

Renan Lotufo
Giovanni Ettore Nanni
Coordenadores

Teoria Geral do Direito Civil

Autores

Alberto Gosson Jorge Junior
Antonio Carlos Morato
Artur Marques da Silva Filho
Carlos Alberto Ferriani
Carlos Alberto Goulart Ferreira
Carlyle Popp
Claudio Luiz Bueno de Godoy
Diogo Leonardo Machado de Melo
Erik Frederico Gramstrup
Fabrício P. Polido
Fernando Rodrigues Martins
Francisco Eduardo Loureiro
Gabriel Seijo Leal de Figueiredo
Giovanni Ettore Nanni
Hamid Charaf Bdine Júnior
Horácio Vanderlei N. Pithan

Itamar Gaino
José Eduardo da Costa
Leonardo Avelino Duarte
Luciano de Camargo Penteado
Luis Renato Ferreira da Silva
Marcelo Benacchio
Maria Alice Zaratin Lotufo
Maristela Basso
Mônica Aguiar
Nelson Rosenvald
Rafael Marinangelo
Ragner Limongeli Vianna
Renan Lotufo
Roxana Cardoso Brasileiro Borges
Rubens Hideo Arai
Silvio Luís Ferreira da Rocha

IDP – Instituto de Direito Privado

14

Dos Fatos Jurídicos e do Negócio Jurídico

Claudio Luiz Bueno de Godoy

Juiz de Direito. Mestre e Doutor em Direito Civil pela PUC-SP. Professor dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Mackenzie e da Fundação Getúlio Vargas (convidado). Professor do Curso de Graduação da FAAP. Professor do Curso Preparatório para Concursos (CPC).

Sumário: 1. Introdução; 2. Fato jurídico: a base da divisão orgânica do Livro III; 3. Negócio jurídico; 3.1. Definição; 3.2. Origem e crítica ao instituto; 3.3. Classificação; 4. Pressupostos de existência do negócio jurídico; 5. Requisitos de validade do negócio jurídico; 5.1. Agente capaz (arts. 104, I, e 105); 5.2. Objeto lícito, possível, determinado ou determinável (arts. 104, II, e 106); 5.3. Forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 104, III, 107/109 e 111); 6. Reserva mental.

1 Introdução

No Livro III da Parte Geral, cujo exame ora se inaugura, e tal como já sucedia no anterior Código, o atual Código Civil se dedica ao regramento, em última análise, da relação jurídica. Ou seja, na estruturação orgânica da Parte Geral, correspondente à divisão clássica do direito subjetivo, a nova legislação, depois de fixar regras atinentes ao sujeito (pessoas) e ao objeto (bens), ocupa-se em estabelecer

preceitos que cuidam, na sua divisão clássica, do terceiro elemento integrativo do direito subjetivo, isto é, a relação jurídica.

Verdade, porém, que, ao fazê-lo, o CC/02 laborou em sistematização mais técnica do que aquela contida no Código Bevilacqua. Lá se introduzia o tema, a partir do artigo 74, e até o artigo 80, com chamadas Disposições Preliminares, de todo abandonadas pela atual normatização. E, com efeito, móvel da supressão, naqueles dispositivos havia, mais do que regras, propriamente, simples exortações doutrinárias a respeito da aquisição, modificação e perda de direitos, matéria de certo estranha ao que é um corpo de normas e, a rigor, mais adequada ao campo da doutrina. Veja-se, por exemplo, logo o artigo 74, sempre muito criticado, e não sem razão. Nele se estatuiu que os direitos podem ser adquiridos por ato próprio ou por intermédio de outrem, ou ainda que os direitos se adquirem para si ou para terceiro. Evidente não só a inutilidade, mas a inadequação de previsão dessa espécie ao próprio escopo de uma regra jurídica, de uma lei, como é o Código Civil. Da mesma forma o inciso III e o parágrafo único do mesmo preceito, quando tratavam do que consideravam ser direito adquirido, futuro e deferido, inclusive criando contradição com o art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução.¹

Nos artigos 75 e 76, o anterior Código dispunha que a todo direito deve corresponder uma ação que o assegure, bem assim que para propô-la é preciso demonstrar legítimo interesse, nada diferente do que já se contém no artigo 3º do Código de Processo Civil. Mas, de novo, algo que se ostenta estranho à previsão de um Código Civil.

Por fim, a Parte Geral do CC/16, nessas denominadas “Disposições Preliminares”, particularmente nos artigos 78 a 80, determinava que o perecimento do objeto acarretava a perda do direito, em preceito ocioso se, afinal, não há direito sem objeto, depois dando-se a elencar manifestações do perecimento e erigindo responsabilidade afeta a quem se tivesse incumbido de conservar o mesmo objeto, todavia deixando-o perecer.

Como se disse, essas previsões introdutórias do Livro III, no Código anterior, não se compadeciam com a finalidade normativa de uma legislação. Tratava-se de verdadeiros assentamentos doutrinários, e não raro fonte de contradição, razão de o novo CC as ter suprimido.

A opção do legislador de 2002, como se verá no item seguinte, foi a de dividir o Livro III, ao menos em seus três primeiros títulos, de acordo com as formas pelas quais se pode manifestar um fato que tenha consequências jurídicas, sem qualquer previsão de disposições preliminares. Em outras palavras, o novo CC dedicou-se, na estruturação do Livro III – e além do título, que também havia no CC anterior, atinente à prescrição, agora regrada ainda a decadência (Título IV), ademais de

¹ Para aprofundar o exame desta contradição, ver: LIMONGI FRANÇA, *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*, p. 224-226.

autonomizada a matéria da prova do negócio jurídico em título próprio (Título V), que antes estava em capítulo, o quarto, do título do ato jurídico –, diretamente à divisão do fato jurídico, logo dando-se a tratar do negócio jurídico (Título I), do ato jurídico lícito (Título II) e do ato ilícito (Título III).

Tudo, sempre, a partir da noção genérica de fato jurídico, então cuja análise ora se impõe.

2 Fato jurídico: a base da divisão orgânica do Livro III

Como se vem de afirmar no item anterior, o Livro III da Parte Geral do Código Civil, tal como se dava no CC anterior, se ocupa de traçar regras acerca da relação jurídica, cujo suporte, cuja origem enfim está no fato, em um acontecimento a que o direito reconhece efeitos jurídicos, o chamado fato jurídico.²

É bem de ver, porém, que nem todo acontecimento da vida, que altera a realidade, gera consequências jurídicas. Por outra, nem todo fato induz o nascimento, a modificação ou a extinção de uma relação jurídica, como por exemplo o simples cair da chuva, um simples acenar de mãos; o que significa dizer que o fato pode ou não ser jurídico. Será jurídico desde que preencha os requisitos de incidência de uma norma que lhe empresta efeitos jurídicos.

Nesse sentido, observa Renan Lotufo³ que o fato jurídico é aquele que se insere em uma estrutura normativa, que corresponde a um modelo configurado por uma norma que incide, conferindo-lhe efeitos jurídicos. Tem-se, portanto, verdadeiro móvel de atuação do direito. O fato jurídico, aquele que possui relevância ao direito pelas consequências dessa espécie que é apto a gerar, a rigor encerra o pressuposto de atuação concreta da previsão abstrata da hipótese normativa, chamada hipótese de incidência. Pois é do fato jurídico que se ocupa o regramento do Livro III da Parte Geral do novo CC.

Sucedee que, por sua vez, o fato jurídico, aquele acontecimento da vida que produz consequências jurídicas, porquanto conforme uma previsão normativa, como tal reconhecido pelo direito objetivo, pode ou não depender da atuação do sujeito do direito subjetivo, do homem. Em diversos termos, e a despeito das críticas que a essa classificação tradicional não raro se lança,⁴ o fato jurídico pode

ser voluntário ou involuntário, nesse segundo caso exemplificando-se com fatos naturais como o nascimento, a morte (não provocada), a queda de frutos, todos acontecimentos dotados de aptidão a provocar efeitos jurídicos, mas independentemente de manifestação de vontade, de conduta voluntária da pessoa.

Já, porém, se o fato é jurídico, apto a induzir efeito desta ordem, e decorre de conduta humana, diz-se então que ele é um ato jurídico. E aqui uma substancial alteração do novo CC em relação ao que se continha no anterior. No Código Bevilacqua preceituava-se, depois da previsão das Disposições Preliminares do Livro III, assim logo na abertura do Título I, que o ato jurídico era todo aquele que tivesse por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos (art. 81). Ou seja, não se diferenciavam espécies diversas, e nem sempre com mesmo regramento, a rigor contidas no gênero ato jurídico em sentido amplo, sinônimo de fato jurídico voluntário.

Com efeito, casos há em que o fato jurídico é voluntário, mas não tem por fim imediato adquirir, modificar ou extinguir um direito. Pense-se, por exemplo, em alguém que, de forma lícita, em local público e permitido, se dedica à pesca, por simples lazer. Trata-se, quando se fiska o peixe, de um fato, sem dúvida voluntário, e, frise-se, que produz consequências jurídicas, afinal aí revelando-se uma das formas de aquisição da propriedade móvel, por ocupação (arts. 599/602 do CC/16, não reproduzidos de modo específico no novo CC porque legada a matéria à lei especial, de toda sorte valendo remissão à regra geral do art. 1.263). Importante notar, todavia, que, no exemplo dado, o pescador em momento algum pretendia, com seu ato, adquirir a propriedade do peixe pescado. Mesmo assim esse efeito se deu. Portanto, uma conduta voluntária a que o direito objetivo reconhece efeitos jurídicos os quais, entretanto, não constituíam a finalidade a que se voltava aquele comportamento, quer sob a perspectiva de quem agia, quer do quanto socialmente se enxerga naquele agir.⁵

Tais hipóteses são costumeiramente denominadas de ato jurídico em sentido estrito, malgrado a divergência não só terminológica, como, ainda, de conteúdo que a respeito grassa. Com efeito, alguns autores preferem distinguir situações em que, na conduta externada, falta intenção ou consciência acerca das conse-

ção de um resultado jurídico (ato jurídico) ou, ao revés, quando se valoriza não o comportamento humano em si, mas o resultado, a modificação objetiva que ele provoca em uma situação anterior (fato jurídico em sentido estrito). Sustenta o autor que a pura adstrição à vontade poderia levar um mesmo evento, como a morte, a ser considerado ora ato, ora fato jurídico (*Teoria generale del negozio giuridico*, p. 14).

⁵ Antônio Junqueira de Azevedo (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, p. 9) observa que, tomado ainda o mesmo exemplo da pesca ou, na sua lição, da caça, pode-se até admitir que o pescador ou o caçador queiram com seus atos também a aquisição da propriedade do objeto, contudo, nem por isso, praticando ato negocial, negócio jurídico, propriamente, de que é pressuposto, a seu ver, uma declaração de vontade socialmente vista como voltada à obtenção de um dado efeito jurídico, o que não se entrevê na conduta do pescador ou do caçador.

² AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. p. 171.

³ *Código Civil comentado*, v. 1, p. 262.

⁴ Renan Lotufo lembra que alguns autores refutam essa divisão baseada na vontade, por isso criticada, preferindo reservar a designação fato jurídico apenas para acontecimentos externos ao sujeito, chamando de ato e negócio jurídico, conforme o caso, as condutas humanas que provocam consequências jurídicas (*Código Civil comentado*, cit., p. 264). Emilio Betti, de seu turno, acentua que a classificação deve atender, tomada como critério a consideração que a ordem jurídica reserva ao fato jurídico, a maior ou menor relevância da vontade, quando dotada de consciência à produ-

quências jurídicas respectivas, todavia previstas pelo ordenamento, havendo apenas uma vontade natural voltada a alterações no plano físico das coisas – chamadas atos-fatos, atos exteriores, atos materiais ou atos reais, de que seriam exemplo o tesouro, a posse e mesmo a ocupação – de outros casos em que até se manifesta uma vontade dirigida à obtenção de efeitos jurídicos, os quais, porém, decorrem automática e completamente da lei, sem espaço para a auto-regulamentação ou sem que a lei se preocupe especialmente com a intenção do agente para atribuir efeitos ao ato, tomado apenas em sua voluntariedade – chamados atos quase-negociais, como a interpelação, a notificação ou a revogação,⁶ para parte da doutrina uma espécie, ao lado daqueles atos materiais, de ato jurídico em sentido estrito.⁷ De qualquer maneira, são sempre fatos jurídicos que, posto voluntários, não configuram, propriamente, um negócio jurídico, e sim, tal como a matéria se contém no artigo 185 do novo CC, lá intitulados *atos jurídicos lícitos* (Título II do Livro III), a cujos comentários ora se remete o leitor. Mas ainda aqui cabem duas ressalvas.

Uma primeira e especial observação que a propósito se impõe é exatamente a de que o novo CC, à semelhança do Código Civil português (v. arts. 217/294 e art. 295), separou o tratamento desses atos não negociais do chamado negócio jurídico. Conforme acentua o Ministro Moreira Alves⁸, afinal, o autor do anteprojeto na parte geral, pretendeu-se substituir a expressão genérica *ato jurídico*, que estava no artigo 81 do CC/16, pela designação específica *negócio jurídico*, mas dele diferenciando-se outros atos jurídicos lícitos em que, no seu dizer, não há uma vontade qualificada a que o ordenamento confira maior relevo na produção de efeitos jurídicos (pesca ou caça), ou mesmo em que há mero ato material inclusive desprovido de intenção específica (tesouro). De outra parte, e ainda a realçar, a tais atos não negociais ou atos jurídicos lícitos que não sejam negócio jurídico, o novo CC, em preceito próprio (art. 185), dispôs somente aplicáveis, *no que cou-*

⁶ Ver, por exemplo: MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Cessão de contrato*, p. 354-355. Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*, 2, pars. 209 e 227, p. 372 e 446), muito embora negando a distinção dos atos jurídicos não negociais em função de sua eficácia *ex-voluntate* e *ex-lege*, separa o que, com base na doutrina alemã, chama de ato-fato, do que considera ser ato jurídico em sentido estrito, como as notificações, interpelações, renúncia, revogação etc. Já para Antônio Junqueira de Azevedo (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 7), a denotar a divergência sobre o tema, esses casos são negociais, porquanto haveria declaração de vontade socialmente considerada como voltada à obtenção de efeitos jurídicos, pouco importando que de todo previstos em lei, sem espaço para auto-regulamentação.

⁷ Nesse sentido: SANTOS CIFUENTES. *Negócio jurídico*, p. 117 e 120-121. Para o autor, os atos materiais e o que chama de atos semelhantes a negócios formam o gênero ato jurídico em sentido estrito, de toda maneira não negociais porque a intenção, mesmo existente naquela segunda espécie, não é tomada pelo ordenamento como fator de atribuição de eficácia jurídica, para o que apenas se toma a voluntariedade da conduta. De seu turno, Werner Flume acrescenta a essas espécies de atos jurídicos em sentido estrito o ato ilícito, em que também os efeitos impostos pelo ordenamento são independentes da vontade, de querê-los ou não o agente (in *El negocio jurídico*, p. 139).

⁸ A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro, p. 102-103.

ber, as regras, contidas nos preceitos antecedentes, relativas ao negócio jurídico. O que, é bom não olvidar, não representa mera distinção acadêmica ou teórica, implicando em profundas conseqüências de ordem prática. Por exemplo basta lembrar, como também o faz Moreira Alves,⁹ e com respeito às regras atinentes, no negócio jurídico, à capacidade, da situação de um menor que, desassistido ou não representado, pratica ato negocial inválido, mas que, no campo do ato jurídico lícito, tal qual nominado pelo novo CC, se torna dono do peixe pescado.

Reiterando-se caber remissão ao exame do artigo 185, para aprofundamento dessa questão relativa aos atos jurídicos lícitos, não negociais, agora impõe-se, neste estudo, o exame, especificamente, do negócio jurídico.

3 Negócio jurídico

A partir do artigo 104, e até o artigo 184, o Código Civil fixa regras acerca do negócio jurídico, o que constitui o primeiro título do Livro III da Parte Geral. Por outra, trata-se do título inicial que corresponde, como já se viu nos itens anteriores, a uma das manifestações de um fato jurídico, desde logo, então, assentado que o negócio jurídico é espécie do gênero fato jurídico e, mais particularmente, fato jurídico lícito e voluntário.

De toda sorte, cuida-se de designação que pretendeu substituir aquela contida no artigo 81 do CC/16, o qual inaugurava o regramento do que lá se denominava ato jurídico, sem a diferenciação que, hoje, o novo CC estabelece entre duas de suas espécies: o negócio jurídico e o ato jurídico lícito (ato não negocial, ato jurídico em sentido estrito ou ato-fato, conforme no item antecedente se mencionou).

Mais do que isso, importante é realçar que no CC/02 o negócio jurídico possui significação e estrutura próprias, as quais o distinguem de outros atos jurídicos e cuja disciplina, por conseguinte, a essas outras expressões de fatos jurídicos, mesmo voluntários, não se aplica senão quando cabível (lembre-se do exemplo da regra de capacidade, citado no item 2).

Pois adiante, além dessa definição do negócio jurídico, cabe aludir, posto que em rápida passagem, à origem de sua conformação enquanto categoria jurídica e mesmo a crítica que, a essa dogmatização genérica e abstrata do instituto, hoje ainda se pode fazer, como não raro efetivamente se faz. Por fim, a sua classificação será de auxílio para melhor compreensão das formas de sua manifestação.

⁹ Idem, p. 102, nota em asterisco.

3.1 Definição

Já assentada sua distinção em relação ao que o novo CC considera ser ato jurídico lícito (art. 185), consoante se acaba de expor, o negócio jurídico se define – e assim desde os trabalhos preparatórios do CC alemão, de cuja doutrina, como se verá no subitem seguinte, se origina a figura, inclusive, tal qual observa Werner Flume, de acordo com o que constou da exposição de motivos do primeiro projeto de BGB – como uma declaração de vontade privada, dirigida à produção de um resultado jurídico, que tem lugar conforme o ordenamento jurídico.¹⁰

Em diversos termos, então, conceitua-se o negócio jurídico como sendo a manifestação de vontade voltada à obtenção de efeitos jurídicos previstos no ordenamento. Ou seja, cuida-se de o sujeito declarar uma vontade consciente e qualificada, por isso que se destina, tem por objetivo alcançar determinados efeitos jurídicos relacionais, de aquisição, modificação ou extinção de direitos. Ou, mesmo admitido, como quer parte da doutrina, que o sujeito tencione verdadeiramente alcançar efeitos práticos, trata-se de vontade externada de maneira tal que o ordenamento faz atuar efeitos jurídicos exatamente correspondentes ao querer do declarante. Por outra, uma manifestação de vontade diretamente voltada a um fim prático e que o ordenamento tutela enquanto expressão da autonomia do sujeito, de auto-regulamentação de seus interesses.¹¹

Se possível imaginar sua decomposição esquemática, seria de se afirmar que o negócio jurídico se integra por uma declaração de vontade mais um efeito normativo que por ela se tenciona obter. Tem-se, então, uma declaração de vontade externada com finalidade jurídica específica, diferentemente, como se viu, do chamado ato jurídico em sentido estrito, em que, mesmo havendo vontade, ela não se qualifica pela sua finalidade jurídica, constitutiva de direito. Daí costumeiramente dizer-se que, no negócio jurídico, ao contrário do ato jurídico em sentido estrito, ou ato jurídico lícito, a vontade é qualificada, particularizada pelo seu objetivo de produzir efeito jurídico.

Certo que, no Código Beviláqua, malgrado tratado o ato jurídico de maneira unificada, sem a distinção que hoje se contém no artigo 185, a conceituação que para ele se reservava, particularmente no artigo 81, coincidia com essa idéia de vontade manifestada de forma a atingir determinados efeitos jurídicos, tal como hoje se caracteriza o negócio jurídico. Mas isso fundamentalmente a um pressuposto teórico diverso. Projetado no final do século XIX e, por isso, herdando, como todos os Códigos a ele contemporâneos, da família romano-germânica do direito, clara influência do CC francês de 1804, o CC/16 sempre se assentou – coerente com o reclamo, da época, de valorização dos direitos individuais, de primeira

geração, e de sua afirmação em face da atuação da esfera do público, do Estado – sob a perspectiva individualista do titular do direito, o que significava, no negócio jurídico, admiti-lo como um ato de vontade, uma expressão da vontade jurígena, por isso que capaz, ela própria, de gerar os efeitos jurídicos queridos. Era a concepção *voluntarista* ou *subjetiva* do negócio, que fazia repousar sobre a vontade os seus efeitos jurígenos, como se a vontade não precisasse, para alcançar esses efeitos, ser declarada de modo consonante com as exigências valorativas do ordenamento. Ou como se a vontade fosse valorada juridicamente sem que como e enquanto declarada.¹²

Pois se, ao revés, também se há de refutar tese oposta, que consagra a chamada *teoria preceptiva ou objetiva* – segundo a qual o negócio jurídico encerra uma norma jurídica concreta, um preceito concreto, um comando objetivo a que o ordenamento empresta eficácia jurígena portanto dele emanada, desprezando-se de todo o papel motriz que ainda se deve reconhecer à vontade –, hoje impõe-se entender o negócio jurídico, nele enfeixando-se vontade e lei,¹³ como expressão de uma autonomia, não pura, da vontade, mas o que se vem denominando de autonomia privada, em que a vontade exprime um ato de iniciativa todavia somente merecedor de tutela e, assim, de efeitos jurídicos, caso atenda a interesses coesenciais dispostos no ordenamento, antes de tudo na própria Constituição Federal, na qual se erigem valores sociais básicos, como o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do solidarismo e justiça na relação entre as pessoas (art. 3º, i), de toda sorte ao que se tornará no desenvolvimento do subitem seguinte.

Por outra, cuida-se de entrever, subjacente ao negócio jurídico, uma liberdade fundamental que se garante aos indivíduos, de regular seus interesses, de estabelecer relações jurídicas mediante constituição ou modificação de direitos tal como preceituarem, mas com força vinculativa conferida pelo ordenamento desde que atendidos valores por ele dispostos – é a idéia, no dizer de Luigi Ferri,¹⁴ de uma liberdade, não natural, porém jurídica, social, intrinsecamente limitada por elementos axiológicos, por valores sociais dispostos no ordenamento, cujo atendimento condiciona o alcance dos efeitos jurídicos buscados por quem nesse sentido manifestou vontade.¹⁵ Aliás, é por essa idêntica densidade que, ao lado da vontade, o ordenamento ostenta no negócio jurídico que alguns autores chegam

¹² Nesse sentido, observa Cariota Ferrara que, estruturalmente, é a declaração de vontade, e não a vontade em si, o elemento básico do negócio. Para o autor, o ordenamento valoriza a vontade externada, desde que e enquanto manifestada (in *Negoio giuridico*, cit., p. 67).

¹³ Para Cariota Ferrara, a força jurígena no negócio nem está só na vontade, nem só na lei. A rigor, a lei autoriza a autonomia privada, tornando possível que o negócio produza efeitos jurídicos, munindo-o de eficácia (in *Il negoio giuridico*, cit., p. 61).

¹⁴ *La autonomia privata*, p. 245-249.

¹⁵ Examinei com maior detalhamento o conceito de autonomia privada em capítulo próprio de *Função social do contrato*, p. 15-31.

¹⁰ *El negoio jurídico*, cit., p. 48.

¹¹ Por todos: CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negoio giuridico nel diritto privato italiano*, p. 76.

até mesmo a recusar a noção de que ele exprima um ato de autonomia, para sustentar a existência, na sua formação, de uma real heteronomia.¹⁶

Para Antônio Junqueira de Azevedo, mais ainda, o negócio jurídico, definido, nem exclusivamente pela sua *gênese* (teoria voluntarista), nem pela sua *função* (teoria objetiva) – malgrado indicativas de dados não desprezados na sua composição –, mas sim pela sua *estrutura*, deve ser compreendido como declaração de vontade cercada por circunstâncias negociais que a façam ser vista socialmente como destinada à obtenção de efeitos jurídicos. Nas suas palavras, e forjando o que considera ser um enfoque estrutural e social do negócio jurídico, este se define, enquanto categoria jurídica, portanto em abstrato, como “*uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias que fazem com que socialmente essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos*”.¹⁷ Acrescenta o autor que, concretamente, o negócio jurídico se constitui dessa especial declaração de vontade, socialmente vista como destinada a produzir determinados efeitos queridos, mas a que o ordenamento por isso mesmo empresta caráter jurídico e vinculante. Ou seja, na sua visão a correspondência entre os efeitos queridos e os efeitos jurídicos existe porque a regra jurídica de atribuição procura seguir a visão social, porque reconhece a especificidade da declaração externada em condições que a façam socialmente vista como destinada à produção de efeitos jurídicos, diferentemente, no seu exemplo, do caçador que pretenda também adquirir a propriedade da coisa caçada, por isso que sem configurar negócio jurídico.¹⁸

De toda forma, porém, não se pode negar que o negócio jurídico represente um ato de autonomia, mediante o qual o sujeito declara vontade qualificada pelo objetivo de alcançar determinados efeitos normativos que o ordenamento garantirá desde que aquela vontade seja manifestada de acordo com requisitos ou elementos que nele se contêm.¹⁹

E isso sem que, necessariamente, por conta até da origem do instituto, como se verá no subitem seguinte, o ato de autonomia se circunscreva apenas a relações de conteúdo econômico, como se sua representação constitucional, além do princípio geral de liberdade, se desse apenas pela garantia da livre iniciativa econômica. Como lembra Renan Lotufo²⁰, declarações de vontade atinentes a direito

¹⁶ Nesse sentido: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, p. 286.

¹⁷ *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 20.

¹⁸ *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia, cit., p. 23-24.

¹⁹ Mesmo que sob a perspectiva de um modelo jurídico correspondente ao do Estado corporativo, como era o italiano da metade do século passado, Emilio Betti já sustentava que o negócio jurídico, do ponto de vista genético, deveria ser considerado o ato pelo qual o sujeito regula seus próprios interesses nas relações com os outros (ato de autonomia privada), mas ao qual o direito reconhece efeitos jurídicos desde que conforme uma função econômico-social que o caracterize (*Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 54-55).

²⁰ *Código Civil comentado*, cit., p. 277

da personalidade, como as de disposição do próprio corpo, de disposição sobre o direito de imagem, ou ainda no campo do direito de família, como num acordo sobre separação ou guarda, valendo acrescentar o próprio testamento, que o novo CC explicitou poder se reconduzir apenas a disposições não patrimoniais (art. 1.857, § 2º), representam, todas, verdadeiro negócio jurídico.

De qualquer maneira, a real diferença que no atual tratamento do negócio jurídico se encontra, com especial interesse no novo CC, está no abandono de sua consideração a partir, exclusivamente, da vontade que, manifestada, movimenta a sua formação. Não se ocupa inclusive o legislador apenas e tão-somente de reger o negócio a partir da perspectiva de quem declara a vontade. Preocupa-se também a legislação, mercê da imposição de exigências valorativas diversas, em que avulta a proteção da confiança do destinatário, como já se disse, com a situação dos terceiros que recebem a manifestação qualificada de vontade do indivíduo. A quem declara a sua vontade, assim, porque cria expectativa para os que a recebem, deve-se reconhecer uma responsabilidade pela sua atuação. Daí, igualmente conforme já acima mencionado, a chamada teoria da *auto-responsabilidade* a dar substrato ao regramento, no novo CC, do negócio jurídico. Ou, como já de há muito observava Cariota Ferrara, a responsabilidade de quem declara a vontade e cria situação de confiança a terceiros que deve também ser preservada.²¹ Nem só o domínio da vontade, nem só da declaração. O que, enfim, acaba revelado em inúmeras passagens da nova lei, como no tratamento do erro, cujos requisitos de anulabilidade foram sempre elencados do ponto de vista do declarante (erro essencial, real e escusável), mas agora a exigir ainda a sua cognoscibilidade pelo declaratório (erro perceptível). Nada diferente do que se evidência, também, na nova redação do artigo 112, quando determina que, na interpretação subjetiva, se atenda menos ao sentido literal das palavras e mais à intenção do declarante, todavia segundo o quanto consubstanciado na declaração. Tudo acerca do que, todavia, se remete aos comentários dos capítulos próprios.

3.2 Origem e crítica ao instituto

Atribui-se o desenvolvimento de um conceito genérico de negócio jurídico aos trabalhos dos pandectistas alemães, no século XVIII, particularmente, como lembra Renan Lotufo,²² a partir da obra de Savigny e com especial relevo à formulação de uma categoria geral, abstrata, de todo compatível com a parte geral que se inseria no BGB, o Código Civil alemão que então se elaborava.

Com efeito, tratou-se da formulação de uma teoria geral do negócio jurídico enquanto manifestação de vontade dirigida à formação de determinada relação

²¹ *Negoziio giuridico*, cit., p. 75.

²² *Código Civil comentado*, cit., p. 268.

jurídica, bem ao sabor de um modelo sistemático de direito civil que, codificado, levou-a ao assentamento em uma parte geral, contemplativa de estruturas e institutos regrados de forma abstrata e indistinta. Algo, acrescente-se, em nada semelhante, a despeito da retomada de seu estudo com o pandectismo, à experiência do direito romano, ou do *negotium* que lá se conhecia, porém, de acordo com a característica de pragmatismo e casuismo que marcaram o romanismo, muito mais ligado, consoante lembra Pontes de Miranda,²³ ao suporte fático da categoria jurídica, ou seja, à atividade negocial em si.

A idéia, no direito alemão, de se criar um conceito geral de negócio jurídico, ao contrário, se punha na esteira da construção de um sistema jurídico dogmático, com institutos genéricos, concebidos de forma abstrata, para subsunção indistinta das diversas ocorrências do mundo fático. Foi mesmo um trabalho de se erigirem categorias jurídicas estruturais, levadas, no BGB, a uma parte geral que se tencionava espraiasse suas regras para todos os livros da parte especial da normatização civil. Certo que, em espectro mais amplo, lembra Francisco Amaral²⁴ que esse movimento tem raízes, antes de jurídicas, filosóficas, políticas e sociais. Filosóficas por representar manifestação do jusnaturalismo, em que se afirmava a liberdade como valor básico a garantir; políticas porque assegurava uma esfera de atuação do sujeito de direito livre das peias impostas pelo modelo centralizado e intervencionista até então reinante, desde o feudalismo, com os privilégios e diferenciações por ele criadas, assim atendendo-se, mesmo que do ponto de vista formal, a um preceito de igualdade também na época a afirmar; e econômicas porque possibilitava o processo de desenvolvimento das atividades burguesas de comércio, assentadas na autonomia dos indivíduos de regular essas suas relações.

Mas, vale realçar, justamente nessa concepção estrutural abstrata, indistinta e genérica do negócio jurídico, bem assim na sua motivação histórica e ideológica, é que, em tempos mais recentes, passaram a se concentrar acesas críticas ao instituto, tal como desde a origem concebido. A multiplicidade, a diversidade, a setorização, a especialização das relações constituíram móvel à observação de que uma categoria jurídica formal, dogmática, abstrata do negócio jurídico seria de todo insuficiente aos reclamos do que fosse o conteúdo normativo de uma lei civil. A questão inclusive vai mais além e envolve-se mesmo com a própria discussão sobre a adequação de uma parte geral na legislação civil codificada, destinada a traçar estrutura genérica de institutos típicos, o que se refere porquanto foi ponto sensível nos trabalhos de elaboração do projeto do CC atual.²⁵ Veja-se que, por exemplo, o Projeto Orlando Gomes de CC havia suprimido a parte geral,

²³ *Tratado de direito privado*, cit., t. III, par. 249, n. 1, p. 4.

²⁴ *Direito civil: introdução*, cit., p. 376-377.

²⁵ Conferir, a respeito: REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil*, p. 6-7; MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, cit., p. 14-16.

de resto ausente em vários e recentes Códigos estrangeiros, como por exemplo o italiano, de 1942.

Ademais, é costume salientar que a concepção tradicional do negócio jurídico atendeu a um modelo jurídico ultrapassado (*Estado Liberal*), de especial valorização da vontade e de sua preservação enquanto manifestação de um ato de liberdade do sujeito de direito, particularmente no campo econômico, longe da interferência estatal. Ou seja, um momento em que, ao cabo do feudalismo e do absolutismo, importava era garantir a gama de direitos subjetivos individuais, privados, chamados de primeira geração. Um tempo em que a classe social que ascendia dependia de instrumentos jurídicos que lhe permitissem o mais livre desenvolvimento de sua atividade mercantil e a que convinha o negócio jurídico concebido genericamente como um primado da vontade individual com força de auto-regulamentação dos interesses, a todos, afinal dotados de igualdade, posto que formal, deferida.

A verdade porém é que, conforme se entende, se em nosso sistema positivo, tão recentemente reformado, se optou pela manutenção de uma parte geral, com categorização dogmática das diversas espécies de fatos jurídicos, então coerente a admissão mesmo de um conceito genérico para o negócio jurídico. E não é só. Se essa foi a escolha do legislador, tem-se que talvez o instante seja, não mais de discutir a utilidade ou necessidade do instituto, mas o de recompreendê-lo à luz de um novo modelo jurídico, de um sistema com novos imperativos axiológicos. Ou seja, um negócio jurídico cujo conteúdo não se esgote na vontade com força jurídica própria e suficiente, antes admitida a sua coessencialidade ao ordenamento que lhe empresta efeito jurídico apenas se desde o início manifestada de modo conforme às exigências valorativas por ele estabelecidas, assim recusada a idéia da existência de um espaço residual de autonomia completamente infenso à incidência normativa. Uma vontade avaliada e interpretada pelo que na respectiva declaração consubstanciada, ponderada com a necessidade da proteção da confiança do destinatário, portanto envolvendo-se uma responsabilidade, além de uma prerrogativa, do sujeito de quem provinda essa mesma declaração. Trata-se, enfim, de reconhecer no negócio jurídico, posto que ainda concebido e regrado de maneira genérica, conteúdo valorativo coerente com um novo sistema jurídico moldado, acima de tudo, pela própria Constituição Federal, tal como, no item anterior, a que ora se remete, se expendeu acerca do significado atual da autonomia privada.

3.3 Classificação

Sempre lembrando que a classificação implica em um agrupamento de individualidades, a partir de um critério previamente estabelecido, e que, portanto, alterado o critério, alteram-se as divisões dos grupos, pelo que as classificações

não podem ser confundidas, baralhadas, como não raro se procede em relação às diversas espécies de bens, ou às modalidades das obrigações, várias são as formas pelas quais se pode classificar o negócio jurídico.

Tomada como critério a necessidade, ou não, para sua conformação jurídica, de mais de uma manifestação de vontade, o negócio jurídico pode ser *unilateral* ou *bilateral*. E a distinção releva sobretudo para que o termo *negócio* não induza ao erro de supor sempre indispensável a dupla manifestação de vontade. Com efeito, negócios jurídicos há que se aperfeiçoam tão-somente com uma declaração de vontade, certo que revestidas dos requisitos de validade que no item seguinte serão examinados. Pense-se, por exemplo, nos títulos de crédito ou no testamento, que se consumam, do ponto de vista de sua conformação jurídica, apenas com uma declaração de vontade, do testador ou de quem, aliás em qualquer condição, de sacador, emitente, sacado, avalista, endossante, subscreve um título de crédito, obrigando-se – e esse o efeito jurídico perseguido – tão-só por esta unilateral declaração de vontade. Ao revés, negócios outros existem que pressupõem dupla manifestação de vontade para que se aperfeiçoem. E se os contratos são o mais comum exemplo, não custa lembrar da novação, ou mesmo da remissão, que o novo CC exige que seja aceita (art. 385). Muitos ainda referem o negócio jurídico *conjunto*, que exige mais de uma declaração de vontade, todavia não provindas de dois centros de interesses opostos, propriamente – malgrado o dever de colaboração e lealdade dimanado da boa-fé objetiva –, tal como nos negócios bilaterais, mesmo que sendo vários, para imaginar um contrato de venda e compra, os vendedores e os compradores (negócio bilateral pluripessoal). São negócios em que as vontades são não só convergentes, mas coincidentes, desde a origem. São declarações como que paralelas, seja permitida a figuração, qual se dá nos atos constitutivos de pessoas jurídicas ou em uma convenção de condomínio.

Já se o critério for a vantagem econômico-patrimonial que suscitem, também ao declarante ou somente ao declaratário, os negócios jurídicos podem ser *onerosos* ou *gratuitos*. Por exemplo, uma locação ou o transporte (aliás aqui com importante consequência em termos de responsabilidade do transportador gratuito, hoje assentada extracontratual, se afinal o transporte por cortesia ou amizade não configura contrato – art. 736) são negócios jurídicos onerosos. De seu turno, a doação, a remissão, o comodato, ou mesmo o reconhecimento de filho – e se menor a demonstrar indiferente se o negócio é unilateral ou bilateral, porque são critérios diversos de classificação, como atrás se disse – encerram negócios jurídicos gratuitos. Tudo a suscitar consequências próprias, como por exemplo no campo da interpretação, já que negócios benéficos se interpretam de maneira restritiva (art. 114). Ou ainda na seara da responsabilidade, eis que somente por dolo ou culpa grave, que ao dolo se equipara, responde aquele que consuma negócio gratuito, benéfico exclusivamente a outrem (art. 392, e com reflexo claro, no caso citado do transporte, para a respectiva responsabilização, se se considerasse, como antes não raro se sustentava, que o transporte gratuito pudesse ser contrato).

Também conforme o tempo de geração dos respectivos efeitos o negócio jurídico pode ser classificado. E aí então ele pode ser *inter vivos* ou *causa mortis*. Citem-se os contratos, no primeiro caso, ou o testamento, no segundo. Ou, quanto à sua relação, uns com outros, os negócios podem ser *principais* ou *acessórios*, o que releva dada a regra de que, em geral, esses últimos seguem a sorte daqueles, como no caso da fiança, por exemplo.

Por fim, de acordo com a sua forma, os negócios podem ser *formais* ou *solenes* e *informais* ou *não solenes*, de toda sorte o que no item seguinte se examinará se, afinal, a forma pode constituir requisito de validade do negócio jurídico.

4 Pressupostos de existência do negócio jurídico

Compreendido o negócio jurídico como a declaração de vontade voltada à obtenção de determinado efeito jurídico perseguido pelo declarante, é forçoso observar que, para que tal se dê, exige a lei o atendimento a determinados requisitos por ela impostos. Dito de outra maneira, a declaração de vontade somente será apta a alcançar o efeito jurídico desejado se ela se mostrar consonante com requisitos dispostos pela lei. Tem-se aí o plano da validade do negócio jurídico, que no item seguinte será examinado.

Ocorre é que, antes mesmo de se invadir a apreciação desses requisitos de validade, evidencia-se plano lógico precedente, que se põe na verificação sobre a existência do negócio jurídico. Ou seja, para que o negócio jurídico penetre no campo da validade, impende por ordem lógica que, antes, ele exista, sob o ponto de vista jurídico, que ele se forme enquanto fato dotado de efeitos jurídicos.

Na emblemática exemplificação de Antônio Junqueira de Azevedo,²⁶ que distingue os planos da existência, validade e eficácia do negócio jurídico, um testamento não existe enquanto se limita à cogitação do testador, quando ele comenta sua intenção com amigos, parentes ou advogados, ou mesmo quando chega a fazer um rascunho. Apenas depois de se materializar uma declaração de vontade de testar, na visão do autor socialmente reconhecida como voltada aos efeitos jurídicos queridos, é que se pode falar em testamento existente. E só então se poderá cogitar da validade do negócio, observados os requisitos de validade, todavia em plano lógico posterior. Sem contar, por fim, que, mesmo válido, os efeitos do testamento ainda em instante superveniente é que se podem operar, no exemplo dado com a morte do testador.

Já desde os estudos de Zacchariae, e por ocasião da elaboração do Código Civil francês de 1804, particularmente de seu artigo 146, resultado da direta participação de Bonaparte, tudo acerca de vícios que, no casamento, impediriam

²⁶ Negócio jurídico: existência, validade e eficácia, cit. p. 32.

mesmo se o pudesse considerar existente, antes de nulo, vislumbram-se hipóteses em que sequer se forma o negócio jurídico enquanto tal. As situações alvitadas no casamento eram aquelas em que se uniam pessoas de mesmo sexo – hoje mais uma questão de opção legislativa –, em que ausente manifestação de vontade dos nubentes, por exemplo quando se apresentava procurador sem poderes, portanto não uma vontade manifestada, posto que de maneira viciada, e em que ausente celebração, como quando alguém sequer investido da função de juiz de casamento presidisse o ato, destarte não o juiz incompetente em razão do lugar, questão de validade, e ademais hoje ressaltada, no CC brasileiro, a possibilidade de casamento existente, válido e eficaz celebrado por autoridade apenas aparente, nas condições do artigo 1.554. Tais casos todos seriam de casamento mais do que inválido, inexistente mesmo, o que parte da doutrina, preferindo a tipificação genérica da nulidade, sempre recusou, até em face, no nosso sistema, da ausência de previsão a respeito, como há, por exemplo, no Código Civil português (art. 1.628), mas, vale o realce, cujo reconhecimento fez e faz enorme diferença. Basta pensar que o casamento nulo pode gerar efeitos, inclusive diretos, havendo putatividade, a par da necessidade de ação para invalidá-lo e se permitir novo casamento dos cônjuges. Se se admite a inexistência, então não se concebe, nesse caso, o casamento putativo, não há a necessidade de qualquer sentença judicial e novo enlace, porquanto a rigor não havido, do ponto de vista jurídico, matrimônio anterior, pode livremente se realizar, de resto conforme explícito no artigo 1.630 do Código Civil português.

Da mesma maneira, no negócio jurídico em geral, destarte não só no direito matrimonial, faz toda a diferença admitir-se o plano da existência, antes de se cogitar da validade. O negócio jurídico inexistente, por exemplo, não suscitaria conversão substancial (art. 170 do CC/02), um efeito indireto da nulidade. A inexistência, como regra, salvo casos de aplicação da teoria da aparência, nenhum efeito pode suscitar. Portanto, não cabe sustentar que hipóteses de inexistência poderiam bem se compreender no regime das nulidades. E mesmo na elaboração do projeto do atual CC brasileiro, obtemperou o Prof. Clóvis do Couto e Silva que a organização do regramento do negócio jurídico deveria atender à tríplice divisão de seus planos lógicos, da existência, da validade e da eficácia, mesmo que desnecessária fosse a expressa alusão aos pressupostos de existência.²⁷

Pois costumeiramente tais pressupostos são identificados pela existência da declaração de vontade e do objeto ao qual ela se volta.²⁸ Veja-se, como já se disse,

²⁷ Sobre essas discussões e sobre a opção adotada pela Comissão, a partir de manifestação do Min. Moreira Alves, responsável pela elaboração, no anteprojeto, Parte Geral, sem propriamente negar ou ferir a questão da existência, ver, de autoria deste último: *A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro*, cit., p. 45-47.

²⁸ Nesse sentido, ver, por todos: SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*, v. I, p. 648.

o pressuposto é a existência de uma declaração de vontade, e não a regularidade com que manifestada, o que já fere o plano da validade do negócio. Assim, por exemplo, faltaria declaração de vontade se praticado o negócio por procurador despedido de qualquer poder, salvo o caso de representação aparente, e desde que o suposto representado de algum modo tivesse contribuído para a situação de aparência. Ou a hipótese de alguém que sofre coação absoluta, coação física, como quando o agressor toma o punho da vítima e rabisca uma assinatura. São situações de falta e não de defeito de declaração de vontade. Da mesma forma em relação ao objeto, valendo não confundir o objeto que inexistente com aquele impossível, sob o ponto de vista físico ou jurídico, o que afeta questão de validade do negócio.

Para Antônio Junqueira de Azevedo,²⁹ em classificação mais ampla, todo negócio jurídico possui pressupostos, por ele chamados elementos de existência, que são gerais e que estão consubstanciados na forma que a declaração toma, no objeto a que se volta (seu conteúdo) e nas circunstâncias negociais que lhe emprestam reconhecimento social de juridicidade. Mas, segundo o autor, há ainda elementos que denomina de categoriais, determinados pela ordem jurídica conforme a espécie de negócio jurídico. Assim, no seu exemplo, seriam elementos da compra e venda o consenso sobre a coisa e o preço. Por fim, identifica os elementos particulares, decorrentes da vontade das partes.

Enfim, a despeito da opção do CC/02 por omitir qualquer referência orgânica e sistemática ao plano da existência do negócio jurídico, tem-se que, por ordem lógica, ele se impõe. Na observação de Pontes de Miranda,³⁰ trata-se de questão preliminar sobre o *ser* ou *não-ser*, pois somente o que *é* pode ser aferido sob a perspectiva de sua aptidão ao alcance da finalidade jurídica almejada, a par dos efeitos que a partir daí operam. Em termos diretos, somente o que existe pode valer e ser eficaz. O que, de resto, e como atrás já se viu, não se circunscreve ao campo da teoria, mas espalha efeitos claros sobre a pragmática, dada a desnecessidade de qualquer pronunciamento judicial – malgrado possa haver interesse para tanto – ou a inocorrência de qualquer efeito produzido.

5 Requisitos de validade do negócio jurídico

Vem de se afirmar que, existente o negócio jurídico, penetra-se então no campo de sua validade. E isto quer dizer que, para a declaração de vontade externada alcançar o efeito jurídico ao qual voltada, impende sejam atendidos requisitos que a lei impõe. Tais os requisitos de validade do negócio jurídico, todavia, somente

²⁹ *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, cit., p. 40-50.

³⁰ *Tratado de direito privado*, t. 4, par. 358, n. 1, p. 8-9.

aferíveis, por imperativo lógico, uma vez constatado que o negócio jurídico existe, na forma dos pressupostos examinados no item anterior.

De toda sorte, os requisitos de validade foram sempre identificados, na doutrina clássica, como elementos essenciais do negócio jurídico (*essentialia negotii*), ao lado dos elementos naturais (*naturalia negotii*), ditados pelo ordenamento, sem necessidade de manifestação a respeito e correspondentes a cada tipo de negócio, como a responsabilidade por evicção na compra e venda, e os elementos acidentais (*accidentalia negotii*), dependentes de inserção por ato de vontade, todavia sem condicionar a validade, mas sim a eficácia dos negócios, como o termo, a condição e o encargo³¹. São, aqueles elementos essenciais, requisitos legais a que a declaração de vontade seja idônea a determinar, por incidência do ordenamento, a produção dos efeitos jurídicos desejados.

No novo CC, os requisitos de validade estão dispostos no artigo 104, com algumas alterações em relação ao que se continha no artigo 82 do Código Civil de 1916. É o que a partir de agora se examina.

5.1 Agente capaz (arts. 104, I, e 105)

Em primeiro lugar, exige o Código Civil, no inciso I do artigo 104, que o negócio jurídico, para ter validade, seja praticado por agente capaz. Ou seja, quem declara a vontade deve ter capacidade para tanto.

Como é sabido, e o explicita o Código nos artigos 3º e 4º, a cujos comentários se remete, algumas pessoas, por motivos biológicos ou psíquicos, o legislador considera total ou parcialmente desprovidas de discernimento, pelo que entende deva protegê-las. Sobre esse pressuposto se assenta o regramento das incapacidades.

Toda pessoa natural nascida viva adquire personalidade jurídica, ou seja, aptidão para se envolver em relações jurídicas, para adquirir direitos ou contrair obrigações. Mas, pela total ou parcial falta de discernimento, de acordo com a tipificação do legislador, nem todos os indivíduos têm condições de exercer pessoalmente os direitos incorporados a seu patrimônio jurídico. Por outra, nem toda a pessoa fala juridicamente por si.

Muito embora a regra seja a da capacidade, excepcionalmente o legislador elenca pessoas dela desprovidas, que não podem praticar negócios jurídicos por si. Isso sempre por um motivo protetivo. Vale dizer, no intuito de preservá-los, o legislador erige um rol de indivíduos que, excepcionalmente, não reúnem condição de pessoal exercício de seus direitos. Portanto, regra-se, no CC, a incapacidade.

A matéria, vale o acréscimo, é nitidamente de opção legislativa. O legislador elegeu quem, a seu ver, por motivos etários ou psíquicos, precisa de proteção. E,

mais, se assim foi, poderia, como de fato fez, graduar essa proteção. Aí a divisão entre os absoluta e os relativamente incapazes. Os primeiros, desprovidos de discernimento, por completo, somente praticam negócios jurídicos por meio de alguém que fala por eles, seu representante. Os segundos, com parcial discernimento, falam juridicamente, mas acompanhados de seu assistente. Fora desses casos, quebra-se requisito de validade, o do agente capaz, gerando nulidade, desrespeitada a regra de incapacidade absoluta, e anulabilidade, se de incapacidade relativa se cuida.

Veja-se que a matéria não se confunde, propriamente, com a legitimação para a prática de negócio jurídico, verdadeiramente um obstáculo ou uma limitação a que determinadas pessoas, mesmo capazes, pratiquem algum específico negócio jurídico. Pense-se no tutor que, mesmo necessariamente capaz, não pode adquirir bens do tutelado (art. 497). Ou de parentes próximos que, mesmo capazes, não podem se casar entre si, a encerrar o que no direito matrimonial se chama de impedimento, real caso de falta de legitimação. Ou ainda as hipóteses de necessidade de vênua conjugal, da restrição a que ascendente venda a descendente apenas mediante anuência dos demais descendentes e do cônjuge, conforme o regime de bens (art. 496).

A regra ora examinada, do artigo 104, I, do CC, se completa por aquela do artigo 105, alterado, em sua redação, quando confrontado com o artigo 83 do CC anterior. Com efeito, no dispositivo se estabelece, primeiro, que a incapacidade, e agora só a relativa – o que no CC/16 não se diferenciava – de uma das partes envolvidas em um negócio jurídico não pode ser invocada pela outra em proveito próprio. Segundo, complementa o preceito, também a mesma incapacidade relativa não pode ser invocada e aproveitar co-interessado capaz, salvo se for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum.

Essa segunda parte do artigo 105 reproduz o artigo 700 do Código Civil português anterior, de 1867, e quer figurar a situação de um capaz que se vincula, num negócio jurídico, diante, simultaneamente, de um relativamente incapaz e de um sujeito capaz. Pois nesse caso a incapacidade não pode ser invocada por este último, em seu proveito, salvo no caso de indivisibilidade do objeto.

5.2 Objeto lícito, possível, determinado ou determinável (arts. 104, II, e 106)

De maneira mais ampla em relação ao que se continha no artigo 82 do CC/16, exige agora o CC/02 que o negócio jurídico, para valer, ostente um objeto lícito, possível, determinado ou determinável, ao menos. Ou seja, cuida-se aqui, não da ausência, a determinar inexistência, mas da regularidade do objeto a que se volta a declaração de vontade, questão afeta à validade do negócio jurídico.

³¹ Para um esboço dessa classificação histórica, conferir: RAO, Vicente. *Ato jurídico*, p. 97-98.

O objeto, em primeiro lugar, e como o exige a lei, para a validade do negócio deve ser possível sob o ponto de vista jurídico. Ou seja, sanciona-se a prática de negócios jurídicos cujo objeto afronte a lei, a moral ou os bons costumes. Exemplo disso é o negócio que verse sobre a herança de pessoa viva (*pacta corvina*), o que se proíbe textualmente (art. 426).

Mas, além da possibilidade jurídica, o objeto deve ainda ser possível sob a perspectiva física. Quer dizer, o objeto deve ser fisicamente possível, contemplar prestação materialmente realizável. A impossibilidade física do objeto, então, é também causa de invalidade. Porém, ao que soa expresso do preceito do artigo 106 – parcial reprodução da regra do artigo 1.091 do CC/16, que estava no capítulo dos contratos –, apenas a impossibilidade inicial e absoluta induz o vício aludido. Se a impossibilidade é relativa, isto é, não se põe diante de todos, o negócio vale. Se impossível o objeto perante o partícipe do negócio, tem-se potencial problema de cumprimento, todavia não de anulação. Ou, mesmo absoluta, se a impossibilidade é superveniente, da mesma forma não se cogita de invalidade, mas de inviabilidade de cumprimento, verificando-se as específicas consequências resolutórias conforme haja ou não culpa ou risco pela impossibilidade.

Também se admite que o negócio jurídico possa valer se a impossibilidade inicial do objeto, malgrado absoluta, cessa antes do implemento de condição. É ainda a regra do artigo 106, em sua segunda parte, que trata dessa impossibilidade absoluta, reservada a parte inicial ao caso de impossibilidade relativa.³² Apenas não se explicita se a condição é suspensiva ou resolutiva, contudo valendo lembrar que, neste último caso, e enquanto pende a condição, o negócio jurídico a rigor já é eficaz, o que não se compadece com a impossibilidade absoluta de seu objeto.³³

Por fim, e indo além do que estatuiu o artigo 82 do CC/16, o negócio jurídico, diz a atual lei, se não tiver um objeto determinado, deve ao menos revelar um objeto que seja determinável. Tome-se o exemplo do negócio jurídico obrigacional, que envolva obrigação de dar coisa incerta. Se o devedor se obriga à entrega de um táxi, dentre todos os que existem, o negócio jurídico é nulo porque o objeto não é determinado e nem determinável, nunca se identificando todos os táxis do mundo, a fim de que um seja escolhido para entrega. Já se a obrigação é a de entregar um táxi dentre aqueles que compõem a frota do devedor, portanto uma unidade incerta pertencente a um universo previamente conhecido e determinado, então o objeto é determinável e o negócio é válido.

³² Ver: MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*, cit., p. 40-50.

³³ Também entendendo que a referência do dispositivo é à condição suspensiva, ver: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*, v. I, p. 219.

5.3 Forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 104, III, 107/109 e 111)

Em regra, de resto tal como explícito no artigo 107 do novo CC, e a exemplo do que se continha no artigo 129 do CC/16, a validade da declaração de vontade somente depende de forma especial quando a lei expressamente o exigir. Isso significa a admissão do princípio do informalismo para a manifestação da vontade, qualificada pela sua finalidade jurígena.

Ou seja, a declaração de vontade, em geral, pode ser externada por qualquer forma. Pode, em primeiro lugar, ser *expressa*, por escrito ou verbalmente. Muito comum, porém, que a declaração se revele por um comportamento do agente, de que se infere sua vontade e o efeito ao qual voltada. É a declaração de vontade *tácita*, como, por exemplo, a de quem aceita doação tomando posse do que doado e agindo, a propósito, como age o dono. Aliás, nesse sentido, cada vez mais, especialmente em negócios jurídicos contratuais de massa, a declaração vem consubstanciada no que se convencionou chamar de *comportamento concludente*, indicativo da vontade do sujeito. Basta pensar nos contratos de transporte coletivo, na aquisição de produtos comestíveis em máquinas, ou ainda no estacionamento de veículos, via de regra negócios consumados por comportamento de que se deduz a vontade do agente. O que, aliás, nem mesmo novo é, se se lembrar do clássico exemplo das tribos que trocavam alimentos e sal só pelo seu comportamento, quando se deixava o produto em certo local e se apanhava, depois, o outro objeto da troca.

Sucedem, excepcionalmente, mesmo o *silêncio* pode representar uma declaração de vontade. Não como regra eis que, no direito, quem cala não consente. Todavia, como se expressa no artigo 111 do novo CC, o silêncio poderá importar em uma declaração de vontade, além das hipóteses em que norma especial o determine, desde que as circunstâncias ou os usos o autorizem e desde que não seja necessária declaração expressa.

Certo que, por vezes, em hipóteses específicas, a própria lei empresta juridicidade ao silêncio, reputando-o uma declaração de vontade. E isso já no anterior CC. Por exemplo na doação pura, quando fixado prazo para aceitação (art. 1.166 do CC/16 e art. 539 do CC/02), ou na aceitação da herança, se notificado o herdeiro a dizê-lo e sobrevivendo o seu silêncio (art. 1.584 do CC/16 e art. 1.807 do CC/02). Porém, agora preceitua o Código que o silêncio também poderá ser considerado uma declaração de vontade quando as circunstâncias do caso ou os usos o autorizarem, desde que não necessária manifestação expressa.

Clara a compreensão de que, ocasionalmente, o silêncio pode ser recebido como declaração de vontade porque assim o indicam os usos, o hábito, os costumes, a rotina. Pense-se em manifestações em assembléias, quando se veicula proposta indicando-se que a aceitação se dará se os presentes permanecerem como estão.

Mas, além disso, o silêncio pode ser reputado uma declaração de vontade quando as circunstâncias do caso o indicarem. É o denominado *silêncio circunstanciado*.

Com efeito, hipóteses há em que a boa-fé objetiva, princípio muito caro à nova legislação, verdadeira regra de conduta leal, um modelo, um *standard* de comportamento reto, impõe o dever de falar. Imagine-se o comprador de um carro usado que se encanta com um acessório, passa tempo a elogiar e se gabar de ter encontrado veículo nessas condições, sem que nada seja dito pelo vendedor, a não ser quando o carro, depois de pago, vai ser retirado, aí então obtemperando-se tratar-se de pertença e, assim, na regra geral sem acompanhar o principal. É caso de silêncio circunstanciado, inclusive na mesma senda do que se contém no artigo 94, parte final, e que, no caso, determinaria que o acessório seguisse o destino do veículo vendido.

Aliás, a regra tem inspiração em doutrina antiga no Brasil, por exemplo já se encontrando em Vicente Rao a lição no sentido de que “o silêncio só produz efeitos jurídicos quando, devido às circunstâncias ou condições do fato que o cercam, a falta de resposta a interpelação, ato ou fatos alheios, ou seja, a abstenção, a atitude omissiva e voluntária de quem silencia induz a outra parte, como a qualquer pessoa induziria, à crença legítima de haver o silente revelado, desse modo, uma vontade seguramente identificada”.³⁴ E, no direito estrangeiro, vale o exemplo da jurisprudência alemã que, em casos originariamente de negócios comerciais, passou a dar relevância ao silêncio quando servisse à circunstancial confirmação do contrato, assim nas hipóteses de aceitações tardias recebidas sem posterior manifestação do destinatário, o que depois se espalhou e se generalizou para quando o silêncio de uma parte frente à outra a prejudica porquanto a comunicação omitida era adequada para determinar seu ulterior comportamento.³⁵

Pois bem. Malgrado a regra seja a da informalidade da declaração de vontade, não raro o legislador exige que, para validade do negócio jurídico, a vontade seja externada de uma ou algumas determinadas formas. Fá-lo sensível à relevância que entrevê em alguns negócios, pelo que, com a exigência de forma, tenciona garantir a mais hígida manifestação de vontade, facilitar a prova do negócio e chamar a atenção das partes para a importância do ato que praticam.

Nesses casos, diz-se que os negócios jurídicos são *solenes* ou *formais*, veja-se, porque a forma é da sua substância (*forma substancial*), requisito de validade e, assim, condição a que a vontade seja apta a receber os efeitos jurídicos pretendidos. Mas é bem de ver que nem sempre a forma substancial é necessariamente pública, como as doações de bens que não sejam de pequeno valor, que devem ser efetivadas por escrito, mas não necessariamente público (art. 541). Como tam-

³⁴ Ato jurídico, cit., p. 142.

³⁵ Veja-se, a respeito, a série de arestos colacionados in: FLUME, Werner. *El negocio jurídico*, cit., p. 158.

bém nem sempre a forma substancial é única, bastando lembrar do testamento, negócio jurídico solene que, a rigor, pode ser elaborado por três formas, contadas só as ordinárias. Daí se preferir definir o negócio jurídico formal pela negativa, ou seja, aquele negócio que não pode ser feito de qualquer forma.

Ressalvadas previsões especiais, como nos exemplos já citados, de maneira geral exige-se forma especial para os negócios que envolvam mutação de direito real imobiliário, desde que de valor superior a trinta vezes o maior salário vigente no país, não mais se mencionando, como no CC/16, em seu art. 134, importe fixo. E, nesses casos, a forma especial deve ser necessariamente pública (art. 108 do CC/02). Não se reproduziu, na redação desse preceito do art. 108 do novo CC, a alusão que o anterior Código fazia ao pacto antenupcial e à adoção, dada a previsão especial dos artigos 1.653 e 1.623. Vale ainda anotar que o legislador, a despeito da regra geral, pode excepcionar casos que sejam de mutação de direito real imobiliário, permitindo o instrumento particular, como na promessa de venda e compra, por exemplo (art. 1.417).

Por fim, duas ressalvas. Uma, a de que as próprias partes podem, por manifestação de vontade, transformar um negócio informal em negócio solene, como se prevê no artigo 109 do CC. Outra, a de que às vezes a lei exige forma especial não como requisito de validade do negócio, mas apenas para sua prova. É a chamada forma *ad probationem*, como, exemplificativamente, no caso do artigo 401 do CPC.

6 Reserva mental

Inserido no projeto de CC/16, mas suprimido na sua tramitação, o instituto da reserva mental volta, agora, explícito no artigo 110 do novo CC. Por sua redação, dispõe-se que a manifestação de vontade subsiste ainda que seu autor haja feito reserva mental de não querer o que manifestou, a não ser que o destinatário dela tivesse conhecimento.

A regra põe-se no contexto mais amplo do enfoque que o novo CC reservou ao negócio jurídico e mesmo à vontade que é sua força motriz. Tal o que se expendeu no desenvolvimento do item 3, a que ora se remete. Mas cabe reiterar que, no atual sistema, preocupa-se o legislador não apenas com o sujeito, o emissor da vontade, como igualmente com o seu destinatário, com a confiança que a declaração, uma vez externada, faz despertar, assim impondo-se uma responsabilidade a quem a expressa.

Por isso mesmo é que a reserva mental, como regra, é irrelevante. Veja-se que a reserva mental é uma proposital divergência, uma deliberada disparidade entre a vontade interna e a vontade afinal declarada. O sujeito declara uma vontade que não corresponde a seu verdadeiro querer, o qual reserva para si. O declarante, en-

fim, não quer, realmente, o efeito a que sua declaração aparenta se voltar. Pense-se, por exemplo, em quem se casa, não para constituir família e unir-se em vida afetiva com outrem, mas apenas para regularizar sua situação junto à imigração do país. Ou, como lembra Francisco Amaral,³⁶ o caso de quem lança um livro e, para vender mais, afirma que vai destinar a renda a uma instituição de caridade; de quem elabora testamento e, para prejudicar herdeiro, dispõe em favor de alguém de quem o testador se afirma devedor, sem sê-lo.

Pois enquanto essa reserva permanece desconhecida do declaratório, do destinatário da declaração, ela é irrelevante e, assim, não desvincula o sujeito do quanto declarado. Ou seja, como está na lei, a declaração subsiste na forma e conteúdo com que externada. E, a bem dizer, essa a hipótese mais freqüente, eis que o reservante, quando faz a reserva mental, não espera que o declaratório tome conhecimento de seu proceder, inexistindo, propriamente, uma indução ao erro, portanto diferentemente do dolo. O intuito do reservante é até o de enganar, o declaratório ou terceiros, mas mediante a reserva, que faz para si, de seu verdadeiro querer.

A rigor, a reserva mental apenas importa ao sistema quando ela é conhecida do destinatário da declaração. Ou seja, o declaratório, mesmo sem prévio ajuste, no que a reserva se diferencia da simulação, dela tem conhecimento. Sucede que, nesse caso, omite-se o CC em explicitar qual a consequência.

Ao que se entende, na esteira do quanto previsto para a simulação, nessas hipóteses chamada maliciosa, portanto havendo intuito do reservante de obter vantagem ou efeito indevido, sua declaração, com reserva conhecida do declaratório, malgrado sem prévio acordo a respeito, deve ser considerada nula. Veja-se, a despeito da diferença já identificada, que a simulação e a reserva mental, quando maliciosas, têm um grande ponto de aproximação, uma característica comum, que está no efeito indevido ocultado por uma declaração a que corresponde consequência verdadeiramente não desejada pelo declarante. Costuma-se dizer, até, em figuração de linguagem, que a reserva mental é como que uma “simulação unilateral”. Pois se essa reserva é conhecida da outra parte, considera-se que a sanção deva ser a mesma para quando haja ajuste entre aqueles que engendram idêntica situação. Noutros termos, tem-se que a consequência da reserva mental conhecida do declaratório deva ser a mesma que o sistema dispõe para a simulação, ou seja, a nulidade do negócio.

Nesse sentido houve proposta de alteração do projeto de CC, efetivada pelo Prof. Clóvis do Couto e Silva, mas rejeitada sob o argumento, do Ministro Moreira Alves, de que o caso da reserva mental conhecida pelo declaratório seria mesmo de inexistência do negócio jurídico.³⁷ Reitere-se, porém, melhor se entende que o

tratamento dispensado à reserva mental conhecida seja o mesmo da simulação, pelo ponto de contato que há entre ambas, e de resto tal como, por exemplo, se dá no direito português, particularmente ante o que preceitua o artigo 244.³⁸

Bibliografia

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1994.
- CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: A. Morano Editore.
- FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Tradução de Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.
- FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. Tradução de José Maria Miguel Gonzáles e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- NERY JÚNIOR, Nélson. *Vícios do ato jurídico e reserva mental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. v. 2, 3 e 4.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1997.
- RAO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: Max Limonad, 1961.

³⁶ *Direito civil: introdução*, cit., p. 403.

³⁷ *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro*, cit., p. 48.

³⁸ É a posição defendida por Nélson Nery Júnior, no seu *Vícios do ato jurídico e reserva mental*, p. 79-83.