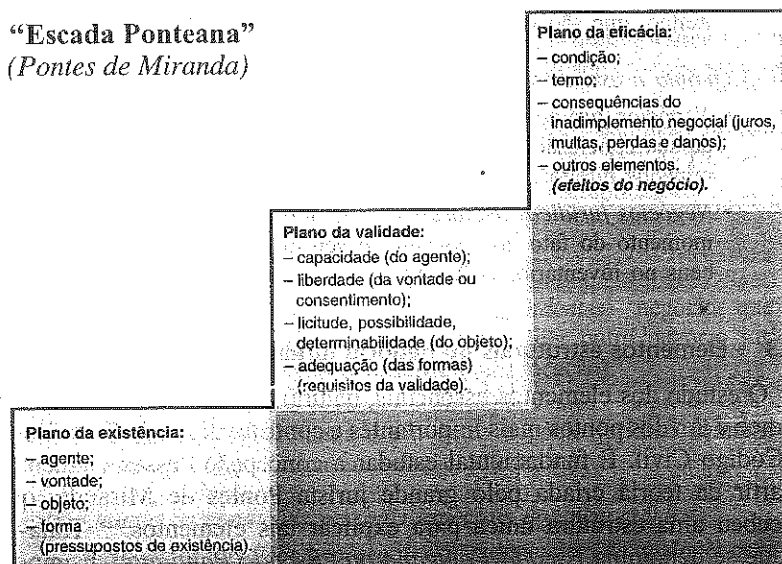


dos ensinamentos transmitidos pela Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Titular em Direito Civil da Faculdade de Direito da USP e orientadora de doutorado deste autor. A partir dessa genial construção, o negócio jurídico tem três planos, a seguir demonstrados:

- plano da existência;
- plano da validade;
- plano da eficácia.

Sobre os três planos, ensina Pontes de Miranda que “existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas jurídicas podem ser, valer e não ter eficácia (H. Kelsen, *Hauptprobleme*, 14). O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, *sem ser*; porque não há validade, ou eficácia do que não é”.<sup>129</sup> Dessa forma, a *Escada Ponteana* pode ser concebida conforme o desenho a seguir:

#### “Escada Ponteana” (Pontes de Miranda)



<sup>129</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. III, p. 15.

Na esteira das palavras de Pontes de Miranda, o esquema é perfeitamente lógico, eis que, em regra, para que se verifiquem os elementos da validade, é preciso que o negócio seja existente. Para que o negócio seja eficaz, deve ser existente e válido.

Entretanto, nem sempre isso ocorre. Isso porque é perfeitamente possível que o negócio seja existente, inválido e eficaz, caso de um negócio jurídico anulável que esteja gerando efeitos. Ilustrando, pode ser citado o casamento anulável celebrado de boa-fé, que gera efeitos como *casamento putativo* (art. 1.561 do CC).

Mencione-se ainda um contrato aconetido pela lesão (art. 157 do CC), vício do negócio jurídico que gera a sua anulabilidade, antes da propositura da ação anulatória. Nesse caso, se a ação não for proposta no prazo decadencial previsto em lei, o negócio será *convalidado*. Pela *convalidação*, o negócio inválido passa a ser válido. A *convalidação* pode se dar pela *conversão do negócio jurídico*, pela *confirmação pelas partes* ou pelo *convalescimento temporal (cura pelo tempo)*. As categorias ainda serão abordadas.

Também é possível que o negócio seja existente, válido e ineficaz, como é o caso de um contrato celebrado sob condição suspensiva e que não esteja ainda gerando efeitos jurídicos e práticos.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, vejamos o estudo de cada um dos planos do negócio jurídico.

#### 2.5.3.1 Plano da existência

No plano da existência estão os pressupostos para um negócio jurídico, ou seja, os seus *elementos mínimos*, enquadrados por alguns autores dentro dos *elementos essenciais* do negócio jurídico. Constituem, portanto, o *suporte fático do negócio jurídico* (pressupostos de existência).

Nesse plano surgem apenas *substantivos*, sem qualquer qualificação, ou seja, *substantivos sem adjetivos*. Esses substantivos são:

- Partes (ou agentes);
- Vontade;
- Objeto;
- Forma.

Não havendo algum desses elementos, o negócio jurídico é inexistente (“*um nada para o direito*”), conforme defendem aqueles que seguem à risca a teoria de Pontes de Miranda.

Fundamental notar que o Código Civil de 2002, a exemplo do seu antecessor, não adotou de forma o plano da existência. Como se sabe, não existem regras a respeito da *inexistência do negócio jurídico*. Ademais, o art. 104 do CC/2002 trata diretamente do plano da validade. Por isso, tinha razão Sílvio Rodrigues quando afirmava que a teoria da inexistência seria inexistente, inútil e inconveniente. Inexistente, pois, muitas vezes, o ato inexistente cria algo cujos efeitos devem ser afastados por uma ação judicial. Inútil, porque a noção de nulidade absoluta pode substituir a ideia de inexistência muito bem. Inconveniente, uma vez que, sendo considerada desnecessária uma ação judicial para afastar os efeitos do negócio inexistente, o direito à prestação jurisdicional está sendo afastado, principalmente no que concerne às pessoas de boa-fé.<sup>130</sup> Em complemento, conforme afirmação de Rubens Limongi França, “a divisão bipartida distingue apenas os atos nulos dos atos anuláveis. Os atos inexistentes se incluem entre os atos nulos”.<sup>131</sup>

Todavia, cumpre salientar que a maioria dos civilistas adota a *teoria da inexistência do ato ou negócio jurídico* em suas obras e manuais, caso, por exemplo, de Caio Mário da Silva Pereira, Marcos Bernardes de Mello, Renan Lotufo, Antônio Junqueira de Azevedo, Sílvio de Salvo Venosa, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Francisco Amaral, Zeno Veloso, José Fernando Simão, entre outros.

Como se extrai dos clássicos, a *teoria da inexistência do negócio jurídico* surgiu em 1808 pelo trabalho de Zacarias (ou Zacchariae), para solucionar o problema do casamento entre pessoas do mesmo sexo, eis que não havia previsão no Código Francês a respeito da sua nulidade.<sup>132</sup> Pontue-se que há forte tendência nos Países Ocidentais de reconhecimento de tais casamentos como entidades familiares, o que esvazia o histórico exemplo. O tema está aprofundado no Capítulo 8 desta obra.

Sintetizando, e com intuito didático, pode-se até afirmar que o plano da existência está embutido no da validade. Todavia, a este autor parece ser melhor resolver as questões com a invalidade, ou seja, com teoria das nulidades.

<sup>130</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1, p. 291-292.

<sup>131</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 157.

<sup>132</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1, p. 290-291.

### 2.5.3.2 Plano da validade

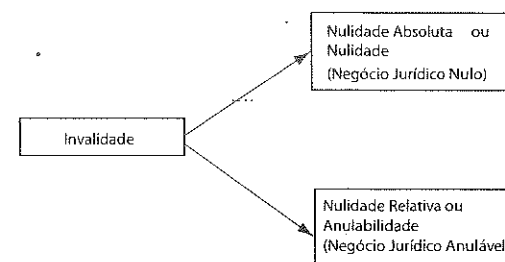
No segundo plano, o da *validade*, os substantivos recebem adjetivos, nos termos do art. 104 do CC/2002, a saber:

- Partes ou agentes capazes;
- Vontade livre, sem vícios;
- Objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- Forma prescrita ou não defesa em lei.



Esses elementos de validade constam expressamente do art. 104 do CC, cuja redação segue: “A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”. Não faz parte do dispositivo menção a respeito da *vontade livre*, mas é certo que tal elemento está inserido seja dentro da capacidade do agente, seja na licitude do objeto do negócio.

Pois bem, o negócio jurídico que não se enquadra nesses elementos de validade é, por regra, nulo de pleno direito, ou seja, haverá nulidade absoluta ou nulidade. Eventualmente, o negócio pode ser também anulável (nulidade relativa ou anulabilidade), como no caso daquele celebrado por relativamente incapaz ou acometido por vício do consentimento. As hipóteses gerais de nulidade do negócio jurídico estão previstas nos arts. 166 e 167 do CC/2002. As hipóteses gerais de anulabilidade constam do art. 171 da atual codificação material. O esquema a seguir demonstra tais espécies de invalidade:



Insta verificar que a invalidade pode ser *total* – quando atinge todo o negócio jurídico ou *parcial* – quando atinge parte do negócio jurídico. Ambas podem ser absolutas ou relativas. A respeito da invalidade parcial, é fundamental a regra do art. 184 do CC/2002 pelo qual respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o

prejudicará na parte válida, se esta for separável. Ademais, a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal. Trata-se de consolidação da antiga máxima pela qual a parte útil de um negócio não prejudica a parte inútil (*utile per inutile non vitiatur*), que tem relação direta com o princípio da conservação dos negócios jurídicos.

Exemplificando, imagine-se o caso de um contrato cuja cláusula penal seja nula. A nulidade da cláusula penal (invalidade parcial), não prejudica a essência do contrato, em regra, diante do seu nítido caráter acessório. Ainda ilustrando, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “Nos termos do art. 184, segunda parte, do CC/2002, ‘a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal’. Portanto, eventual abusividade de determinadas cláusulas acessórias do contrato não tem relevância para o deslinde desta ação. Ainda que, em tese, transgridam os princípios da boa-fé objetiva, da probidade e da função social do contrato ou imponham ônus excessivo ao recorrido, tais abusos não teriam o condão de contaminar de maneira irremediável o contrato, de sorte a resolvê-lo. Recurso Especial conhecido e provido” (STJ, REsp 783.404/GO, 3.ª Turma, Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 28.06.2007, DJU 13.08.2007, p. 364).

Feito esse esclarecimento categórico, vejamos o estudo pontual dos requisitos de validade, que constituem *elementos essenciais do negócio jurídico*.

#### a) Partes capazes ou capacidade do agente

Como todo negócio jurídico traz como conteúdo uma declaração de vontade – o elemento volitivo que caracteriza o *ato jurígeno* –, a capacidade das partes é indispensável para a sua validade. Quanto à pessoa física ou natural, aqui figura a grande importância dos arts. 3.º e 4.º do CC, que apresentam as relações das pessoas absoluta ou relativamente incapazes, respectivamente.

Enquanto os absolutamente incapazes devem ser representados por seus pais ou tutores; os relativamente incapazes devem ser assistidos pelas pessoas que a lei determinar. Todavia, pode o relativamente incapaz celebrar determinados negócios, como fazer testamento, aceitar mandato *ad negotia* e ser testemunha. O negócio praticado pelo absolutamente incapaz sem a devida representação é nulo, por regra (art. 166, I, do CC). O realizado por relativamente incapaz sem a correspondente assistência é anulável (art. 171, I, do CC).

No tocante à incapacidade relativa de uma parte, enuncia o art. 105 do CC que esta não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, também não aproveitando aos cointeressados capazes, salvo se, neste caso, foi indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum a todos. Desse modo, não poderão os credores ou os devedores solidários ser privilegiados por suas alegações. Isso porque, como se sabe, a alegação de incapacidade constitui uma *exceção pessoal*, uma defesa que somente pode ser alegada por determinada pessoa.

No que se refere às pessoas jurídicas, essas devem ser representadas ativa e passivamente, na esfera judicial ou não, por seus órgãos, constituídos conforme as formalidades previstas em lei, outrora estudadas.

Por fim, além dessa capacidade geral, para determinados negócios, exige-se a *capacidade especial para certos atos*, denominada *legitimação*. Como exemplo, cite-se o caso de uma pessoa maior e casada que é plenamente capaz, podendo dispor sobre seus bens imóveis sem representação. Mas ela não poderá vender um imóvel sem a outorga de seu cônjuge ou o suprimento judicial deste, salvo se casado sob o regime de separação absoluta de bens (arts. 1.647 e 1.648 do CC). A pena para o ato assim celebrado é a sua anulabilidade conforme o art. 1.649 da mesma norma codificada, desde que proposta ação pelo outro cônjuge ou pelo seu herdeiro no prazo decadencial de dois anos, contados da dissolução da sociedade conjugal.

#### b) Vontade ou consentimento livre

A manifestação de vontade exerce papel importante no negócio jurídico, sendo seu elemento basilar e orientador. Vale dizer que a vontade é que diferencia o negócio, enquadrado dentro dos fatos humanos, fatos jurídicos e atos jurídicos, dos fatos naturais ou *stricto sensu*.

O consentimento pode ser *expresso* – escrito ou verbal, no primeiro caso de forma pública ou particular –, ou *tácito* – quando resulta de um comportamento implícito do negociante, que importe em concordância ou anuência. Nesse sentido, preconiza o art. 111 do CC/2002 que o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. Desse modo, por regra, *quem cala não consente*, eis que, para que seja válida a vontade tácita, devem estar preenchidos os requisitos apontados. De toda sorte, conforme se verá, há exceções especiais a essa regra.

Também a respeito da vontade ou consentimento, os arts. 112, 113 e 114 trazem três regras fundamentais quanto à interpretação dos contratos e negócios jurídicos em geral, que merecem ser comentadas.

Pelo primeiro comando legal (art. 112 do CC), nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção das partes do que ao sentido literal da linguagem. Desse modo, o aplicador do direito deve sempre buscar o que as partes queriam de fato, quando celebraram o negócio, até desprezando, em certos casos, o teor do instrumento negocial. Esse art. 112 do CC relativiza a força obrigatória das convenções, o *pacta sunt servanda*. Traz ainda, em seu conteúdo, a *teoria subjetiva de interpretação* dos contratos e negócios jurídicos, em que há a busca da real intenção das partes no negócio celebrado. No que concerne à importância dessa valorização subjetiva, para ilustrar, é interessante transcrever a seguinte ementa do extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

“Locação. Espaço destinado à publicidade. Reparação de danos. Parede lateral de edifício. Publicidade pintada. Substituição por painel luminoso. Interpretação do contrato. Inadmissibilidade. Na hermenêutica tradicional existem dois tipos de interpretação dos contratos: a subjetiva e a objetiva. Por primeiro deve o intérprete procurar esclarecer a vontade real (subjetiva) dos contratantes, ou seja, a intenção comum das partes. Restando dúvidas, ou, para ajudar na investigação, deve-se proceder ao exame concomitante da vontade objetivada no conteúdo do vínculo contratual (objetiva). O importante na busca da intenção comum das partes é o exame e valoração dos respectivos comportamentos durante a denominada fase de execução do contrato, período delimitado entre sua formação e extinção” (2.º TACSP, Apelação com Revisão 807.399-00/0, 11.ª Câmara, Rel. Juiz Egidio Giacoia, j. 17.11.2003).

Da jurisprudência superior, pode ser citado acórdão que, aplicando o dispositivo, concluiu que a doação feita a um santo deve ser considerada como dirigida à Mitra Diocesana da Igreja Católica. Conforme se retira de ementa relatada pelo Ministro João Otávio de Noronha, no Recurso Especial 1.269.544/MG, julgado em maio de 2015: “A doação a santo presume-se feita à igreja, uma vez que, nas declarações de vontade, atender-se-á mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem (inteligência do art. 112 do Código Civil de 2002). ‘A Mitra Diocesana é, em face do Direito Canônico, a representante legal de todas as igrejas católicas da respectiva diocese’ (STF, RE 21.802/ES), e o bispo diocesano, o representante da diocese para os negócios jurídicos em que se envolva (art. 393 do Código Canônico)”.

Ainda no que toca ao art. 112 do CC, é interessante expor o exemplo construído por Karl Larenz, que demonstra muito bem as dificuldades em se buscar o sentido real do que foi pactuado. Expõe o jurista a situação de alguém que comunica a um hotel a necessidade de reserva de *dois quartos com três camas*. O objetivo do declarante é reservar um quarto com duas camas e outro quarto com uma cama tão somente. Porém, o atendente do hotel acaba por reservar dois quartos com três camas cada um. Como o hotel está lotado, ao chegar, o hóspede é cobrado da última forma.<sup>133</sup> Quem deve ter razão? A situação pode ser perfeitamente aplicada aos estudantes do Direito, para que as mais diversas soluções sejam expostas. Fica, então, o caso em aberto, para as devidas aplicações pelos docentes.

Vale dizer que o presente autor passou por situação semelhante no seu cotidiano. Certo dia, em uma barraca de pastel da famosa feira livre da Vila Mariana, em São Paulo, fiz o seguinte pedido: “três queijos, para viagem”. A atendente, inexperiente, entregou um pastel de três queijos, quando o certo seria vender três pastéis de queijo. A própria gerente da barraca corrigiu o equívoco, uma vez que o pedido de três pastéis é mais comum, inclusive pelas vendas habituais realizadas a este autor.

O art. 113 do CC/2002 consagra que os negócios jurídicos, e logicamente os contratos, devem ser interpretados de acordo com a boa-fé objetiva e os usos do lugar de sua celebração. Conforme enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, ao qual se filia, deve-se incluir no sentido da norma as práticas habitualmente adotadas entre as partes (Enunciado n. 409). Diante do enunciado doutrinário, pode-se falar em usos do tráfego, que, segundo Larenz, constituem uma prática habitual nos negócios, um costume corriqueiro na constância das relações entre as partes. Nesse contexto, são fatos que devem ser considerados, segundo o jurista: a) os acordos preliminares; b) o caráter habitual das relações mantidas entre as partes; c) as manifestações anteriores do declarante e do destinatário; d) o lugar, o tempo e as circunstâncias anexas aos fatos.<sup>134</sup>

Esse comando traz, ao mesmo tempo, os princípios da eticidade e da socialidade. O primeiro está no reconhecimento da interpretação mais favorável àquele que tenha uma conduta ética de colaboração e

<sup>133</sup> LARENZ, Karl. *Derecho civil*. Parte general. Tradução e Notas de Miguel Izquierdo y Máciás-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 453.

<sup>134</sup> LARENZ, Karl. *Derecho civil*. Parte general. Tradução e Notas de Miguel Izquierdo y Máciás-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 461-464.

de lealdade (*boa-fé objetiva*). O segundo, pela interpretação do negócio de acordo com o meio social, dentro da ideia da *ontognoseologia jurídica* de Reale, reconhecendo a *função social* dos negócios e contratos. Valoriza-se, portanto, conforme a ementa transcrita, a *teoria objetiva da interpretação dos contratos e negócios jurídicos*.

Alguns juristas, contudo, entendem que o dispositivo em comento traz a *boa-fé subjetiva*, aquela relacionada com a intenção das partes.<sup>135</sup> Discorda-se desse posicionamento, pois a *boa-fé-intenção* está inserida no comando legal antes comentado (art. 112 do CC). O art. 113 do CC traz, na verdade, a *função de interpretação da boa-fé objetiva*.

Assinala-se que os negócios jurídicos em geral, principalmente os contratos, devem ser interpretados da maneira mais favorável àquele que esteja de *boa-fé*. Em alguns casos, a lei acaba presumindo de forma relativa essa *boa-fé objetiva*, guiando a interpretação do magistrado. Podem ser citados os casos de interpretação mais favorável ao aderente (art. 423 do CC) e ao consumidor (art. 47 do CDC).

Em suma, percebe-se que tinha total razão o saudoso Miguel Reale quando afirmava que o art. 113 do CC/2002 seria um *artigo-chave* do Código de 2002.<sup>136</sup> Em conclusão, o dispositivo traz a *função interpretativa* tanto da *boa-fé objetiva* quanto da *função social*. Na jurisprudência brasileira, inúmeros são os julgados de aplicação da *boa-fé objetiva* e da *função social* em uma *relação de simbiose*, de ajuda mútua, para a mitigação da força obrigatória da convenção (Ilustrando, entre milhares de ementas: TJMG, Apelação Cível 1.0024.08.255985-7/0011, Belo Horizonte, 15.<sup>a</sup> Câmara Cível, Rel. Des. Tibúrcio Marques, j. 12.02.2009, DJMG 18.03.2009; TJSP, Agravo de Instrumento 605.520.4/9, Acórdão 3383957, São Paulo, 4.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 13.11.2008 DJESP 23.01.2009).

Ato contínuo de análise, aduz o art. 114 da atual codificação material que os negócios jurídicos benéficos interpretam-se estritamente. Desse modo, em contratos gratuitos como são a doação e o comodato, à vontade das partes nunca pode se dar um efeito ampliativo, sempre restritivo. Especializando o seu teor, prevê o art. 819 do CC que a fiança não admite interpretação extensiva. Como é notório, a fiança é um típico contrato de garantia gratuita, em regra.

Pois bem, sendo o consentimento inexistente, o negócio jurídico existirá apenas na aparência, mas não para o mundo jurídico, sendo passível de declaração de inexistência ou de nulidade absoluta. Entre os que entendem pela nulidade, estão aqueles que não são adeptos da *teoria da inexistência do negócio jurídico*, caso deste autor, pelo simples fato de o Código Civil somente tratar da nulidade absoluta e da relativa.

Não sendo a vontade livre, por apresentar um vício do consentimento – tema a ser abordado – o negócio será tido como anulável, em regra. A matéria ainda será estudada no presente capítulo.

#### c) Objeto lícito, possível, determinado ou determinável

Somente será considerado válido o negócio jurídico que tenha como conteúdo um *objeto lícito*, nos limites impostos pela lei, não sendo contrário aos bons costumes, à ordem pública, à *boa-fé* e à sua função social ou econômica de um instituto. Como se sabe, ilícito o objeto, nulo será o *negócio jurídico* (art. 166, II, do CC). Eventualmente, pode estar caracterizado no negócio jurídico o abuso de direito, justamente pelo desrespeito aos conceitos que constam do art. 187 da atual codificação material, o que por si só, constitui justificativa para a declaração de nulidade, combinando-se os dois dispositivos legais transcritos.

Além disso, o objeto deve ser possível no plano fático. Se o negócio implicar em prestações impossíveis, também deverá ser declarado nulo. Tal impossibilidade pode ser física ou jurídica. A impossibilidade física está presente quando o objeto não pode ser apropriado por alguém ou quando a prestação não puder ser cumprida por alguma razão. Por outra via, a impossibilidade jurídica está presente quando a lei vedar o seu conteúdo.

Segundo o art. 106 do CC, a impossibilidade inicial do objeto não gera a nulidade do negócio se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado. Em suma, somente a *impossibilidade absoluta* é que tem o condão de nulificar o negócio. Se o negócio ainda puder ser cumprido ou executado, não há que se falar em invalidade. O comando legal traz em seu conteúdo o *princípio da conservação negocial ou contratual*, segundo o qual se deve sempre buscar a manutenção da vontade dos envolvidos, a preservação da autonomia privada. A ideia mantém relação direta com o princípio da função social do contrato, segundo o Enunciado n. 22 do CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, cuja redação merece destaque: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas”.

<sup>135</sup> NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 231.

<sup>136</sup> REALE, Miguel. Um artigo-chave do Código Civil. *História do Novo Código Civil*. Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: RT, 2005. v. 1, p. 240.

A título de exemplo de incidência do art. 106 do CC, cite-se a hipótese de um negócio envolvendo uma companhia que ainda será constituída por uma das partes envolvidas. Ou, ainda, como quer Álvaro Villaça Azevedo, a ilustração da venda de um automóvel que não pode ser fabricado em um primeiro momento, diante de uma greve dos metalúrgicos; surgindo a possibilidade posterior do objeto negocial pela cessação do movimento de paralisação.<sup>137</sup>

O objeto do negócio deve ser determinado ou, pelo menos, determinável. O Código Civil de 2002 reconhece falha da codificação anterior, afastando o rigor da certeza quanto ao objeto. Pertinente apontar que, na obrigação de dar coisa incerta, o objeto é ainda pendente de determinação (arts. 243 e 244 do CC), que se dá pela escolha, também denominada *concentração*. Mesmo assim, não há que se falar em invalidade do negócio por indeterminação do objeto, sendo este um exemplo de incidência da regra constante do art. 106 do CC.

Nas típicas situações de negócios jurídicos de alienação de coisa, caso dos contratos de compra e venda e de doação, o objeto deve ser ainda consumível do ponto de vista jurídico (segunda parte do art. 86 do CC – *consumtibilidade jurídica*). Em outras palavras, o objeto deve ser alienável, ao passo que a venda ou a doação de bem inalienável é nula, por ilicitude do objeto ou fraude à lei (art. 166, II e VI, do CC).

Por fim, saliente-se que é melhor utilizar a expressão *bem inalienável* do que a clássica *coisa fora do comércio*, de outrora – *res extra commercium* – do Direito Romano. Como é notório, há muito tempo superou-se a *fase dos atos do comércio* do Direito Comercial. Muito ao contrário, vivemos a fase do Direito Empresarial.

#### d) Forma prescrita ou não defesa em lei

Inicialmente, para fins didáticos, forçoso lembrar que a expressão “*não defesa*” significa “*não proibida*”. Muitas vezes, percebe-se certa dificuldade em sua compreensão e alcance. Clóvis Beviláqua conceituava a forma como “o conjunto de solemnidades, que se devem observar, para que a declaração da vontade tenha efficacia jurídica. É o revestimento jurídico, a exteriorizar a declaração de vontade. Esta é a substância do acto, que a forma revela”.<sup>138</sup> Como regra, a validade da

<sup>137</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral do Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012, p. 177.

<sup>138</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. t. I, p. 386.

declaração de vontade não depende de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. Desse modo, os negócios jurídicos, em regra, são informais, conforme consagra o art. 107 do CC, que consagra o *princípio da liberdade das formas*.

Entretanto, em casos especiais, visando conferir maior certeza e segurança nas relações jurídicas, a lei prevê a necessidade de formalidades, relacionadas com a manifestação da vontade. Nessas situações, o negócio não admitirá forma livre, sendo conceituado como *negócio formal*. É fundamental aqui diferenciar *formalidade* de *solenidade*, conforme faz uma parte da doutrina. *Solenidade* significa a necessidade de ato público (escritura pública), enquanto *formalidade* constitui a exigência de qualquer forma apontada pela lei, como, por exemplo, a de forma escrita. Assim, pode-se dizer que *a forma é gênero; a solenidade é espécie*.

Essa diferenciação entre as categorias é importante quando se estuda, por exemplo, a classificação dos contratos. Com tom didático, vale aqui transcrever as palavras de Sílvio de Salvo Venosa: “O contrato *solene* entre nós é aquele que exige escritura pública. Outros contratos exigem *forma escrita*, o que os torna formais, mas não solenes. No contrato *solene*, a ausência de forma torna-o nulo. Nem sempre ocorrerá a nulidade, e a relação jurídica gerará efeitos entre as partes, quando se trata de preterição de formalidade, em contrato não *solene*”.<sup>139</sup>

Em termos práticos, a diferenciação é pouco relevante. Isso porque, havendo desrespeito à forma ou sendo preterida alguma solenidade prevista para o negócio, esse será nulo (art. 166, IV e V, do CC).

Ressalte-se o que dispõe o art. 109 do CC, segundo o qual “No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato”. Portanto, podem as partes, por ato de vontade e visando à segurança, prever que o negócio deva atender a *solenidades*. A imposição do negócio *solene* pode ser, portanto, convencional entre as partes. A escritura pública é lavrada no Tabelionato de Notas de qualquer localidade do país, estando no plano da validade dos negócios jurídicos (segundo degrau da *Escada Ponteaniana*).

As formalidades ou solenidades previstas em lei também têm por finalidade garantir a *autenticidade do negócio*, para, eventualmente, facilitar sua prova, bem como garantir que a autonomia privada seja preservada, objetivando sempre a certeza e a segurança jurídica.

<sup>139</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1, p. 415.

Cumpra ainda comentar o importante art. 108 do CC. Prescreve esse dispositivo que a escritura pública somente será exigida para negócios jurídicos que visam a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, com valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país. Em relação ao seu conteúdo, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 289 do CJF/STJ, prevendo que “O valor de 30 salários mínimos constante do art. 108 do Código Civil brasileiro, em referência à forma pública ou particular dos negócios jurídicos que envolvam bens imóveis, é o atribuído pelas partes contratantes e não qualquer outro valor arbitrado pela Administração Pública com finalidade tributária”. Valoriza-se a autonomia privada, o que foi pactuado pelas partes. De qualquer forma, o enunciado pode abrir brecha para preços simulados, que não são reais. Em havendo simulação, o negócio pode ser declarado nulo, nos termos do art. 167 do Código Civil.

O art. 108 do CC/2002 tem relação direta com o princípio da função social dos contratos. Isso porque presumiu o legislador que uma pessoa que compra um imóvel com valor de até trinta salários mínimos não tem condições econômico-financeiras de pagar as despesas de escritura, estando dispensada de tal encargo. Não há função social maior do que esta, diante da proteção das classes desfavorecidas, aflorando o *Direito Civil dos Pobres*, conforme a notória construção de Antonio Menger.<sup>140</sup>

Pela relação com a função social dos contratos, por envolver matéria de ordem pública (art. 2.035, parágrafo único, do CC), não há no dispositivo legal qualquer inconstitucionalidade, por suposta lesão ao art. 7.º, IV, do Texto Maior, que veda que o salário mínimo seja utilizado para outros fins que não sejam de remuneração dos trabalhadores. Para rebater qualquer alegação de inconstitucionalidade, destaque-se que a *função social dos contratos está amparada na cláusula pétrea da função social da propriedade*, constante do art. 5.º, XXII e XXIII, do Texto Maior. Ademais, analisando o fim social da norma constitucional, não há qualquer prejuízo aos trabalhadores em se fixar o salário mínimo como parâmetro para a escritura pública.

A encerrar, e por cautela, nunca é demais lembrar que não se pode confundir a escritura pública com o registro. A primeira repre-

senta o próprio contrato de compra e venda, que pode ser celebrado em qualquer Tabelionato de Notas do País, não importando o local do imóvel. Já o registro gera a aquisição da propriedade imóvel, devendo ocorrer, necessariamente, no Cartório de Registro de Imóveis do local em que o bem estiver situado. Além disso, a escritura pública, sendo forma, está no plano da validade do negócio jurídico; o registro imobiliário está no plano de sua eficácia. Os degraus da *Escada Pontean* são distintos.

### 2.5.3.3 Plano da eficácia

Por fim, no plano da *eficácia* estão os elementos relacionados com a suspensão e resolução de direitos e deveres das partes envolvidas. De outra forma, pode-se dizer que nesse último plano, ou *último degrau da escada*, estão os efeitos gerados pelo negócio em relação às partes e em relação a terceiros, ou seja, as suas consequências jurídicas e práticas. São elementos de eficácia os seguintes:

- Condição (evento futuro e incerto).
- Termo (evento futuro e certo).
- Encargo ou Modo (ônus introduzido em ato de liberalidade).
- Regras relativas ao inadimplemento do negócio jurídico (resolução). Juros, cláusula penal (multa) e perdas e danos.
- Direito à extinção do negócio jurídico (resilição).
- Regime de bens do negócio jurídico casamento.
- Registro Imobiliário.

De forma didática, pode-se dizer que os elementos que não estão no plano da existência e da validade estão no da eficácia, mormente aqueles relativos às decorrências concretas do negócio jurídico.

### 2.5.3.4 A Escada Pontean e o direito intertemporal. Análise do art. 2.035, caput, do CC. Exemplos práticos

Para findar o estudo da *visão triplanar* do negócio jurídico, é fundamental a análise do art. 2.035, *caput*, do Código Civil de 2002, dispositivo de direito intertemporal que resolve uma série de problemas relativos ao negócio jurídico. Anote-se que o direito intertemporal é o ramo da ciência jurídica que visa resolver os conflitos da lei no tempo,

<sup>140</sup> MENDER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Trad. Adolfo Posada. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898.

principalmente diante do surgimento de uma nova norma. É a redação desse importante comando legal:

“Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.”

A redação desse dispositivo nos traz duas constatações importantes.

A primeira é que o comando não adota expressamente o plano da existência, eis que o artigo já começa tratando da *validade dos negócios e demais atos jurídicos*. Em verdade, para os devidos fins, deve-se entender que o plano da existência está subentendido no da validade.

A segunda constatação é de que em relação à *validade* dos negócios jurídicos deve ser aplicada a norma do *momento* da sua constituição ou celebração. Prevê o comando legal que se o negócio for celebrado na vigência do Código Civil de 1916, quanto à sua validade, devem ser aplicadas as regras que constavam na codificação anterior. Isso, no que concerne à capacidade das partes, à legitimação, à vontade livre, à licitude do objeto e à forma prescrita em lei.

Por outra via, no que concerne ao *plano da eficácia*, devem ser aplicadas as normas incidentes no *momento da produção de seus efeitos* (“mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam”). Assim, relativamente à condição, ao termo, aos juros, às multas (e outras penalidades), às perdas e danos, à rescisão contratual e ao regime de bens de casamento, deve ser aplicada a norma atual, no caso, o Código Civil 2002.

Pois bem, vejamos algumas exemplificações concretas de aplicação de tais premissas.

De início, imagine-se um caso em que foi celebrado um contrato na vigência do Código Civil de 1916 (até 10 de janeiro de 2003). O contrato traz uma multa exagerada, desproporcional, estando presente a *onerosidade excessiva*, a desproporção no negócio jurídico no que toca à cláusula penal. O descumprimento do negócio ocorreu na vigência do Código Civil de 2002 (a partir de 11 de janeiro de 2003, segundo a maioria da doutrina e da jurisprudência). Pergunta-se: é possível aplicar o art. 413 do atual Código Civil, que consagra o dever do ma-

gistrado reduzir a cláusula penal que for exagerada, a fim de evitar a onerosidade excessiva? Lembrando que essa redução equitativa em caso de desproporção constitui parcial novidade, é de se responder positivamente. Isso porque o inadimplemento ocorreu na vigência da nova lei, estando a multa no plano da eficácia, o que justifica a aplicação da atual legislação.

Vale aqui citar a sentença proferida pela 13.<sup>a</sup> Vara Cível do Foro Central da Capital de São Paulo, no caso envolvendo o apresentador Boris Casoy e a Rede Record. Diante do descumprimento do contrato por parte da emissora, o apresentador resolveu cobrar a multa compensatória prevista no contrato, de cerca de 27 milhões de reais. Aplicando o art. 413 do CC ao contrato, celebrado em 12 de abril de 2002 o magistrado reduziu a cláusula penal para cerca de 6 milhões de reais (Processo 583.00.2006.135945-8, Sentença de 18 de outubro de 2006, Juiz André Gustavo Cividanes Furlan).

Em junho de 2011, a *decisum* foi parcialmente reformada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que aumentou o valor da cláusula penal para 10 milhões de reais, por entender que a multa fixada pela primeira instância era insuficiente. Vejamos a publicação da ementa do acórdão:

“Indenizatória contrato de prestação de serviços apresentador e editor-chefe de telejornal rescisão imotivada. Multa compensatória estabelecida em cláusula contratual. Montante manifestamente excessivo. Incidência do art. 413 do CC. Redução equitativa do valor da indenização. Critérios a serem observados. Adoção de cálculo aritmético com vista ao tempo faltante de cumprimento do contrato. Insuficiência. Indenização majorada. Recurso dos autores provido para este fim. Acolhimento de pedido subsidiário formulado na inicial. Reconhecimento da sucumbência recíproca. Apelo da ré provido” (TJSP, Apelação n. 0062432-17.2007.8.26.0000, Acórdão 5211780, São Paulo, 31.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Milton Carvalho, j. 21.06.2011, DJESP 28.06.2011).

De qualquer modo, o acórdão mantém a tese de subsunção do art. 413 do Código Civil de 2002 a contrato celebrado na vigência do Código Civil de 1916, conforme aqui sustentado.

Como segundo exemplo de aplicação do art. 2.035 do CC, pode ser citado o teor do Enunciado n. 164 da *III Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça,

segundo o qual: “Tendo início a mora do devedor ainda na vigência do Código Civil de 1916, são devidos juros de mora de 6% ao ano até 10 de janeiro de 2003; a partir de 11 de janeiro de 2003 (data da entrada em vigor do novo Código Civil), passa a incidir o art. 406 do CC/2002”. Como se sabe, os juros estão no plano da eficácia de uma obrigação ou de um contrato. Sendo assim, devem ser aplicadas as normas do momento da eficácia do negócio jurídico. É justamente isso que ordena o enunciado; com o qual é de se concordar integralmente. Vários julgados do STJ vêm aplicando o teor desse enunciado (nesse sentido, ver, por todos: STJ, AgRg no Ag 714.587/RS, 3.ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 11.03.2008, DJ 01.04.2008, p. 1).

Outra ilustração envolve a necessidade da outorga conjugal. Como se sabe, o art. 1.647 do atual Código Civil exige a outorga uxória (da esposa) e marital (do marido) para a prática de alguns atos e negócios, salvo se o regime entre eles for o da separação absoluta. A exigência abrange a venda de imóvel, as doações e a prestação de fiança, dentre outros atos. A falta dessa outorga, não suprida pelo juiz, gera a anulabilidade do ato praticado (nulidade relativa), conforme prevê o art. 1.649 do CC/2002.

Pois bem, o Código Civil de 1916 estabelecia, nos seus arts. 235, 242 e 252, que os atos assim celebrados, sem a outorga, seriam nulos (nulidade absoluta). No entanto, e se a compra e venda de imóvel foi celebrada na vigência do CC/1916 por um dos cônjuges, sem a outorga do outro? Esse negócio é nulo ou anulável? O negócio será nulo, pois se aplica a norma do momento da celebração. Consigne-se que a outorga conjugal é hipótese de legitimação, uma espécie de capacidade, que está no plano da validade. O negócio é nulo mesmo que a ação tenha sido proposta na vigência do Código Civil de 2002 (após 11 de janeiro de 2003), pois a questão a ser analisada é de natureza material, e não processual.

Também a título de exemplo, é imperioso apontar que a *Escada Pontea* e o art. 2.035 repercutem no contrato de sociedade, típico do Direito Empresarial. Enuncia o art. 977 do atual Código Civil que: “Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória”. O dispositivo citado proíbe que cônjuges casados sob os regimes da comunhão universal ou da separação total obrigatória constituam sociedade entre si. Trata-se de regra de capacidade, que está no plano da validade. Assim, o dispositivo

somente se aplica às sociedades constituídas após a entrada em vigor do atual Código Civil. No Código anterior não havia essa restrição em relação à capacidade, havendo direito adquirido quanto a não aplicação do comando legal. Portanto, as sociedades anteriores não serão atingidas, pois quanto ao plano da validade deve ser aplicada a norma do momento da constituição do negócio.

A tese foi adotada na *III Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pelo teor do seu Enunciado n. 204: “A proibição de sociedade entre pessoas casadas sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória só atinge as sociedades constituídas após a vigência do Código Civil de 2002”. No mesmo sentido, é o Parecer jurídico 125/2003, do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC/COJUR). A jurisprudência tem decidido na mesma linha de raciocínio (nesse sentido, ver: TJSP, Apelação Cível 358.867-5/0, São Paulo, 1.ª Câmara de Direito Público, Data do registro: 26.04.2006, Rel. Des. Renato Nalini, Voto 11.033).

Como última ilustração, agora envolvendo o Direito de Família, destaque-se que o regime de bens de casamento está no plano da eficácia, pois relativo às suas consequências. Sendo assim, é possível alterar regime de bens de casamento celebrado na vigência do Código Civil de 1916, subsumindo a regra do art. 1.639, § 2.º, do CC/2002, que possibilita a *ação de alteração do regime*, mediante pedido motivado de ambos os cônjuges. Esse é o entendimento majoritário da doutrina, consubstanciado no Enunciado n. 260 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, realizada em 2004, nos seguintes termos: “Arts. 1.639, § 2.º, e 2.039: A alteração do regime de bens prevista no § 2.º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior”. No plano jurisprudencial, a tese é adotada pelo Superior Tribunal de Justiça desde o ano de 2005 (nesse sentido, ver: STJ, REsp 730.546/MG, 4.ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 23.08.2005, DJ 03.10.2005, p. 279).

Para findar a presente abordagem, deve ficar claro que o art. 2.035, *caput*, do CC tem grande relevância prática para os negócios jurídicos em geral. Que fique claro que este autor é um dos entusiastas do referido comando legal, um dos melhores da atual codificação, não havendo qualquer inconstitucionalidade no comando por lesão à proteção do direito adquirido (art. 5.º, XXXVI, da CF/1988). Muito ao contrário, o dispositivo é tecnicamente perfeito.