

# A declaração de vontade na perspectiva do Direito Civil alemão

LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI<sup>1</sup>

Sumário: Introdução. 1. Origem histórica da noção de declaração de vontade. 2. A noção de declaração de vontade. 3. A declaração de vontade e a segurança das relações jurídicas. 4. Os elementos constitutivos da declaração de vontade. 4.1. O elemento subjetivo. 4.2. O elemento objetivo. 5. A eficácia da declaração de vontade. 5.1. A distinção entre declaração de vontade receptícia e não receptícia. 5.2. A emissão da declaração de vontade. 5.3. A rejeição das teorias da emissão. 5.4. O sistema de recepção do § 130 do BGB. 5.5. A repercussão da revogação da declaração de vontade. 6. A vontade declarada por meio de representação. 6.1. Generalidades sobre a teoria da representação. 6.2. A representação legal e a representação voluntária. 6.3. Atos praticados por terceiro sem poder de representação. 7. Os vícios da declaração de vontade. 7.1. O campo de atuação da teoria dos vícios de consentimento. 7.2. A divergência consciente entre a vontade e a declaração. 7.3. A divergência inconsciente entre a vontade e a declaração. 7.4. A sanção em caso de divergência entre a vontade e a declaração. 7.5. A reparação do interesse negativo em caso de anulação unilateral. Considerações finais.

## INTRODUÇÃO

A declaração de vontade constitui uma noção central do Direito Privado alemão. Em face das disposições constantes do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), a declaração de vontade forma um conceito transversal que permeia todo o Direito Privado.

Isso significa que na conclusão de um contrato, na regulação de uma sucessão testamentária ou na realização da transmissão de uma propriedade, o regime geral das declarações de vontade (*Recht der Willenserklärungen*) se aplica sistematicamente para apreciar a validade do negócio jurídico ou para cuidar de eventuais vícios da vontade do declarante. Ainda, vale notar que um negócio jurídico, seja qual for o seu tipo, não pode ser concebido sem que haja pelo menos uma declaração de vontade, de maneira que é correto afirmar que o negócio jurídico está alicerçado na declaração de vontade.

Após a compreensão da noção e da importância da declaração de vontade, passa-se à análise dos seus elementos constitutivos. Especial destaque é dado à vontade declarada por meio de representação, cujo sistema autônomo é um dos traços característicos do Direito alemão. O texto também estuda o tratamento dado pelo sistema alemão às declarações patológicas de vontade, isto é, afetadas por defeitos. Por fim, o estudo panorâmico da matéria busca instigar o leitor a melhor compreender a importância da declaração de vontade e a procurar soluções no Direito alemão para problemas existentes no Brasil.

Assim sendo, em face da importância da temática, que inclusive influenciou na elaboração das codificações civis brasileiras (1916 e 2002), o presente artigo propõe um estudo abrangente da declaração de vontade no Direito alemão. Eventuais aproximações e diferenças existentes

1 Livre-Docente e Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutor em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-Doutor em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal na Seção Judiciária de São Paulo.

entre o Direito alemão e o brasileiro serão apontadas, o que certamente permitirá uma melhor compreensão do papel socioeconômico da declaração de vontade. Por fim, trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente em revisão bibliográfica e na investigação da legislação.

## 1. ORIGEM HISTÓRICA DA NOÇÃO DE DECLARAÇÃO DE VONTADE

O conceito de declaração de vontade tem suas origens no século XVII, nas teorias desenvolvidas pela Escola de Direito Natural. Com base na análise da *promissio* do Direito Canônico, Grotius considerou que uma vontade deveria ser declarada para produzir efeitos jurídicos, e que uma declaração errônea, por parte do declarante, deveria ensejar a reparação do dano resultante. As ideias de Grotius foram recebidas de forma diferente pelas doutrinas francesa e alemã. Enquanto Pothier não adotou a exigência de uma exteriorização da vontade no momento da formação do contrato, os autores alemães a aprofundaram para construir as bases da atual concepção de consentimento do Direito alemão<sup>2</sup>.

O termo “declaração de vontade” já era usado pela Lei Geral da Prússia (*Allgemeines Landrecht für Preußischen Staten* – ALR), tendo adquirido importância central no século XIX, o que também ocorreu com o termo “negócio jurídico” (*Rechtsgeschäft*)<sup>3</sup>.

Na mesma linha, o BGB, mais tarde, igualmente deu grande importância à declaração de vontade, que foi considerada como instrumento fundamental para a realização da autonomia privada.

## 2. A NOÇÃO DE DECLARAÇÃO DE VONTADE

A codificação civil alemã não apresenta uma definição de declaração de vontade (*Willenserklärung*) e também não especifica os seus elementos constitutivos (§§ 116 a 144 do BGB), mas consagra inúmeras disposições à temática. No âmbito doutrinário, a declaração de vontade geralmente é conceituada como uma manifestação de vontade de uma pessoa que é realizada, com vistas a uma consequência jurídica<sup>4</sup>.

A declaração de vontade existe então somente quando a manifestação tem como objetivo consequências jurídicas. Se uma pessoa, por exemplo, diz que quer ir com outra ao cinema, nesse caso não há nenhuma declaração de vontade no sentido jurídico, uma vez que a declaração não tem implicações jurídicas.

Embora o Código Civil alemão não faça uma distinção rigorosa entre declaração de vontade e negócio jurídico, é certo que tais termos não são idênticos. A declaração de vontade constitui o núcleo do negócio jurídico, sendo então um elemento necessário do negócio jurídico, que deve ser composto por, pelo menos, uma declaração de vontade<sup>5</sup>. O contrato, por sua vez, é um negócio jurídico bilateral composto por duas declarações de vontade<sup>6</sup>. Há ainda negócios jurídicos que são compostos por várias declarações de vontade, como é o caso da constituição de uma sociedade<sup>7</sup>.

2 GROTIVS, Hugo; POTHIER, Robert apud FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017, p. 73.

3 Cf. LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 11. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022, p. 114.

4 Cf. KÖHLER, Helmut. *BGB AT*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2014, p. 5.

5 Cf. BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 75.

6 Cf. DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens. *Bürgerliches Vermögensrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 49.

7 Cf. SCHACK, Haimo. *BGB – Allgemeiner Teil*. 14. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2013, p. 54.

Nessa senda, na conclusão de um negócio jurídico devem estar presentes as declarações de vontades de todas as partes. Faltando a declaração de vontade, o negócio jurídico não se realiza<sup>8</sup>.

Portanto, os atos jurídicos, independentemente de sua natureza (atos criadores de obrigação, atos translativos de propriedade, contrato de casamento, testamento, resolução de uma assembleia geral de uma sociedade por ações, etc.), são, portanto, dotados de regras comuns<sup>9</sup>.

### 3. A DECLARAÇÃO DE VONTADE E A SEGURANÇA DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

Classicamente, o Direito alemão é apresentado como um sistema jurídico que, a fim de preservar a segurança das relações jurídicas, atribui grande importância à declaração de vontade, que é entendida como um fato social e não como a única manifestação exterior de uma vontade pertencente ao foro interno do indivíduo.

Considerou-se perigoso o dogma da vontade (*Willensdogma*) para a segurança das transações, pois permitiria a anulação, em nome de uma vontade secreta, de uma declaração de vontade que seu destinatário acreditava ser válida. Assim sendo, a força jurídica dada pela lei a uma declaração de vontade não resultaria propriamente da vontade, mas sim da declaração da vontade, tal qual qualquer homem honesto e esclarecido a teria entendido<sup>10</sup>.

Por isso, diz-se que os autores do BGB se inspiraram na teoria da declaração (*Erklärungstheorie*)<sup>11</sup>, enquanto o Direito francês teria sido construído com base na teoria da vontade (*Willentheorie*), que dá prevalência justamente à vontade. Contudo, por trás das aparências do Código Civil francês e do BGB alemão escondem-se soluções mais ou menos similares. De fato, pode-se dizer que ao longo dos anos as diferenças entre os dois sistemas diminuíram, de modo que atualmente o Direito Civil alemão e o francês alcançaram um equilíbrio sutil entre o respeito à vontade interna do declarante e a proteção do terceiro, o qual deve poder confiar na declaração que recebeu<sup>12</sup>.

### 4. OS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA DECLARAÇÃO DE VONTADE

O BGB não regulou expressamente os elementos que devem necessariamente compor uma declaração de vontade. Entretanto, na doutrina e na jurisprudência se afirma que, para que uma manifestação individual possa ser qualificada como uma declaração de vontade, é necessária a presença de dois elementos constitutivos<sup>13</sup>.

Há um elemento que é subjetivo (*subjektiver Tatbestand*), isto é, a vontade (*Wille*), e outro elemento que é objetivo (*objektiver Tatbestand*), ou seja, a declaração (*Erklärung*), a qual pode ser feita de forma expressa ou tácita. Em todo caso, é importante lembrar que a vontade e a declaração não necessariamente coincidem<sup>14</sup>.

8 Cf. SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2016, p. 210.

9 Cf. WITZ, Claude. *Le droit allemand*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2018, p. 117.

10 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 74.

11 Conforme ensina Francisco Amaral, é mais acertado dizer que o sistema do Código Civil brasileiro de 2002, “[...] tomando como ponto de partida a declaração de vontade (na qual a intenção se consubstancia) e como critério de interpretação a boa-fé e os usos do lugar (art. 113), optou pela concepção objetiva e, conseqüentemente, pela teoria da declaração” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 477).

12 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 74.

13 Cf. EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018, p. 19-20.

14 Cf. DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens, op. cit., p. 49.

#### 4.1. O elemento subjetivo

Com base nos conhecimentos de psicologia da época em que o BGB foi elaborado, ainda hoje a doutrina alemã divide o elemento subjetivo (ou interno) em três componentes: a) A vontade de agir (*Handlungswille*); b) A consciência de fazer uma declaração (*Erklärungsbewusstsein*); e c) A vontade de realizar um determinado negócio jurídico (*Geschäftswille*)<sup>15</sup>.

Na prática, porém, a distinção somente vai apresentar relevância diante de casos patológicos, quando falta um dos três componentes e este defeito pode levar à invalidação da declaração e, conseqüentemente, do negócio jurídico. Em todo caso, não existe consenso na literatura jurídica acerca de quais elementos são necessários para que exista a declaração de vontade<sup>16</sup>. Há quem entenda, por exemplo, que é suficiente a presença apenas da vontade de agir e da consciência de fazer uma declaração<sup>17</sup>.

##### a) A vontade de agir

A vontade de agir (*Handlungswille*) implica, por parte do autor da declaração, uma consciência de agir. A existência da vontade de agir é condição para a existência de uma declaração de vontade. No caso de comportamento inconsciente ou de coerção física direta (*vis absoluta*), não há vontade de agir e, portanto, inexistente declaração de vontade<sup>18</sup>. Os raros exemplos de ausência de vontade de agir aparecem como hipóteses teóricas, como é o caso de palavras ditas durante o sono ou sob o efeito de hipnose, ou ainda palavras escritas quando a mão do signatário é guiada à força por um terceiro<sup>19</sup>.

##### b) A consciência de fazer uma declaração

O segundo componente do elemento subjetivo é a consciência de fazer uma declaração (*Erklärungsbewusstsein*), que existirá quando a pessoa que emite uma declaração está ciente de que ela apresentará algum tipo de efeito jurídico. A pessoa deve então saber que está declarando algo legalmente relevante e que, por isso, está se vinculando juridicamente<sup>20</sup>.

Entretanto, pode ocorrer que uma pessoa emita uma declaração sem ter conhecimento de sua dimensão jurídica. O exemplo mais difundido nos manuais de Direito é o do leilão de vinhos na cidade de Tréveris (*Trierer Weinversteigerung*). Nesse caso, uma pessoa, durante um leilão, levanta o braço para cumprimentar um amigo que acabou de chegar, mas com o gesto acaba arrematando o objeto que estava sendo leiloado (*Vertragsschluss bei Versteigerung* – § 156 do BGB)<sup>21</sup>. A doutrina há muito está dividida sobre esse ponto. Parte dos estudiosos entende que na situação existiu a vontade de agir, mas faltou a consciência de fazer uma declaração<sup>22</sup>. Desse modo, o contrato não se formou devido à falta de uma oferta da pessoa que levantou seu braço, mas esta última pode ser obrigada a pagar uma indenização ao leiloeiro, em virtude da aplicação, por analogia, do § 122 do BGB. Segundo outra corrente doutrinária, a oferta foi realizada, entendimento que se baseia no princípio da confiança<sup>23</sup>.

15 Cf. KÖHLER, Helmut, op. cit., p. 6.

16 Cf. EISENHARDT, Ulrich, op. cit., p. 21.

17 Cf. RÜTHERS, Bernd; STADLER, Astrid. *Allgemeiner Teil des BGB*. 20. ed. München: C. H. Beck, 2020, p. 134.

18 Idem, ibidem.

19 Cf. SINGER, Reinhard. Vorbemerkung zu § 116 ff. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Allgemeiner Teil: § 90-124; 130-133. Berlin: Sellier, 2012, p. 456-457.

20 Cf. ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 143.

21 Cf. SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin, op. cit., p. 211.

22 Cf. JAENSCH, Michael. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 4. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2018, p. 25.

23 Cf. WITZ, Claude, op. cit., p. 118.

Em todo caso, longe de ser uma situação hipotética, a omissão da consciência em emitir uma declaração é notadamente alegada nos casos em que um gesto pode ser interpretado como uma ratificação implícita ou uma renúncia. Igualmente, é questionável a validade, no âmbito do comércio eletrônico, de uma declaração feita em ignorância de seu valor jurídico<sup>24</sup>.

Acerca da temática, o Tribunal de Justiça Federal (*Bundesgerichtshof* – BGH) adotou uma posição intermediária, considerando válida a declaração de vontade feita sem que seu autor tivesse consciência de sua emissão, desde que o seu destinatário pudesse interpretá-la como uma declaração de vontade, segundo a boa-fé e os usos. Protege-se, assim, a legítima confiança do destinatário na existência de uma declaração de vontade<sup>25</sup>.

Para chegar à mencionada solução, o Tribunal de Justiça Federal (BGH) analisou um caso no qual um banco enviou uma carta a um dos seus clientes declarando que “assumiria a garantia”, ao mesmo tempo em que solicitava o valor atual das dívidas garantidas. Após descobrir que o cliente não tinha subscrito e nem pedido uma garantia, o banco usou a seu favor a falta de consciência de emitir uma declaração<sup>26</sup>.

A solução, criticada por parte da doutrina, constitui atualmente posicionamento reiterado pelos tribunais, fazendo prevalecer os interesses do destinatário da declaração e, portanto, está mais relacionada à teoria da declaração<sup>27</sup>.

#### c) A vontade de realizar um determinado negócio jurídico

O terceiro componente é a vontade de realizar um determinado tipo de negócio jurídico (*Geschäftswille*), isto é, de provocar uma consequência jurídica concreta. Fala-se também em vontade de desencadear um efeito jurídico determinado (*Rechtsfolgenwille*)<sup>28</sup>. No entanto, a necessidade da presença do terceiro componente para a existência da declaração de vontade é posição defendida por corrente minoritária da doutrina<sup>29</sup>.

## 4.2. O elemento objetivo

O elemento objetivo (ou externo) diz respeito à questão de se saber se o comportamento do declarante dá a impressão de uma declaração de vontade. Isso significa que a parte declarante deve fazer sua vontade conhecida<sup>30</sup>, o que pode ser realizado, em princípio, por todos os meios de comunicação que estiverem à disposição<sup>31</sup>.

#### a) A liberdade de escolher a forma da declaração

A vontade deve ser exteriorizada para que o Direito possa lhe conceder importância jurídica, não bastando a existência de uma vontade interna. Ainda, é necessário que a vontade do declarante possa ser compreendida<sup>32</sup>.

Como regra, se a legislação ou as partes não prescreverem diversamente (§ 125 do BGB), o autor da declaração de vontade é livre para escolher a forma adequada para expressar a sua

24 Cf. LEIPOLD, Dieter, op. cit., p. 122.

25 Cf. SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin, op. cit., p. 211.

26 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 76.

27 Cf. JAENSCH, Michael, op. cit., p. 25.

28 Cf. FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018, p. 45.

29 Cf. SAKOWSKI, Klaus. *Grundlagen des Bürgerlichen Rechts*. 3. ed. Berlin: Springer, 2014, p. 45.

30 Cf. RÜTHERS, Bernd; STADLER, Astrid, op. cit., p. 132.

31 Cf. KALLWASS, Wolfgang; ABELS, Peter. *Privatrecht*. 23. ed. München: Franz Vahlen, 2018, p. 48.

32 Cf. EISENHARDT, Ulrich, op. cit., p. 20.

vontade (*Formfreiheit*)<sup>33</sup>. Nessa linha, qualquer comportamento que permita concluir pela existência de uma vontade é dotado de valor declarativo (*Erklärungswert*), podendo assim constituir o fundamento de uma declaração de vontade. Em todo caso, não obstante toda a revolução que tem sido promovida pelos desenvolvimentos tecnológicos, os meios de declaração mais importantes ainda são a palavra escrita e a palavra dita<sup>34</sup>.

#### b) A declaração de vontade expressa ou tácita

A legislação e parte da doutrina fazem distinção entre a declaração de vontade expressa (*ausdrückliche Willenserklärung*) e a declaração de vontade tácita (*stillschweigende Willenserklärung*)<sup>35</sup>.

O declarante emite uma declaração expressa quando a vontade é deduzida direta e imediatamente da declaração. A vontade é então expressa de tal forma que sua compreensão não necessita ser inferida das circunstâncias<sup>36</sup>. Isso se dá quando são utilizadas palavras inequívocas, desprovidas de ambiguidade, cujo significado é fixado pelo costume, pela lei ou mesmo por um acordo entre as partes.

Por outro lado, é tácita uma declaração que deve ser deduzida de indícios extrínsecos, como o comportamento de seu autor ou as circunstâncias em que ela foi feita, o que se passa, por exemplo, quando alguém embarca em um transporte público pago ou coloca uma moeda em uma máquina automática de bebidas. Fala-se, em tais situações, em declaração de vontade por comportamento concludente (*konkludentes Verhalten*)<sup>37</sup>.

Em geral, o BGB não faz distinção entre as declarações expressas e tácitas, sendo ambas admitidas. Contudo, há casos em que o BGB exige que uma declaração seja feita de forma expressa para ser válida, não sendo suficiente a declaração tácita, o que ocorre, por exemplo, no contrato de depósito irregular (§ 700, 2 do BGB – *Unregelmäßiger Verwahrungsvertrag*)<sup>38</sup>.

#### c) O significado jurídico do silêncio

O sentido da expressão silêncio (*Schweigen*), no âmbito jurídico, é diferente do que se encontra na linguagem coloquial. O silêncio não significa apenas não falar, mas sim conscientemente não se manifestar<sup>39</sup>.

O BGB parte do princípio de que o silêncio não tem significado jurídico. Por isso, o silêncio não pode, como regra, equivaler a uma declaração de vontade. Assim, o silêncio em relação a uma oferta de contrato não significa aceitação e nem rejeição, ainda que o ofertante anuncie que o silêncio será considerado como aceitação<sup>40</sup>.

De fato, apenas em algumas situações o silêncio pode indicar que foi feita uma declaração de vontade. Isso ocorre excepcionalmente nos casos em que as partes concordaram em dar valor declaratório ao comportamento puramente passivo (não por disposição unilateral)<sup>41</sup>, bem como

33 Cf. JESGARZEWSKI, Tim. *Wirtschaftsprivatrecht: Grundlagen und Praxis des Bürgerlichen Rechts*. 3. ed. Wiesbaden: Springer, 2016, p. 15.

34 Cf. FÖRSCHLER, Peter, op. cit., p. 45-46.

35 Cf. KALLWASS, Wolfgang; ABELS, Peter, op. cit., p. 48.

36 Cf. DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens, op. cit., p. 49-50.

37 Cf. MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 10. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2010, p. 138.

38 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 77.

39 Cf. WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C. H. Beck, 2016, p. 343-344.

40 Cf. KALLWASS, Wolfgang; ABELS, Peter, op. cit., p. 49.

41 Cf. SAKOWSKI, Klaus, op. cit., p. 44.

nas hipóteses em que as disposições expressas do BGB atribuem ao silêncio o valor da aceitação tácita (*normiertes Schweigen*)<sup>42</sup>. Ainda, o silêncio só pode ser qualificado como uma declaração de vontade em função das circunstâncias que o envolvem e de acordo com o princípio da boa-fé objetiva (*nach Maßgabe von Treu und Glauben*)<sup>43</sup>.

Ademais, vale ainda mencionar uma importante exceção costumeira em matéria comercial, a carta de confirmação (*kaufmännisches Bestätigungsschreiben*)<sup>44</sup>. Para tal fim, é necessário supor que negociações foram entabuladas e que um dos participantes enviou uma carta a seu parceiro comercial na qual o estipulante, acreditando correta ou erroneamente que um acordo foi alcançado no final das negociações, reconhece a existência e os termos do contrato. Desde que o conteúdo da carta não exceda o que geralmente é previsto em tais missivas, o seu destinatário deve responder se não concordar com os seus termos, o que geralmente deve ser feito dentro de um prazo de três dias. Em caso de silêncio, considera-se que o contrato foi concluído em conformidade com as condições previstas pela carta de confirmação<sup>45</sup>.

## 5. A EFICÁCIA DA DECLARAÇÃO DE VONTADE

### 5.1. A distinção entre declaração de vontade receptícia e não receptícia

O momento de aperfeiçoamento da declaração depende de sua natureza jurídica e, mais precisamente, de sua qualificação quanto à distinção entre as declarações sujeitas a recepção (*empfangsbedürftige Willenserklärungen*) e as que não dependem de recepção (*nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen*)<sup>46</sup>. Tal distinção não corresponde necessariamente à natureza unilateral ou bilateral da declaração, pois a notificação rescisória (*die schriftliche Kündigung*), feita por um locador, é efetivamente um ato unilateral que, no entanto, exige a recepção, por parte de seu locatário<sup>47</sup>.

A declaração de vontade não receptícia torna-se eficaz desde o momento de sua emissão, sendo irrelevante o conhecimento de seu conteúdo por parte de outras pessoas. O testamento vale como exemplo, pois a sucessão pretendida pelo testador não depende do conhecimento por parte do herdeiro nomeado no testamento<sup>48</sup>.

A declaração de vontade receptícia, por sua vez, está sujeita à recepção por parte de outra pessoa<sup>49</sup>. Isso porque as relações jurídicas ocorrem entre determinadas pessoas, de maneira que a declaração de vontade terá normalmente um destinatário, ou seja, uma pessoa a quem é dirigida (*Erklärungsgegner*). Assim sendo, somente após o seu recebimento é que a declaração de vontade se torna eficaz<sup>50</sup>.

A jurisprudência alemã, com o objetivo de garantir maior segurança jurídica, sustenta o princípio da natureza receptícia das declarações de vontade. Por isso, considera-se que o Direito admite a natureza não receptícia, com eficácia no exato momento da manifestação de vontade, somente excepcionalmente, nas situações em que: a) O declarante pretenda regular os seus próprios negócios;

42 Cf. BÄHR, Peter, op. cit., p. 77.

43 Cf. RÜTHERS, Bernd; STADLER, Astrid, op. cit., p. 150-151.

44 Cf. KÖHLER, Helmut, op. cit., p. 7.

45 Cf. WITZ, Claude, op. cit., p. 120.

46 Cf. SCHACK, Haimo, op. cit., p. 58.

47 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 78.

48 Cf. SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin, op. cit., p. 222.

49 Cf. RÜTHERS, Bernd; STADLER, Astrid, op. cit., p. 162.

50 Cf. SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin, op. cit., p. 223.

b) Nenhum terceiro for diretamente afetado pela declaração<sup>51</sup>. Esse é o caso do testamento (§ 1937 do BGB) e da promessa de recompensa (*Auslobung* – § 657 do BGB)<sup>52</sup>.

## 5.2. A emissão da declaração de vontade

A natureza receptícia ou não receptícia da declaração de vontade é que determina as regras aplicáveis à sua emissão.

No que diz respeito à declaração de vontade qualificada como não receptícia, a sua eficácia é adquirida quando o processo de declaração é concluído e a vontade sai do foro íntimo do seu autor. Por outro lado, a emissão de uma declaração de vontade receptícia somente é válida se tiver sido feita de maneira que a recepção pelo seu destinatário possa ocorrer de acordo com o curso normal das coisas<sup>53</sup>.

Problema interessante em relação à declaração de vontade receptícia surge quando, sem o conhecimento do declarante, ocorre o seu envio ao destinatário. Nestes casos, o Tribunal de Justiça Federal (BGH) concluiu pela ineficácia da declaração e, portanto, pela nulidade do negócio jurídico. O destinatário que ignorava as condições nas quais a declaração chegou até ele, e que acreditava legitimamente na validade do ato, pode, no entanto, exigir o pagamento de indenização na medida do necessário para restituí-lo ao estado em que ele estaria se a declaração controversa nunca tivesse ocorrido<sup>54</sup>.

## 5.3. A rejeição das teorias da emissão

A declaração de vontade sujeita à recepção não se torna eficaz pelo simples fato de sua emissão. E tal afirmação ganha significado quando o declarante deseja retirar sua declaração após a sua emissão. Com efeito, o § 130, 1, do BGB, prevê que a declaração de vontade, se feita entre pessoas ausentes, “[...] não produz efeitos quando a revogação chega à outra pessoa anteriormente ou ao mesmo tempo”<sup>55</sup>.

Isso significa que, de acordo com o objetivo de garantir a segurança das transações jurídicas, a eficácia de uma declaração receptícia nunca é alcançada antes de sua recepção, ao contrário do que preconizam os defensores das teorias da declaração (*Erklärungstheorie*) ou da expedição (*Entäußerungstheorie*). Aliás, a adoção dessas teorias seria prejudicial para o destinatário, o qual poderia ficar involuntariamente obrigado.

## 5.4. O sistema de recepção do § 130 do BGB

A emissão de uma declaração de vontade ainda não significa que ela também tenha chegado ao destinatário e que ele tenha tomado conhecimento dela. Ocorre que o Código Civil alemão regulou apenas de forma incompleta a temática das condições e do momento em que uma declaração de vontade receptícia se torna eficaz<sup>56</sup>.

De fato, o sistema do § 130 do BGB trata apenas da hipótese da declaração realizada entre pessoas ausentes, ou seja, da declaração emitida na ausência do destinatário. Nesse caso,

51 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 78-79.

52 Cf. LEIPOLD, Dieter, op. cit., p. 172.

53 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 79.

54 Cf. SINGER, Reinhard, op. cit., p. 466.

55 § 130, 1 do BGB (Wirksamwerden der Willenserklärung gegenüber Abwesenden): “Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Sie wird nicht wirksam, wenn dem anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht”.

56 Cf. SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin, op. cit., p. 225.

determina que a declaração de vontade se torna eficaz quando é recebida pelo seu destinatário, consagrando a teoria da recepção. Isso porque os autores do BGB não consideraram útil a regulação das declarações entre presentes, cuja recepção apenas dá origem a dificuldades marginais<sup>57</sup>.

Nesse contexto, o § 130 do BGB estabelece que a recepção pelo destinatário corresponde ao fato dele se encontrar em situação de se apropriar da declaração que a ele foi dirigida. O sistema foi projetado para garantir que se tome conhecimento da declaração (*Kenntnisnahme*). Assim, cabe ao declarante suportar os riscos da transmissão da declaração, pois o destinatário não tem nenhum poder sobre ela durante tal período. Entretanto, assim que a declaração chega à esfera de atribuição (*Machtbereich*) do destinatário, o risco passa a ser dele<sup>58</sup>.

Na ausência de regulamentação legal, o Tribunal de Justiça Federal (BGH) considerou que a recepção de uma declaração feita a uma pessoa ausente não ocorre quando ela chega ao destinatário, mas no momento em que se pode legitimamente esperar que o destinatário tenha tomado conhecimento da mesma<sup>59</sup>. Nessa linha, o depósito de uma carta numa caixa de correio ou a chegada de um *e-mail* não resulta na recepção imediata e, portanto, na eficácia instantânea da declaração. Com efeito, a entrega do correio deve chegar ao destinatário em dias e horas úteis, o que pode adiar a data da recepção em um ou mais dias, conforme determina o § 130 do BGB. Entretanto, se o destinatário tomou conhecimento de uma declaração antes daquela data, a doutrina majoritária admite que a eficácia da declaração pode ser invocada contra ele desde o referido momento<sup>60</sup>.

Por conseguinte, de acordo com a filosofia geral adotada pelo § 130 do BGB, os obstáculos à recepção devem ser tratados de forma diferente, dependendo se são ou não imputáveis ao destinatário. No primeiro caso, a jurisprudência não admite que o destinatário possa invocar a recepção tardia ou a falta de recepção para considerar a declaração como tendo chegado ao seu destino no momento em que, segundo os usos e a experiência, se poderia esperar o seu conhecimento. Além disso, presume-se que uma carta enviada por correio registrado tenha sido recebida pelo seu destinatário poucos dias após a sua notificação, independentemente de o destinatário ter ou não retirado a correspondência na agência dos correios. No segundo caso, pelo contrário, o destinatário pode invocar validamente os meios de defesa relativos à recepção tardia ou à falta de recepção da declaração<sup>61</sup>.

## 5.5. A repercussão da revogação da declaração de vontade

Depois de recebida pelo seu destinatário, a declaração de vontade é, em princípio, irrevogável, uma vez que é retirada da esfera de disposição do seu autor. Nessa senda, o § 130 do BGB prevê que a declaração só é ineficaz se a “[...] revogação chegar à outra pessoa antes ou ao mesmo tempo em que a recepção”<sup>62</sup>.

Outrossim, a eficácia de uma declaração de vontade não é afetada pela morte ulterior ou pela incapacidade posterior do declarante (§ 130, 2 do BGB)<sup>63</sup>. E, no que toca ao período de validade da declaração, a temática só foi regulada em relação à oferta contratual (*Angebot*), conforme dispõem os §§ 147 e 148 do BGB<sup>64</sup>.

57 Cf. BÄHR, Peter, op. cit., p. 77.

58 Cf. LEIPOLD, Dieter, op. cit., p. 174.

59 Cf. SCHACK, Haimo, op. cit., p. 59.

60 Cf. MEDICUS, Dieter, op. cit., p. 116.

61 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 81.

62 Cf. SCHACK, Haimo, op. cit., p. 58.

63 Cf. WITZ, Claude, op. cit., p. 118.

64 Tradução livre dos §§ 147 e 148 do BGB: § 147 do BGB (Período para aceitação): “(1) Uma oferta feita a uma pessoa

## 6. A VONTADE DECLARADA POR MEIO DE REPRESENTAÇÃO

### 6.1. Generalidades sobre a teoria da representação

A declaração de vontade pode ser realizada pelo próprio interessado ou por meio de um representante (*Stellvertretung*). O BGB contém um sistema autônomo de representação, que distingue claramente entre o poder de representação e o negócio jurídico que lhe serve de base, o que constitui um dos traços característicos da Parte Geral da codificação alemã (§§ 164 a 181 do BGB).

Tal sistema se baseia no princípio de que a declaração de vontade emitida por um representante vincula validamente o representado (§ 164, 1 do BGB). A codificação alemã distingue o representante do simples mensageiro ou núncio (*Bote*), que simplesmente transmite a declaração de vontade de outra pessoa<sup>65</sup>. Ainda, reconhece-se a existência da representação direta ou imediata (*direkter Stellvertretung*), quando o representante age em nome de outrem e no interesse de outrem, e da representação oculta ou indireta (*verdeckte oder indirekte Stellvertretung*), hipótese em que o representante atua no interesse de outrem, mas em nome próprio<sup>66</sup>.

### 6.2. A representação legal e a representação voluntária

A representação no Direito alemão, da mesma forma que no Direito brasileiro, pode ter origem legal ou voluntária.

A representação legal é aquela que se baseia na lei ou em uma nomeação prevista num texto de lei, como é o caso dos pais, que são os representantes legais dos seus filhos menores (§ 1629 do BGB), ou do tutor, que representa o seu tutelado. Igualmente, os dirigentes de uma associação ou de uma sociedade são equiparados a representantes, conforme dispõem os §§ 164 e seguintes do BGB, embora as regras de representação não esgotem, por si sós, os efeitos jurídicos das relações entre um grupo e os seus órgãos<sup>67</sup>.

A representação voluntária (*gewillkürte Vertretung*), por sua vez, está prevista nos §§ 165 e seguintes do BGB. Ela se baseia em um negócio jurídico unilateral da pessoa representada. Existe então uma distinção muito clara entre o poder de representação, conferido ao representante (*Vollmacht*), e a relação jurídica base que está em sua origem (*Grundverhältnis*)<sup>68</sup>.

Ao conceder uma procuração (*Vollmacht*), o representado atribui ao representante o poder de agir em seu nome em relação a terceiros. O objetivo deste primeiro ato é, portanto, regular as relações externas (*Außenverhältnis*). A declaração de vontade pela qual é conferido o poder de representação pode ser dirigida ao próprio representante, fala-se então de procuração interna (*Innenvollmacht*), ou pode ser dirigida ao terceiro interessado, quando se está diante da procuração externa (*Außenvollmacht*)<sup>69</sup>.

---

presente só pode ser aceita imediatamente. Isso também se aplica a uma oferta feita por uma pessoa a outra por telefone ou outra instalação técnica. (2) Uma oferta feita a uma pessoa ausente só poderá ser aceita até o momento em que o ofertante possa esperar receber a resposta em circunstâncias normais". § 148 do BGB (Fixação de um período de aceitação): "Se o ofertante tiver determinado um prazo para a aceitação de uma oferta, a aceitação só poderá ocorrer dentro desse prazo".

65 TUHR, Andreas von. *Bürgerliches Rechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer, 1923, p. 54.

66 Cf. KLUNZINGER, Eugen. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 16. ed. München: Franz Vahlen, 2013, p. 204.

67 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 82.

68 Cf. LEIPOLD, Dieter, op. cit., p. 394.

69 Cf. SCHIEMANN, Gottfried. *Das Rechtsgeschäft*. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Eckpfeiler des Zivilrechts. 6. ed. Berlin: Sellier, 2018, p. 204.

Em se tratando de procuração interna, o representado tem a possibilidade de notificar o terceiro interessado, que poderá considerar que o representante designado tem poder de representação, desde que não seja notificado em contrário. Em todo caso, o representado é livre para revogar a procuração a qualquer momento (*Widerruf*)<sup>70</sup>, declarando sua extinção ao terceiro ou ao representante, independentemente de sua natureza interna ou externa<sup>71</sup>.

O segundo ato, também chamado de ato inicial ou causal, é normalmente um contrato. Frequentemente se trata de um contrato de mandato, de um contrato de prestação de serviços ou um de contrato de empreitada, o qual rege exclusivamente as relações entre o representado e o representante, ou seja, suas relações internas (*Innenverhältnis*)<sup>72</sup>. Assim, considerando que a outorga de poderes de representação (*Bevollmächtigung*) é um ato independente, eventual nulidade do contrato base não conduz automaticamente ao desaparecimento da procuração. Da mesma forma, as limitações do mandato acordadas entre o representante e o representado não são necessariamente vinculantes nas relações com terceiros<sup>73</sup>.

Tal separação entre as relações internas e as relações externas tem como objetivo garantir a segurança jurídica do terceiro. No entanto, isso não impede que certos eventos que afetem o contrato base afetem a validade da procuração. Esse é o caso da extinção da relação base, que põe um fim ao poder de representação, salvo estipulação em sentido contrário (§ 168, 1 do BGB)<sup>74</sup>.

Ademais, embora o BGB não preveja expressamente, a jurisprudência aceita que o poder de representação possa resultar de um simples comportamento do representado, o que objetiva proteger o terceiro que acreditou legitimamente na existência de representação devido à aparência (*Rechtsschein*) de uma procuração. Isso se dá quando a pessoa interessada tolerou que outra pessoa agisse como seu representante (*Duldungsvollmacht*) ou, ainda, quando deveria saber que outra pessoa estava agindo como seu representante e, em tal situação, deveria ter dado conhecimento de sua oposição (*Anscheinsvollmacht*)<sup>75</sup>.

### 6.3. Atos praticados por terceiro sem poder de representação

Os negócios jurídicos realizados por uma pessoa desprovida de poder de representação (*Vertreter ohne Vertretungsmacht*) normalmente são nulos e aos mesmos apenas podem ser aplicadas as regras relativas à gestão de negócios. No entanto, tal nulidade só se aplica a negócios jurídicos unilaterais (§ 180 do BGB)<sup>76</sup>.

Para contratos a sanção é menos rigorosa, pois eles ficam provisoriamente privados de sua eficácia, dispondo a pessoa em cujo nome foi contratado da faculdade de ratificação (§ 177 do BGB)<sup>77</sup>. A fim de evitar um longo período de incerteza, o terceiro que celebrou o contrato pode notificar

70 Conforme dispõe o § 168, 2, do BGB, a procuração pode ser irrevogável quando a relação jurídica de base a qualifique como tal. Esse é particularmente o caso quando a procuração foi outorgada no interesse do representante (Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 46. ed. München: Vahlen, 2022, p. 261).

71 Se o representante, apesar da revogação, continua a fazer declarações em nome do representado, ele age sem poder de representação e é responsável por suas ações, conforme dispõe o § 179 do BGB.

72 Cf. KLUNZINGER, Eugen, op. cit., p. 203.

73 Em caso de abuso no exercício da procuração, por exemplo, quando são ultrapassados os seus limites internos, o terceiro se beneficia da proteção pelo princípio da abstração, apenas se não tiver atuado de má-fé. A jurisprudência traça os limites do poder de representação nas restrições acordadas na relação base, as quais eram conhecidas ou deviam ser conhecidas pelo terceiro (Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich, op. cit., p. 273).

74 KLUNZINGER, Eugen, op. cit., p. 213.

75 SCHIEMANN, Gottfried, op. cit., p. 206-207.

76 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 84.

77 Cf. SCHACK, Haimo, op. cit., p. 144.

a pessoa supostamente representada para dar ou não seu consentimento, devendo a ratificação ser realizada dentro de duas semanas, a contar do recebimento da notificação<sup>78</sup>. O terceiro de boa-fé que ignorava a ausência de poder de representação pode, enquanto a ratificação ainda não tiver sido realizada, retirar o seu consentimento. Da mesma forma, pode exigir que o representante, que sabia de sua falta de poder, execute ele mesmo o ato ou repare os prejuízos sofridos<sup>79</sup>.

Por conseguinte, de maneira geral, a distinção entre o poder de representação e seu fundamento jurídico, que é peculiar ao Direito alemão, faz pesar sobre a pessoa do representado o risco de o representante exceder os seus poderes.

## 7. OS VÍCIOS DA DECLARAÇÃO DE VONTADE

### 7.1. O campo de atuação da teoria dos vícios de consentimento

A declaração de vontade normalmente corresponde à verdadeira vontade do declarante. Pode ocorrer, entretanto, que a declaração de vontade e a verdadeira vontade não coincidam. Em tal situação, a declaração de vontade pode ser questionada por ter sido afetada por algum defeito (*Willensmängel*)<sup>80</sup>.

No Direito alemão, a definição e as consequências dos vícios de consentimento (§§ 114 a 124 do BGB) são tratadas no âmbito das declarações de vontade. O campo de aplicação vai além da vontade contratual e abrange, de forma mais ampla, todas as declarações de vontade e as ações similares (carta de notificação, fixação de um prazo adicional, etc.)<sup>81</sup>.

Reservando um espaço importante para a declaração, mesmo divergente da vontade real, o Direito alemão se caracteriza por uma regulamentação de vícios da declaração de vontade que prevê, conforme a categoria de vício, dois tipos de sanção. Nesse contexto, as soluções são diferentes, conforme a divergência entre a declaração e a vontade é desejada ou suportada. Assim sendo, no que toca aos defeitos de vontade, o Direito alemão claramente distingue as discrepâncias conscientes e as inconscientes entre a vontade e a declaração<sup>82</sup>.

Ademais, afirma-se que o BGB, no que toca aos vícios da declaração de vontade, “[...] adotou uma solução de compromisso entre a teoria da vontade e a teoria da declaração”<sup>83</sup>.

### 7.2. A divergência consciente entre a vontade e a declaração

O Direito Civil alemão prevê três casos de divergência consciente entre a vontade e a declaração (*bewusste Willensmängel*). Nessas situações, reguladas pelos §§ 116 a 118 do BGB, o declarante conscientemente expressa algo diferente do que ele realmente quer. A legislação distingue aqui entre a reserva mental (§ 116 do BGB), a simulação (§ 117 do BGB) e a declaração feita em tom de brincadeira (§ 118 do BGB).

#### a) A reserva mental

Na hipótese de reserva mental (*geheimer Vorbehalt* ou *Mentalreservation*), a declaração de vontade somente é nula se o destinatário tiver tido conhecimento dela (§ 116 do BGB). Tal restrição é de

78 A lei previu praticamente o mesmo mecanismo para os contratos celebrados por menores de 7 a 18 anos, dispondo os pais do mesmo prazo para ratificar ou não o contrato celebrado pelo filho (§§ 108 e 109 do BGB).

79 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 84.

80 Cf. RÜTHERS, Bernd; STADLER, Astrid, op. cit., p. 331.

81 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 84.

82 Cf. ZERRES, Thomas. *Bürgerliches Recht*. 10. ed. Berlin: Springer, 2022, p. 79.

83 Cf. AMARAL, Francisco, op. cit., p. 595.

fácil compreensão, pois aquele que declara sem querer deve aceitar que terceiros de boa-fé possam invocar contra ele a referida declaração. Além disso, na prática, a nulidade só sanciona os casos excepcionais em que a outra parte tomou conhecimento, por uma terceira pessoa, quanto à qual o declarante quis se reservar o direito de não assumir as consequências jurídicas da sua declaração<sup>84</sup>.

#### b) A declaração feita em tom de brincadeira (*Scherzerklärung*)

O efeito de uma piada é também privar de toda a força o compromisso assumido em tal estado de espírito (*Mangel der Ernstlichkeit*). É nula a declaração de vontade que não foi feita com seriedade (§ 118 do BGB). Assim, se alguém coloca à venda a Muralha da China, resta evidente que tal oferta é nula<sup>85</sup>. Mas o destinatário que, sem negligência, levou a declaração a sério, pode exigir uma compensação pelos danos causados por sua confiança na declaração (§ 122 do BGB)<sup>86</sup>.

#### c) A simulação (*Scheingeschäft* ou *simuliertes Geschäft*)

Os casos de simulação são muito mais frequentes na prática do que os dois anteriores. A existência de um negócio simulado implica, em primeiro lugar, um acordo das partes sobre o carácter fictício de uma das declarações. Esse primeiro acordo é geralmente acompanhado por outro, que se destina a dar efeito a um negócio dissimulado (oculto)<sup>87</sup>.

Nesses casos, o negócio dissimulado (*dissimuliertes Geschäft*), atendidos todos os requisitos legais, é válido, ou seja, o que vale é o que realmente se pretendia, não o que aparentemente se pretendia (§ 117 do BGB)<sup>88</sup>. Em outras palavras, o ato simulado é nulo e devem ser aplicadas as disposições relativas ao ato dissimulado, salvo se o ato dissimulado violar uma proibição legal (§ 134 do BGB)<sup>89</sup>, os bons costumes (§ 138 do BGB) ou as condições formais previstas pela lei (§ 125 do BGB)<sup>90</sup>.

A nulidade do ato simulado é oponível até mesmo contra terceiros de boa-fé, tendo os redatores do BGB se pronunciado expressamente contra uma regra de proteção específica para eles. O adquirente de um bem que tenha sido objeto de venda fictícia somente poderá invocar as regras gerais de proteção que beneficiam os adquirentes de boa-fé (§§ 892 e 932 do BGB). De forma mais ampla, o terceiro de boa-fé pode ajuizar ação para obter o reconhecimento da responsabilidade delitual e a consequente indenização pelo dano causado intencionalmente contra os bons costumes (§ 826 do BGB)<sup>91</sup>.

84 Cf. KLUNZINGER, Eugen, op. cit., p. 169.

85 Cf. SAKOWSKI, Klaus, op. cit., p. 47.

86 Cf. ROBBERS, Gerhard, op. cit., p. 145.

87 Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich, op. cit., p. 188.

88 JACOBY, Florian; HINDEN, Michael von. *Bürgerliches Gesetzbuch*: Studienkommentar. 17. ed. München: C. H. Beck, 2020, p. 35.

89 O § 134 do BGB determina que “[...] um negócio jurídico que contrarie uma proibição legal é nulo, a menos que o contrário resulte da lei”. Transcrição do original: “§ 134 do BGB (*Gesetzliches Verbot*): Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt”.

90 Se, por exemplo, com o objetivo de reduzir o imposto de aquisição fundiária (*Grunderwerbssteuer*), a venda de um imóvel é feita por um preço superior ao indicado no contrato de compra e venda (*Schwarzkauf*), o negócio simulado é nulo e sem efeito, o mesmo ocorrendo com o negócio dissimulado (§ 311b, 1, do BGB) (ZERRES, Thomas, op. cit., p. 80).

91 Na literatura comparada, tem sido criticada a ausência de regra de proteção específica à simulação no Direito alemão. Argumenta-se que os interesses de terceiros seriam sacrificados em função do dogma clássico da autonomia da vontade. Seja como for, não se pode deixar de notar a surpreendente rigidez do sistema alemão em relação à simulação (Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 86).

### 7.3. A divergência inconsciente entre a vontade e a declaração

#### a) A noção geral de erro (*Irrtum*)

Os §§ 119 e seguintes do BGB permitem ao declarante anular, em determinadas condições, uma declaração de vontade que teria por fundamento o erro. Na situação, existe a emissão de uma declaração de vontade eficaz, mas que foi influenciada por um defeito de vontade. Há uma divergência inconsciente entre o elemento objetivo da declaração e o elemento subjetivo da vontade. Nos casos de erro, a não coincidência entre a vontade e a declaração pode levar à anulação da declaração com efeitos retroativos (*ex nunc*)<sup>92</sup>.

A codificação alemã apenas permite a anulação das formas de erro enumeradas nos §§ 119 e seguintes do BGB, de maneira que é imprescindível a existência de um motivo específico para a anulação de uma declaração. Casos em que ocorra erro, mas não previstos pela legislação, são definitivamente considerados válidos<sup>93</sup>. A concepção inclui o que os juristas alemães chamam de “erro de expressão” (*Erklärungsirrtum*), “erro de conteúdo” (*Inhaltsirrtum*), bem como “erro nas qualidades” da pessoa ou da coisa (*Eigenschaftsirrtum*)<sup>94</sup>. Por outro lado, em princípio não tem relevância para a codificação alemã o erro quanto ao motivo (*Motivirrtum*). Somente em situações excepcionais o erro quanto ao motivo pode atuar no âmbito da validade (§§ 119, II, e 313 do BGB).

Outrossim, a concepção alemã considera que no erro o declarante quer algo diferente daquilo que ele declarou. Nessa linha, o erro é cometido por uma única pessoa, uma vez que é definido no âmbito das regras aplicáveis à declaração de vontade. Se um negócio jurídico é baseado em um erro comum às duas partes, não pode ser questionado, pois a jurisprudência dá uma interpretação corretiva baseada no princípio da boa-fé<sup>95</sup>.

Ademais, o lugar da teoria do erro, na Parte Geral do BGB, permite aplicar o conceito de erro a todas as declarações de vontade, dispensando a necessidade de textos específicos<sup>96</sup>.

#### b) Erro de expressão ou de conteúdo

A primeira categoria de erros está prevista nos §§ 119, 1, e 120, do BGB.

Nesse contexto, se o autor da declaração se equivoca sobre o significado da declaração feita, isto é, ele sabe o que está dizendo, mas não sabe o que diz com isso, então se está diante de um erro quanto ao conteúdo da declaração (*Inhaltsirrtum*). Desse modo, no erro quanto ao conteúdo o declarante declara o que quer declarar, mas se engana quanto ao sentido e ao alcance da sua declaração<sup>97</sup>. Por outro lado, ocorre um erro quanto à expressão da declaração (*Erklärungsirrtum*) quando o declarante não quer o que diz. As duas situações podem fundamentar a anulação da declaração (§ 119, 1, do BGB)<sup>98</sup>.

92 Cf. JAENSCH, Michael, op. cit., p. 94.

93 Cf. SCHIEMANN, Gottfried, op. cit., p. 195.

94 Cf. ZERRES, Thomas, op. cit., p. 81.

95 Diz-se que a interpretação de uma declaração de vontade deve sempre prevalecer sobre a sua anulação (*Auslegung geht vor Anfechtung*). Assim, uma declaração errônea não pode ser questionada se tiver sido compreendida, em um determinado sentido, tanto pelo declarante quanto pela outra parte, independentemente de se tal compreensão se desviar do verdadeiro sentido da declaração (*falsa demonstratio non nocet*) (Cf. KLUNZINGER, Eugen, op. cit., p. 172).

96 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 87.

97 Cf. JACOBY, Florian; HINDEN, Michael von, op. cit., p. 37.

98 Cf. ZERRES, Thomas, op. cit., p. 81-82.

### c) Erro quanto às qualidades essenciais da pessoa e das coisas

A segunda categoria de erro, isto é, o erro quanto às qualidades essenciais, foi adicionada na última fase de elaboração do BGB, ao mesmo tempo em que foi abandonada qualquer referência à causa (§ 119, 2, do BGB)<sup>99</sup>.

Apenas as qualidades consideradas essenciais nas relações comerciais são levadas em consideração (*die im Verkehr als wesentlich angesehen werden*). Essa referência ao uso levou os tribunais alemães a considerarem exclusivamente dados objetivos. Além disso, para que uma qualidade seja considerada essencial, basta que seja de natureza a exercer influência sobre o valor e a utilidade da coisa ou, mais geralmente, a determinar o interesse econômico do ato. O preço de mercado e o valor de uma coisa não são levados em consideração, pois não constituem, segundo a jurisprudência, fatores determinantes do valor do objeto (*wertbildende Faktoren*). Ademais, em matéria contratual, as regras sobre o vício da coisa vendida ou alugada são suscetíveis de afastar a aplicação das regras sobre o erro<sup>100</sup>.

### d) Engano doloso e ameaça ilícita

Na terminologia do BGB, esses dois vícios são chamados respectivamente de engano doloso (*arglistige Täuschung*) e ameaça ilícita (*widerrechtliche Drohung*). Tais vícios são regidos por disposições comuns (§§ 123 e 124 BGB), que procuram proteger a liberdade de formação da própria vontade, estabelecendo um direito de impugnação, dentro de certos limites, na hipótese de prejuízo do processo de formação da vontade por influências externas de outras pessoas<sup>101</sup>.

Por engano doloso, a jurisprudência alemã entende o fato de provocar ou agravar um erro ou manter uma pessoa em sua opinião errônea, seja por manobras ou mentiras, ou mantendo o silêncio, não obstante a existência de uma obrigação de informação (*Aufklärungspflicht*)<sup>102</sup>. No engano doloso, existe um comportamento que pode ser cometido por ação ou por omissão, no último caso desde que haja o dever de declarar<sup>103</sup>.

No que se refere ao engano doloso, deve-se notar que o § 123, 2, do BGB, admite expressamente o dolo de terceiro (o dolo de um intermediário, como, por exemplo, de um agente imobiliário), desde que o autor da declaração de vontade tivesse conhecimento ou devesse ter conhecimento do ocorrido<sup>104</sup>.

Em relação à ameaça ilícita, caracteriza-se pela perspectiva de um mal grave, cuja realização depende da vontade do autor da ameaça, e que seja passível de colocar o declarante em estado de constrangimento psíquico (*psychische Zwangslage*)<sup>105</sup>.

No que diz respeito à ameaça ilícita, uma pessoa pode, conforme a jurisprudência alemã, ameaçar a outra com ações judiciais para fazer valer seus direitos ou denunciar um ilícito que tenha sido cometido. Por outro lado, são inquestionavelmente ilícitas as ameaças de utilização de um meio contrário ao direito, como agredir uma pessoa ou tirar uma coisa à força<sup>106</sup>.

99 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 87.

100 Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich, op. cit., p. 196.

101 Cf. BOEMKE, Burkhard; ULRICI, Bernhard. *BGB Allgemeiner Teil*. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2014, p. 267.

102 Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich, op. cit., p. 212.

103 Cf. SCHIEMANN, Gottfried, op. cit., p. 199.

104 Cf. KLUNZINGER, Eugen, op. cit., p. 180.

105 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 88.

106 Cf. ZERRES, Thomas, op. cit., p. 88.

#### 7.4. A sanção em caso de divergência entre a vontade e a declaração

Segundo o BGB, as sanções para os vícios da declaração de vontade que não sejam considerados indiferentes são de duas espécies: a) Vícios que são sancionados pela pura e simples nulidade da declaração (*Nichtigkeit*); b) Vícios que permitem ao ofendido anular a sua declaração e, conseqüentemente, o negócio jurídico que dela resulta (*Anfechtung*). Na prática, os últimos são os mais frequentes<sup>107</sup>.

##### a) A nulidade da declaração

Há vícios que o legislador alemão considera tão graves que as declarações de vontade afetadas por eles não devem produzir nenhum efeito jurídico. A nulidade (*Nichtigkeit*) tem efeitos radicais, pois opera automaticamente sem intervenção judicial e não está sujeita a confirmação.

O BGB prevê, em sua Parte Geral, diversas causas de nulidade: por exemplo, se uma pessoa pretende fazer uma declaração de vontade cuja natureza fictícia era conhecida do destinatário (§ 117, 1 do BGB); se uma declaração de vontade for feita em tom de brincadeira (§ 118 do BGB), ou ainda se a declaração de vontade for acompanhada de uma reserva conhecida do seu destinatário (§ 116 do BGB). Nessas hipóteses, a declaração de vontade é nula desde o início. E, se for o caso, o destinatário e o terceiro de boa-fé podem pedir uma indenização pelos danos que sofreram, em virtude de sua confiança na validade da declaração (§§ 122 ou 826 do BGB)<sup>108</sup>.

##### b) A faculdade de anulação por declaração unilateral (*Anfechtbarkeit*)

Conforme a legislação alemã, os casos de erro, engano doloso e ameaça ilícita são passíveis de anulação (*Anfechtung*), isto é, são considerados válidos, mas podem ser anulados com efeitos retroativos (§ 142, I do BGB)<sup>109</sup>.

Existem diferenças em relação ao sistema brasileiro, pois o BGB, na prática, permite que a declaração de vontade viciada seja retirada e, se necessário, o negócio jurídico pode ser unilateralmente anulado sem a necessidade de se recorrer ao Judiciário (§ 143 do BGB)<sup>110</sup>. Contudo, em caso de litígio, o mérito da questão pode ser levado ao Judiciário.

A faculdade de anulação reconhecida pelo BGB, por sua natureza, cria incerteza quanto à validade da declaração de vontade afetada pelo vício. Buscando proteger os interesses da outra parte, o Direito alemão exige que o autor de uma declaração passível de anulação tome as providências necessárias o mais rápido possível<sup>111</sup>.

O prazo concedido ao declarante varia de acordo com o tipo de vício. Em caso de erro, deve ocorrer “sem demora culposa” (*ohne schuldhaftes Zögern*), ou seja, o mais rápido possível, a contar da descoberta do erro, até um limite de 10 anos, a contar da emissão da declaração de vontade (§ 121, 1 e 2, do BGB). Para o engano doloso e a ameaça ilícita, o prazo é de um ano, a partir do momento da descoberta do engano ou da cessação da ameaça (§ 124 do BGB)<sup>112</sup>.

107 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 88.

108 A nulidade (*Nichtigkeit*) no Direito alemão é uma sanção automática, que se aplica de pleno direito em situações graves, de maneira que não se pode atribuir nenhum efeito jurídico ao negócio jurídico nulo.

109 De acordo com o § 142, 1, do BGB, “[...] quando um ato jurídico anulável é anulado [por declaração unilateral], deve ser considerado nulo desde o início [...]”, o que implica, portanto, a natureza retroativa da nulidade (*ex tunc*) (Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich, op. cit., p. 183).

110 Cf. BOEMKE, Burkhard; ULRICI, Bernhard, op. cit., p. 286.

111 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 89.

112 Cf. BOEMKE, Burkhard; ULRICI, Bernhard, op. cit., p. 288-289.

Por conseguinte, apesar de a anulação por declaração unilateral (sem controle do juiz) poder parecer atentatória à segurança jurídica, é certo que tal incerteza cessa rapidamente, pois o exercício do direito de anulação deve, em princípio, ocorrer imediatamente. Ademais, a segurança jurídica ainda fica resguardada porque o Direito alemão confere à outra parte o direito a uma indenização sistemática, independentemente da prova de culpa do autor da anulação por declaração unilateral.

### 7.5. A reparação do interesse negativo em caso de anulação unilateral

O BGB previu um caso específico de responsabilidade em seu § 122. Aquele que cometeu um erro e por este motivo tiver anulada a sua declaração está obrigado a pagar ao destinatário uma indenização pelo prejuízo resultante da confiança rompida (*Vertrauensschaden*)<sup>113</sup>.

O autor da anulação unilateral deve, assim, restabelecer a situação na qual a outra parte se encontraria, se nunca tivesse ocorrido a declaração. A reparação de tal “interesse negativo” (*negatives Interesse*) cobre essencialmente as despesas decorrentes da celebração de um contrato. Quando isto excede o ganho que a outra parte poderia ter obtido com o contrato, isto é, seu interesse positivo (*positives Interesse*), o § 122, 1 *in fine*, do BGB, limita a reparação, a fim de evitar que a parte lesada seja melhor tratada do que se o ato não tivesse sido contestado<sup>114</sup>.

A responsabilidade assim instituída não se baseia na culpa do autor da declaração anulada. Trata-se de responsabilidade fundada na confiança (*Vertrauenshaftung*) que o destinatário podia legitimamente depositar na declaração. Portanto, a obrigação de reparar não existe quando uma das partes sabia que a outra parte estava cometendo um erro, ou que não estava ciente disso devido à negligência (§ 122, 2 do BGB)<sup>115</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A declaração de vontade constitui uma das características estruturais fundamentais do BGB, a qual expressa o seu estilo liberal. A construção teórica alemã considera que não cabe ao Direito a análise da atividade volitiva em si mesma, visto que ela se restringe à esfera íntima dos indivíduos.

O Direito alemão considera então que a vontade deve ser exteriorizada, para que possa ter importância jurídica, não bastando a existência de uma vontade interna. Nesse contexto, é certo que a vontade é conhecida pela respectiva declaração, de tal sorte que a vontade fica inteiramente absorvida pela declaração.

Ao lado da declaração de vontade, também é um traço característico da codificação alemã o sistema autônomo de representação, que foi desenvolvido a partir dos princípios da separação e da abstração. De fato, o sistema do BGB distingue claramente entre o poder de representação e o seu fundamento jurídico, ou seja, o contrato que lhe serve de base. Assim, ao adotar a chamada doutrina clássica da representação, a codificação alemã permite que uma declaração de vontade, emitida em nome do representado, produza efeitos a favor e contra o representado (§ 164 do BGB).

No caso de a vontade exteriorizada ser diversa da vontade real, surge o problema dos vícios da declaração de vontade, que são sancionados pela pura e simples nulidade da declaração ou pela permissão de anulação da declaração de vontade. E, nesse ponto, o Direito alemão trata a matéria de forma que destoa do Direito brasileiro. Reconhece a nulidade da simulação, da reserva mental e da declaração feita em tom de brincadeira, bem como a anulabilidade do erro, do engano doloso e da ameaça ilícita. Vale ainda lembrar que as concepções de nulidade e anulabilidade também não

113 Cf. SCHAPP, Jan. *Introdução ao Direito Civil*. Porto Alegre: Fabris, 2006, p. 267.

114 Brox e Walker assinalam que, sem esta limitação, o exercício do direito de anulação não serviria para o *errans* quando os interesses negativos superassem os interesses positivos (Cf. BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich, op. cit., p. 208).

115 Cf. FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas, op. cit., p. 90.

são equivalentes àquelas adotadas pelo Direito brasileiro, particularmente pelo fato de que a declaração de vontade pode ser unilateralmente anulada sem a necessidade de se recorrer ao Judiciário.

Por conseguinte, sem negar a forte influência alemã, no âmbito do Código Civil brasileiro, que encampou muitas teorias desenvolvidas por juristas alemães, é certo que a matéria apresenta pontos de divergência bastante relevantes entre os dois países. Assim sendo, o presente trabalho procurou traçar um panorama geral da declaração de vontade na Alemanha e, ao mesmo tempo, de modo singelo, evidenciar algumas dessas importantes diferenças.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 12. ed. München: Franz Vahlen, 2013.
- BOEMKE, Burkhard; ULRICI, Bernhard. *BGB Allgemeiner Teil*. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2014.
- BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 46. ed. München: Vahlen, 2022.
- DECKENBROCK, Christian; HÖPFNER, Clemens. *Bürgerliches Vermögensrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018.
- FÖRSCHLER, Peter. *Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts*. München: Franz Vahlen, 2018.
- FROMONT, Michel; KNETSCH, Jonas. *Droit privé allemand*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2017.
- JACOBY, Florian; HINDEN, Michael von. *Bürgerliches Gesetzbuch: Studienkommentar*. 17. ed. München: C. H. Beck, 2020.
- JAENSCH, Michael. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. 4. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2018.
- JESGARZEWSKI, Tim. *Wirtschaftsprivatrecht: Grundlagen und Praxis des Bürgerlichen Rechts*. 3. ed. Wiesbaden: Springer, 2016.
- KALLWASS, Wolfgang; ABELS, Peter. *Privatrecht*. 23. ed. München: Franz Vahlen, 2018.
- KLUNZINGER, Eugen. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 16. ed. München: Franz Vahlen, 2013.
- KÖHLER, Helmut. *BGB AT*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2014.
- LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 11. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022.
- MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 10. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2010.
- ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- RÜTHERS, Bernd; STADLER, Astrid. *Allgemeiner Teil des BGB*. 20. ed. München: C. H. Beck, 2020.
- SAKOWSKI, Klaus. *Grundlagen des Bürgerlichen Rechts*. 3. ed. Berlin: Springer, 2014.
- SCHACK, Haimo. *BGB - Allgemeiner Teil*. 14. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2013.
- SCHAPP, Jan. *Introdução ao Direito Civil*. Trad. Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Fabris, 2006.
- SCHIEMANN, Gottfried. Das Rechtsgeschäft. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Eckpfeiler des Zivilrechts. 6. ed. Berlin: Sellier, 2018, p. 135-214.
- SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2016.
- SINGER, Reinhard. Vorbemerkung zu § 116 ff. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Allgemeiner Teil: § 90-124; 130-133. Berlin: Sellier, 2012.
- TUHR, Andreas von. *Bürgerliches Rechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer, 1923.
- WITZ, Claude. *Le droit allemand*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2018.
- WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 11. ed. München: C. H. Beck, 2016.
- ZERRES, Thomas. *Bürgerliches Recht*. 10. ed. Berlin: Springer, 2022.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.