento alheio, sem justa causa, que resulta numa diminuição patrimonial de outrem⁶⁸.

Conforme o artigo 885 do Código Civil, há enriquecimento sem causa “não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir”. Ressalta Caio Mário da Silva Pereira que a causa jurídica é que deve sustentar a eficácia da majoração patrimonial de um para com a diminuição patrimonial de outrem, já que “toda aquisição patrimonial deve decorrer de uma causa, ainda que seja ela apenas um ato de apropriação por parte do agente, ou de um ato de liberalidade de uma parte em favor de outra. Ninguém enriquece do nada”⁶⁹.

O enriquecimento sem causa era considerado um princípio implícito do direito civil, pois, ainda que não fosse previsto no Código Civil de 1916, sua vigência nas relações pessoais era aceita tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência⁷⁰.

Ainda que se faça referência ao enriquecimento sem causa como enriquecimento ilícito⁷¹, não deve confundir-se este com aquele instituto, já que o enriquecimento ilícito refere-se a situações em que a majorização patrimonial se dá por fato ilícito, ou seja, tem causa jurídica que o baseie.

⁶⁸ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. III, 10.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 537-538.

⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. III, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 588-589.

⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro...**, p. 588.

Destaca o artigo 886 que “não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”. Pela redação do dispositivo, percebe-se que o enriquecimento sem causa é medida excepcional, assim, não é meio para justificar, por exemplo, a leniência do titular do direito.

Uma vez que o enriquecimento sem causa trabalha basicamente com elementos objetivos, não com a intenção das partes, pode-se afirmar que é um ato-fato jurídico, sendo também um ato unilateral porque aquele que enriqueceu injustificadamente deve recompor patrimonialmente aquele que empobreceu.

Na sequência, tratar-se-á da figura do pagamento indevido, que se engloba na questão do enriquecimento sem causa.

III.IV Pagamento indevido

Ocorre quando alguém recebe atribuição patrimonial em decorrência de ato de outrem praticado com erro, que se caracteriza pela inexistência de dívida ou pela ineficácia da dívida em decorrência de condição⁷².

O termo pagamento mencionado no dispositivo deve ser entendido em seu sentido amplo, ou seja, como cumprimento de obrigação. O pagamento é tido como indevido porque inexistente dívida⁷³ ou esta dívida encontra-se sob condição.

O único elemento subjetivo presente no pagamento indevido é o erro, que corresponde a “uma falsa representação psicológica da realidade”⁷⁴.

Em termos de natureza jurídica o enriquecimento sem causa seria classificado com ato jurídico strito sensu, tendo em vista que todos os efeitos jurídicos decorrem de

⁷² Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição.

⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro...**, p. 580.

⁷⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 7.ed., rev. E atual. De acordo com a Lei de Recuperação de Empresas e Falência, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 149.

lei. No caso, o principal efeito é que aquele que recebeu indevidamente deve ressarcir aquele que pagou indevidamente.

Naturalmente, nem sempre o ressarcir é possível, pois às vezes o que foi pago é um fazer ou algo que já consumido ou alienado a terceiro. Nessas hipóteses em que esse retorno ao *status quo* é impossível, a situação se resolve com um dever de indenizar⁷⁵.

A seguir, tratar-se-á da tese central deste trabalho, que defende a ampla eficácia dos atos unilaterais como fontes de relações jurídicas obrigacionais, não se restringindo, deste modo, às categorias legais acima abordadas.

⁷⁵ Art. 881. Se o pagamento indevido tiver consistido no desempenho de obrigação de fazer ou para eximir-se da obrigação de não fazer, aquele que recebeu a prestação fica na obrigação de indenizar o que a cumpriu, na medida do lucro obtido.

IV. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO

IV.1 Fontes das relações jurídicas obrigacionais

Fonte é o elemento originário que constitui a existência de algo, que propicia sua gênese. Nesse sentido, considera-se fonte aquilo que origina uma relação jurídica obrigacional.

O tema das fontes é muito debatido na doutrina, pois o direito das obrigações apresenta-se como o ramo mais amplo do direito civil, sendo muito difícil circunscrever precisamente seu campo de abrangência. Em busca de critérios para essa determinação, criaram-se teorias cuja pretensão era analiticamente estipular as fontes das relações obrigacionais.

Sobre este tema, é comum a abordagem historiográfica, que pretende encontrar nos povos antigos a verdadeira origem das fontes do direito das obrigações⁷⁶. Cita-se, por exemplo, as *Institutas* de Gaio, no Direito Romano, que

⁷⁶ Ressalta-se a crítica metodológica e teórica feita por Ricardo Marcelo Fonseca acerca dos riscos da utilização do passado na busca de respostas para problemáticas que se referem particularmente ao presente. Como o autor alerta, “o estudo linear da história (e de modo particular da história do direito), que amontoa tudo o que já passou numa superposição harmônica e coerente de institutos jurídicos através do tempo, acaba impondo uma lógica ao passado que em verdade lhe é estranha, ao mesmo tempo em que lança sobre a época pretérita as questões, preocupações, valorações e ansiedades que pertencem ao presente (e ao cientista que produz tal tipo de conhecimento)” (FONSECA, R. M. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: Editora LTr, 2002, p.26).

trazem uma classificação quadripartida⁷⁷, propugnando como fontes das obrigações os contratos (decorrentes de um acordo entre as partes, sendo este seu ponto estrutural), os delitos (atos ilícitos realizados com dolo), os quase-contratos (atos voluntários lícitos aos quais falta acordo entre as partes) e os quase-delitos (atos ilícitos praticados com culpa). Essa classificação foi criticada pela doutrina, especialmente pela ambigüidade presente nos conceitos de quase-contratos e quase-delitos. Encontramo-na presente principalmente no Código Civil francês, que a estas quatro fontes adiciona a Lei⁷⁸.

Outro modelo, previsto pelo Código Civil alemão no revogado art. 305, propõe uma classificação bipartida, estabelecendo que as relações obrigacionais surgem da *vontade* e da *Lei*.

Essa concepção dúplice, adotada pelo BGB, foi a que prevaleceu na doutrina brasileira, sendo que a maior parte dos autores defende como fontes das obrigações a vontade e a Lei. Esse é o posicionamento de Clovis Bevilacqua, Orlando Gomes, Silvio Rodriguez, Caio Mário da Silva Pereira, entre outros⁷⁹.

⁷⁷ Adotado no Código de Napoleão, no Código Civil francês, art. 1370 e no Código Civil italiano de 1865.

⁷⁸ Nas palavras dos autores franceses Planiol e Ripert, a Lei seria considerada “*como la fuente de todas cuantas obligaciones no se encuentren comprendidas em alguna de las cuatro caategorías precedentes*”. (PLANIOL, Marcelo, RIPERT, Jorge. **Tratado Practico de Derecho Civil**. Trad. española de Mario Diaz Cruz, colaboracion de Eduardo Le Riverend Brusone, Tomo VI, Cuba: Cultural, 1946, p. 13).

⁷⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004; BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**, 8. ed., rev. e atual. por Achilles Bevilacqua, Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1954; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 23. ed., rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007; GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998; LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**, v. 2. São Paulo: Freitas Bastos, 1955; MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações** ou Tratado geral dos direitos de crédito, tomo I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v. 2. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972; RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – parte geral das obrigações**, v. 2, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002; WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 16. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

Em sentido diverso desse posicionamento teórico quase unânime, encontra-se uma grande contribuição doutrinária de Pontes de Miranda: a explicação das fontes da relação jurídica obrigacional por meio da *teoria do fato jurídico*⁸⁰.

De acordo com os ensinamentos de Pontes de Miranda, tanto a Lei quanto a vontade, sozinhas, não criam relações jurídicas. As relações jurídicas são apenas um dos efeitos dos fatos jurídicos. A manifestação de vontade encontra-se descrita abstratamente na norma⁸¹ e, para que esta incida, é necessária a concreção do suporte fático, ocorrendo, então, o fenômeno da juridicização⁸² pelo qual dá-se a

⁸⁰ Não é o objetivo tratar-se profundamente acerca da teoria do fato jurídico, mas apenas sintetizar o pensamento de Pontes de Miranda na defesa de fatos jurídicos como os únicos geradores de efeitos jurídicos e, conseqüentemente, de relações obrigacionais. Para maior entendimento da matéria recomenda-se o estudo de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomos I - V e da indispensável obra de MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007; **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006; **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia**. 2. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁸¹ Conforme as teorizações de Pontes de Miranda, a norma é composta por duas proposições: a descrição do suporte fático e a prescrição dos efeitos jurídicos. Cada norma descreve em seu suporte fático um enunciado abstrato de fatos (= suporte fático abstrato) cuja ocorrência, por ser considerada relevante pelo direito, é prevista pelo ordenamento jurídico. Com a concreção na realidade daquilo que hipoteticamente foi enunciado pela norma, tem-se a ocorrência do suporte fático concreto, que automaticamente ocasiona o fenômeno da incidência. Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello, “A incidência é (...) o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 74.). Desse modo, a incidência (que é inesgotável e incondicional) provoca o fenômeno da juridicização, levando ao mundo do direito as partes do suporte fático que forem consideradas importantes, transformando-as em fatos jurídicos. Já o preceito “constitui a parte da norma jurídica em que são prescritos os efeitos atribuídos aos fatos jurídicos” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência...**, p. 69), representando a eficácia jurídica que poderá ser irradiada pelo fato jurídico.

⁸² Conforme exposto por Marcos Bernardes de Mello, a eficácia da norma é incidir sobre o suporte fático quando este se concretiza na realidade, sendo que a juridicização é uma das cinco conseqüências possíveis do fenômeno da incidência. A *juridicização* permite que, com a incidência da norma, partes do suporte fático entrem no mundo do direito e criem fatos jurídicos; ainda tem-se a *pré-exclusão de juridicidade*, na qual se impede que “suporte fático que seria, normalmente, juridicizado em certo sentido, assim o seja, ou que certo fato venha a se tornar jurídico” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 94); a *invalidação*, ocasionada por normas cuja finalidade é decretar a nulidade ou anulabilidade de um determinado fato jurídico; a *deseficacização*, que retira a eficácia do fato jurídico, sem afetar, contudo, os planos da

entrada no mundo jurídico da parte do suporte fático que é considerada relevante pelo direito. Como afirma Marcos Bernardes de Mello,

a *vontade* ou a *lei, per se*, jamais pode gerar qualquer efeito jurídico porque (...) a vontade não constitui mais do que suporte fático da lei, e esta não passa de uma previsão cuja realização depende da concreção daquele. Portanto, a vontade sem lei que a tenha como suporte fático e a juridicize pela incidência é mero fato do mundo dos fatos e, assim, não pode engendrar qualquer consequência jurídica. Do mesmo modo, a lei por si só não cria efeito jurídico algum; define-os, é verdade, mas para atribuí-los a fatos (volitivos ou não) quando ocorrerem; se os fatos a que os imputa não se materializarem, efeitos jurídicos não haverá⁸³.

Observa-se, assim, que o fato jurídico se forma pelo acoplamento da lei sobre o suporte fático, ou nas palavras de Pontes de Miranda: “Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas — isto é, normas abstratas — *incidam* sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os “jurídicos”. (...) À lei é essencial colorir fatos, tornando-os fatos do mundo jurídico e determinando-lhes os efeitos (...)”⁸⁴.

Desse modo, reconhece-se no pensamento de Pontes de Miranda uma relação direta e necessária entre fontes das relações obrigacionais e fatos jurídicos. Isso porque as relações jurídicas obrigacionais nada mais são do que efeitos irradiados pelos fatos jurídicos, sendo estes os únicos passíveis de produzi-los. Com isso, pode-

existência e da validade e a *desjuridicização*, na qual retira-se a juridicidade de determinado fato, deixando ele de ser jurídico.

⁸³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da eficácia. 2. ed., rev., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29.

⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, tomo I, p.06.

se afirmar que *fontes das obrigações são os fatos jurídicos a partir dos quais decorrem as relações jurídicas obrigacionais*.

No direito brasileiro, tanto no Código Civil de 1916 quanto no Código Civil de 2002, não há regra alguma que determine quais são as fontes das obrigações. Assim, por mais um motivo mostra-se equivocada a adoção da classificação dúplice das fontes das obrigações pela maior parte da doutrina nacional⁸⁵.

Conclui-se, com Pontes de Miranda, que é impossível circunscrever as fontes das relações obrigacionais, pois são tantas as figuras que podem gerar obrigações que elas só podem ser determinadas exemplificativamente⁸⁶.

IV.II Atos unilaterais como fontes de relações jurídicas obrigacionais

Para uma clara compreensão, ressalta-se que os atos jurídicos em sentido amplo inserem-se na teoria do fato jurídico, dividindo-se em atos jurídicos em sentido estrito e em negócios jurídicos⁸⁷.

⁸⁵ Ver nota n. 79.

⁸⁶ Nessa linha, cita-se Couto e Silva que defendeu a existência duma *crise da teoria das fontes*. Segundo o autor, esta resultaria “da admissão de princípios tradicionalmente considerados meta-jurídicos no campo da ciência do direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema como fundamento no puro raciocínio dedutivo. Na verdade, outros fatores começaram a influir no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores que são decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os Códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem. A crise decorre da concepção de que um código por mais amplo que seja não esgota o “corpus juris” vigente, o qual se manifesta através de princípios, máximas, usos, diretivas, não apenas na interpretação judicial, como também na doutrina” (SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 74). Com isso, observa-se que considerar a vontade e a Lei como fontes de relações obrigacionais é mera adoção artificial de uma teoria classificatória, e, por isso, rígida, que é contraditória à própria maleabilidade do direito das obrigações, cujos alicerces são constituídos por estruturas dotadas de plasticidade, condizentes com as necessidades mutáveis de fluxo negocial das sociedades de trocas mercantis.

⁸⁷ De acordo com Pontes de Miranda, seriam três as espécies de fatos jurídicos, sendo todas circunscritas pelo amplo conceito de fato jurídico *lato sensu*, que corresponderia a todos os fatos que compõem o mundo jurídico. Primeiramente, têm-se os fatos jurídicos *stricto sensu*, que correspondem a todo “fato jurídico em que, na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial...” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência..., p. 131). É necessário, ainda, que os fatos jurídicos em sentido estrito tenham referibilidade ao ser humano, citando-se como exemplos o nascimento, a morte, a avulsão, entre outros, cujos suportes fáticos

Assim, os atos unilaterais devem ser entendidos como uma das espécies de atos jurídicos em sentido amplo, ou seja, condutas humanas voluntárias cuja vontade consciente compõe o núcleo do suporte fático. Conjugado a isso, pela nota da unilateralidade, tem-se a formação do fato jurídico pela prática do ato por apenas uma das partes, sem a necessidade de formação de um acordo mediante a convergência entre negócios jurídicos unilaterais de oferta e de aceitação.

Mostra-se importante destacar, ainda, que os atos unilaterais constituem conceito amplo presente em todo direito civil, não se limitando ao direito das obrigações. Existem atos unilaterais que não são fontes de relações obrigacionais, como, por exemplo, a confirmação e a ratificação, cujo efeito é sanar anulabilidades, e não criar relações obrigacionais⁸⁸.

Ressalta-se que o objeto desse estudo circunscreve-se apenas aos atos unilaterais geradores de relações jurídicas obrigacionais.

Pela perspectiva do plano da eficácia, algumas teorias procuram explicar o papel dos atos unilaterais na gênese de relações jurídicas obrigacionais.

Uma delas defende que mesmo nos contratos, a vinculação dos sujeitos justifica-se não pelo acordo entre as partes, mas pela promessa unilateral feita individualmente, que vincula o declarante no momento da manifestação volitiva.

descrevem pura e simplesmente eventos. Depois, têm-se os atos jurídicos *lato sensu*, cujo suporte fático tem “como *cerne* [conjunto de fatos cuja ocorrência, por ser essencial à incidência da norma, constitui seu núcleo] uma exteriorização consciente de vontade, que tenha por objetivo obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível” (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência..., p. 143). Os atos jurídicos em sentido amplo dividem-se em negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*. Nestes, a manifestação de vontade serve apenas e tão-somente para conformar o suporte fático e promover a incidência da norma jurídica, sendo que todos os efeitos são previamente determinados pela lei. Já nos negócios jurídicos, a manifestação de vontade serve não apenas para compor o ato, como também para escolher os efeitos jurídicos dele decorrentes, ou seja, tem-se a presença da autonomia privada para a escolha das categorias eficazes. Como categoria intermediária, tem-se os ato-fatos jurídicos, cujo suporte fático descreve um agir humano no qual a presença ou ausência de manifestação de vontade é irrelevante para a incidência da regra jurídica. Exemplificativamente, cita-se a criação de uma obra artística, que promoverá ao agente a imediata aquisição dos respectivos direitos autorais.

⁸⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da validade..., p. 244.

Dentre outros autores, destacam-se Siegel, Worms e Bonilla San Martín ⁸⁹. Rubén Compagnucci De Caso, ao explicar esse posicionamento teórico, esclarece que esses autores sustentariam que “no contrato a conjunção de vontades não é simultânea senão sucessiva, e quem emite uma oferta obriga-se somente por sua vontade, mediante esta ação firme, decidida e terminante, não interessando que se produza o consentimento ou a aceitação por outrem” ⁹⁰.

Desse modo, nas próprias relações contratuais, a vontade unilateral, uma vez manifestada, teria eficácia suficiente para vincular seu declarante, antes mesmo da aceitação pela outra parte. Com isso, não restariam dificuldades para o reconhecimento dos atos unilaterais como fontes de relações obrigacionais, uma vez que também nos contratos a vinculação de cada sujeito ocorre em momentos distintos.

Essa teoria foi muito criticada e tem pouca aceitação, uma vez que praticamente desconsidera a importância da formação contratual - ligada principalmente à idéia de declarações consensuais de vontades, e não a estas consideradas apenas atomisticamente.

Mas, afinal, seria aceitável que um ato de autonomia privada praticado apenas por um sujeito produzisse efeitos na esfera jurídica de outrem, mesmo que para constituir-lhe direito?

Em resposta a essa questão desenvolveu-se a teoria majoritariamente defendida pela doutrina, conhecida como *princípio do contrato*⁹¹. Seus defensores

⁸⁹ Autores citados por DE CASO, Rubén H. Compagnucci. **Manual de obligaciones**. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 55.

⁹⁰ “(...) en el contrato la conjunción de voluntades no es simultánea sino sucesiva, que quien emite una oferta queda ya obligado por su sola voluntad, mediante esta acción firme, decidida y terminante, no interesando que se produzca el consentimiento o la aceptación por outro” (DE CASO, Rubén H. Compagnucci. *Manual de obligaciones*. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 55).

⁹¹ Com citação direta da expressão – na doutrina alemã: LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. Na doutrina portuguesa: ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1998; TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**. 6. ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra, 1989; VARELA, Antunes. **Das obrigações em Geral**. 10. ed., reimp., rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2000. Sem citação direta - na doutrina argentina: DE CASO, Rubén H. Compagnucci. **Manual de obligaciones**. Buenos Aires: Astrea, 1997; ZANNONI, Eduardo A.

afirmam que as relações obrigacionais teriam como fonte primordial os contratos, mediante o acordo entre as partes.

Como afirma Larenz, geralmente “não é suficiente a simples promessa de cumprir uma prestação para nascer o dever de cumpri-la, salvo se a ela adicionar-se a aceitação da promessa pelo destinatário da mesma. A razão para isso reside em que a lei não quer obrigar ninguém a adquirir um ‘crédito’ mediante a promessa de outrem, sem que intervenha seu consentimento”⁹².

O Código Civil português, assim como o Código Civil italiano, traz referência expressa à consideração meramente excepcional dos atos unilaterais como fontes de relações obrigacionais. Assim, o art. 1987º da legislação portuguesa estabelece que “*a promessa unilateral de uma prestação não produz efeitos obrigacionais fora dos casos admitidos em lei*”.

Como afirma o jurista italiano Scuto, “em nosso direito positivo anterior (...) encontramos o princípio (...) pelo qual para a constituição de uma relação jurídica obrigacional (voluntária) ocorre o concurso da vontade de duas partes entre as quais a relação jurídica obrigacional se constitui. Não basta que alguém com uma declaração unilateral assumira uma determinada obrigação; ocorre que à sua vontade venha a se

Elementos de la obligación. Buenos Aires: Astrea, 1996. Na doutrina brasileira: COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2004; GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998; NONATO, Orosimbo. **Curso de Obrigações**, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1959; SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**, vol. XX, 3. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1946. Na doutrina francesa: PLANIOL, Marcelo; RIPERT, Jorge. **Tratado Practico de Derecho Civil**. Trad. española de Mario Diaz Cruz, colaboracion de Eduardo Le Riverend Brusone, Tomo VI, Cuba: Cultural, 1946. Na doutrina italiana: SCUTO, Carmelo. **Le Font Delle Obbligazioni** – secondo le varie classificazioni e ela classificazione del nuovo codice civile. Napoli: Internazionale Treves di Leo Lupi, 1953. Na doutrina de Québec: PINEAU, J.; BURMAN, D.; GAUDET, S. **Théorie des Obligations**, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet, Montréal: Thémis, 2001.

⁹² “(...) no es suficiente la simple promesa de cumplir una prestación para que nazca el deber de cumplirla, sino que a ello ha de añadirse la aceptación de la promesa por el destinatario de la misma. La razón para ello reside em que la ley no quiere obligar a nadie a que adquiera un ‘crédito’ mediante la promesa de outro, sin que medie su consentimiento” (LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. t. I, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 56).

unir a vontade do credor, para poder-se falar de constituição de uma relação jurídica obrigacional”⁹³.

Esse posicionamento é sustentado pela legislação italiana no art. 457º do Código Civil ao dispor que *“a promessa unilateral de uma prestação não produz efeitos obrigacionais fora dos casos admitidos em lei”*.

No direito francês, como ressaltam Planiol e Ripert, o Código Civil utiliza o termo *convention*⁹⁴ ao se referir a qualquer relação obrigacional voluntária. Assim, os autores sustentam que *“por regra geral a vontade humana criadora de obrigações apresenta-se sob a forma, única aceita pela doutrina tradicional, de um acordo de várias vontades, ou seja, o contrato”*⁹⁵. Sendo mais incisivos, os autores sustentam que os atos unilaterais não deveriam ser considerados como fontes de relações obrigacionais, pois, em seu entender, o Código Civil francês *“não oferece regra alguma que poderia explicar-se mediante este tipo de obrigações”*⁹⁶.

Tem-se, ainda, na redação original do Código Civil alemão o disposto no art. 305, que estabelece que *“na falta de disposição em contrário, é necessário o contrato entre as partes interessadas para o estabelecimento de uma obrigação por meio de ato jurídico, tal como para a sua modificação”*.

⁹³ *“(…) nel nostro precedente diritto positivo (...) troviamo il principio (...) per cui per la costituzione di un rapporto obbligatorio (volontario) occorre il concorso delle volontà delle due parti tra cui il rapporto obbligatorio si costituisce. Non basta che qualcuno con una dichiarazione unilaterale assuma una determinata obbligazione; occorre che allà sua volontà si unisca la volontà del creditore, per poter parlare di costituzione di un rapporto obbligatorio”* (SCUTO, Carmelo. **Le Font Delle Obbligazioni** – secondo le varie classificazioni e ela classificazione del nuovo codice civile. Napoli: Internazionale Treves di Leo Lupi, 1953, p. 117).

⁹⁴ Código Civil francês, art. 1370. *Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé.*

⁹⁵ *“(…) por regla general la voluntad humana creadora de obligaciones se presenta bajo la forma, única aceptada por la doctrina tradicional, de un acuerdo de varias voluntades, o sea el contrato”* (PLANIOL, Marcelo, RIPERT, Jorge. **Tratado Practico de Derecho Civil**. Trad. española de Mario Diaz Cruz, colaboracion de Eduardo Le Riverend Brusone, Tomo VI, Cuba: Cultural, 1946, p. 15).

⁹⁶ *“(…) no ofrece regla alguna que pudiera explicarse mediante este tipo de obligaciones”* (PLANIOL, Marcelo, RIPERT, Jorge. **Tratado Practico de Derecho Civil...**, p. 17).

Observa-se, assim, que nas legislações dos países citados, há disposições normativas que estabelecem os contratos como principais fontes de obrigações e, excepcionalmente, conferem essa eficácia aos atos unilaterais.

Tem-se, ainda, outros argumentos defendidos pela doutrina como justificção da aplicação do princípio do contrato.

Alguns autores afirmam que aqueles contrários à “idéia de que a vontade pode por si mesma, obrigar alguém, entendem que como toda obrigação consiste em uma relação jurídica bilateral, ela deve corresponder a um ato criador igualmente bilateral”⁹⁷. Ter-se-ia, ainda, o risco de aceitar a existência de relação obrigacional sem credor⁹⁸.

Em sintonia com a doutrina estrangeira, os autores brasileiros defendem que os atos unilaterais geram relações obrigacionais apenas nos casos previstos em lei. Como afirmou Orlando Gomes, o Código Civil brasileiro adotou a mesma solução do direito alemão para a questão da eficácia vinculante das declarações unilaterais, uma vez que “não há liberdade de criá-las. Constituem-se, com efeito, em casos restritos, legalmente preordenados”⁹⁹. Também Orosimbo Nonato sustenta que no Código Civil brasileiro há “*consagração legislativa, posto moderada*, e em casos especiais, da doutrina que considera a vontade unilateral como uma das fontes de obrigações” (grifou-se)¹⁰⁰.

⁹⁷ “(...) *la idea de que la voluntad pueda, por si misma, obligar a alguien, entienden que como toda obligación consiste en una relación jurídica bilateral, ella debe corresponderse a un acto creador igualmente bilateral*” (ZANNONI, Eduardo A. **Elementos de la obligación**. Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 66).

⁹⁸ “(...) *no es posible que exista una obligación sin sujeto activo o acreedor*”; (PINEAU, J., BURMAN, D., GAUDET, S. **Théorie des Obligations**, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet, Montréal: Thémis, 2001, p. 443 –). Outro autor considera que “(...) *le débiteur risque de s’engager de façon inconsidérée, envers un créancier qui n’est pas nécessairement déterminé, de sorte qu’on a pu dire qu’il s’agissait, em certains cas, d’une obligation sans créancier*” (DE CASO, Rubén H. Compagnucci. **Manual de obligaciones**. Buenos Aires: Astrea, 1997, p.56).

⁹⁹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 237.

¹⁰⁰ NONATO, Orosimbo. **Curso de Obrigações**, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 194.

Porém, se analisados os Códigos Civis de 1916 e 2002, não se encontrará qualquer dispositivo que possa, a exemplo da legislação estrangeira já citada, legitimar essa limitação dos atos unilaterais às figuras normativas, e, assim, justificar as afirmações dos autores nacionais.

Desse modo, justifica-se a questão: haveria aplicação do *princípio do contrato* no direito brasileiro?

IV.III A tese de Pontes de Miranda: a atipicidade dos atos jurídicos unilaterais

O art. 425 do atual Código Civil estabelece que é *“lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”*. Este dispositivo possibilita que as partes constituam contratos distintos daqueles previstos pelo legislador, adotando fundamento similar ao Código italiano¹⁰¹.

No direito brasileiro, não há dispositivo legal que, expressamente, lance a previsão da licitude para os sujeitos vincularem-se mediante atos unilaterais atípicos. Contudo, também não existe estipulação que limite a autonomia privada dos indivíduos em termos de constituição de atos jurídicos em sentido amplo, sejam eles atos jurídicos em sentido estrito ou negócios jurídicos. Nesse sentido, Pontes de Miranda já defendia que as *“espécies de negócios jurídicos unilaterais não têm caráter exclusivo, como não o têm as espécies de negócios jurídicos bilaterais, notadamente os contratos”*¹⁰².

¹⁰¹ A segunda parte do art. 1322 do Código Civil italiano, ao tratar da autonomia contratual, estabelece que *“Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”*. Ressalva-se, aqui, a segunda parte do artigo, ao dispor que a abertura normativa para a constituição de contratos dar-se-á desde que eles sejam diretos a realizar interesse merecedor de tutela jurídica. Esta determinação poderia ser considerada como próxima à noção de ‘função social do contrato’ estabelecida no direito brasileiro pelo art. 421 do Código Civil – *“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”*.

¹⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Parte Especial, tomo XXXI, Rio de Janeiro: Borsoi, 1961, p. 06.

Entende o autor que seria pertinente afirmar que “a modificabilidade, por auto-regramento da vontade, dos tipos legais dos negócios jurídicos unilaterais, não é tão fácil, tão pertinente, tão permitida, como a modificabilidade dos tipos legais dos negócios jurídicos bilaterais” ¹⁰³. Entretanto, essa rigidez não provém da unilateralidade, mas de precauções para a proteção de certos interesses sociais que justificam a limitação da autonomia privada, em maior ou menor grau, para a modificação dos atos tipificados. Tanto que essas restrições não se limitam apenas aos atos unilaterais, pois, como salienta Pontes de Miranda, “os próprios textos legais permitem, por vêzes, modificações, e tal modificabilidade, só restrita, também se encontra a respeito de negócios jurídicos bilaterais” ¹⁰⁴.

Efetivamente, em decorrência de determinados interesses sociais, a unilateralidade impõe restrições à possibilidade dos sujeitos vincularem-se mediante atos unilaterais, mas, como ressalta o autor, daí “para se poder aventurar que só há negócios jurídicos unilaterais *nominados* ou *típicos* longa distância vai” ¹⁰⁵.

Como exposto na segunda parte deste artigo, um dos argumentos contrários à aceitação do surgimento de obrigações provenientes de atos unilaterais seria a inaceitabilidade de eventual afetação da esfera jurídica do destinatário da declaração unilateral, pois esse destinatário não participaria do momento constitutivo da relação obrigacional. Outro ponto levantado é que se desestruturaria a própria relação obrigacional, deixando esta de ser bilateral, pois apenas há a declaração de vontade de um dos pólos.

Primeiramente, Pontes de Miranda responde a essa objeção ao afirmar que seria

¹⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XXXI., p. 06.

¹⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XXXI., p. 06.

¹⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XXXI., p. 06-07.

“inadmissível o argumento de que a eficácia dos negócios jurídicos unilaterais influi normalmente no patrimônio de terceiro e a lei tem de cogitar de regramento estrito e salvaguardar os interesses dos terceiros. Os negócios jurídicos unilaterais, em princípio, de modo nenhum atingem a esfera jurídica de terceiro, salvo para lhes dar direito, pretensão, ação ou exceção” ¹⁰⁶. Citando como exemplo a promessa de recompensa, o autor ressalta que o “promitente, nas manifestações unilaterais de vontade, vincula-se; não vincula a pessoa a quem se dirige, ou o *unus ex publico*. Esse é o ponto principal e os que alimentavam com o argumento da invasão da esfera jurídica alheia a hostilidade aos negócios jurídicos unilaterais procediam como se ignorassem esse ponto” ¹⁰⁷.

Ao analisar-se a estrutura da relação jurídica, observa-se que ela é dotada, dentre outras características, de bilateralidade e reciprocidade. Conforme Lummia e Alcides Tomasetti Jr., esses conceitos expressam o vínculo correlato de direitos e deveres que surgem entre os pólos da relação jurídica. A bilateralidade consiste no fato de que “ao poder de um corresponde o dever de outro” ¹⁰⁸, e a reciprocidade, por sua vez, baseia-se no pressuposto de que “um sujeito não pode operar de certo modo, relativamente a um outro sujeito, sem com isso legitimar este último, nas mesmas condições, a um comportamento análogo em face ao primeiro sujeito” ¹⁰⁹. Como anteriormente exposto, foram feitas objeções acerca da possibilidade dos atos unilaterais desestruturarem essa necessária bilateralidade e reciprocidade entre as partes. Em resposta, Pontes de Miranda lembra que “a unilateralidade, a que se alude, é da *fonte* da relação jurídica, ou das relações jurídicas. A distinção ‘unilateral,

¹⁰⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XXXI. p. 07.

¹⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XXXI. p. 07.

¹⁰⁸ LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981, p. 102 -123. Tradução, com adaptações e modificações, pelo Prof. Dr. Alcides Tomasetti Jr. (*mimeo*), p. 02.

¹⁰⁹ LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto...**, p. 02

bilateral' nada tem com as relações jurídicas, porque essas, como tôdas as relações se referem, se reportam, se relatam, sendo-lhes essencial a bilateralidade, os dois lados, os dois pólos”¹¹⁰.

Finalmente, Pontes de Miranda esclarece que “auto-regramento da vontade, dito autonomia da vontade, tanto há de haver para negócios jurídicos bilaterais quanto para negócios jurídicos unilaterais”¹¹¹.

Desse modo, ao contrário do que sustenta parte da doutrina, não existe razão para limitar os atos unilaterais àquelas espécies tipificadas pelo legislador brasileiro. Por serem atos de autonomia privada, eles não podem sofrer restrição sem previsão legal, sendo a disciplina dos atos unilaterais¹¹² meramente exemplificativa, e não exaustiva.

IV.IV A confissão de dívida com espécie de ato unilateral

Expôs-se, até o momento, a conflituosa discussão presente na doutrina acerca da suposta restrição dos atos unilaterais aos tipos legais, limitando-se, com isso, sua eficácia na geração de relações jurídicas obrigacionais. Em contraposição, colocou-se em evidência o singular posicionamento de Pontes de Miranda, que defendeu a atipicidade dos atos unilaterais no direito brasileiro, propugnando a sua ampla aceitação como fonte do direito das obrigações.

Paralelamente às discussões teóricas, encontra-se em sociedade – substrato material do direito – a ocorrência de práticas negociais que desafiam os estudos doutrinários, provocando uma necessária reflexão a respeito do tema dos atos unilaterais. Refere-se, aqui, à figura da confissão de dívida que, a despeito de não

¹¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XXXI. p. 07.

¹¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XXXI. p. 07.

¹¹² Promessa de recompensa: art. 854 e ss; gestão de negócios: art. 861 e ss; pagamento indevido: art. 876 e ss; enriquecimento sem causa: art. 884 e ss e títulos de crédito: art. 887 e ss.

encontrar previsão expressa no direito positivo, é reconhecida e tem sua eficácia amplamente considerada pela jurisprudência dos tribunais.

Como afirma Pontes de Miranda, a “confissão de dívida é ato jurídico *stricto sensu* de reconhecimento”¹¹³ pelo qual “se estabelece que, para o manifestante, o direito de outrem existe, ou a sua pretensão, ou a sua ação, ou uma e outra, ou tôdas”¹¹⁴.

Com a confissão de dívida, por intermédio de uma manifestação de vontade do devedor, declara-se a existência de direito, ação ou pretensão do destinatário da declaração. Assim, “reconhecer dívida é afirmar que ela existe”¹¹⁵.

É importante ressaltar que a confissão de dívida não é prevista no direito positivo brasileiro, caracterizando-se como criação imposta por exigência das práticas negociais, pois as pessoas, muitas vezes, necessitavam da existência de atos jurídicos recognoscitivos de dívida, pretensão e de ação alheias, tornando claro aquilo que poderia ser *incerto*¹¹⁶.

Ao analisar-se a jurisprudência dos tribunais, percebe-se que se concebe ampla eficácia obrigacional à confissão de dívida, reconhecendo-se a ela até mesmo a eficácia de título executivo extrajudicial, ou seja, a possibilidade de atestar a existência de relação obrigacional acionável (composta de crédito líquido, certo e exigível), possibilitando a imediata execução do devedor.

Observa-se, com isso, que um ato unilateral do devedor, ao reconhecer a existência de direito de crédito exigível de outrem, confere a esta pessoa um direito de ação em sentidos material e processual, tendo o titular do direito a faculdade

¹¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XXXI. p. 45.

¹¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XXXI. p. 37.

¹¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XXXI. p. 38.

¹¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XXXI. p. 37.

reconhecida de “fazer-se atuar com todas as forças que estejam a sua disposição”¹¹⁷ em busca da satisfação de seus interesses¹¹⁸.

De acordo com o art. 333, inc. I do CPC, o ônus da prova incumbe “ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito”. Contudo, a confissão de dívida atesta de modo tão sólido a existência de direito creditício alheio que se torna desnecessário ao credor provar a existência da relação obrigacional que deu origem ao reconhecimento. Ocorre, assim, a inversão do ônus da prova, uma vez que “fica a pessoa a favor de quem se reconheceu a dívida dispensada de provar a relação jurídica básica”¹¹⁹. Com o ônus da prova, tem-se um “mecanismo que aproxima o direito material do direito processual, buscando uma *adequada tutela de direitos*, na medida em que se deixa de aplicar o procedimento comum em favor de um procedimento especial amoldado ao determinado direito substancial debatido no processo”¹²⁰. Ressalta-se que a desnecessidade de comprovação, pelo credor, da existência da relação jurídica de base, indicia a autonomia do ato unilateral de confissão de dívida como fonte de direitos e deveres de crédito.

¹¹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista de. **Ação de imissão de posse**. 2. ed., rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 44.

¹¹⁸ Quando ocorre o vencimento do termo, exaurindo-se o prazo no qual o devedor poderia satisfazer os interesses do credor nos modos e tempo determinados, nasce ao titular do direito a *pretensão de direito material*, isto é, o poder de exigir do destinatário do dever jurídico o cumprimento da prestação. Com isso, o credor “poderá então exercer sua pretensão de direito material, forçando o devedor exercendo pressão contra si, no sentido de obter o cumprimento da obrigação” (SILVA, Ovídio A. Baptista de. **Ação de imissão de posse**..., p. 37). Se, mesmo sendo pressionado, o devedor não satisfaz a obrigação, surge ao credor a *ação em sentido material*, pela qual ele pode agir contra aquele. Mas, considerando o princípio de que é vedado aos particulares buscarem por si mesmos a satisfação de seus direitos, surge a *pretensão em sentido processual*, faculdade de exigir do Estado a proteção do direito violado. Em decorrência disto, tem-se o surgimento da *ação em sentido processual*, caracterizada como o “exercício de um direito conferido ao cidadão de invocar a proteção jurisdicional do Estado, provocando, por meio de um pedido formal, a respectiva atividade estatal, entendida como um dever do Estado, decorrente do monopólio estatal da função jurisdicional” (SILVA, Ovídio A. Baptista de. **Ação de imissão de posse**..., p. 35).

¹¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. t. XXXI. p. 39.

¹²⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 218.

Um acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná corrobora esta afirmação:

Em recurso de apelação cível contra sentença proferida em embargos do devedor, os embargantes alegavam que a ação de execução iniciada contra eles pela instituição financeira deveria ser extinta, pois se baseava apenas num ato unilateral de confissão de dívida e, uma vez que não foram apresentados os contratos de conta corrente e extratos, não seria possível comprovar-se se os valores deduzidos na confissão corresponderiam aos que o banco efetivamente tinha direito. Ressaltavam, desse modo, que a confissão de dívida seria destituída de liquidez, impossibilitando a execução.

O Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso, decidindo que “o fato de o banco não ter apresentado os documentos necessários - contratos de conta corrente e extratos - à realização da prova pericial, não importa em reconhecimento de iliquidez do título e extinção da execução...”¹²¹. Ainda, lembram que o extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná já afirmava a liquidez, certeza e exigibilidade do ato unilateral de confissão de dívida, asseverando que o “simples fato de a confissão de dívida ser originária de contrato sem força executiva não é suficiente para lhe retirar a exeqüibilidade”. Justifica-se isso porque a confissão, como ato unilateral do devedor, tem eficácia obrigacional autônoma sobre a relação jurídica a qual presta reconhecimento. Assim, a falta de exeqüibilidade da relação-base não contamina o ato jurídico de reconhecimento desta.

Em recurso similar ao anterior, encontra-se mesmo posicionamento no Tribunal de Justiça de Alagoas ao citar decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“O entendimento desta Corte já está consolidado no sentido de que a confissão de dívida é título executivo, não afastando a executividade do título o fato de o

¹²¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Apelação cível n. 417422-5. Mafuz Antônio Abrão e Outro *versus* Banco do Brasil S.A. Relator: Des. Jucimar Novochadlo. Acórdão de 13 de junho de 2007.

contrato anterior, consolidado na confissão de dívida, tratar-se de contrato de abertura de crédito em conta-corrente”¹²².

Esta reiterada aceitação da eficácia dos atos unilaterais pelos tribunais ocasionou a edição da Súmula n. 300, de 18.10.2004, pelo Superior Tribunal de Justiça, que consolidou o entendimento de que “o instrumento de confissão de dívida, ainda que originário de contrato de abertura de crédito, constitui título executivo extrajudicial”.

O que se pode observar, com a análise jurisprudencial, é que se confere plena eficácia obrigacional ao ato unilateral daquele que declara a dívida, constituindo-se obrigação líquida, certa e exigível, características necessárias a sua executibilidade.

O mais importante é atentar-se que a confissão, como ato unilateral, tem eficácia autônoma em relação ao vínculo obrigacional que ela declara existente, dando origem a uma obrigação acionável, que antes não o era.

Desse modo, o tempo guardou razão a Pontes de Miranda ao propugnar a atipicidade dos atos unilaterais como fontes de relações obrigacionais, uma vez que o instituto de confissão de dívida, ato unilateral sem previsão legal no direito nacional, tem sua eficácia amplamente aceita pelos tribunais brasileiros.

IV.V A ação monitória – procedimento fundamentado em ato unilateral

Finalmente, tratar-se-á da ação monitória, também conhecida como “procedimento monitório” ou “procedimento de injunção”, instituída no Código de Processo Civil brasileiro pela Lei nº. 9.079, de 14.07.95.

Pela redação do art. 1.102.a¹²³, observa-se que é facultado ao credor impetrar ação baseada em documento escrito sem eficácia de título executivo na busca de

¹²² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS. Apelação cível n. 2003.002057-8. Mary Anne de Souza Rocha e outros *versus* Banco do Brasil S.A. Relator: Des. José Fernando Lima Souza. Acórdão de 16 de fevereiro de 2005.

satisfação creditícia de quantia certa, coisa fungível ou coisa móvel. Como afirmam Nery Junior e Rosa Maria Nery, a finalidade da ação monitória é “alcançar a formação de título executivo judicial de modo mais rápido do que na ação condenatória convencional”¹²⁴, cabendo ao juiz expedir mandado de pagamento ou entrega da coisa no prazo de quinze dias (art. 1.102.b¹²⁵). Na falta de apresentação de embargos (art. 1.102.c¹²⁶), ou indeferimento destes (art. 1.102-c, §3º¹²⁷), “a ordem de pagamento se transforma em mandado executivo, com força de sentença condenatória em julgado”¹²⁸. Assim, tem-se a possibilidade de encurtar o caminho do processo de execução, pois a ação monitória permite que o credor não utilize o procedimento ordinário para a obtenção duma sentença constitutiva de título executivo para que, então, seja aberto o processo executivo. Como afirma Humberto Theodoro Júnior, por intermédio do procedimento monitório, “o credor, em determinadas circunstâncias, pode pedir ao juiz, ao propor a ação, não a condenação, mas desde logo a expedição

¹²³ Art. 1.102.a - A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

¹²⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7. ed., rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1207.

¹²⁵ Art. 1.102.b - Estando a petição inicial devidamente instruída, o Juiz deferirá de plano a expedição do mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias.

¹²⁶ Art. 1.102.c. No prazo previsto no art. 1.102-B, poderá o réu oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial. Se os embargos não forem opostos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo e prosseguindo-se na forma do Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei.

¹²⁷ Art. 1.102.c, § 3º Rejeitados os embargos, constituir-se-á, de pleno direito, o título executivo judicial, intimando-se o devedor e prosseguindo-se na forma prevista no Livro I, Título VIII, Capítulo X, desta Lei.

¹²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A ação monitória e a reforma do Código de Processo Civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 447.

de uma ordem ou mandado para que a dívida seja saldada no prazo estabelecido em lei”¹²⁹.

Ao averiguar-se o ato de direito material que pode sustentar a ação monitória, percebe-se que o legislador foi muito amplo em sua conceituação, pois estabeleceu apenas que ele constituirá *prova escrita sem eficácia de título executivo*, “sem restringir quais e que tipos de documentos poderia servir como prova do crédito que se pretende satisfazer. (...) Esta prova escrita pode ser qualquer documento que permita ao julgador extrair a existência do direito de crédito alegado, não se exigindo formalidades ou peculiaridades neste documento”¹³⁰.

A doutrina cita como exemplos de documento escrito sem eficácia de título executivo o cheque prescrito, a duplicata sem aceite, a carta confirmando a aprovação do valor do orçamento e a execução dos serviços, a carta agradecendo ao destinatário empréstimo em dinheiro, o telegrama, o fax, o documento eletrônico sem eficácia executiva¹³¹, entre outros.

É oportuno questionar-se o porquê desses documentos, a despeito de muitos serem atos unilaterais do devedor, que propiciam a comprovação do crédito, não figurarem como título executivo extrajudicial, assim como acontece no caso da confissão de dívida. Deve-se ressaltar que não são todos os atos unilaterais do devedor que são passíveis de constituir título executivo extrajudicial, pois há requisitos legais que necessitam ser observados¹³². Assim, os atos unilaterais que não

¹²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A ação monitória e a reforma do Código de Processo Civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 446.

¹³⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Apelação Cível n. 405.501-0. Geraldo Sebastião Molena *versus* COCAMAR - Cooperativa Agroindustrial. Relator: Des. Prestes Mattar. Acórdão de 03 de julho de 2007.

¹³¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7. ed., rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.1207.

¹³² O art. 585, inc. II do CPC estabelece que são títulos executivos extrajudiciais “a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o *documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas*; o instrumento de transação referendado pelo Ministério

respeitarem esses critérios não vão assegurar a necessária solidez do crédito para compor um título executivo extrajudicial, servindo, contudo, de base para a ação monitória, na qual se certificará da existência do direito da parte credora a determinada prestação.

O importante é observar-se que considerável parte desses documentos instrumenta atos unilaterais provenientes da esfera jurídica do devedor, e que por atestar a existência de uma relação jurídica obrigacional, são considerados passíveis de fundamentar o procedimento monitório e acarretar a execução direta do réu caso ele não oponha embargos ou estes sejam indeferidos.

Como anteriormente apontado, não há determinações legais que estipulem quais seriam os atos unilaterais passíveis de ser utilizados pelo credor como base da ação monitória, o que mais uma vez confirma a tese de Pontes de Miranda acerca da atipicidade dos atos unilaterais como fontes geradoras de relações jurídicas obrigacionais, agora sob a lente do processo civil.

Assim, quaisquer atos unilaterais do devedor que, instrumentados em documento escrito, possam confirmar a existência de dívida, conferirão ao credor a pretensão e ação para exigir a prestação.

Como já exposto, Pontes de Miranda defendia que os atos unilaterais somente afetariam esfera jurídica do destinatário da declaração para conferir-lhe direito, ação ou pretensão, pois o declarante vincula apenas a si mesmo, e não o outro. Tem-se esse pensamento aqui confirmado ao notar-se que apenas o ato unilateral do devedor pode constituir documento escrito passível de fundamentar a ação monitória, sendo inadmissível documento unilateral do credor, pois seria aceitar que este criasse unilateralmente deveres jurídicos na esfera de terceiro. De acordo com Nery Junior e Rosa Maria Nery, a “prova escrita hábil a instruir a ação monitória é a procedente do devedor ou de terceiro, nunca a exclusivamente oriunda do próprio credor (...). No

Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores”. Com isso, apenas será confissão de dívida o ato unilateral do devedor que for assinado por este e por duas testemunhas.

mesmo sentido: 'Documento emanado exclusivamente do credor, como recibo de aluguel, não enseja ação monitória' (...)" ¹³³.

Já foi retratado neste estudo que não há previsão legal no direito brasileiro que estabeleça a atipicidade dos atos jurídicos unilaterais. Entretanto, é interessante notar que com a ação monitória concede-se direito de ação processual¹³⁴ àquele que detiver prova documental produzida unilateralmente pelo devedor de uma prestação.

É importante lembrar que a ação processual é apenas "direito instrumental, por via do qual o direito eventualmente existente e reconhecido judicialmente se exerce"¹³⁵, sendo que uma ação é sempre "*decorrência de um direito material*" ¹³⁶. Assim, apenas existirá direito de ação processual caso exista direito de ação em sentido material, cuja existência está vinculada à pretensão em sentido material, que nasceu no momento em que o direito tornou-se exigível pelo seu titular. Desse modo, conceder um direito de ação processual a alguém apenas é possível se houver, no plano material, um direito a ser tutelado. Com isso, confirma-se que um ato unilateral pode, autonomamente, gerar um direito de crédito a alguém, uma vez que, com a ação monitória, ocasiona-se o surgimento da exigibilidade judicial deste direito.

Desse modo, a adoção da ação monitória veio a confirmar o pensamento de Pontes de Miranda, pois se instituiu no direito brasileiro um procedimento que atribui abertura legislativa na consideração de atos unilaterais como geradores de obrigações acionáveis, desde que provenientes da esfera jurídica do declarante.

¹³³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7. ed., rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1209.

¹³⁴ Ver nota n. 119.

¹³⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista de. **Ação de imissão de posse**. 2. ed., rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 38.

¹³⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista de. **Ação de imissão de posse...**, p. 40.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo, procurou-se tratar dos atos jurídicos unilaterais numa perspectiva dogmática e crítica, focando-se em como o tema é disciplinado no direito brasileiro, ao contrário de apenas reproduzir a disciplina conferida a esses atos na doutrina estrangeira.

Com isso, buscou-se um entendimento doutrinário e legislativo coerente com nosso ordenamento jurídico, o que se mostra indispensável para o desenvolvimento da doutrina nacional de acordo com as necessidades e tendências de nossa sociedade.

O estudo feito no início da monografia foi crucial ao entendimento do tema, tendo em vista que a ampla compreensão do princípio da autonomia privada é necessária para que se entenda que ela pode apenas ser limitada dentro dos limites de nosso ordenamento, para que seu exercício não seja sufocado injustificadamente, como em certa medida ocorreu com o tratamento da atipicidade dos atos unilaterais.

Se a legislação brasileira concede amplo poder de liberdade aos particulares para que possam exercer sua autonomia no que diz respeito aos negócios jurídicos, não se encontrou motivo para que o mesmo não seja considerado em relação aos atos unilaterais, que pela mera nota da unilateralidade, como se mostrou neste trabalho, não podem ser limitados aos tipos legalmente previstos.

Ainda que a maior parte dos autores nacionais defendam a aplicabilidade do princípio do contrato no direito nacional, mostrou-se que a prática de se aceitar, tanto em mercado, quanto pela jurisprudência, a confissão de dívida como fonte autônoma de obrigações jurídicas, evidencia a força normativa dos fatos, que perpassam e se expandem pela teoria jurídica, devendo ser observados pelo jurista na busca por um direito mais próximo à realidade social.

Além do mais, com a inclusão da ação monitória no Código de Processo Civil, conferiu-se, no plano processual, um direito de ação para aqueles que tenham documentos emanados da esfera jurídica do devedor e que não constituem títulos

executivos, o que mais uma vez prova a aceitação dos atos jurídicos unilaterais como figuras atípicas em nosso ordenamento jurídico.

Desse modo, procurou-se desenvolver um estudo focado tanto na doutrina nacional e estrangeira quanto nos fatos da realidade, que enriquecem a compreensão jurídica e proporcionam uma melhor compreensão da realidade jurídica.

VI. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1998.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Direito Civil**, ano 12, n. 46, São Paulo, out.-dez. 1988.

ASSIS, Araken de. **Manual de execução**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2006.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**, 8. ed., rev. e atual. por Achilles Bevilaqua, Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1954.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS. Apelação cível n. 2003.002057-8. Rel.: Des. José Fernando Lima Souza. 1ª. Câmara Cível. j. 16.06.2005. Disponível em: <www.tj.al.gov.br>. Acesso em: 10 jul. 2007.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Apelação cível n. 417422-5. Rel.: Des. Jucimar Novochadlo. 15ª Câmara Cível. j. 13.06.2007. Disponível em: <www.tjpr.gov.br>. Acesso em: 10 jul. 2007.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Apelação Cível n. 405.501-0. Rel.: Des. Prestes Mattar. 6ª. Câmara Cível. j. 03.06.2007. Disponível em: <www.tjpr.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2007.

CARIOTA FERRARA, Luigi. **Il negozio giuridico nel diritto privato italiano**. Milano: Morano, 1965.

CASTRO Y BRAVO, Federico. **El negocio juridico**. Madrid: Civitas, 1985.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2004.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; PAULINI, Umberto. Um estudo sobre o ofuscamento jurídico da realidade: a impossibilidade de proteção de novos valores e fatos a partir de velhos institutos. In: **Apontamentos Críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. CORTIANO JUNIOR, Eroulths (coord.). Curitiba: Juruará, 2007.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das coisas (Breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo). In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena, GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina de (org.). **Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar: 2002.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. As quatro fundações do direito civil: ensaio preliminar. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. v. 45, 2006.

COUTO. Clovis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DE CASO, Rubén H. Compagnucci. **Manual de obligaciones**. Buenos Aires: Astrea, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico – consequência práticas**. Curitiba: Educa; Scientia et Labor, 1988.

FLUME, Werner. **El negocio jurídico**. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.

FONSECA, R. M. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica**. São Paulo: Editora LTr, 2002.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GIORGI, Jorge. **Teoría de Las Obligaciones en el Derecho Moderno**. V. III. Trad. de la séptima ed. italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas. Intr. de Eduardo Dato Iradier. [s.l.] Reus, 1978.

GIORGI, Jorge. **Teoría de Las Obligaciones en el Derecho Moderno**, v. VI. Trad. de la séptima ed. italiana y anotada con arreglo a las legislaciones española y americanas. Intr. de Eduardo Dato Iradier. Madrid: Reus, 1930.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. III, São Paulo: Saraiva, 2004.

GRISI, Giuseppe. **L'autonomia privata – Dirrito dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia**. Milano: Giuffrè, 1999.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. 2 tomos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal do Paraná, v. 42, p. 133-154, 2005.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LUMIA, Giuseppe. **Lineamenti di teoria e ideologia del diritto**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1981, p. 102 -123. Tradução, com adaptações e modificações, pelo Prof. Dr. Alcides Tomasetti Jr. (*mimeo*).

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia**. 2. ed., rev., São Paulo: Saraiva, 2004.

MOZOS, José Luis de los. **El negocio jurídico** (estudios de derecho civil), Madrid: Editorial Montecorvo, 1987.

NERY JUNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de 1994 e de 1995**. 2. ed., rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 7. ed., rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NONATO, Orosimbo. **Curso de Obrigações**, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. III, 10.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. DE CICCIO, Maria Cristina (trad.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINEAU, J., BURMAN, D., GAUDET, S. **Théorie des Obligations**, 4^e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet, Montréal: Thémis, 2001.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do Direito e as Relações Contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PLANIOL, Marcelo, RIPERT, Jorge. **Tratado Practico de Derecho Civil**. Trad. espanhola de Mario Diaz Cruz, colaboracion de Eduardo Le Riverend Brusone, Tomo VI, Cuba: Cultural, 1946.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Obras literárias: Prosa e Poesia**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1960.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Parte Especial, Tomo XXXI, Rio de Janeiro: Borsoi, 1961.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Tomo III. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

RAMOS, Carmen Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v. I, 29.ed. Rev., São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**, vol. XX, 3. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1946.

SCUTO, Carmelo. **Le Font Delle Obbligazioni** – secondo le varie classificazioni e la classificazione del nuovo codice civile. Napoli: Internazionale Treves di Leo Lupi, 1953.

SILVA, Ovídio A. Baptista de. **Ação de imissão de posse**. 2. ed., rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

STAUT, S. S. Algumas precauções metodológicas para o estudo do direito civil. **Arte jurídica: Biblioteca científica do programa de pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil da Universidade Estadual de Londrina**. v.I. Curitiba: Juruá, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A ação monitória e a reforma do Código de Processo Civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

TELLES, Inocência Galvão. **Direito das obrigações**. 6. ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra, 1989.

VARELA, Antunes. **Das obrigações em Geral**. 10. ed., reimp., rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2000.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em geral**. v. I. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1989.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 16. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2004.

ZANNONI, Eduardo A. **Elementos de la obligación**. Buenos Aires: Astrea, 1996.